

Proceso No 21691

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

JAVIER ZAPATA ORTIZ

Aprobado Acta No. 267

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de septiembre de dos mil ocho (2008).

D E C I S I Ó N

Procede la Sala a resolver de fondo el recurso de casación, interpuesto contra el fallo emitido por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, el 15 de enero de 2003, que confirmó la sentencia adoptada por el Juzgado 25 Penal del Circuito de la misma ciudad, el 8 de agosto de 2002; en el proceso seguido contra JORGE ENRIQUE MARÍN MORA1, quien lo condenó a la pena de 128 meses de prisión y a la accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas, por un período de 10 años, en calidad de coautor responsable del punible de acceso carnal violento agravado.

H E C H O S

Sucedieron en la ciudad de Bogotá, en el sector despoblado de la carrera 17F con calle 70 Sur, barrio Florida y las instancias los reseñaron de la siguiente manera:

“El 14 de julio de 2.001, la señora Nubia Stella Peña Peña se encontraba en un establecimiento público (tienda) departiendo con varias personas entre las que se encontraban Jorge Enrique Marín Mora, Juan Gabriel Sarmiento Pineda, Henry Malagon (sic) Sacristán y José Ignacio Zamora Silva; luego de haber consumido una gran cantidad de licor y de haber bailado y sostenido conversación con los anteriormente referenciados, procedió hacia las 12:30 de la mañana a abandonar el establecimiento en compañía de Marín Mora, quien se ofreció a acompañarla hasta su residencia.

Durante el trayecto hacía su casa, y en el preciso instante en que atravesaban por un potrero cercano al lugar de habitación de Nubia Stella, fueron abordados por varios sujetos, quienes procedieron a tomar por sorpresa a su víctima y a trasladarla hacía el fondo del lote baldío tapándole la boca para impedir que gritara, donde y luego de someterla por la fuerza procedieron uno a uno a accederla carnalmente vía vaginal.

En el preciso instante en que uno de los individuos accedían (sic) a la víctima hicieron su aparición agentes de la policía, quienes al percatarse de la presencia sospechosa del grupo de hombres, viraron la patrulla en la que se movilizaban con rumbo hacía el potrero o lote baldío donde se encontraban los individuos, los cuales y una vez percatados de la presencia policial, se dieron a la huida, siendo perseguidos por varios agentes, mientras que uno de los uniformados se dirigió hacía el fondo del lugar percatándose de la presencia de tres personas.

Una vez el policía arriba al sitio donde se encontraban estos, pudo observar que en el piso boca arriba yacía una mujer y sobre esta el señor José Ignacio Zamora Silva, el cual se encontraba con los pantalones e interiores abajo dejando ver sus glúteos, y junto a él acurrucado se encontraba Henry Malagon (sic) Sacristán quién sujetaba una de las piernas de la ofendida, motivo por el cual sujetó a Zamora Silva apartándolo de Nubia Stella, instante en que la ofendida reacciona deprecando ayuda del agente del orden, poniendo en conocimiento de la autoridad los vejámenes sexuales a los que

estaba siendo sometida.

Simultáneamente varios agentes más daban alcance a Jorge Enrique Marín Mora y Juan Gabriel Sarmiento Pineda, a quienes les requirieron a fin de practicarles una requisa sin habérseles hallado objeto alguno que los comprometiera, motivo por el cual continuaron con su marcha ingresando a su residencia, siendo requeridos tiempo después por los agentes, accediendo voluntariamente a acompañarlos al lugar donde habían sido capturados los otros implicados, siendo reconocidos de inmediato por la ofendida, como los mismos que habían estado departiendo en la tienda y Mora Marín (sic) ser quien se ofreció acompañarla hasta su residencia, motivo por el cual los hoy procesados fueron capturados y puestos a disposición de las autoridades”.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. El 26 de diciembre de 2001, la Fiscalía 228 Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de Bogotá, dictó resolución de acusación contra JOSÉ ISIDRO ZAMORA SILVA, HENRY MALAGÓN SACRISTÁN, JORGE ENRIQUE MARÍN MORA y JUAN GABRIEL SARMIENTO PINEDA, como presuntos coautores del delito de acceso carnal violento agravado.
2. El 8 de agosto de 2002, el Juzgado 25 Penal del Circuito de Bogotá, condenó a los coimputados ZAMORA SILVA, MALAGÓN SACRISTÁN, MARÍN MORA y SARMIENTO PINEDA, a la pena de ciento veintiocho (128) meses de prisión -para cada uno- y, a la accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas, por un período de diez (10) años. Así mismo, los sentenció al pago por perjuicios materiales a la víctima, equivalentes a 50 smlmv.
3. El 15 de enero de 2003, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, confirmó el fallo recurrido por los apoderados de los procesados.

4. El 26 de junio de 2003, el Tribunal concedió el recurso extraordinario al defensor de JORGE ENRIQUE MARÍN MORA (único impugnante) quien presentó el correspondiente libelo dentro del término establecido en ley, el cual fue admitido el 20 de enero de 2006 por este Despacho y recibido por parte del Procurador Primero Delegado para la Casación Penal, el 27 de agosto de 2008; motivo por el cual, la Sala entra a decidir de fondo el problema sugerido en la misma.

L A D E M A N D A

Bajo el auspicio de la Ley 600 de 2000, el actor, formuló un cargo de violación de la Ley sustancial por vía indirecta, en tres sentidos: falso juicio de existencia (por omisión), falso juicio de identidad (tergiversación) y falso raciocinio (ley de la lógica de causa y efecto); “infracción que se produjo en la falta de aplicación del artículo 22 del Decreto 100 de 1.980, vigente a la época de los hechos, que actualmente aparece regulado en el artículo 27 del nuevo Código Penal”.

Puesto que el libelo es desmesuradamente extenso y repetitivo al predominar una argumentación circular, la cual parte y termina con la misma hermenéutica probatoria, la Sala sintetizará las motivaciones esenciales en las que se sustentó cada ataque:

I. Falso juicio de existencia por omisión probatoria:

Las pruebas que individualizó el actor a fin de demostrar que los falladores incurrieron en el vicio alegado fueron:

(a) “Los exámenes médico – legales practicados el 14 de julio de 2.001 por el Instituto Nacional de Medicina Legal a Jorge Enrique Marín Mora, José Isidro Zamora Silva, Henry Malagón y Juan Gabriel Sarmiento, momentos después de la ocurrencia de los hechos; dictamen que da cuenta de la inexistencia de espermatozoides, líquidos seminales, de laceraciones o huellas en sus genitales externos”.

(b) Así mismo, indicó, que las instancias no valoraron la declaración del médico JOSUÉ PALACIOS HUERTAS, la cual transcribió parcialmente.

(c) Comunicó que los juzgadores tampoco sopesaron “la respuesta al oficio No. 581 dada el 9 de octubre de 2.001 por el perito forense con código 500-50, donde se indica que el examen clínico y de laboratorio practicados a Nubia Stella Peña Peña y a los implicados no se puede establecer científicamente que ella hubiese sido accedida carnalmente”.

Indicó, además que “esta modalidad de impugnación se consolida fundamentalmente por la ignoración (sic) que de la prueba se haga en los ejercicios de apreciación, análisis y valoración probatoria, corolario del irrespeto del imperativo al que se contrae la norma medio del artículo 238 del Código de Procedimiento Penal, según el cual las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto”.

Sostuvo que los medios referidos al no haber sido valorados por los falladores, “se reportó a todas luces fragmentada e incompleta, habida consideración de las exclusiones de las que fueron objeto dichos referentes técnicos y testimoniales”.

En cuanto a la trascendencia, aseveró el libelista: “como quiera que dichos extremos y contenidos probatorios se excluía la penetración violenta de los miembros viriles de los procesados en los genitales internos o cavidad vaginal de la víctima y, en esa medida, se excluía la consumación del delito de acceso carnal violento que se les imputa”.

Por tanto, la conclusión del Tribunal, en el sentido que todos los imputados accedieron violentamente a NUBIA PEÑA, “necesariamente hubiese sido otra, habida consideración que si los procesados no presentaban rastros de espermatozoides, ni de fluidos o secreciones seminales, ni laceraciones o excoriaciones en sus genitales externos que denoten esa violencia, desde luego no podría llegarse a concluir que momentos antes accedieron carnalmente a una mujer, en las particulares condiciones de violencia a

las que ella alude”.

Entre las múltiples argumentaciones para demostrar la lesividad del yerro denunciado el libelista indicó: “Es que, a efectos de la materialidad del injusto típico de acceso carnal violento, dígase y obsérvese que las expresiones materiales o fenomenologías externas u objetivas con las cuáles (sic) se puede llegar a indiciar o a evidenciar y, por ende, a probar los extremos objetivos de dicho injusto; a más de las huellas de violencia que en ocasiones quedan en diversas partes del cuerpo (brazos, piernas, muslos, cuello, boca, etc.); a más de las huellas anatómicas dejadas en las áreas genitales y paragenitales como evidencia del resultado de penetración, para el caso vaginal; y, a más de las huellas espermáticas o de fluidos seminales, fenomenologías estas que habrán de ser advertidas externa y materialmente en el cuerpo de la víctima, a más de las anteriores materialidades y, en el entendido que en el acceso carnal violento se presenta una interrelación sexual (interpenetración) de un sujeto a una víctima; adviértase y téngase en cuenta que otra de las expresiones objetivas que habrán de tenerse en cuenta como soporte fáctico para la inclusión o exclusión de la materialidad consumativa de este ilícito, es el examen médico sexológico practicado a los genitales e practicado a los genitales externos del o de los imputados sujetos violadores... que dio resultados respecto a ausencia de espermatozoides...”.

Como lo sostuvo el médico JOSUÉ MAURICIO PALACIOS HUERTAS, en la declaración que se omitió integralmente, al no haberse encontrado huellas de espermatozoides, o alguna lesión en los genitales “ni paragenitales... y, además, sino se encontraban huellas de la abstracción de haber sido accedida brutalmente por siete o más hombres y, además, si el propio forense establece en su experticio del 9 de octubre de 2.001 que de los exámenes clínicos y de laboratorio practicados a Nubia... y a los procesados no es posible establecer científicamente que fue accedida carnalmente”; y si a los condenados “no se encontraron expresiones fenomenologías (sic) que hubiesen evidenciado actividad sexual reciente... de violencia sexual inferida con sus

miembros viriles a la víctima; la dialéctica de confrontación probatoria y, la dialéctica valorativa inferencial (sic), como es de suyo por ausencia de dichas objetividades, sólo podría haber apuntado que para el caso concreto y, ante la ausencia irrefutable de huellas en uno u otro extremo en los interactuantes (sic), que el injusto típico de acceso carnal violento no se dio naturalísticamente (sic) en grado de consumación, sino no (sic) en grado de tentativa...” (Negritillas fuera de texto).

Luego realizó el actor una serie de hipótesis, como aquellas cuando afirmó: “desde la teoría del conocimiento de cara al encuentro de la verdad material, como hipótesis de resultado era muy dable como posibilidad y como realidad, que en cada escala plural de uno a siete penetraciones, se hubiese producido al menos en alguno de los accedientes (sic), fluidos espermicos (sic) o secreciones seminales; y era también dable como posibilidad y realidad que al menos en uno de los sujetos penetrantes hubiese quedado mínimas huellas con las que singularmente se hubiese indicado o evidenciado una actividad sexual”

Finalizó la trascendencia, recavando que los hechos antijurídicos no fueron consumados sino tentados.

II. Falso juicio de identidad:

Para el libelista lo constituyó el testimonio y ampliaciones del mismo del agente de la policía JAIME MONTAÑO RIASCOS, para lo cual, transcribió variados apartes de las diligencias citadas, en las que fundó sus motivaciones.

Fincó su desacuerdo con los fallos de instancia, al decir que la referida prueba testimonial fue cercenada en los siguientes aspectos: (i) “con la actitud de silencio que asumieron para el momento en que se dio dicho sorprendimiento (sic)” y solo después de dos llamados, la víctima informó que la estaban violando”, (ii) “con el hecho que ninguno de los sujetos le tapaba la boca a la ofendida”, (iii) “con el hecho que la

ofendida le manifestó que los presentes en el hecho, se habían percatado con anterioridad de la presencia de las autoridades, porque uno de los sujetos gritó en repetidas ocasiones que venía 'la tumba', por lo que algunos de ellos salieron corriendo".

Argumentó en la trascendencia que la falta de aplicación del artículo 22 del Decreto 100 de 1980, "se reporta necesaria", por cuanto, "la conclusión en punto y sentido que el injusto de acceso carnal violento, antes que reportarse naturalísticamente (sic) como consumado, se proyecta naturalística e inequívocamente en su fase de tentativa".

Del gran cúmulo de afirmaciones elevadas por el actor, que en forma constante repite, sobresale como argumento central el siguiente: "Luego, es evidente que en proyecciones naturalísticas y, ante un evento de una injusta agresión, o para el caso singular de una hipótesis de un brutal acceso carnal violento realizado por siete individuos, naturalísticamente (sic) era absolutamente dable que la ofendida al percatarse, al darse por enterada de la inminente presencia y cercanía de las autoridades policiales, hubiese procedido a gritar, a clamar auxilio, a invocar ayuda en aras de la defensa de su integridad y de su libertad sexual; fenomenologías auditivas estas que no se dieron, como lo señala inequívocamente dicho testigo y que apuntan a denotar que su (sic) valorativamente se hubiese integrado este contenido fáctico objeto de cercenamiento por parte de los falladores, se habría llegado a la conclusión que el injusto de acceso carnal violento no se dio en su fase de consumación, ni que por el contrario se quedó en su fase de tentativa, la que se consolida por la fenomenología que dice relación (sic) con las expresiones de uno de los sujetos en sentido que venía "la tumba, la tumba", manifestaciones que sirvieron como acto externo de interrupción del perfeccionamiento del injusto y, ajeno a la voluntad de dichos individuos".

Si el agente de policía declaró que la víctima tenía puesto su vestido más allá de la rodilla, "circunstancia que desde luego permite establecer la imposibilidad de las plurales penetraciones vaginales de las que dice la ofendida fue objeto por parte

de siete individuos". En igual sentido, si se hubiese hecho un análisis en conjunto de la prueba, la ampliación de la declaración tergiversada al uniformado, junto con el dictamen negativo de la ausencia de espermatozoides "en la cavidad vaginal de la ofendida", al igual que el practicado a los procesados, "se habría podido llegar a la conclusión inequívoca que en las condiciones materiales y singulares en las que la ofendida tenía su vestido puesto a la altura de sus rodillas, no era dable físicamente la viabilidad consumativa de un acceso carnal violento en proyecciones individuales plurales".

III. Falso raciocinio:

Después de referirse a la forma como deben ser atacados los fallos de instancia por el yerro aludido, determinó las pruebas en las que recayó el vicio: (i) dictamen médico legal practicado a la víctima, (ii) "examen de investigación de espermatozoides humanos por concentración, centrifugación", (iii) "examen coloreado practicado a una muestra de frotis vaginal de la ofendida" y (iv) la declaración del teniente de la Policía CARLOS ANDRÉS MARTÍNEZ MORA.

Luego de transcribir las pruebas reseñadas y algunas decisiones jurisprudenciales, afirmó que la sana crítica, "es un proceso en el que se da la unidad de lo objetivo y de lo subjetivo, por cuanto se torna indudable que las inferencias conclusivas de raciocinio probatorio en las que se soportan los fallos, y las inferencias inductivas o deductivas en las que se soportan las imputaciones de adecuación típica, o las atribuciones de sus elementos normativos, indefectiblemente deben surgir causal y efectualmente (sic) de la evaluación de los contenidos fenomenológicos objetivos de las pruebas obrantes en el proceso; evaluación y proceso cognoscitivo inferencial (sic) y de verificación... la precisión epistemológica en punto y sentido que la "libre apreciación razonada de las pruebas" no traduce una operación inferencia puramente subjetiva, ni meramente subjetivista, sino que por el contrario en un proceso dialéctico objetivo subjetivo".

Las siguientes páginas las dedicó a los postulados de la lógica, reivindicando “la Ley de la causa y el efecto”, para lo cual citó la obra denominada “Categorías del Materialismo Dialéctico”, transcribiendo apartes de ella: “entre la causa y el efecto no existe una simple sucesión temporal, sino que media, además, un nexo genético: la causa engendra, produce el efecto. El inferir la existencia de una relación entre dos fenómenos por la simple razón de que suceden en el tiempo, entraña el error lógico que suele formularse con la frase latina post hoc ergo propter hoc. Rasgo importantísimo del nexo causal en su carácter necesario. Ese carácter necesario de relación causal significa que todo el conjunto de causas y condiciones del fenómeno provoca siempre absolutamente un determinado fenómeno, el efecto. Dicho en otras palabras, las mismas condiciones producen los mismos efectos”.

En este orden, con los fallos de instancia, se violentó el aludido principio, “al haber deducido de dichas pruebas, que el delito de acceso carnal violento objeto de juzgamiento se erige como un injusto típico consumado”, por los siguientes motivos:

(i) Los exámenes (físicos, clínicos y de laboratorio sexológico) realizados a la ofendida “que dieron como resultado la ausencia de huellas de excoriaciones, laceraciones y la ausencia de cualquier vestigio de alteraciones físicas al nivel de sus áreas genitales y paragenitales, así como ausencia de espermatozoides en su cavidad vaginal respectivamente”.

(ii) Otro análisis practicado a la víctima, fue el médico clínico: “Equimosis leve cuello. Equimosis moderada en ambos miembros superior (sic). Equimosis moderada y excoriación en ambos muslos. Equimosis leve en ambas muñecas. Equimosis leve en ambas piernas. Conclusión: Mecanismo causal: contundente, se fija incapacidad médico legal definitiva de diez días. Sin secuelas médico legal”.

Refiriendo a la ley de la lógica de la causalidad, estimó el actor que “no se podía haber llegado a inferenciar (sic), ni a concluir en grado de certeza, como lo hicieron los juzgadores de instancia, que dicho experticio corroboraba la versión de la ofendida y, además, que denotaban en vía demostrativa y de verificación totalizada, la consumación del acceso carnal violento”.

Luego de efectuar algunas transcripciones de los fallos y de reafirmar su ataque, indicó que “en perspectiva de lógica causal y efectual (sic) ha menester señalar que si causalmente (sic), que si una concurrencia de causalidades violentas, la ofendida hubiese sido arrastrada a lo largo de aquel lote desolado hasta haberla conducido a un rincón del mismo; desde la perspectiva de la lógica de las causalidades, es indudable que si en verdad aquella concurrencia de causalidades se hubiese presentado en la realidad material, necesariamente las lesiones y las laceraciones y excoriaciones que hubiese presentado la ofendida en su cuerpo, habrían sido de mayúscula gravedad, en la que por lógica se hubiesen presentado lesiones de consideración; lógica de efectos y lógica de resultados”.

Si el Tribunal sostuvo la condena aduciendo que no era necesaria la existencia en el cuerpo de la víctima de huellas de espermatozoides, cuando “se ha manejado una hipótesis verificativa de siete o más penetraciones viriles brutales y violentas en la cavidad vaginal de la ofendida... no se torna procedente dar por verificado que se presentó y que se consumó el acceso carnal violento”.

Para el libelista, “desde una lógica de la ecuación de las posibilidades y, ante un evento de siete penetraciones viriles en la cavidad vaginal de la ofendida, era perfectamente dable que en esa ecuación lógica de posibilidad de uno a siete o más, que en las áreas genitales y paragenitales se hubiesen captado registros de daños y de lesiones al igual que vestigios de espermatozoides o de mínimos fluidos o secreciones seminales”.

Adujo, así mismo, que respecto a la declaración del agente de la policía CARLOS ANDRÉS MARTÍNEZ MORA, cuando el declarante indicó “que la víctima refirió una tentativa de violación”, con lo cual “la realidad fenomenológica y, por ende, la realidad objetiva y material que se deriva de la declaración del teniente Martínez... instantes después del sorprendimiento (sic) del que fueron objeto ella y dos de los implicados... expresión fenomenológica que en atención a las Leyes de la Lógica y, en especial, a las Leyes de la Causalidad, esto es, de Causa y Efecto, en manera alguna podía haber sido desnaturalizada por los juzgadores de instancia en sus fallos que conforman una unidad inescindible”.

Se violentó el postulado de la lógica de causa y efecto, “como quiera que, insístase, la forma como narró los hechos, no permitía denotar que en simple y elemental lógica, la ofendida no pudiese diferenciar entre un acceso carnal que presupone, para el caso, su penetración vaginal y, una tentativa de acceso carnal que precisamente presupone todo lo contrario, esto es, que no llegó a ser penetrada por vía vaginal”.

Sobre la trascendencia “ha de decirse que dicho yerro... de no haber incurrido en los vicios in iudicando denunciados, desde luego no habrían inferido que el delito por el que se condena a mi representado, se erige en la modalidad de injusto consumado”. Toda vez que, en el resto de acopio probatorio no se puede inferir sino un punible en el grado tentado, pues la falta de aplicación del artículo 22 del Decreto 100 de 1980, integrado al 27 del nuevo estatuto, por haberse trasgredido la sana crítica, en la modalidad de la Lógica de la causa y el efecto, respecto de las pruebas, no se demuestra un delito consumado. Se vulneró, por tanto, la norma medio, 238, inciso 1° de la Ley 600 de 2000.

IV. Trascendencia general de los errores alegados:

Los falsos juicios de existencia, falsos juicios de identidad y falsos raciocinios, “apuntan conjunta y correlativamente a la circunstancia que de no haberse cometido dichas

falencias evaluativas, el sentido dispositivo del fallo no habría sido otro que el de haber proferido una condena por el injusto de acceso carnal violento pero en grado de tentativa, más no en fase de consumación como en forma equívoca y, contrariando lo naturalístico y soportado que refleja objetivamente las probanzas a la investigación; y, además, tras haber demostrado la ecuación lógico-jurídica en punto de la violación medio y de la norma substancial reflejada en el sentido de falta de aplicación del artículo 22 del Decreto 100 de 1.980”.

Si se armonizan todos los medios probatorios, “hemos de señalar que la dialéctica valorativa y conclusiva y dispositiva a la que apunta este proceso, es que las declaraciones de esos agentes (sic) no se demuestra tampoco que el injusto de acceso carnal violento se perfeccionó como delito consumado, sino que por el contrario, con el análisis valorativo de las declaraciones de esos agentes”, la conducta se dio en su fase tentada.

Finalmente, solicitó casar el fallo impugnado dictando la sentencia de reemplazo “en sentido que la condena proceda por el delito de acceso carnal violento en grado de tentativa”, y se redosifique la pena impuesta.

MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Primero Delegado para la Casación Penal, después de realizar un resumen de los hechos, de la actuación procesal y una lacónica sinopsis de la demanda, solicitó no casar la sentencia recurrida.

La Delegada razona, “que el censor parte de una premisa equivocada al considerar que como en este caso no se encontraron residuos de espermatozoides, líquidos seminales, laceraciones o huellas en los genitales de la víctima ni en los de MARÍN MORA y los demás acusados, entonces que no sería posible colegir la consumación del acceso carnal a ellos imputado. Un tal argumento, a la luz de la dogmática de este delito carece de fuerza persuasiva”.

Estimó que no existe discusión actual sobre la penetración (total o parcial) de miembro viril en cavidad normal o anormal (vaginal, anal u oral) en el delito de acceso carnal, “independientemente del grado de perfección o satisfacción que logre el acoplamiento violento”.

Apoyó su tesis con doctrina, la cual expone “que para la consumación del acceso carnal, de la lectura misma del tipo se deduce que no se requiere ningún tipo de actividad fisiológica (nos referimos aquí a la eyaculación), pues basta con que exista una introducción parcial del miembro viril para que se consume la conducta”².

Por tanto, el artículo 212 de la Ley 599 de 2000, determina que el delito en cuestión, establece dos formas de conducta, la primera por penetración del miembro viril (por vía anal, vaginal u oral) y, dos, por “el acceso vaginal o anal por otra parte del cuerpo humano u otro objeto”. Concluye, citando una jurisprudencia de esta Sala, según la cual, “que habrá acceso carnal cuando para estos efectos se utilicen la lengua, los dedos u otras partes del cuerpo, o se penetren esas cavidades con objetos idóneos, excluyendo aquellos valorados como dispositivos apropiados para agredir físicamente a la víctima”.

Se equivocó el actor y su “esfuerzo argumentativo... resulta inane”, -anuncia la Procuraduría- “pues si lo pretendido es demostrar que el delito imputado al señor MARÍN MORA no alcanzó la fase de consumación, por haberse detectado la presencia de esperma, líquidos seminales o huellas en los genitales de la víctima, es claro que ello carece de importancia, en tanto que el tipo objetivo no exige el cumplimiento de ninguna de esas condiciones para entender consumado el delito de acceso carnal violento”.

En esas condiciones, el falso juicio de existencia por falta de valoración de las pericias, el testimonio del médico legista y la respuesta al oficio 581 del 9 de octubre de 2001, fueron examinados por las instancias, “sin otorgar a las pruebas la connotación que

ahora el casacionista equivocadamente les imprime, a partir de considerar que al no haberse detectado líquidos seminales ni huellas en los genitales de la víctima o de los violadores, entonces no sería posible colegir probatoriamente en la consumación del delito de acceso carnal violento, sino a lo sumo en la tentativa del mismo”.

Indicó que el Juez analizó la declaración de la víctima, quien relató todos los pormenores por medio de los cuales fue accedida violentamente, cuando iba para su casa, en compañía de MARÍN y con la ayuda de él, “los demás sujetos la condujeron a la esquina de un lote desolado, le taparon la boca, la tomaron de los brazos y piernas, la inmovilizaron y en seguida la obligaron a la cópula con todos los sujetos, quienes se turnaban uno a uno, mientras era sujeta fuertemente por los restantes agresores”; circunstancias ratificadas por el dictamen médico legal.

Las declaraciones de los policías, confirman la forma como fueron sorprendidos en flagrancia los condenados. Igualmente, expusieron que “José Isidro Zamora Silva fue encontrado sobre la víctima con sus pantalones e interiores abajo, dejando al descubierto sus glúteos, mientras Henry Malagón sujetaba a lo ofendida de una de sus piernas. Juan Gabriel Sarmiento y JORGE ENRIQUE MARÍN, entre tanto, emprendieron la huida al notar la presencia de la policía, habiendo sido capturados momentos después, y reconocidos en el acto por la propia víctima como integrantes del grupo de personas que la accedieron sexualmente”.

Después de transcribir apartes de los fallos, indicó el Procurador que en ellos se puede corroborar aspectos claves para haberle degradado responsabilidad penal contra MARÍN, entre otros, cuando se refirió a la insinuación que la víctima le hiciera a uno de sus agresores (de ser cierta), tal comportamiento no justifica el haberla accedido carnal y violentamente; por ello, la Delegada adujo que el actor “no desvirtuó esta conclusión probatoria. Su pretensión está orientada a resaltar un aspecto probatorio irrelevante”.

En lo atinente al informe firmado por el forense 500-50 como la ratificación que hiciera el médico PALACIOS HUERTAS, en la audiencia pública, el libelista presenta inconsistencias, al afirmar sobre la base de tales pruebas que el delito era tentado, “porque científicamente no se puede establecer que ella fue accedida, cuando lo que verdaderamente dicen esas pruebas es que ‘no se puede afirmar ni negar’ la consumación del delito a la luz de los hallazgos objetivamente encontrados por el perito forense.”.

Luego entonces, al perito no le corresponde “decidir si la conducta punible atribuida a los procesados tuvo real ocurrencia”, aspecto que solo le corresponde al Juez decidir apoyado en las reglas de la sana crítica, por tanto, la valoración del perito, “apenas es un elemento de convicción, pero no el único”; por otro lado, “el censor pasó por alto que el forense también encontró elementos como pasto y tierra en la zona paragenital de la víctima, lo cual confirma aún más su versión de haber sido accedida sexualmente por la fuerza”.

Con todo, el falso juicio de existencia por omisión probatoria, en concepto de la Delegada, “no puede tener vocación de éxito”.

El falso juicio de identidad, tampoco tiene aptitud de prosperidad, teniendo en cuenta que el libelista pasó por alto singulares circunstancias: cortejó a la dama, se ganó su confianza, “pese a que en realidad se trataba de una parte del plan previamente acordado con sus compañeros de farra”. No le prestó ayuda, con su “beneplácito” fue trasladada a un lugar solo y apartado, donde los violadores se turnaban para accederla “e impedían que duraran mayor tiempo”. Así mismo, la policía los capturó en flagrancia y MALAGÓN presentó un rasguño reciente a la altura del cuello; todo ello, concuerda con el testimonio de la víctima y el dictamen de medicina legal que verificó las lesiones por ella sufridas.

Son también irrelevantes las hipótesis del defensor cuando indicó que el policía no la escuchó pedir auxilio o cuando sostuvo que el delito fue tentado porque el vestido estaba puesto hasta la rodilla.

Suposiciones que no demeritan la versión de la ofendida, pues le taparon la boca al momento de ser conducida al sitio solitario, “pero una vez fue inmovilizada y accedida, qué sentido tenía entonces que aquella gritara o pidiera auxilio, si para cuando arribó la policía ella ya había sido accedida”. Cuando la policía encontró a uno de los victimarios con sus pantalones e interiores abajo dejando al descubierto sus glúteos, mientras otro la sujetaba, “qué importancia tiene que el testigo afirme que ella fue encontrada con el vestido hasta las rodillas”; por ende, el examen del material probatorio, no dejó ninguna duda –contrario a lo sostenido por el demandante– “que el acceso carnal se produjo en la forma como fue relatado por la víctima, lo cual impide también la prosperidad de esta censura”.

En punto del falso raciocinio, propuesto sobre varias pruebas y con fundamento en el principio lógico de causa y efecto, por no existir huellas de violencia en la humanidad de NUBIA STELLA, (áreas genitales o paragenitales) lo cual denota que el delito no fue consumado sino tentado. O cuando se refirió a la lógica de las posibilidades, puesto que si fueron siete los agresores, al menos uno de ellos, tendría que haber eyaculado y sobre la debida valoración del testimonio del teniente MARTÍNEZ MORA, cuando depuso que la ofendida, momentos después de los hechos, le dijo que la estaban “intentando” violar.

La Delegada es categórica en sostener “que sí existieron huellas de violencia en el cuerpo de la víctima”, por tanto, las lesiones aunque no hubiesen sido de extrema gravedad, no le quitan o desvirtúan el elemento violencia sancionado en el delito imputado, citando para apoyar su tesis, dos jurisprudencias en donde se reiteró que la agresión puede ser física o moral.

Todos los reproches realizados por el censor a los fallos, resultan “a todas luces desatinados y carentes de toda lógica”, según la forma en que los acontecimientos fueron descritos por la víctima, cuando la inmovilizaron, accedieron y agredieron. Y, en la ley de las posibilidades, tampoco es cierta la afirmación en el sentido que uno de los siete debió eyacular, puesto que “dentro de la misma lógica que reclama el demandante, también es perfectamente posible que los violadores hubiese utilizado preservativos o condones”.

Sobre la “desnaturalización” de la declaración del teniente MARTÍNEZ, que ha debido ser atacado por falso juicio de identidad, en estricto sentido; las instancias manifestaron que la “reacción era momentánea y secundaria por el impacto de los hechos, donde la persona ultrajada no difiere entre el verdadero acceso y una simple tentativa, que una vez aclara sus pensamientos y sus ideas, puede como lo hizo efectuar un relato coherente y efectivo de lo acontecido”; para lo cual se apoyó en la narración que hiciera de los sucesos la agraviada, pues con todo el acervo probatorio valorado por los funcionarios, “no dejan duda de que los hechos ocurrieron en la forma como fueron relatados por la víctima”, tal como lo concluyeron acertadamente los falladores de instancia, sin que al efecto se observe vulneración de las reglas de la sana crítica; por ello, solicitó la Delegada, no casar la sentencia impugnada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Advierte la Corte que, al haber sido admitida la demanda de casación, en lo atinente a los cargos elevados por errores de hecho en sentidos de falso juicio de existencia, falso juicio de identidad y falso raciocinio, se superaron los defectos lógico argumentativos que exhibía (contra el postulado casacional de autonomía, al haber combinado, mezclado e integrado en un mismo contexto epistemológico, las diversas formas de ataque) con el único propósito de analizar a fondo aquellas falencias que ameritan una reflexión jurídica atenta, por las posibles fallas a las garantías fundamentales que pudiese revelar lo

actuado en instancias.

Sin que lo precedente (casar el fallo por ejemplo), irremediablemente desencadene en su declaratoria, máxime si se constata todo lo contrario, es decir, que no se presentó ninguna vulneración de entidad trascendente establecida por la ley y desarrollada por la jurisprudencia. De suerte que al prosperar el único cargo –en esencia presentó tres- solicitó además que la Corte, dicte “sentencia de reemplazo en sentido que la condena proceda por el delito de acceso carnal violento en grado de tentativa y, de correspondencia, disponiendo la redosificación punitiva conforme a los parámetros punitivos a que se contrae dicha normativa sustancial regente de ese instituto de la tentativa”; soslayó –de paso- su obligación que comporta una debida motivación, en lo atinente a la redosificación de la pena que jamás realizó.

1. Problema jurídico planteado:

El actor, bajo una gama de argumentos indiscriminados, atacó los diversos medios probatorios recopilados por las instancias, al amparo de la causal primera de casación, cuerpo segundo, error de hecho, por los falsos juicios atrás aludidos; para deducir al unísono, la falta de aplicación del artículo 22 del Decreto 100 de 1980, que consagraba la tentativa³, pues el acto antijurídico reprochado contra su prohiado, según alegó el censor, aquél no lo consumó, como concluyeron las instancias.

2. Sobre el delito de acceso carnal violento agravado.

2.1. El punible por el que se condenó a MARÍN MORA, lo consagraba el artículo 298 de la Ley 100 de 1980: “El que realice acceso carnal con otra persona mediante violencia, estará sujeto a la pena de dos (2) a ocho (8) años de prisión”.

La disposición anterior fue agravada por el artículo 306, numeral 1°, del mismo estatuto sustantivo: “la pena para los delitos descritos en los capítulos anteriores, se aumentará de una tercera parte a la mitad en los siguientes casos: 1°) si se cometiere con el concurso de otra u otras personas”.

En la Ley 599 de 2000, artículos 205 y 211, la única modificación realizada, fue el aumento de 8 a 15 años de prisión.

3. Prueba incriminatoria:

Los juzgadores determinaron la responsabilidad penal del hoy condenado MARÍN MORA, en atención al siguiente conglomerado probatorio:

1) La declaración jurada de la víctima, en donde narró todo lo que le aconteció, desde el momento en que compartió con sus victimarios en una tienda ubicada en el barrio donde vive, después cuando fue sorprendida en el lugar despoblado por varios individuos cuando el procesado MARÍN MORA la acompañaba a su casa y todos aquellos pormenores que identifican el ilegal acto:

“(...) yo me senté con HENRY MALAGON (sic), en la misma mesa... yo compartí con ellos yo bailé, y mi hermana bailó con ellos antes de íirse (sic)... no bailé amasizado (sic) con ninguno... yo tenía un vestido me lo subieron era un vestido enterizo lasro (sic), la ropa interior me la quitaron a la fuerza pero no se que me la hicieron y un zapato de los que yo tenía puesto no lo encontré sino al otro día amaneció en una casa de tres pisos... el vestido lo alcanzaron a rasgar en la parte de atrás... en una oportunidad yo tuve la oportunidad de gritar, pero no lo hice por miefo (sic) de que ellos me golpearan... yo vi las intensiones (sic) de ellos, yo les dije a ellos, que fuéramos (sic) a mi apartamento pero es mentira porque yo no vivo en ningún apartamento, yo vivo en mi casa con mi mamá y una hermana, mis cuñados, mis hijos... la ofendida llora mucho... yo ví las intensiones (sic) de ellos y les dije entramos al apartamento y la pasamos chévere (sic)

que yo vivía (sic) sola, pero mi intención era llevarlos hasta la puerta de mi casa y ahí gritar... de ahí ellos me arrastraron hasta el sitio de los hechos yo ví la intención de cogermén (sic) por lado y lado y ahí tuve la intención de pedir auxilio pero no grite porque pensé que me iban a matar, uno de ellos no miré bien, me tenían (sic) las manos, las piernas otro la cabeza encima de las piernas de él, o sentía la cabeza levantada... yo mantuve los ojos cerrados y la cabeza de medio lado yo sentía que me subía el uno y el otro lo quitaba (sic) todos desesperados y en esos momentos uno de ellos dijo volteemosla (sic) y fue cuando apareció la policía”.

2) Dictamen de medicina legal practicado a Nubia Stella Peña, en donde se indicó que tenía “(...) equimosis leve cuello. Equimosis moderada en ambos Miembros superior (sic). Equimosis moderada y Escoriación (sic) en ambos muslos. Equimosis leve en ambas muñecas. Equimosis leve en ambas piernas. CONCLUSIÓN: Mecanismo causal: contundente, se fija incapacidad medico legal definitiva de (diez) días. Sin secuelas médico-legales”.

3) También se allegaron al plenario, las declaraciones juradas de los miembros de la policía que participaron en la aprehensión de los victimarios, ellos fueron: HUGO FERMÍN MUÑOZ URBANO, JAIME MONTAÑO RIASCOS, CARLOS ANDRÉS MARTÍNEZ MORA, JORGE IVÁN TORRES LADINO y JOSE VÍCENTE BARRERA RAMÍREZ; uniformados que se ratificaron del informe, respecto a la captura de cuatro de los procesados, momentos posteriores a la consumación de los hechos antijurídicos, quienes advirtieron movimientos sospechosos de los agresores en el lote deshabitado.

4. Sobre el falso juicio de existencia por omisión probatoria:

El libelista lo sustentó atacando tres pruebas: (i) los exámenes médicos realizados por el Instituto Nacional de Medicina Legal a los procesados “que dan cuenta de la inexistencia de espermatozoides, líquidos seminales, de laceraciones o huellas en sus

genitales externos”, (ii) la declaración del médico JOSUÉ PALACIOS HUERTAS y (iii) “la respuesta al oficio No. 581 dada el 9 de octubre de 2.001 por el perito forense con código 500-50, donde se indica que el examen clínico y de laboratorio practicados a Nubia Stella Peña Peña y a los implicados no se puede establecer científicamente que ella hubiese sido accedida carnalmente”.

Pretende el actor demostrar, con los tres medios probatorios demandados, que su prohijado, no consumó el delito en estudio, porque los dictámenes de Medicina Legal, en su criterio, jamás acreditaron penetración alguna. Primero, en el entendido que la pericia practicada a los procesados no arrojó muestras de espermatozoides; segundo, cuando el uniformado sostuvo que ella –al momento de los hechos- le manifestó que los individuos la estaban “intentando” violar y en tercer lugar, la respuesta de un galeno acreditó que no podía determinarse, concretamente, si de verdad Nubia Stella, fue accedida carnalmente.

En un caso semejante, la Sala el 6 de abril de 2005 (radicado: 18.727), expresó: “ (...) lo que fluye de manera incontrovertible es la inconformidad del demandante en relación con la valoración de los juzgadores en torno a las pruebas acopiadas, sin que razonablemente se pueda admitir que la ausencia de semen del procesado en la vagina de la víctima como hecho constatado por el perito, constituya atipicidad del acceso carnal violento imputado o lo sustraiga de responsabilidad penal, porque los jueces de instancia explicaron que tal ausencia se justificaba por la utilización de preservativo, con lo cual no se lograba desvirtuar la sindicación formulada por la ofendida, cuyo testimonio mereció total credibilidad al encontrar sustento en otros medios de convicción”.

En el presente caso no se estableció presencia de preservativo alguno, sin embargo, la Delegada estimó que esa era una posibilidad, cuando se refirió al falso raciocinio, así lo explicó: “Lo mismo ocurre con el argumento referido a la vulneración de la ‘lógica de las posibilidades’, pues el demandante olvida la versión de

la ofendida según la cual los agresores se ‘turnaban y ellos mismos impedían que durará un tiempo mayor’, lo cual explica el hecho de que ninguno de ellos hubiera alcanzado a eyacular. Es más, dentro de la misma lógica que reclama el demandante, también es perfectamente posible que los violadores hubieran utilizado preservativos o condones”.

El acceso carnal se entiende como la penetración del órgano masculino en el femenino o en el de su mismo género, sin que medie voluntad, libertad o autorización del sujeto pasivo del injusto y bajo una fuerza moral o física que doblega la capacidad de resistencia de la víctima. No inciden, por supuesto, las circunstancias temporales en la consumación del reato. Es por ello que la introducción del asta viril, puede ser parcial o total, y por vía oral, anal o vaginal del mismo o heterogéneo sexo; pero en modo alguno, como lo sugiere el defensor, al pretender cambiar el sentido y contenido del delito de acceso carnal violento, el que no requiere ni depende para su consumación de huellas espermáticas, líquidos o fluidos genéticos para su estructuración. Por ello, el sentido hermenéutico de la referida norma no está condicionado a un elemento objetivo (espermatozoides) que exige el actor.

El libelista introdujo un nuevo elemento objetivo al tipo, al decir que será tentado al no existir rastros de espermatozoides en la vagina o genitales de los procesados, como lo acreditó el médico forense en los exámenes practicados a los mismos. Nada más alejado de la dogmática en punto del punible por el que fue condenado su prohijado, pues desconoce el verdadero alcance del tipo penal examinado. Aceptar una tesis tan gaseosa, sería tanto como consentir que cuando las personas sean sometidas a esta clase de vejámenes sexuales, no se les puede reprochar a los victimarios su conducta antijurídica, al no haberse detectado presencia de material genético, lo cual, desde luego, es absurdo e irracional; por ejemplo, si los uniformados hubieran detectado a los agresores –uno en turno– penetrando (parcial o totalmente) a la mujer, sin dejar rastro de los referidos fluidos humanos, en ese evento, para el demandante también

habría una tentativa de acceso carnal violento, por la potísima razón de no hallarse espermatozoide alguno en la cavidad vaginal: desde luego, una reflexión de ese talante aniquilaría de un tajo la teoría del delito y evocaría una inseguridad jurídica de magnitudes insospechadas.

Otra propuesta que deviene potencialmente incoherente, resulta de la afirmación realizada por el actor, sobre la falta de “laceraciones o excoriaciones en sus genitales externos que denoten esa violencia”, es decir, sin lesiones en el área genital no existe o se descarta el componente violencia; anteponiendo un criterio subjetivista a la estructura del injusto, creando situaciones que jamás reclama la infracción y presentando un panorama interpretativo alejado de la realidad social, legal, doctrinal y jurisprudencial. A la sazón, si no existen huellas de violencia, tampoco podrá coexistir delito consumado, ignorando el elemento moral, la coacción o fuerza psíquica que puede realizar el sujeto agente sobre la víctima, por ejemplo, mediante amenazas, por miedo o temor de muerte; cuestión inconsecuente e insensata la que presenta el recurrente para lograr su fin de delito tentado.

Tampoco puede tomarse como matriz la respuesta de medicina legal a la pregunta formulada por la fiscalía en el sentido de “determinar clínicamente si la señora NUBIA PEÑA PEÑA o en su defecto científicamente fue accedida carnalmente y se explique en caso positivo o negativo el porque (sic)”, cuando los galenos respondieron que “desde el punto de vista científico fue negativo por el examen clínico y de laboratorio”, pretendiendo el demandante que la judicatura desconozca todo el material incriminatorio aducido contra su prohijado, como es la misma declaración de la víctima que de manera simple y dolido narró paso a paso todo lo que sus agresores le hicieron en su cuerpo y salud, y el hecho que no exista una manera científica de comprobar tales aberraciones, no le quitan su entidad delictiva, nociva y perjudicial.

El médico JOSUÉ MAURICIO PALACIOS HUERTAS, el 30 de mayo de 2002, en el desarrollo

de la diligencia de audiencia pública aclaró que “desde el punto de vista forense se considera área paragenital todas las regiones que quedan alrededor de la zona genital, que incluye el tercio inferior, anterior de abdomen, el tercio superior interior de muslos y glúteos” e indicó sobre la posibilidad de haber sido accedida carnalmente por los procesados sin “secreciones” o huellas de espermatozoides, que “no puede afirmarse ni negarse” la posibilidad de haber tenido relaciones sexuales.

Sobre esas bases, científicamente no puede arribarse a la conclusión del actor, toda vez que el forense jamás suprimió los hechos ilícitos, solamente sostuvo que había probabilidades para descartarlos como también para aceptarlos, pues a renglón seguido destacó: “nosotros no realizamos juicios de valor, le corresponde a la autoridad”; justamente, tal valoración la efectuaron las instancias sobre todo el plexo probatorio, incluida la variedad de medios incriminatorios, -no atacados por el actor- para arribar al fallo condenatorio.

El punto no es que ellos iban a ejecutar el delito previo a ser sorprendidos por la policía, el quid del asunto fue la consumación del delito, precisamente, antes de llegar la autoridad, mediante una crucifixión humana de fuerza y cobardía; pandilla, amenazas y alcohol, en donde el dolo en cabeza de cada uno de los agresores, alcanzó su máxima expresión, mediante un plan debidamente acordado y seleccionado por los coprocesados: invitación a la mesa para tomar cerveza, baile, acompañamiento a la casa por uno de ellos (MARÍN MORA); la encerraron en un núcleo de arrebatos y furias, siendo arrastrada por los secuaces a un lote desolado con la aquiescencia de la persona en la que había depositado su confianza para escoltarla a su vivienda; después fue tomada con violencia, arrancadas sus prendas íntimas y penetrada en turnos frenéticos e instantáneos, contra su voluntad; maltratada y humillada iban a continuar con su enardecida faena, vía anal; pero sus planes se derrumbaron al arribar los uniformados al sitio de los macabros hechos.

Siendo ello así, el falso juicio de existencia, como bien lo entendió la Delegada, por omisión en la valoración de las pruebas referidas, no tienen la entidad objetiva de derrumbar la presunción de acierto y legalidad de las decisiones de instancia, máxime si el defensor olvidó sopesar las lesiones que presentó el cuerpo de la víctima: “(...) equimosis leve cuello. Equimosis moderada en ambos Miembro superior. Equimosis moderada y Escoriación (sic) en ambos muslos. Equimosis leve en ambas muñecas. Equimosis leve en ambas piernas. CONCLUSIÓN: Mecanismo causal: contundente, se fija incapacidad medico legal definitiva de (diez) días. Sin secuelas médico-legales”; sin que sean de muerte, como parece entenderlo el libelista, ellas de por sí, evidencian la ilación de los hechos narrados por la ofendida y los uniformados, despejando cualquier duda en torno a una supuesta tentativa.

Habida consideración, el cargo no prospera.

5. Sobre el falso juicio de identidad por tergiversación de la declaración del uniformado JAIME MONTAÑO RIASCOS:

Manifestó que fue cercenada en los siguientes aspectos: (i) “con la actitud de silencio que asumieron para el momento en que se dio dicho sorprendimiento (sic)” y solo después de dos llamados, la víctima informó que la estaban violando”, (ii) “con el hecho que ninguno de los sujetos le tapaba la boca a la ofendida”, (iii) “con el hecho que la ofendida le manifestó que los presentes en el hecho, se habían percatado con anterioridad de la presencia de las autoridades, porque uno de los sujetos gritó en repetidas ocasiones que venía “la tomba”, por lo que algunos de ellos salieron corriendo”.

Mírese como el policía JAIME MONTAÑO RIASCOS, adujo que “y cuando aparto (sic) del cuerpo de la mujer al hombre en cuestión de segundos ella se paró gritando, en forma explosiva diciendo palabras soeces, diciéndoles poco hombres como me pudieron hacer esto”. La víctima en igual sentido, expuso que no gritó por temor a su integridad física y

por miedo al sentir la muerte cerca: “de ahí ellos me arrastraron hasta el sitio de los hechos yo ví la intención de cogermen (sic) por lado y lado y ahí tuve la intención de pedir auxilio pero no grite porque pensé que me iban a matar, uno de ellos no miré bien, me tenían las manos, las piernas otro la cabeza”.

El actor adujo que el hecho de no haber gritado la ofendida, demuestra que el delito no se consumó, pero olvidó analizar el miedo, el sitio desolado, el tumulto de asaltantes, la forma como la arrastraron, la accedieron, y el testimonio de ella, el cual no trabajó, dejándolo indemne; por cuanto la preocupación latente de la mujer no era gritar de manera desaforada, pues intuyó que la podían golpear o matar si llegaba hacer algo por el estilo, por tanto, no puede esperar el actor un comportamiento de ese estilo para predicar no consumación; ello es hacer depender una cualidad del sujeto pasivo, que tampoco reclama el tipo penal por el que fue condenado su prohijado.

Además, la tergiversación de un medio probatorio, es desde luego, objetiva, de ahí podrá explicar el libelista cuál fue el sentido trasmutado, ignorado o cercenado en la valoración, cuando dijo: era absolutamente dable que la ofendida al percatarse, al darse por enterada de la inminente presencia y cercanía de las autoridades policiales, hubiese procedido a gritar, a clamar auxilio, a invocar ayuda en aras de la defensa de su integridad y de su libertad sexual; cuestión que no demostró, pues solo se atuvo a una supuesta omisión de hechos contenidos en la declaración –ampliaciones del mismo- pero jamás, constató de manera integral qué decía toda la prueba, pues también indicó el testigo: “ví a las tres personas, dos hombres una mujer, les pregunté que que (sic) hacían en dos ocasiones y nadie decía (sic) nada, me dio intriga del porqué (sic) no hablaban, cogí por el cuello de la chaqueta y lo aparté de la mujer, tres cuatro segundos pasados, se levanta la mujer enfurecida gritando palabras soeces, diciéndoles poco hombres porque me hicieron esto y otras cosas más”; luego entonces, no es que no hubiese “gritado” la ofendida como lo asumió el demandante; por el contrario, sí lo hizo, pero no en el preciso momento ambicionado por el defensor: cuestión

totalmente insustancial, entre otras reflexiones, al verse respaldada por la autoridad, pues antes tenía temor por su vida, “en aras de la defensa de su integridad y de su libertad sexual”.

Por tanto, el mencionado cercenamiento del medio, objetivamente analizado, no tiene ninguna entidad trascendente, inclusive, porque sí fue considerado integralmente por las instancias, como lo argumentó el juez: “por eso su testimonio, que bien amplio y suficientemente controvertido por los sujetos procesales lo fue, desgarrador y consecuente con los hechos investigados nos llevaron a la firme convicción de admitirlo, así como lo hiciera en su momento la Fiscalía, para volcar en el mismo todo el grado de sinceridad, de sencillez, coherencia y todas las características que requiere un testimonio para reconstruir la veracidad de lo acontecido y cimentar en el mismo la certeza que se requiere y que a no dudarlo ofrece a la jurisdicción, sin atender el menosprecio que se persigue por la defensa”.

Respecto al hecho que ninguno de los agresores le tapó la boca a la víctima, motivo por el cual, esa circunstancia se le abona al delito tentado; con esa particular forma de entender los acontecimientos se pretende transformar el injusto de acceso carnal violento, al anexarle otro componente objetivo que jamás propone, reclama o requiere ese tipo penal, pues jamás él expresa: el que realice acceso carnal con otra persona, mediante violencia, “deberá taparle la boca”, con ello se supedita otra acción al tipo y, se edifica la tentativa, en desmedro de los actos ejecutivos que acompañan el camino criminal, los cuales tampoco suponen para su estructuración, la oclusión de la boca.

Y, la Sala hace claridad, en cuanto la demanda, no moduló algún argumento tendiente a demostrar que los actos idóneos, inequívocos e irrefutables encauzados a la culminación de la infracción, fueron interrumpidos por circunstancias ajenas a la voluntad de los victimarios, por ejemplo, el no gritar, el vestido a la rodilla, son aspectos inherentes a la víctima que no demuestran un delito tentado, más el libelista

quiere hacerlos depender como condición necesaria para la consumación del acceso carnal violento, desde luego, son actitudes y formas intrascendentes si se tiene presente todo el plexo probatorio, que olvidó el actor atacar.

Cuando llegó la “tomba”, esa si sería una circunstancia que acredite la falta de consumación del ilícito contra la libertad y el honor sexuales, pero en si misma considerada, es una motivación aislada y por fuera de contexto probatorio, porque desconoce el actor la credibilidad que los falladores le otorgaron a la declaración de la víctima, en el sentido de haber sido accedida carnalmente por todos los procesados, junto con los testimonios de los policiales y el dictamen pericial que comprobó las lesiones sufridas por ella al momento de la agresión. Incluso, la mujer agredida sostuvo que en el forcejeo entre patadas, puños y arañazos, logró rasguñar a HENRY MALAGÓN, hecho confirmado por las instancias, hasta el preciso instante cuando fue dominada por la pandilla, éstos la sometieron y, al arribar la autoridad, ellos -los uniformados- no se percataron de esa circunstancia, la cual, como es obvio, sucedió concomitante al ataque sexual.

También erró el libelista en su apreciación, condensada en el hecho que si el agente de policía declaró que la víctima tenía puesto su vestido más allá de la rodilla, tal “circunstancia... permite establecer la imposibilidad de las plurales penetraciones vaginales de las que dice la ofendida fue objeto por parte de siete individuos”. Descartando, el libelista, de plano y sin mayores elementos de juicio, las sucesivas invasiones viriles padecidas por NUBIA PEÑA, siendo apenas una hipótesis indemostrada, pues la falda se puede replegar, subir, bajar, doblar, estirar como es apenas natural y no está adherida o fijada a sus rodillas cuerpo o piel perennemente. Con esa presentación intenta descalificar lo narrado por la víctima, otorgándole un valor adicional al vestuario, que no tiene y dejando de lado -otros aspectos- afirmados por el mismo policial en su declaración: “ella misma nos comentó que le faltaban unos cucos y un zapato, pues porque no creerle y como su residencia quedaba a

escasos metros del lugar de los hechos decidimos ir (sic) allá, es más si no estoy mal su hermana le alcanzó unos cucos de un mueble que habían cerca diagonal a la sala”.

Con base en las razones expuestas, el ataque no tiene éxito.

6. Falso juicio raciocinio.

Lo determinó sobre las siguientes pruebas: (i) dictamen médico legal practicado a la víctima, (ii) “examen de investigación de espermatozoides humanos por concentración, centrifugación”, (iii) “examen coloreado practicado a una muestra de frotis vaginal de la ofendida” y (iv) a la declaración del teniente de la Policía CARLOS ANDRÉS MARTÍNEZ MORA.

Esto por cuanto, a los medios probatorios citados les aplica –según el libelista- el principio de la lógica de causa y efecto, para demostrar los yerros anunciados; así como aquellas pautas de las “posibilidades” que pudiesen ocurrir en un dado caso. Por un lado, el experticio de la ofendida muestra la inexistencia de huellas de violencia en la humanidad de la víctima como en sus zona genital y paragenital, lo cual demuestra que la conducta fue tentada; así mismo, tampoco se halló en la frotis vaginal algún residuo o líquido espermático, cuestión que riñe con la razón, entendiendo que los atacantes fueron múltiples (siete en total) alguno de ellos debió “eyacular” dejando muestras de ello en la vagina y el testimonio de del policía MARTÍNEZ, cuando la víctima le dijo que unos individuos la estaban “intentando” violar.

6.1. Sobre la violencia, física y moral en el injusto típico de acceso carnal violento.

Para que se estructure la conducta típica de acceso carnal, la violencia puede ser ejercida mediante la fuerza física o la coerción moral, la cual se utiliza para subyugar y avasallar la voluntad de la víctima. Su ausencia –como lo pregonan el demandante- jamás podrá ser entendida como inexistencia del punible consumado, ni mucho menos, se

agrega, ubicarse como una causal de atipicidad.

La Sala viene examinando este tema junto con otros inescindiblemente vinculados, en sentencias: 9.401 (8-5-1996); 17.068 (26-11-2003); 25.743 (26-10-2000); 26.128 (11-4-2007); 23.593 (11-4-007), 9.401 (8-5-1996); 18.987 (2-6-04); 18.455 (7-9-2005); 23.706 (26-1-2006).

“La Corte ha señalado que el factor de la violencia en el delito de acceso carnal violento debe ser valorado por el juez desde una perspectiva ex ante, esto es, teniendo que retrotraerse al momento de realización de la acción y examinando si conforme a las condiciones de un observador inteligente el comportamiento del autor sería o no adecuado para producir el resultado típico, y en atención además a factores como la seriedad del ataque, la desproporción de fuerzas y el estado de vulnerabilidad de la persona agredida .

Ahora bien, es cierto que tradicionalmente se ha distinguido en las modalidades jurídicamente relevantes de violencia entre la llamada violencia física o material y la violencia moral.

La primera se presenta si durante la ejecución del injusto el sujeto activo se vale de cualquier vía de hecho o agresión contra la libertad física o la libertad de disposición del sujeto pasivo o de terceros, que dependiendo las circunstancias de cada situación en particular resulte suficiente a fin de vencer la resistencia que una persona en idénticas condiciones a las de la víctima pudiera ofrecer al comportamiento desplegado.

La violencia moral, en cambio, consiste en todos aquellos actos de intimidación, amenaza o constreñimiento tendientes a obtener el resultado típico, que no implican el despliegue de fuerza física en los términos considerados en precedencia, pero que tienen la capacidad de influir de tal manera en la víctima para que ésta acceda a las exigencias del sujeto agente, a cambio de que no le lesione grave y seriamente la vida, integridad personal,

libertad o cualquier otro derecho fundamental propio o de sus allegados.

Para efectos de la realización típica de la conducta punible de acceso carnal violento, sin embargo, lo importante no es especificar en todos y cada uno de los casos la modalidad de la violencia empleada por el agresor, sino la verificación desde un punto de vista objetivo y ex ante que la acción desplegada fue idónea para someter la voluntad de la víctima. (...)

Es más, dado que la acción constitutiva del delito en comento debe ser entendida en un sentido normativo y no ontológico, en la medida en que comprende una actividad compleja que no se reduce a la realización del simple acto de acceso carnal ni de un simple acto de agresión, es innegable que las modalidades de violencia son susceptibles de adaptarse a todo tipo de combinaciones y variantes, dependiendo de la manera en que se desarrollen las circunstancias de cada caso en particular (por ejemplo, cambiar de amenazas a vías de hecho y luego volver a las amenazas), e incluso su concurrencia ni siquiera tiene que ser concomitante a la perpetración de la acción que configura el acceso, siempre y cuando la violencia objetivamente valorada ex ante sea la que determine su realización⁴.

Así mismo, la Corte viene sosteniendo que los medios probatorios más expeditos para demostrar tanto la certeza del hecho como de la responsabilidad de los autores, deben guardar ciertos parámetros:

“a) Que no exista incredulidad derivada de un resentimiento por las relaciones agresor – agredido que lleve a inferir en la existencia de un posible rencor o enemistad que ponga en entredicho la aptitud probatoria de este último.

b) Que la versión de la víctima tenga confirmación en las circunstancias que rodearon el acontecer fáctico, esto es, la constatación de la real existencia del hecho; y

c) La persistencia en la incriminación, que debe ser sin ambigüedades y contradicciones". C.S.J., radicación: 26.128, del 11 de abril de 2007".

Desconoció el actor, las lesiones que padeció NUBIA PEÑA, a pesar de citarlas constantemente, las cuales valoraron las instancias en punto del delito consumado, al dictaminar medicina legal una incapacidad por el término de diez días: "Equimosis leve cuello. Equimosis moderada en ambos miembros superior (sic). Equimosis moderada y excoriación en ambos muslos. Equimosis leve en ambas muñecas. Equimosis leve en ambas piernas. Conclusión: Mecanismo causal: contundente, se fija incapacidad médico legal definitiva de diez días. Sin secuelas médico legales": las cuales no se pueden ignorar o desaparecer por el prurito de no ser mortales.

El demandante opina que si no hay violencia en el cuerpo de la víctima no existe delito consumado, cuestión también desafortunada, pues no se pueden ignorar las amenazas, coacciones, chantajes, intimidaciones y presiones (fuerza moral) realizadas sobre el sujeto pasivo de la acción, para doblegar su voluntad, sin que en su cuerpo quede la más leve contusión y menos -como en el caso en estudio- cuando la mujer agredida, ha tenido una vida conyugal activa y con hijos.

Por tanto, es un hecho real, las heridas que recibió NUBIA STELLA, en su cuerpo y salud, tal como lo determinó el médico legista, las que aunadas a su relato, muestran coherentemente la forma y manera como fue arrastrada y accedida carnalmente, hasta el punto que el perito también ubicó elementos naturales como pasto y tierra en su área paragenital.

En consecuencia, la violencia (física o moral) es la que ejerce el victimario sobre la víctima con el inmediato objeto de subyugar su voluntad, dominar sus sentidos, minar su autonomía y aniquilar su resistencia, agresión que no puede identificarse con la que se emplea para consumir el acceso antijurídico, ni mucho menos con el tiempo que puedan

durar los vejámenes.

La ley de la lógica de causa y efecto, si se edifica aislada del concierto probatorio, jamás podrá tener éxito, pues el resultado (penetraciones sucesivas en la vagina) no se constató debidamente con la probable hipótesis del demandante. Es decir, no se puede ignorar lo narrado por la víctima, la coherencia de su relato, las lesiones que sufrió como consecuencia de ser arrastrada, aprisionada, sujeta de manos, pies y cabeza para el logro del acceso carnal mancomunado; el tiempo que duró cada uno de los agresores cuando la penetraron, la captura en flagrancia de los individuos, ella tirada en el potrero y aprisionada en sus extremidades, dos que huyen del lugar, las prendas íntimas perdidas, el vestido rasgado, entre otros elementos de juicio, que llevaron a los juzgadores a predicar responsabilidad penal a título doloso contra los coprocesados.

Cualquier postulado de la lógica, puede parecer válido, en las condiciones analizadas por el actor, por la sencilla razón que en su base, subsisten graves fallas que atentan contra el mismo raciocinio que pretende construir, es como querer reformar un veinteavo piso ignorando las escaleras o el ascensor para llegar a él, o construir una casa olvidando los materiales esenciales como cemento, arena, varillas; todo lo que se haga desconociendo esa realidad, se queda en la lógica del absurdo.

Por sustracción de materia, no se retomará el tema de la materia genética no hallada en la vagina de la mujer agredida, pues ello quedó resuelto en páginas precedentes.

Por último, respecto a la declaración del teniente MARTÍNEZ, cuando adujo que al momento de ser sorprendidos los individuos en el acto ilícito, la mujer le dijo me “intentaron” violar; las instancias argumentaron que ello fue una reacción “momentánea y secundada por el impacto de los hechos”, sin ser la supuesta lógica de las “posibilidades”, válida, precisamente, por identificarse con una conjetura, cuando se alegó en la demanda que si ella dijo eso es porque no se pudo

consumar el acceso carnal violento; contrariando la creencia del libelista, el galeno al estudiar el estado mental de la víctima, afirmó, en palabras del juzgador que: “la valoración psíquica practicada por Medicina Legal a la ofendida... donde se concluye que la víctima presenta signos y síntomas de perturbación síquica permanente, corroborando que ello es debido a los hechos acontecidos, lo que demuestra que efectivamente la situación presentada fue de tal magnitud que el daño psicológico aún no ha sido superado y por ende su afectación ha permanecido en el tiempo y que el dicho de la ultrajada se ajusta a la realidad”; medio de convicción que también olvidó el demandante atacar, a fin de hacer coherente su pretensión.

Por tanto, la censura no prospera.

Finalmente, en lo atinente a la trascendencia global de los cargos, sobre los falsos juicios de existencia, falsos juicios de identidad y falsos raciocinios, desde ningún punto de vista jurídico-probatorio se revelan las falencias atribuidas a los fallos de instancia, como se constató atrás; motivo por el cual, la Sala, como lo anunció en cada ataque, los desestimaré. Sin dejar de lado, como lo tiene sentado la jurisprudencia que los Tratados y Convenios Internacionales ratificados por Colombia, tienen como finalidad proteger la integridad y dignidad de las víctimas tal como lo tiene disciplinado la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer⁵, -como en el presente caso- de “actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer”. (Artículo 7, literal, b).

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

R E S U E L V E

Primero: Desestimar la demanda de casación presentada a nombre de JORGE ENRIQUE MARÍN MORA, en consecuencia, no casar el fallo expedido por el Tribunal Superior de

Bogotá, el 15 de enero de 2003, por las razones aducidas en la parte motiva de este proveído.

Segundo: Contra la presente decisión no procede recurso alguno.

Tercero: Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

AUGUSTO J. IBAÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Las instancias también sentenciaron por el delito aludido, a las mismas penas principales y accesorias, a JOSÉ ISIDRO ZAMORA SILVA, HENRY MALAGÓN SACRISTÁN y JUAN GABRIEL SARMIENTO PINEDA. (No recurrentes en sede extraordinaria).

2 La Delegada citó las obras de TORRES TÓPAGA, William “Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales”; a BUSTOS RAMÍREZ, Juan “Manual de

Derecho Penal, Parte Especial” y BARRERA DOMÍNGUEZ, Humberto “Delitos Sexuales”.

3 Decreto 100 de 1980, artículo 22, Tentativa.- “El que iniciare la ejecución del hecho punible, mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación y esta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad, incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para el delito consumado”. Mismo sentido, artículo 27 de la Ley 599 de 2000, Código Penal vigente, modificado por las Leyes 890 de 2004; 1028, 1032 y 1121 de 2006 y 1142 de 2007.

4 Corte Suprema de Justicia: radicación: 20.423 del 23 de enero de 2008.

5 Adoptada como legislación interna, mediante la Ley 248 de 1995.