

Proceso No 23931

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

Aprobado Acta No. 102

Bogotá, D.C., veinte (20) de junio de dos mil siete (2007)

VISTOS:

Por virtud del recurso de casación se pronuncia la Sala sobre la censura que, admitida, formulara un Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior de Pereira contra el fallo de abril 4 de 2.005 por medio del cual dicha Corporación, revocando la sentencia de condena proferida por el Juzgado Único Penal del Circuito de esa ciudad en enero 19 de 2.005, absolvió a Orlando de Jesús Marín Vergara por el delito de secuestro simple que le había sido imputado.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL:

Mientras convivieron maritalmente Orlando de Jesús Marín Vergara y Elvia Rosa Montoya en el municipio de la Virginia (Risaralda) y aún con posterioridad al rompimiento de dicha relación aquél ejecutó actos sexuales y accedió carnalmente a L.M.M.M. -hija de Elvia Rosa- durante su edad de 9 a 11 años, hasta que finalmente el día 18 de marzo de 2.003 desapareció con la menor quien cinco meses después fue hallada por su progenitora para así regresar a su hogar.

Tales acontecimientos denunciados tanto por la menor L.M.M.M. como por Elvia Rosa Montoya condujeron a que la Fiscalía General de la Nación abriera la correspondiente investigación el 19 de marzo de 2.003 a la cual fue vinculado mediante diligencia de indagatoria Orlando de Jesús Marín Vergara a quien se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de secuestro simple, según resolución de septiembre 2 de dicho año.

Cerrada la instrucción se calificó su mérito en providencia de mayo 12 de 2.004 acusándose a Marín Vergara como autor del referido punible en su modalidad agravada, de manera que ejecutoriada aquella prosiguió ante el Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Pereira la etapa de la causa que en primera instancia concluyó con la sentencia de enero 19 de 2.005 por medio de la cual se condenó al acusado a la pena principal de 16 años de prisión y multa equivalente a 800 salarios mínimos mensuales legales como autor del ilícito objeto de acusación e igualmente se le inhabilitó en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un período igual al de la sanción privativa de libertad.

Recurrida la anterior determinación tanto por el procesado como por su defensor el Tribunal Superior de Pereira mediante la fechada en abril 4 de 2.005 la revocó para en su lugar absolver al acusado, disponiendo además se compulsaran copias de la actuación a fin de que la Fiscalía investigara las conductas atentatorias de la libertad, integridad y formación sexuales en que haya podido incurrir Marín Vergara.

Como contra el citado fallo se interpusiera y concediera el recurso extraordinario de casación, la Corte al estudiar las condiciones de viabilidad de la demanda -que presentara mediando asignación especial un Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior de Pereira- y de los cargos mismos dispuso en providencia de agosto 10 de 2.005 admitirla sólo en lo que hacía al segundo reproche.

EL CARGO:

Acusa el recurrente la sentencia impugnada de violar indirectamente los artículos 168 y 170 del Código Penal por haber incurrido ella en un error de hecho por falso juicio de existencia en tanto el Tribunal ignoró pruebas indicadoras de la materialidad del delito imputado, como que ninguna valoración y ni siquiera mención hizo de los testimonios rendidos por Elvia Rosa Montoya, Rosa Enith Valencia, Sandra Patricia Díaz, así como por la propia víctima.

Luego de transcribir algunos apartes de dichos medios de prueba asegura que de haber sido tenidos en cuenta por el ad quem su fallo sólo podía ser condenatorio, mas aún cuando la duda que se aduce sólo existía en la mente de los magistrados pues la afirmación de que la menor obró libremente y tuvo oportunidades de huir y no lo hizo omite cualquier consideración sobre la violencia física y síquica a que fue sometida la menor.

Tampoco evaluó el Tribunal -sostiene el demandante- el informe del CTI de septiembre 17 de 2.003 en el que se da cuenta del contenido de las entrevistas sostenidas con María Marulanda y Myriam Rivas acerca del maltrato que el procesado daba a la menor, ni el dictamen del psicólogo forense, todo lo cual debidamente aunado -añade- permite aseverar que la víctima no tenía capacidad alguna para decidir sobre un hecho tan estelar en su vida como era irse a convivir sexualmente con un hombre adulto.

Es más -dice el censor- en el hipotético caso de que fuera cierto lo dicho por el ad quem acerca de la aquiescencia de la menor, ella se encontraba viciada por la violencia de modo que en esas condiciones mal puede afirmarse la existencia de un consentimiento libre o exigirse a una niña el despliegue de actos heroicos en el propósito de escapar de su verdugo.

Solicita en consecuencia el demandante se case el fallo recurrido y en su lugar se dicte el de reemplazo condenando al procesado por el delito de secuestro simple agravado.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO:

En opinión del Procurador Primero Delegado en lo Penal el casacionista logra demostrar el error de hecho en que incurrió el Tribunal al considerar que obra una duda probatoria respecto de la tipicidad del delito materia de juzgamiento en tanto cuestiona la existencia de la amenaza o la opresión de que supuestamente se valió el encausado para retener a la menor cuando por el contrario y en términos de la demanda hay prueba de que ésta fue retenida contra su voluntad o de que si hubiera mediado su consentimiento éste carece de validez frente a la violencia de que fue objeto.

Bajo dicho supuesto hace el Delegado en primer lugar unas precisiones acerca de la descripción típica de la conducta materia de proceso orientada a fines sexuales y el consentimiento de los menores de 14 años frente a su libertad de locomoción para hacer ver cómo el rapto de una menor de dicha edad, aún con su consentimiento, era sancionado autónomamente en el Código Penal de 1.936 para luego en el Código de 1.980 tratarse como un punible más contra la libertad individual, posteriormente en la Ley 40 de 1.993 como una forma atenuada de secuestro simple y finalmente en la Ley 599 de 2.000 como una modalidad de secuestro que será simple en tanto la finalidad sea exclusivamente la de satisfacer deseos eróticos sexuales y no medie ningún pedimento a cambio de la liberación.

Ahora bien, en lo que hace al consentimiento de los menores en relación con su libertad de locomoción es su opinión que él carece de validez en tanto no cuentan ellos con la madurez sicológica que les permita decidir en forma consciente con orientación a fines sexuales, más aún si como en este caso la víctima es menor de 14 años; lo contrario - sostiene- atentaría contra su desarrollo armónico e integral garantizado en el ordenamiento interno y en convenios internacionales.

De otro lado y con apoyo normativo y jurisprudencial resalta el privilegio al interés

superior de los menores, así como el ponderado valor probatorio que se debe asignar a la versión de los niños víctimas de delitos para considerar con el demandante que en efecto el Tribunal de Pereira omitió valorar la prueba que demuestra que L.M. fue secuestrada o más exactamente raptada contra su voluntad, pero además -agrega- que en el hipotético evento de que la niña hubiese decidido convivir sexualmente con su padrastro tal determinación carece de validez en tanto no tenía capacidad para decidir sobre un hecho tan definitivo en su vida, dada su corta edad y la violencia a la que fue sometida.

Trascribe entonces apartes de las declaraciones de la madre de la menor, de la abuela, de sus amigas Sandra Patricia Rodríguez, Leidy Carolina Ocampo y Leidy Maryuri Saenz así como de la propia víctima, relaciona el informe del CTI sobre entrevistas a María Marulanda y Myriam Rivas respecto al maltrato que el procesado infería a Liliana María al igual que el dictamen del psicólogo forense, también los testimonios de José Vergara Marín, María Teresa Agudelo, Octavio Ortiz Blandón y Luz Marina Agudelo rendidos a favor del acusado, para concluir que si bien éstos corroboran la versión del procesado ello es apenas en relación con episodios transitorios del itinerario como quiera que Marín llevó a la niña por diversas fincas de Belén de Umbría, Mistrató, Armenia y Chinchiná, mientras que aquellos medios de convicción denotan los hechos antecedentes y los realmente vividos por la menor.

Por ende -afirma el Delegado- el Tribunal de Pereira omitió la determinación de los sucesos a través de un análisis probatorio razonable y a causa de ello incurrió en el error de hecho denunciado sustentando entonces su decisión en el aspecto emocional de la queja, en las condiciones socio familiares que se viven en la Virginia y en la posibilidad de fuga de la víctima para concluir que no existía certeza suficiente de que se hubiera impedido la libertad de locomoción de la menor, vale decir que a través de generalizaciones y sin la valoración rigurosa de la prueba, más cuando aparecía como víctima una menor de 11 años de edad, arribó a la declaratoria del in dubio pro reo sin apreciar además que no resultaba lógico que la niña hubiera decidido voluntariamente

irse con su violador en horas de la noche del 18 de marzo cuando a las 3 de la tarde de ese mismo día ya lo había denunciado por la infracción a su libertad sexual, o cuando la Fiscal que recibió la queja dejó constancia de las lesiones que evidenciaba la niña L.M. y que según ésta se las había producido su padrastro.

Aún en el supuesto de que la menor hubiera decidido marcharse a convivir con el procesado, tal determinación -sostiene el Ministerio Público- carece de validez dada su minoría de edad, su inmadurez psicológica y su estado de indefensión derivado de los maltratos físicos y psicológicos a que fue sometida por Marín Vergara aún desde antes de la fecha del rapto.

Por tanto solicita el Delegado se case la sentencia impugnada, con excepción del numeral tercero de su parte resolutive, confirmando en consecuencia la proferida por el a quo.

CONSIDERACIONES:

El sistema de apreciación racional de la prueba obliga en términos del artículo 238 de la Ley 600 de 2.000 a que todos los medios de convicción se aprecien en conjunto de conformidad con las reglas de la sana crítica y a que el funcionario judicial exponga siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada uno de ellos.

Tan elemental imperativo sin embargo fue manifiestamente soslayado en el fallo que se examina en la medida en que, como lo señalan el libelista y el Ministerio Público, se omitió la valoración de medios de prueba en relación con la materialidad del delito objeto de acusación, por manera que incurrió el ad quem en efecto en un error de hecho derivado de un falso juicio de existencia por omisión probatoria que lo condujo equivocadamente a sostener una duda que en verdad no arroja la investigación y a vulnerar con ello de modo indirecto los artículos 168 y 170 del Código Penal.

Es que a la conclusión de que en el proceso existía duda acerca de la configuración de

alguno de los verbos rectores que constituyen el punible de secuestro porque no había certeza de que el consentimiento de la víctima estuviera absolutamente ausente arribó el Tribunal por valorar sólo unos pocos elementos de prueba o al elevar prejuicios genéricos que obviamente no tienen ningún sustento en este juicio, no de otra manera puede entenderse la hesitación invocada sobre la base “del medio donde ocurren los hechos, de una población con el grado de promiscuidad sexual que caracteriza al puerto de La Virginia, de lo resultante del contexto social en el Occidente, donde es un hecho la convivencia irregular, en entornos donde los padres hacen caso omiso de sus roles y abandonan a la buena de Dios a sus hijos propiciando el abandono, la fuga, la huida, el desapego del hogar evitando malos tratos, actitudes esclavizantes y atentatorias de la dignidad...”.

Duda entonces el Tribunal de que L.M., niña de 11 años, no haya consentido haberse fugado de su entorno familiar para irse a convivir con un adulto porque así son las condiciones sociales de su lugar de residencia, pero también llega a dicha incertidumbre porque si lo hizo contra su voluntad “tuvo el tiempo, la facilidad, los medios, la oportunidad adecuados y suficientes para abandonar a su presunto secuestrador” o porque “de existir esa amenaza y opresión, cualquiera la hubiera notado o la misma víctima habría capitalizado la más mínima ocasión de delatar, llamar la atención, huir, pedir ayuda...”, o porque el procesado se trata de una persona cercana a la supuesta víctima capaz por ello de obtener su aquiescencia, vale decir en resumen que el ad quem no dio absoluta credibilidad a la información de la menor acerca de que Marín Vergara la llevó a vivir consigo en contra de su voluntad, de modo que en ese sentido no podría técnicamente hablarse de un falso juicio de existencia en relación con la declaración de L.M. cuando lo cierto es que sí apreció el contenido de sus afirmaciones, sólo que las desechó o les restó mérito suasorio por los factores antes transcritos.

Al error de hecho que se alega llegó el Tribunal entonces no por haberle negado crédito al testimonio de la ofendida, sino porque en verdad omitió valorar medios de convicción

que eliminando la duda que aquél invocó permiten llegar a la certeza que en manera alguna existió consentimiento de la víctima para irse a convivir con el acusado.

Así, a pesar de las tangenciales referencias que el ad quem hace a la relación que existió entre la madre de L.M. y el enjuiciado, es lo cierto que ninguna evaluación hizo respecto al contenido de sus declaraciones, como que de lo contrario habría establecido que el irse de su hogar materno no fue una decisión propia y voluntaria de la víctima de apenas 11 años, sino un acto de fuerza ejecutado por el encausado quien para entonces contaba 30 años de edad. Es que, asegura Elvia Rosa Montoya, su hija el día 18 de marzo de 2.003 "...pidió permiso para ir donde una amiga de nombre Carolina...ésta me dijo que Liliana sí había ido y que estuvieron jugando hasta que llegó el padrastro y que la había cogido y se la había llevado, que la regañó qué estaba haciendo por allí que si no le daba pesar de la mamá y estas son las horas que no se nada de la niña. Yo fui a hablar del patrón de Orlando y me dijo que él le debía a Orlando quince mil pesos y que éste había ido por la plata y que le dijo que le prestara cinco mil pesos más, que eso fue esta mañana a las seis, que le contó que lo iban a matar y que por eso se tenía que ir, que yo le había dicho que habían unos hombres de la Fiscalía buscándolo para matarlo, el señor pensó que era verdad y le dio la plata..."; tampoco reparó el ad quem en que dicha declarante halló a su hija 5 meses después de que el enjuiciado la llevara consigo "en una finca que se llama El Higuerón...supe que ella estaba por allá en esa finca por una llamada que me hicieron, una voz de mujer...la mujer me dijo que si quería encontrar a Liliana María...me dio todos los datos por donde quedaba...él se la pensaba llevar para otra finca por los lados de Apía...entonces la señora me dijo que siquiera, que gracias a Dios yo había encontrado a la niña, que era que ella estaba sufriendo mucho, que estaba pasando muy mal, que mirara que ni ropita tenía y que estaba embarazada, porque la verdad era que la niña estaba ya embarazada".

Tampoco tuvo en cuenta el Tribunal las aseveraciones de Rosa Enith Valencia, abuela de la niña, acerca de que ésta fue llevada por el procesado contra su voluntad y sin la

autorización de su progenitora, ni las referencias de Sandra Patricia Rodríguez, amiga de Liliana, acerca de que Orlando se la llevó obligada y un día después de que la había accedido sexual y violentamente, menos las de Leidy Ocampo en relación con que Maryuri amiga de Liliana le contó que el padrastro de ésta la había cogido bruscamente de una mano y se la había llevado, ni las declaraciones de la propia Leidy Maryuri a quien Liliana le contó el hecho de la violación y quien además vio cuando el procesado en una bicicleta la tomó de la mano y se la llevó, para así desaparecer de su hogar materno.

Razonados son también la censura y el concepto del Delegado cuando evidencian que el ad quem omitió igualmente valorar un informe del CTI y el dictamen del psicólogo forense, aquél respecto a entrevistas sostenidas con María Mercedes Marulanda e Isabel Rivas quienes dieron cuenta del mal trato que infería el procesado a L.M. y del temor que ésta le tenía, y la prueba técnica referida a las condiciones psíquicas de la víctima que permitieron determinarle una perturbación permanente en ese sentido derivada de los hechos sufridos con quien fuera su padrastro.

Por tanto, no podían el prejuicio elaborado a partir de las condiciones socio familiares del municipio de La Virginia, ni las oportunidades que hubiera tenido la menor para escapar de su victimario, ni la ascendencia de éste sobre aquélla constituirse en factores generadores de duda cuando -según ya se reseñó- obran en el proceso pruebas que de haberse valorado habrían conducido, como en efecto lo hacen, a su eliminación pues es claro que las omitidas, concordadas obviamente con las demás que obran en la investigación y especialmente con las aseveraciones de la menor y las de quienes acudieron a afirmar que Orlando Marín daba buen trato a Liliana aunque refiriéndose sólo a episodios transitorios, llevan sin hesitación alguna a sostener que la niña de 11 años fue privada de su libertad de locomoción y que ello sucedió porque a su corta edad, sometida a violencia física, sexual y psíquica su voluntad se encontraba sometida a la de su agresor, no de otra manera puede entenderse la supuesta y relativa inactividad

frente a las oportunidades de fuga cuando lo cierto es que el rescate sí se logró por haberse valido la menor de un tercero quien suministró todos los datos a su madre, ni se explica la actitud del procesado de desaparecer luego de retener a la menor, o de huir cuando fue sorprendido por Elvia Rosa, ni tampoco otra lógica podría tener el hecho de que el día a partir del cual se afectó la libertad de la niña, ésta horas antes había denunciado a Marín Vergara por las vejaciones sexuales de que venía siendo objeto, oportunidad en la cual además la Fiscalía que recibió la queja dejó expresa constancia de las lesiones que evidenciaba la menor.

En esas circunstancias se comprende entonces que a diferencia de lo concluido por el Tribunal de modo errado, el proceso no arroja duda alguna de que en los hechos objeto de juicio y referidos a la libre locomoción de la víctima no medió el consentimiento de ella, o que si medió él se encontraba viciado por la fuerza y el temor y aún por las condiciones de la ofendida, derivadas de su edad y de la disponibilidad de ese bien jurídico, por ende no existe sino certeza frente a la tipicidad de la conducta imputada al acusado, tipicidad que evidentemente ha de predicarse frente a la descripción del secuestro simple, agravado en los términos precisados en la acusación y en la sentencia de primera instancia.

Es que ciertamente si la víctima hubiera consentido válidamente en irse a convivir con su victimario el juicio no podría ser sino de atipicidad pues es patente que el punible de secuestro exige implícitamente, dada la concepción de sus verbos rectores arrebatrar, sustraer, retener u ocultar a una persona, para su concurrencia que tales conductas se lleven a cabo contra la voluntad de quien padece el ataque, como que así el consentimiento del sujeto pasivo en la teoría del delito juega un papel de exclusión de la tipicidad porque su presencia hace irrelevante la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado.

Ahora bien, aunque la conclusión inequívoca en este asunto es la de que L.M. no

consintió en irse a convivir con el procesado y que éste la arrebató y retuvo contra su voluntad, en el hipotético caso de que ello no hubiere sido así y se hubiere demostrado por el contrario que sí medió la aquiescencia de aquella forzoso es concluir que dicho asentimiento como lo sostienen demandante y Ministerio Público no es jurídicamente válido, en primer término porque se trataría de un acto carente de libertad y voluntad en tanto se habría dado por mediación de la violencia física, sexual y psíquica a que fue sometida la víctima según ésta lo relata y confirman el dictamen psíquico, las entrevistas a que se refiere el informe del CTI y las constancias de la Fiscalía cuando recibió la denuncia de la menor por el abuso sexual a que era sometida por su entonces padrastro y el temor que por lo mismo tenía hacia Orlando Marín absolutamente explicable no sólo por esas circunstancias sino también por la edad del agresor, la minoría de edad de la ofendida y su inmadurez psicológica.

Pero además, aunque no existe en relación con el delito de secuestro un límite de edad a partir del cual y como elemento típico pueda entenderse válido el consentimiento de la ofendida, como sí por ejemplo en algunos delitos sexuales donde la aquiescencia de la supuesta víctima excluye de punibilidad al hecho si ésta es mayor de 14 años y donde la anuencia de la ofendida carece de relevancia alguna si su edad es inferior a ese tope, sí es claro que frente a los requerimientos doctrinarios el consentimiento de la víctima como causal excluyente de responsabilidad en este y en todos los punibles (ahora sí prevista en el artículo 32 de la Ley 600 de 2.000, según el cual “No habrá lugar a responsabilidad penal cuando:...se actúe con el consentimiento válidamente emitido por parte del titular del bien jurídico, en los casos en que se pueda disponer del mismo”), debe existir verbalmente o por escrito, tácita o expresamente, emitirse sobre un derecho susceptible de disposición con anterioridad o coetáneamente al hecho, por persona capaz de comprender la situación que consiente, vale decir que entienda la trascendencia y el sentido de su decisión frente al bien jurídico protegido y sin que medie error, amenazas, presión o violencia, elementos los cuales por lo ya considerado no se

configuran en la hipótesis planteada pues, por lo primero, es indudable que el consentimiento no existió de ninguna manera, ni verbal, ni escrito, ni expreso, ni tácito; en segundo lugar, aunque en principio pueda decirse en términos generales que se trata de un bien jurídico susceptible de disposición por el individuo, tal disponibilidad es relativa entratándose de menores de edad y más aún en aquellos de una edad inferior a 14 años, como que aún para efectos matrimoniales la minoría de 14 años tanto en hombre como mujer constituye causal de nulidad en términos del artículo 140 del Código Civil y la sentencia de constitucionalidad C-507 de 2.004; en tercer lugar es indudable que L.M., niña de 11 años, no entendía la trascendencia de una supuesta decisión de irse a convivir con un adulto, adviértase no más el juicio del psicólogo forense frente a ese respecto para entender cuán traumático le resultó la vivencia y finalmente es incuestionable, según las pruebas ya reseñadas, que la menor se fue con el acusado por el temor que le tenía derivado de la violencia a que la sometía, así como de las amenazas y presión que sobre ella ejercía.

Relieva lo anterior entonces que si bien la anuencia de la supuesta víctima excluye la tipificación de punible contra la libertad individual y consecuentemente exime de responsabilidad al autor del supuesto atentado, aquella debe reunir la serie de

condiciones antes reseñadas, esto es: que medie la aquiescencia; se produzca sobre un bien jurídico susceptible de disposición; que quien la da comprenda la situación que consiente; se genere antes o de modo simultáneo al hecho asentido y que no haya error, fuerza o violencia para que así pueda tenerse jurídicamente válida y constitutiva de la eximente ahora prevista en el artículo 32.2 de la Ley 599 de 2.000.

Sin que exista pues ese motivo excluyente de responsabilidad porque así se acredita con las pruebas cuya valoración omitió el ad quem y sin que su análisis que sustenta la duda probatoria resista la crítica pues, como ya se dijo, parte de reprobables e insólitos prejuicios y afirmaciones generales infundadas probatoriamente que por lo mismo desdicen

gravemente de la seriedad de la justicia y obligan a cuestionar con severidad las afirmaciones del Tribunal, imperativo se hace casar el fallo recurrido, excepto el numeral tercero de su parte resolutive (en cuanto dispone se investiguen los atentados a la libertad sexual de la menor), para en su lugar acogerse en sede de instancia el proferido por el a quo el cual implica por supuesto que por dicho funcionario se disponga la aprehensión del sentenciado.

En razón de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

CASAR, con excepción del numeral tercero de su parte resolutive, la sentencia de abril 4 de 2.005 por medio de la cual el Tribunal Superior de Pereira absolvió a Orlando de Jesús Marín Vergara por el delito de secuestro simple agravado materia de acusación, en su lugar y como fallo de reemplazo confirmar el proferido por el Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de la misma ciudad el 19 de enero de 2.005 a través del cual se condenó a Orlando de Jesús Marín Vergara como autor responsable del punible citado.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, cúmplase, notifíquese y devuélvase al Juzgado de origen.

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

MARINA PULIDO DE BARÓN JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

MAURO

SOLARTE PORTILLA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

Teresa Ruiz Núñez

Secretaria