

GERSON CHAVERRA CASTRO

Magistrado ponente

SP306-2023

Radicación N° 54809

Acta No 147

Bogotá D.C., dos (02) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO:

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado Juan David Cano López, contra la sentencia del 26 de noviembre de 2018, por medio de la cual el Tribunal Superior de Bogotá confirmó la que en sentido condenatorio dictó el Juzgado 35 Penal de ese circuito, el 16 de marzo de 2017, por el punible de acceso carnal violento agravado.

HECHOS:

El 18 de mayo de 2008 se celebró el cumpleaños de P.A.P.C. en el apartamento de propiedad de su familia ubicado en el barrio Ciudad Salitre de Bogotá, con la presencia, entre otros, de su hermano L.F.P.C. y sus compañeros de colegio C.H.M.R., J.M.A.H., S.P. y Juan David Cano López, todos menores de edad, excepto el último.

En horas de la madrugada, tras la ingesta de alcohol y hallándose todos en la habitación de L.F., salvo P.A.P. y S.P., la joven C.H.M.R, entonces de 17 años de edad, accedió a tener

relaciones sexuales con J.M.A.H.

Sin embargo, a pesar de su negativa y resistencia a sostenerlas con L.F.P. y Juan David Cano, éstos, golpeándole aquél en la cabeza, mientras la sujetaban de las manos, la accedieron carnalmente a la fuerza, vía anal el primero y vaginal el segundo.

ANTECEDENTES:

1. Denunciados por la víctima, el 30 de marzo de 2012, los anteriores acontecimientos, se llevó a cabo, el 2 de octubre de 2013, ante el Juzgado Noveno Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, audiencia en la cual se formuló imputación a Juan David Cano López por el delito de acceso carnal violento agravado.

2. El 5 de mayo de 2014, previa presentación del correspondiente escrito, se celebró en el Juzgado 35 Penal del Circuito de Bogotá audiencia en la cual el imputado fue acusado por el delito en mención.

3. Verificadas seguidamente las audiencias preparatoria y de juicio oral, el despacho de conocimiento dictó sentencia el 16 de marzo de 2017 para condenar a Juan David Cano López a la pena principal de 128 meses de prisión como autor del delito materia de acusación, no reconocerle subrogado penal alguno y disponer, en consecuencia, su captura, a hacerse efectiva una vez el fallo cobrare ejecutoria.

4. Dado el recurso de apelación que contra esa providencia interpusiera la defensa del procesado, el Tribunal Superior de Bogotá dictó la suya el 26 de noviembre de 2018 confirmando la impugnada.

A su turno el mismo sujeto procesal recurrió en casación de manera oportuna el fallo del ad quem y lo sustentó con el correspondiente libelo.

LA DEMANDA:

Primer cargo:

Con sustento en la causal segunda de casación, acusa el demandante la sentencia recurrida de haber sido proferida en un proceso viciado de nulidad por afectación de su estructura en razón a la indebida presentación de los hechos jurídicamente relevantes tanto en la imputación como en la acusación en la medida en que el Fiscal, si bien hizo una narración fáctica, no demostró su incidencia jurídica por limitarse simplemente, en contravención al artículo 288.2 de la Ley 906 de 2004, a la lectura de la denuncia formulada por la víctima, independientemente de las advertencias que formulara en torno a la adecuación típica de la conducta, la pena prevista para la misma y las consecuencias en el evento de que se aceptaren cargos.

Es que, añade, dada la definición de hechos jurídicamente relevantes, la denuncia no es suficiente sustento de la imputación, ni de la acusación, y mucho menos las sustituye, si no se le confronta con la norma penal, o si en tales actos no se efectúa una mínima valoración de los elementos materiales de prueba, evidencias e información legalmente obtenida, ni se hace siquiera un raciocinio del cual inferir razonablemente la autoría o participación del imputado en los sucesos.

Es más, al haberse acusado a Cano López como coautor, era de esperarse que la Fiscalía estructurara una hipótesis completa de los hechos con relevancia jurídica que le permitiera hablar de ese instituto atribuido al acusado, precisando por qué se le tiene por tal, quiénes fueron los otros, en qué consistió el acuerdo común, cuál la labor desarrollada por cada uno de ellos y cuál la importancia de su respectivo aporte.

La denuncia, por tanto, afirma el censor, no es el hecho, sino su narración; es respecto de aquél y no de la queja que el fiscal debe examinar su correspondencia con la norma penal, de modo que la defensa pueda ejercerse en torno a la acusación y no con respecto a la

noticia criminal.

En el contexto del cargo hay, además, un hecho que reclama un raciocinio en relación con su correspondencia a la norma penal, referido a la edad del acusado para la época de los sucesos y la importancia de tal dato en la actuación judicial, pues no se entiende la decisión de que solo quien ostentara la mayoría de edad podría ser objeto de imputación y acusación, no obstante los señalamientos de la víctima. De haberse presentado clara y sucintamente los hechos jurídicamente relevantes se habría visto compelida la Fiscalía a sustentar su decisión de no imputar, ni acusar a los otros contertulios menores de edad y por qué privilegió la edad de Juan David Cano para hacerlo sujeto de acusación en este asunto, o por qué se dio tanta trascendencia a tal elemento.

Segundo cargo:

Con sustento en la misma causal denuncia ahora el censor la afectación del derecho de defensa de su prohijado en torno a la prerrogativa de presentar o pedir pruebas, la cual se activa precisamente desde la imputación y la acusación, pues, aunque en estos escenarios no es viable su cabal ejercicio, sí constituyen el marco de la labor investigativa de la defensa, de modo que, al omitirse las formas propias de dichos actos, ya resaltadas en el anterior reparo, se vulneró la citada garantía constitucional, no porque se hayan negado pruebas solicitadas por la defensa, sino porque éstas dependen de aquellos eventos que estructuran el tema de prueba a discutirse en el juicio oral, lo que significa que si los hechos jurídicamente relevantes presentados por la Fiscalía son incompletos, el tema de prueba también lo será, pero si ellos son claros y sucintos podrá establecerse con mayor nitidez qué es lo que pretende probarse en el juicio.

En ese orden, las pruebas solicitadas a favor del acusado en la audiencia preparatoria muestran una evidente relación con el tema probatorio que emerge de la acusación, es decir que lo pedido por el defensor corresponde a lo narrado en la denuncia y no a hechos

jurídicamente relevantes que permitieran a la defensa estructurar una teoría del caso.

Si la Fiscalía hubiera cumplido su deber de investigar los hechos denunciados, habría presentado una acusación completa, con un tema probatorio igual, a los cuales la defensa habría podido responder con una labor probatoria íntegra que enfrentara la acusación.

Solicita el demandante que a consecuencia de estos dos reparos se case la sentencia recurrida y se anule lo actuado a partir de la audiencia de acusación a fin de que se ofrezca a la defensa la oportunidad de requerir a la Fiscalía el cumplimiento de la exigencia prevista en el artículo 337.2 de la Ley 906 de 2004.

Tercer cargo:

Subsidiariamente y al amparo de la causal tercera de casación, acusa el demandante la sentencia impugnada de haber incurrido, al valorar las pruebas que determinaron la absoluta credibilidad otorgada a la víctima, en los siguientes errores de hecho:

1. Falso raciocinio por desconocimiento de las máximas de experiencia, en cuanto, de conformidad con el examen psicológico practicado a la víctima, ésta presenta síntomas de estrés postraumático originados con muy alta probabilidad en una agresión sexual, hecho este que sin embargo fue ocultado por cuatro años, pues no quería la agredida causarle un dolor a su progenitora debido a que los implicados fueron sus alumnos.

A partir de esos indicadores, el juzgador concluyó que la ofendida merecía credibilidad y que su versión resultaba así ser la prueba basilar de la condena, pero este raciocinio, en sentir del libelista, resulta absurdo toda vez que de aquellos no se sigue la referida deducción y en cambio sí la de que ante esos síntomas causados por un episodio de esa magnitud, éste se cuenta y se denuncia de inmediato.

Más absurdo, si el propósito del secreto fue no causarle un dolor a la maestra por el

comportamiento de sus alumnos y no uno por la tragedia de su hija.

Ese raciocinio contradice las reglas de la experiencia porque lo normal no es que la víctima de una agresión como la denunciada, que le produce pesadillas, ansiedad, insomnio, miedo y llanto decida soportar en silencio en lugar de compartir esa realidad con su madre y denunciar ante la justicia.

Tampoco corresponde con lo que normalmente sucede que una menor decida proteger a su madre, docente acostumbrada a tratar con adolescentes, o que con el mismo propósito oculte hechos que la afectan tan gravemente.

2. Falso raciocinio por desconocimiento de las máximas de experiencia en la medida en que los juzgadores de instancia, aunque reconocieron el estado de embriaguez que para el momento de los hechos presentaba la ofendida, le restaron importancia o lo pasaron por alto para, en su lugar, dar credibilidad al dicho de ésta a pesar de que su memoria se hallara afectada no sólo por la beodez, sino también por el paso del tiempo, ya que la denuncia se formuló 4 años después de la agresión, de modo que debieron considerar el olvido, la contaminación de la información y los vacíos que durante ese lapso pudieron haber ocurrido, sobre todo porque en ese transcurso la tendencia natural es la de omitir los detalles vividos y llenar, de manera inconsciente, las lagunas que se van produciendo con información traída de otros lugares a través de un proceso, voluntario o no, llamado confabulación.

Y en cuanto a la embriaguez, aunque en este asunto la víctima acepta que se hallaba en tal estado, pero a pesar de él recuerda lo sucedido, es lo cierto que también reconoce no rememorar muchos momentos de aquella noche precisamente por estar tomada, luego, resultan inanes los esfuerzos del sentenciador, no empuja a admitir la mediación del elemento temporal y la embriaguez, para establecer un esquema que permita distinguir momentos y etapas de lo ocurrido en los cuales la quejosa expresó libremente su voluntad

de aquellos en los que la retiró.

Esa forma de razonar, sostiene el demandante, ignora reglas de experiencia que demuestran que la beodez y la cronología ayudan a olvidar lo vivido o lo percibido.

Si la testigo estaba embriagada el día de los hechos, su dicho no es confiable porque el alcohol afecta los procesos mnemónicos, luego no puede sustentar una condena. O, si han pasado más de 4 años desde la ocurrencia de los sucesos, tampoco lo es porque el tiempo afecta la capacidad de recordar.

3. Falso juicio de identidad por cercenamiento del testimonio de C.H.M.R., toda vez que de sus diversos relatos emerge una velada aquiescencia en torno a lo ocurrido aquella noche: J.M. le tocó las piernas y aunque le pareció extraño nada reclamó; también éste le desabrochó el brasier y simplemente le pidió que se lo volviera a abrochar; aunque pidió protección a S.P. no lo siguió cuando se retiró del cuarto; la besaron en el cuello y los labios, le tocaron los senos, pero tampoco opuso resistencia ni se retiró; le pidieron sexo oral y accedió a ello sin reclamo alguno, por el contrario pasivamente dijo que no.

Es decir, afirma el censor, la supuesta víctima tuvo oportunidad de resistir o de negarse, a cambio se limitó a solicitar un mejor trato o a reclamar por qué a ella, todo lo cual reforzó cuando al hablar posteriormente con S.P. se quejó de dolor en el cuerpo porque habían sido tres, expresión que no se habría dado si todo hubiera ocurrido en el contexto de vejación y violencia de que ha hablado.

Todas esas actitudes y expresiones de la denunciante fueron omitidas de la valoración efectuada en las instancias, sin que pueda suplirse con las consideraciones hechas en torno al consentimiento para tener relaciones sexuales con J.M.A. y negárselo a los otros dos.

En resumen, agrega, en el examen del conjunto probatorio los juzgadores omitieron analizar aspectos que habrían conducido a una absolución: alcoholemia, factor cronológico y

participación activa de la quejosa en la cuestionada fiesta, todo lo cual al menos genera una duda insalvable sobre la responsabilidad del acusado, más aun cuando no hay referencia alguna que facilite obtener información post-suceso a la que la quejosa hubiese estado expuesta entre la fecha de los hechos y su testimonio, o cuando el dictamen psicológico aportado por la Fiscalía alude a un sinnúmero de hechos como causa de los síntomas que a ese nivel presentaba la víctima, así haya concluido que el origen de los mismos podía ser en alta probabilidad, un episodio de agresión sexual.

Solicita, por tanto, principalmente y que a consecuencia de los dos primeros reparos se anule la actuación procesal por afectación sustancial de su estructura y de las garantías debidas al acusado y subsidiariamente, por razón de los errores de hecho denunciados o del in dubio pro reo, se absuelva a su defendido.

Precisa, sin embargo, en el trámite de sustentación del recurso ante la Corte, que la conclusión lógica de los planteamientos desarrollados en la demanda, no puede ser la de anularse la actuación a consecuencia de los vicios de estructura y de garantía denunciados, sino la absolución del procesado en tanto el primer defecto alude a la omisión de los deberes de investigación de la Fiscalía referidos al acopio probatorio de cargo, pues la denuncia es la narración de los hechos, pero no la prueba de ellos y porque en ese contexto se limitó a la defensa el derecho a pedir pruebas, de modo que la sentencia es así resultado de la violación al principio de necesidad de la prueba.

Por tanto, concluye, si el problema denunciado en los dos primeros cargos alude a deficiencias de carácter probatorio, debe concluirse que la Fiscalía no acreditó la responsabilidad del acusado y que, en esas condiciones, procede la absolución, como así la solicita a consecuencia de que el fallo recurrido sea casado.

LA FISCALÍA:

Primer cargo:

En opinión del Delegado de la Fiscalía esta censura no debe prosperar pues la imputación y la acusación son actos de parte que, por vía de principio, carecen de control judicial, sin que, además, la indebida descripción de los hechos jurídicamente relevantes sea causal invalidante.

Si era de su interés, la defensa debió pedir aclaración o corrección de esos aspectos en la audiencia de formulación de acusación (art. 339. CPP); o, inclusive, postular ahí una eventual nulidad si es que consideraba que realmente existía un vicio de estructura; no posteriormente.

Segundo cargo:

Tampoco este reproche, en criterio de la Fiscalía Delegada, tiene vocación de prosperidad por cuanto en el expediente se constata que la supuesta o pretendida indeterminación de los hechos jurídicamente relevantes, tanto en la imputación, como en el escrito de acusación y en la audiencia de formulación de acusación, de ninguna manera impidió a la defensa pedir las pruebas que estimó viables acorde con su propia estrategia, lo cual supone el entendimiento integral de los hechos relevantes y su reflejo en lo normativo, fue así como en la audiencia preparatoria la defensa solicitó sus propios testimonios y la experticia que estimó necesaria; pruebas que le fueron decretadas, por pertinentes y admisibles.

Adicionalmente, la esencia de este cargo consiste en una mera apreciación subjetiva, dado que, en realidad, nada impide comprender los sucesos que involucran al acusado, ni se ha planteado un problema de incongruencia.

Es, finalmente, a la Fiscalía a quien corresponde construir una hipótesis fáctica correcta y demostrarla; pues, de lo contrario, la defensa podría abogar por una sentencia absolutoria, mas no por la declaratoria de nulidad para que la actuación se rehaga correctamente.

Tercer cargo:

1. Error de hecho por falso raciocinio. Violación de reglas de experiencia.

El defensor supone que existe una máxima de la experiencia según la cual las víctimas no ocultan durante largo tiempo lo que les ha sucedido para proteger a su mamá de un sufrimiento, de modo que los jóvenes ocultan sus faltas sólo para salvarse a sí mismos de las reprimendas por sus malas acciones.

En esos términos dice, el Delegado, se trata de la exposición del pensamiento particular del libelista, que no responde al planteamiento lógico de las reglas de experiencia.

En la vida cotidiana un joven también puede ocultar temporal o definitivamente sus malas acciones con el fin de evitar el sufrimiento de sus seres queridos. O puede tomar esa decisión con propósitos diversos, como, por ejemplo, evitar que al descubrirse la verdad las sanciones también recaigan sobre terceros involucrados. Por ello, precisamente, ante múltiples alternativas el planteamiento del demandante no alude a una máxima de la experiencia que el Tribunal Superior hubiese ignorado.

2. Error por falso raciocinio. Infracción de leyes científicas.

En concepto de la Fiscalía Delegada, acierta el demandante al afirmar que la prueba fundante de la condena fue el testimonio de la presunta víctima C.H.M.R., a quien los Jueces de las dos instancias le otorgaron total y plena credibilidad pero mediando un error de raciocinio por desconocimiento de las ciencias.

El problema jurídico surge a partir de que, entre la noche y la madrugada de los hechos, C.H.M.R. consumió una cantidad desmedida de alcohol, hasta la embriaguez (se ignora en qué grado).

Sin embargo, en el fallo se abordó su testimonio de una manera por entero subjetiva, a la usanza de la íntima convicción, más no en sana crítica, como método técnico científico de obligatoria observancia.

Así, los jueces no tuvieron en cuenta ninguno de los principios técnico científicos contenidos en el artículo 404 de la Ley 906 de 2004, nada expresaron sobre los efectos del alcohol en la conducta, percepción y memoria de C.H.M.R.; tampoco acerca de las circunstancias en que tuvo esas percepciones, ni sobre la incidencia de la sustancia etílica en sus procesos de rememoración.

Desde la formulación de la denuncia, el 30 de marzo de 2012, C.H.M.R. afirmó que todo aconteció el 18 de mayo de 2008, después de una importante ingesta de licor. Quizá por eso, a lo largo de la actuación procesal, en sus relatos aplica algo así como una memoria selectiva, pues afirma recordar ciertos detalles que incriminarían al implicado y al mismo tiempo dice no recordar otros hechos importantes.

No obstante, el a quo cimentó la condena en el relato ofrecido por ella, sin reparar en el significado de que estuviera disminuida por el avanzado estado de embriaguez en que se encontraba.

El Tribunal, por su parte, a partir de considerar que C.H.M.R. había consumido bebidas alcohólicas, advirtió que su ingesta por una niña de diecisiete años genera embriaguez con más facilidad que en un adulto.

A pesar de tales reconocimientos, no se examinó el testimonio de la afectada según el tamiz técnico científico a que obliga la norma citada, de modo que, sin más y en lo que hace a las circunstancias de percepción, afectación de la memoria y procesos de rememoración, los juzgadores lo estimaron por entero creíble, básicamente por que encontraron el relato claro, coherente, diáfano y reiterativo.

Tales subjetividades son las que el legislador quiso erradicar con la instauración del método técnico científico, pues no se trata solo de creer o no creer lo dicho por el testigo, sino de ofrecer en la motivación del fallo, cuáles de los aspectos a que alude el artículo 404 nutren o descartan la convicción a que ha llegado el juzgador.

No se ignora que la psicóloga que empezó a tratar clínicamente a C.H.M.R., más de cuatro años después de los hechos, encontró en la paciente cuadros de depresión, ansiedad, llanto fácil y desorden emocional, cuyas causas podrían ser múltiples, incluido el impacto de un abuso sexual.

Pero su análisis genera otro problema de apreciación probatoria articulado con el falso raciocinio antes descrito, porque tiende a confundirse la opinión clínica de un profesional de la salud, con una experticia destinada a fines forenses. Nada indica que la anamnesis de C.H.M.R. haya sido filtrada o procesada por la psicóloga, desde los elementos de percepción, memoria y capacidad de recordar, afectados por el importante consumo de alcohol.

En su testimonio, C.H.M.R. dijo no saber la cantidad de licor que compraron, ni el que consumieron, pero reconoció que fue bastante, así como que estaba ebria, no obstante lo cual sostuvo recordar todo o por lo menos la mayoría de los hechos.

El Tribunal admitió que en el relato de la supuesta víctima existían algunas inconsistencias justificadas porque había consumido bebidas alcohólicas, pero a la vez estimó que las mismas no son de tal entidad que permitan desvirtuar la existencia de la conducta investigada, pues en nada alteran sus relatos coincidentes en los aspectos sustanciales.

El falso raciocinio, por tanto, se patentizó cuando el juzgador justificó las inconsistencias en el relato de C.H.M.R. por el consumo de alcohol, pero sin reconocer que esto alterara los resultados, lo cual significó el desconocimiento de los aportes de las ciencias que han estudiado los efectos de las sustancias embriagantes frente a la percepción, memoria, juicio, frenos inhibitorios, etc. Entre ellos, los manuales del Instituto Nacional de Medicina

Legal y Ciencias Forenses, donde se cataloga el consumo de licor en grados de afectación, por cantidades, talla, peso y condiciones especiales de la persona que lo consume.

Esas omisiones son trascendentes, dado que, de haberse estudiado los efectos de ese importante consumo de alcohol en los sentidos de C.H.M.R., quien estaba cercana a sus 18 años para la fecha de los hechos, en especial, para su percepción, memoria y facultades de rememoración, se hubiese comprendido que no era suficiente quedarse en que su relato era claro y coherente, para tomarlo como fuente segura de verdad y credibilidad basilar para la condena.

Por el mismo sendero, hubiese sido ideal que se estudiaran los efectos del consumo desmedido de alcohol en el acusado, quien apenas acababa de alcanzar la mayoría de edad.

El consumo de alcohol incide en el comportamiento y en el juicio, en las condiciones físicas y psíquicas de atención y percepción y afecta la memoria, inclusive hasta la coherencia frente a asociaciones de ideas.

En consecuencia, sería necesario sopesar las pruebas en sana crítica antes de adoptar la decisión que corresponda.

3. Falso juicio de identidad.

Dadas las circunstancias del falso raciocinio considerado en precedencia, no es precisa, dice el Delegado, la afirmación según la cual el Tribunal Superior cercenó la versión de C.H.M.R.

Este cargo, aisladamente visto, no podría prosperar, porque no se trata de mutilación o recorte en la versión de aquella joven, sino que dicha prueba quedó afectada integralmente por haberse analizado bajo el defecto del falso raciocinio, lo cual conllevó a que se le concediera un peso demostrativo del cual carece.

Por tanto, concluye el Delegado de la Fiscalía, si la Corte encuentra demostrado y trascendente el falso raciocinio que desconoció las ciencias, las otras pruebas practicadas no permitirían ratificar la condena, ante la pluralidad de dudas insolutas, independientemente de que el caso se aborde desde una avanzada perspectiva de género o bajo la óptica del interés prevalente de la afectada como menor de edad para la época de los hechos.

La innegable tensión entre los derechos de la presunta víctima y del implicado, hace que su ponderación aconseje la declaratoria de nulidad desde el momento en que se estime oportuno, con el fin de que se rehagan las diligencias procurando salvaguardar en la mayor medida posible esas garantías fundamentales.

EL MINISTERIO PÚBLICO:

Primer cargo.

Es necesario destacar, dice la Delegada, que, según el escrito de acusación, al procesado se le imputó legalmente el delito de acceso carnal violento agravado conforme al relato de los hechos allí reseñados.

Pero ninguna razón tiene el defensor acerca de que tales sucesos, en tanto jurídicamente relevantes, fueron presentados de forma indebida por la Fiscalía, toda vez que en aquel acto la situación fáctica fue descrita de manera prolija y pormenorizada a través de la denuncia formulada por la víctima, quien contó detallada y esmeradamente las circunstancias en que, en contra de su voluntad, fue agredida sexualmente por varios de sus compañeros de colegio, lo que significa que se satisfizo la exigencia de claridad y síntesis hecha por el artículo 337 de la Ley 906.

La relevancia jurídica de tales hechos está supeditada a su correspondencia con la norma penal, por eso la Fiscalía acertadamente los calificó como acceso carnal violento.

Y en cuanto poseen un carácter estructural del debido proceso y expresión de la garantía de defensa, deben cumplir unos mínimos jurisprudencialmente exigidos, acá satisfechos, por manera que no es cierto que la Fiscalía haya incurrido en omisión al presentarlos; por el contrario, se denota que, de conformidad con la acusación, el ente fiscal efectuó una relación clara y sucinta de todos los hechos jurídicamente considerados principales, en un lenguaje comprensible y fácilmente entendible, es decir, con expresiones inteligibles y claras, conforme lo ordena el artículo 337.2 del C. de P.P., lo cual equivale a decir que el reparo así propuesto deberá ser desestimado.

Cargo segundo.

Tampoco puede prosperar la censura propuesta por violación al derecho de defensa bajo el supuesto de que al procesado se le afectó la garantía a presentar y pedir pruebas pues, además de inoportuna porque el debate probatorio se efectuó y agotó en el trámite de las instancias, no es cierto que aquella le haya sido vulnerada habida cuenta que la sentencia de condena se basó en las pruebas debidamente decretadas y debatidas en el juicio oral, como lo prevé el artículo 381 del C. de P.P.

Por eso el Tribunal destacó que lo señalado por la víctima encontró soporte en lo expuesto por la sicóloga que valoró su caso a petición de la Fiscalía, afirmando que el evento que reportó la paciente correspondía a un presunto abuso sexual y adicionalmente subrayó que el recaudo probatorio se ofrecía claro y coherente, pues la joven víctima refirió de manera diáfana la agresión sexual por parte de sus compañeros, incluido el enjuiciado, de quien dijo utilizó medios violentos para accederla carnalmente.

Por tal razón, el fallo de segunda instancia concluyó que los ataques desarrollados por el procesado, junto con los otros compañeros de colegio, consistieron en una mezcla de actos de violencia física ejercidos sobre la joven C.H.M.R., que incluyó asirla fuertemente, lanzarla al piso y golpearla, con lo cual, quedó demostrado el uso de la violencia para perpetrar el

acceso carnal, como lo reclama el artículo 205 del C.P.

En este contexto, de conformidad con lo probado en el decurso del proceso, todas las pruebas debatidas en el juicio oral, en especial el testimonio de la víctima y la sicóloga clínica, llevaron a los jueces de instancia, al conocimiento y demostración más allá de toda duda razonable sobre la responsabilidad penal del procesado, en el delito de acceso carnal violento agravado, como le fue imputado por la Fiscalía y como bien lo destacó el fallo del Tribunal; quedó comprobado que la víctima no consintió el acceso y que además, el condenado empleó violencia en su contra.

Además, no existe constancia procesal, ni el recurrente demostró que durante la audiencia preparatoria o las etapas procesales, la defensa hubiese solicitado pruebas tendientes a demostrar la inocencia de su patrocinado y se les hubiera negado injustificada e inmotivadamente.

Cargo tercero.

1. La postura del demandante en torno al cuestionamiento por la credibilidad que el juzgador le defirió al testimonio de la víctima se ofrece equivocada, pues corresponde más a una apreciación personal y particular sobre las conclusiones a que llegó el Tribunal en tanto pretende que se deseche la queja de la ofendida bajo la única circunstancia del trascurso del tiempo entre el acontecer fáctico y su posterior denuncia, pero sin ofrecer razones ciertas y objetivas de su discrepancia.

El falso raciocinio así alegado, exigía del actor indicar en forma objetiva exactamente qué decía el medio probatorio, cuál fue la inferencia a la que equivocadamente arribó el Tribunal y cuál era en su sentir la correcta, así como el mérito persuasivo otorgado y el postulado lógico, la ley científica o la máxima de la experiencia que fue desconocida con la sentencia del ad quem. También debió identificar la norma que en su criterio resultó excluida o indebidamente aplicada, así como la trascendencia del yerro con el propósito de establecer

que, de no haberse incurrido en el error aludido, el sentido de la sentencia habría sido sustancialmente diferente, pero ninguno de estos aspectos fue debidamente acreditado por el recurrente.

El hecho de que se haya demorado cerca de cuatro años en denunciar lo acontecido, no desdice para nada la realidad de los sucesos, pues lo probado por los fallos de instancia se derivó de las comprobaciones fácticas sobre el proceder criminal del procesado, quien junto con otros compañeros de colegio, accedieron carnalmente mediante violencia a la joven C.H.M.R., en la madrugada del 18 de mayo de 2008, sin que el transcurso del tiempo constituya razón suficiente para concluir que la conducta o la responsabilidad del procesado se desfiguraron.

Tratándose de delitos sexuales no resulta extraño que la víctima no denuncie de inmediato los hechos, son muchos los casos en los cuales estos delitos se mantienen en silencio por sus víctimas por diferentes razones hasta cuando en algún momento se toma la decisión por las agredidas de no callar más y no cargar con ese silencio, mientras sus agresores en muchas ocasiones continúan realizando ese tipo de comportamientos reprochables, siendo la denuncia el único obstáculo que se tiene para evitar futuras víctimas. Sin considerar el ingrediente que la progenitora de la víctima tendría contacto con los agresores por ser sus alumnos de colegio y por esta razón quería evitar otras consecuencias.

La circunstancia de haber denunciado la víctima varios años después la agresión sexual de que fue objeto, no lleva a deducir inexorablemente como lo entiende el demandante, que el acceso carnal no se hubiera efectuado por el procesado, sino que obedeció al temor fundado de la perjudicada ante la posible reacción de su propia madre y además, porque le era imposible admitir que ese hecho traumático le hubiese ocurrido, aunado a que los agresores no solo eran sus compañeros de estudio, sino alumnos de su progenitora.

EL APODERADO DE LA VÍCTIMA:

Primer cargo.

Si para la defensa, dice el apoderado de la víctima, no resulta relevante la situación fáctica que la Fiscalía relató desde la imputación, lo obvio era que su queja la exhibiera desde las primeras etapas del proceso y no a estas alturas del trámite, pues eso significa simplemente que convalidó lo actuado, tanto que, ni en los alegatos finales, ni en la apelación de la sentencia, expuso argumento alguno que persiguiera la invalidez de lo actuado por el yerro que ahora denuncia en casación.

Ahora, si no entendió de qué debía defender al acusado, cómo comprender que haya contratado un perito psicólogo, realizado una fijación fotográfica del lugar de los hechos, o solicitado la práctica de una serie de pruebas que se le decretaron.

La situación fáctica no pudo quedar mejor reseñada a como se hizo en la imputación y acusación, ella es relevante para el derecho penal en tanto se adecuó fácilmente a una de las prohibiciones legales del estatuto penal y permitió, mediante el desarrollo del juicio oral, arribar a una sentencia de condena.

Por demás, cuando se solicita la nulidad de una actuación procesal se trata, como remedio extremo, lo procedente es que se delimite exactamente desde qué momento se vició y hasta dónde debe retrotraerse a fin de subsanar los yerros cometidos que atentaron contra las posibilidades defensivas, por manera que no basta, como lo hace el demandante, simplemente solicitar la nulidad del proceso so pretexto de que se afectó su estructura o las garantías del acusado porque eso evidencia una indeterminación frente a la decisión que se ha de tomar cuando, en contrario, el principio de concreción delimita y exige que se formule una petición cierta sobre la etapa procesal hasta donde invalidar la actuación.

En este asunto, el recurrente sencillamente dejó al arbitrio del fallador la decisión al no postular una petición concreta y exacta en torno a la nulidad de lo actuado, lo que se agrava cuando ningún análisis se hizo de los principios de convalidación y de trascendencia que

hicieran ver algún efecto benéfico si se reiniciara el juicio, nada de lo cual se suple con la escueta afirmación de no estar conforme con la manera en que la Fiscalía dio a conocer los hechos jurídicamente relevantes.

Por eso, concluye, el cargo de nulidad no puede prosperar.

Segundo cargo.

Al igual que en el anterior reproche, dice el no recurrente, el censor se muestra inconforme porque, a pesar de su solicitud de pruebas y correspondiente decreto, la actividad defensiva se redujo correlativamente a la inactividad del acusador.

Sin embargo, lo cierto es que los elementos materiales probatorios y la evidencia que aportó la Fiscalía fueron suficientes para conducir a los juzgadores de instancia al establecimiento de los requisitos para condenar, por manera que la censura sobre la imposibilidad de realizar un mejor trabajo probatorio no representa una proposición nueva que incluya cuáles pruebas, siendo pertinentes, conducentes y trascendentes, resultaban viables de llevar al juicio oral, ni mucho menos su incidencia en la declaración de responsabilidad, lo cual hace que el reparo se quede en el mero enunciado, carente de un desarrollo argumentativo que permita a la Corte proferir un fallo acorde con lo demandado.

Así como en el cargo anterior, tampoco en este se hizo examen alguno sobre los principios orientadores de las nulidades, luego también está llamado a fracasar.

Tercer cargo.

Resulta por eso absurdo que el problema se plantee en esos términos y se extraiga del hecho indicador una inferencia acomodada a las necesidades de la defensa y no a la realidad factual y vivencial que tuvo que soportar la agredida; estaba dentro de las posibles reacciones ocultarle su desgracia a su progenitora para evitarle el sufrimiento, que en

ultimas le causó, cuando ya no pudo sobrellevar en soledad aquella afrenta que afectó su vida para siempre.

No es, por tanto, que el ad quem haya infringido una regla de experiencia existente, inmutable y aplicable a todos los casos, mucho menos cuando valoró suficientemente el dicho de la víctima y concluyó con él que esos hechos si ocurrieron en la forma como fueron narrados en el juicio oral.

2. El segundo reproche formulado como falso raciocinio se pretende sustentar en la capacidad de recordación o de memoria de la ofendida, pero desconoce el censor que tal aspecto ha debido debatirse en el ámbito y oportunidad señalados en el artículo 403 del C. de P. P., esto es a través del contrainterrogatorio a efectos de restarle credibilidad.

No haberlo hecho así, para plantear ahora un análisis que pretende enseñar cómo han debido los falladores analizar y valorar ese testimonio, no solo desconoce la pericia de éstos en esa labor sino la incapacidad defensiva durante el juicio a cambio de que a manera de instancia se comparta su tesis por el simple hecho de presentar una posición analítica que dista de la que tuvieron en su momento quienes dictaron las sentencias prevalidas de la doble condición de acierto y legalidad.

Si, según lo planteado, toda persona que ingiere licor olvida lo que le sucede, semejante conclusión facilista no es más que la evidencia de una concepción muy personal de ese testimonio a consecuencia de haberse perdido la oportunidad legal y procesal que condujera a su eventual demérito.

3. Para efectos del falso juicio de identidad que se denuncia, el censor, dice el apoderado de la víctima, confunde en un solo acto la queja y la declaración que la ofendida rindió en juicio oral, no obstante que aquella no es parte de ésta, ni puede siquiera considerarse prueba; por lo mismo, cualquier cotejo entre ellas carece de sustento legal y en esa medida vuelve a caer el censor en el yerro de no haber utilizado las herramientas que tenía a su favor

durante el juicio para desacreditar el testimonio o restarle credibilidad.

Por todo lo anterior solicita que la sentencia recurrida no sea casada.

CONSIDERACIONES:

Causal segunda:

1. Si bien el demandante formuló, al amparo de la causal segunda de casación, dos reparos independientes con el mismo propósito y bajo el mismo supuesto, su examen se abordará en forma conjunta en la medida en que, en esencia, suponen afectada la estructura del proceso, de un lado y conculcada la garantía de defensa, de otro, por considerar que los hechos jurídicamente relevantes expuestos en los actos de imputación y acusación no satisfacen, respectivamente, los estándares previstos en los artículos 288.2 y 337.2 de la Ley 906 de 2004.
2. Ciertamente, aunque las funciones de imputación y acusación que corresponden a la Fiscalía General de la Nación, no están sometidas a control material por parte de los jueces, no puede desconocerse que, en términos de los artículos 286, 287, 336 y 337 ídem, se trata de actividades legalmente regladas.

Resulta, por eso, imperativo para quien las ejerce, exponer con claridad, concisión y en un lenguaje comprensible los hechos jurídicamente relevantes, es decir, los acontecimientos que se adecuan a la respectiva norma penal, todo con el fin de que el imputado o acusado comprenda los sucesos ante los cuales ha de ejercer su defensa, tanto material como técnica.

A esos efectos, aunque ha sido práctica muy común de los diversos fiscales delegados, como sucedió en este evento, entremezclar los hechos que encajan en la descripción normativa con los datos a partir de los cuales puede inferirse el jurídicamente relevante y el

contenido de los medios de prueba o estos mismos, tal forma de proceder, per se, no entraña el incumplimiento del requisito citado, si por otro lado se logra, atendido el principio de instrumentalidad de las formas, la finalidad para la cual dichas actuaciones estaban destinadas.

En otras palabras, la lectura de medios de prueba, o más específicamente en este caso, de la denuncia, que sustenten los hechos jurídicamente relevantes, sin que sea lo recomendable, no constituye, sin más, una irregularidad que conduzca a la invalidación de lo actuado.

Si de esa actividad emergen con claridad, concisión y en lenguaje inteligible los sucesos que se comprenden en el respectivo tipo penal y en consonancia con ellos el procesado entiende a cabalidad cuáles son los cargos por los cuales se le formula imputación y acusación, ninguna afectación se habrá producido al debido proceso, ni a su expresión en la garantía de defensa, materializada a su vez en el derecho a solicitar la práctica de pruebas de conformidad con la comprensión que de aquellos haya asumido.

Por eso, en cada caso, no empece la práctica de comunicar los cargos a través de la relación del contenido de las evidencias y demás información recaudada por la Fiscalía durante la fase de indagación, debe evaluarse si se cumplieron los objetivos de las respectivas diligencias, especialmente, si al imputado o acusado se le brindó información suficiente acerca del componente fáctico de los cargos y sobre la calificación jurídica de los mismos, bajo el entendido de que ésta, hasta entonces, tiene un innegable carácter provisional.

3. En este evento, a través de los dos reproches sustentados en la causal segunda, el casacionista pretende la invalidación de lo actuado desde la imputación, o la absolución del acusado por la aducida incidencia del vicio denunciado en la conformación del conjunto probatorio, pero en ambos bajo el mismo sustrato de que en uno y otro acto se faltó

precisamente a ese deber de relacionar clara y sucintamente los hechos con relevancia jurídica.

Sin embargo, aunque ciertamente la Fiscalía incurrió en la poco aconsejable práctica de leer medios de conocimiento y al censor eso no le resulte suficiente, lo patente es que el examen de las audiencias de imputación y acusación, permiten establecer que no obstante esa entremezcla, los sucesos con trascendencia jurídica sí emergen con claridad y debidamente circunstanciados, dada la fuente de conocimiento directo de los supuestos fácticos, cual fue la propia víctima, menor de edad para la época de los hechos.

Así, su relato, por demás circunstanciado, permitió precisar cuáles fueron las actividades constitutivas de acceso carnal, así como aquellas que le defirieron el carácter violento, el lugar donde eso ocurrió y la fecha exacta, al igual que la específica participación que en su ejecución tuvo el acusado.

Suficiente, para efectos de establecer los hechos relevantes jurídicamente y así satisfecha la exigencia de claridad, concisión y lenguaje comprensible, resultó la lectura de la denuncia formulada por la propia víctima como testigo directo de los sucesos; a través de la misma se estableció la conducta punible y sus circunstancias, y una y otras fueron claramente entendidas por el acusado, según lo manifestó expresamente en las correspondientes audiencias.

De esa manera, se reitera, se determinó con las exigencias previstas en las normas antes señaladas, los hechos que constituían la conducta punible, cuándo y dónde se cometió, quién fue la víctima y quiénes los probables autores, con especificación de la actividad que en ese contexto ejecutó el imputado y acusado, todo cotejado en torno a la descripción típica de los artículos 205 y 211 del Código Penal y con definición de lo que legalmente se entendía por acceso carnal y precisión de los actos constitutivos de la violencia que medió la afectación al bien jurídico, a nada de lo cual ni el procesado, ni su defensor, presentaron

objeción, ni solicitaron aclaración alguna, mucho menos cuando tanto la Fiscalía como el juez de garantías les explicaron con amplitud y suficiencia los hechos constitutivos de imputación, admitiendo el enjuiciado haber adquirido la claridad acerca de cuál era el delito que se le atribuía.

En esas condiciones, por tanto, se satisfizo a cabalidad la finalidad para la cual estaban dispuestos esos actos, pues el procesado y su defensor entendieron con claridad los cargos formulados ante los cuales habrían de ejercer la debida contradicción, actividad ésta que por demás se reflejó en consonancia con los hechos imputados, según se aprecia de la labor defensiva desarrollada posteriormente, tanto en la audiencia preparatoria cuando se pidió la práctica de una serie de pruebas tendientes a demostrar la inexistencia del delito, o que el acusado carecía del perfil de una persona proclive a esta clase de ilícitos, como en el juicio cuando a través del interrogatorio cruzado de testigos se pretendió por la defensa acreditar la inexistencia de algún acto constitutivo de violencia.

Luego, en contra de lo argüido por el recurrente, la Fiscalía además de que hizo una narración fáctica, así lo haya hecho a través de la lectura de la denuncia, también reveló su incidencia jurídica con la necesaria confrontación normativa y sus consecuencias y una mínima valoración que permitió determinar el nivel de participación del procesado en los sucesos a título de coautor propio.

Ahora, que en este asunto solo haya sido imputado, acusado y juzgado Cano López obedeció simplemente al hecho de que se trataba de un mayor de edad, sometido a la jurisdicción penal ordinaria para adultos y no al Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, luego la edad se trató simplemente de un factor determinante de la jurisdicción y la competencia, pero no en sí mismo de un hecho jurídicamente relevante, pues en parte alguna del tipo penal o de las circunstancias agravantes existe una de éstas o un elemento de aquél que tenga que ver con la edad del imputado a efectos de precisar los supuestos fácticos constitutivos de imputación y acusación.

No se acreditó, por tanto, en esas condiciones que se haya afectado el debido proceso por desconocimiento de los requisitos exigidos en torno a la formulación de imputación y acusación

4. En correlación con ellas el acusado y su defensor conocieron a ciencia cierta cuáles eran los hechos que las sustentaban y su denominación típica, bases sobre las cuales ejercieron la debida contradicción, según se observa, se reitera, de sus peticiones probatorias y de los diferentes cuestionamientos que expusieron en la audiencia de juicio oral y más específicamente en sus alegaciones, así como en el recurso de apelación interpuesto contra el fallo del a quo.

Por lo mismo, la denuncia de que se infringió el derecho de defensa deviene infundada, en la medida en que no señaló el demandante de qué manera esa aducida imprecisión o carencia de claridad, limitó tal garantía, ni cuáles serían las pruebas que pudo haber aportado con eficacia para contraponerlas a las de cargo.

Cierto es que la precisión de los hechos jurídicamente relevantes delimita el tema de prueba, mas como en este asunto aquellos fueron debidamente relacionados, significaría que desaparecida la causa igual sucedería con el efecto ahora reclamado por el censor, es decir, si los supuestos fácticos constitutivos de imputación fueron expresados con claridad y precisión y de esa misma manera entendidos por el procesado y la defensa, ningún vicio consecuente podría afectar el tema de prueba.

Y así en efecto ocurrió en este asunto pues, a partir de la relación de hechos jurídicamente relevantes, el tema de prueba de la Fiscalía pasó por demostrar que el acusado, debidamente identificado, accedió carnalmente y mediante violencia a la ofendida ese 18 de mayo de 2008 en la residencia de los hermanos P.C., efectos para los cuales descubrió oportunamente, enunció, solicitó y se le decretó la práctica de pruebas como el registro civil de la víctima, el cotejo de identidad el procesado, la valoración psicológica de la ofendida,

los testimonios de ésta, su progenitora, la psicóloga y la lofoscopista.

A su turno la defensa, en aras de demostrar la inexistencia del delito, o de actos de violencia de que se hubiere hecho sujeto a la ofendida, o de demeritar el dicho de ésta, hizo lo propio y en esas condiciones se dispuso la práctica de los testimonios de los padres de los P.C., que se hallaban esa noche en el lugar del festejo por el cumpleaños de P.A.P., con inclusión de un levantamiento fotográfico de la residencia y sus anexidades, así como el del perito psicólogo no solo para acreditar el perfil psicológico del acusado, sino además para confrontar y contradecir la experticia practicada en ese mismo ámbito sobre la víctima.

Por tanto, aún con independencia de los reparos que el censor hace a la relación de hechos jurídicamente relevantes, no se advierte a partir de qué circunstancia podría tratarse el tema de prueba como incompleto; el censor, simplemente hace la afirmación, pero nada acredita al respecto, mucho menos cuando al inicio del cargo ya advertía que su inconformidad no era porque se hubiere denegado la práctica de pruebas que favorecieran al acusado; luego, si eso es así, es porque en últimas considera que las enunciadas, solicitadas y decretadas a favor de la defensa resultaban consonantes con la estrategia planteada.

Cuál, entonces, habría sido la labor probatoria íntegra que reclama el censor como viable para enfrentar la acusación?. Nada se expone, ni demuestra a ese efecto, como tampoco nada se acredita en torno a la denunciada limitación al derecho a pedir pruebas, cuando, según se denota, en la audiencia preparatoria, la defensa tuvo la oportunidad de solicitar las que considerara y el juzgado decretó todas aquellas que, cumplida la carga argumentativa correspondiente, estimó, pertinentes, conducentes, útiles y legales.

En los anteriores términos, evidente es, por tanto, que ninguno de los dos cargos propuestos al amparo de la causal segunda de casación, tienen vocación de prosperidad.

Causal tercera:

Acusa el demandante, con sustento en este motivo de casación, la sentencia impugnada de incurrir en errores de hecho en la valoración probatoria.

1. El primero lo postula como falso raciocinio por desconocimiento de las máximas de experiencia, en cuanto, de conformidad con el examen psicológico practicado a la víctima, ésta presenta síntomas de estrés postraumático originados con muy alta probabilidad en una agresión sexual, hecho este que sin embargo fue ocultado por cuatro años, pues no quería la agredida causarle un dolor a su progenitora debido a que los implicados fueron sus alumnos.

Es decir, supone el censor que la supuesta regla de experiencia a que alude implica que, ante hechos de gravedad, como los sufridos por la víctima, no se espera 4 años a denunciarlos, sino inmediatamente y que como el juzgador no tuvo en cuenta ese lapso de silencio mal podía darle credibilidad al testimonio de la ofendida, menos aún si la razón de él era no causarle dolor a la maestra por el comportamiento de sus alumnos y no uno por la tragedia de su hija.

Así, si por máximas de experiencia se entienden las “generalizaciones que se hacen a partir del cumplimiento estable e histórico de ciertas conductas similares, (que) no funciona por sí sola sino que lo hace como un enlace lógico o como parte del razonamiento que vincula datos indicadores que conducen a hechos desconocidos” (Rad.18787 providencia del 11 de noviembre de 2003), o “como tesis de carácter hipotético por su contenido, respecto de las cuales se espera siempre o casi siempre que se produzcan las mismas consecuencias en presencia de determinados presupuestos, pues se construyen sobre hechos y no alrededor de juicios sensoriales, cuya cualidad -como se ha dicho- es su repetición frente a los mismos fenómenos” (Radicación 20602, providencia del 8 de septiembre de 2004), o como aquellas que “tienen pretensión de universalidad cuando en determinados contextos y circunstancias es razonable esperar que se produzca un patrón más o menos homogéneo de comportamientos de todos o la mayoría de individuos que

integran una comunidad” (Sentencia del 16 de diciembre de 2008, Rad. 30824), o “que estas reposan en la reiterada y amplia manifestación fenoménica de un hecho o actuación, apreciado y catalogado como tal y pasible de asumir de nuevo configurado, dentro de similares condiciones temporo espaciales, hasta devenir insoslayable su pretensión de universalidad, siempre y cuando no se ofrezca una condición excepcional que faculte significar otra respuesta, distinta de la que se espera”(Rad. 23593, sentencia de 11 de abril de 2007), es patente que el demandante no logra siquiera fundamentar que su hipótesis obedezca a una máxima de la experiencia.

Que la víctima debe denunciar de inmediato los hechos padecidos, puede acaso constituir un ideal, pero no una regla de experiencia con pretensiones de universalidad; la práctica enseña, por el contrario, que las víctimas callan más de lo usual y de lo deseado, por muchas razones: porque no creen en la eficacia o transparencia de las autoridades; porque entran o permanecen en estado de negación de su condición de víctimas; no quieren exponerse a una revictimización; temen a sus victimarios; el sistema no ofrece la protección deseada; el olvido del trauma constituye un recurso psicológico de la mente; por ignorancia o hasta por un sentimiento de culpabilidad o sentirse corresponsable u ocasión del delito, etc. o porque, como en este caso, le resultaba increíble a la víctima que sus compañeros de colegio, en quienes confiaba y de quienes esperaba protección, la fueran a agredir, o porque, prefería cargar sola con su aflicción antes que participarle de ella a su progenitora, docente de aquellos.

No de otra manera se explican fenómenos criminológicos como la denominada zona oscura de la criminalidad, o sociales como los relativamente recientes movimientos de víctimas de abusos.

En fin, no siempre debe esperarse que la víctima denuncie de inmediato, por eso la hipótesis del censor carece de la connotación de una regla de experiencia.

Y si no lo hace en secuencia a la ocurrencia de los hechos, o espera, como en este asunto, aproximadamente 4 años para hacerlo, su silencio no puede valorársele, sin más, en su contra, o de manera negativa con relación al crédito que pudiera merecer su versión, mucho menos si en los criterios de apreciación del testimonio, señalados en el artículo 404 de la Ley 906 de 2004, no se incluye por sí mismo el transcurso del tiempo, lo cual desde luego, es diferente a los principios técnico-científicos sobre la memoria o a los procesos de rememoración, nada de lo cual fue abordado o cuestionado por el censor, seguramente por la errada creencia de que el simple paso del tiempo resultaba suficiente para concluir algún déficit en esas áreas.

2. El segundo error de hecho lo postula igualmente por falso raciocinio por desconocimiento de las máximas de experiencia en la medida en que los juzgadores de instancia, aunque reconocieron el estado de embriaguez que para el momento de los hechos presentaba la víctima, le restaron importancia o lo pasaron por alto para, en su lugar, dar credibilidad al dicho de ésta a pesar de que su memoria se hallara afectada no sólo por la beodez, sino también por el paso del tiempo, ya que la denuncia se formuló 4 años después de la agresión de modo que debieron considerar el olvido, la contaminación de la información y los vacíos que durante ese lapso pudieron haber ocurrido.

Es decir, cuestiona esta vez la memoria de la testigo bajo dos supuestos: la embriaguez y el paso del tiempo, pero su aserto solo llega hasta allí, pues la argumentación con que pretende sustentarlo no es más que especulaciones y generalizaciones, sin que medie prueba alguna de que en efecto la aducida beodez o el transcurso de esos 4 años afectaron la memoria de la ofendida o incidieron ciertamente en los procesos de rememoración, o más específicamente, como lo señala el recurrente, produjeron olvido, contaminación del relato o posibilidad de que se presentaran vacíos.

Pero, además, como el propio demandante lo admite, el juzgador sí consideró aquellos supuestos, sólo que no les asignó los efectos pretendidos por aquél, luego esa divergencia

ya denota que no se trata de una regla de experiencia y que la embriaguez, ni el paso del tiempo producen ineludible ni automáticamente olvido, pérdida de memoria, vacíos; tales efectos son relativos y dependen, desde luego, de diversos factores que en manera alguna fueron analizados por el censor, como la fijación traumática del hecho.

No bastaba, por tanto, con sostener simplemente que la ingesta de alcohol afecta los procesos mnemónicos, o que el transcurso del tiempo incide negativamente en la capacidad de recordación; resultaba imperativo demostrarlo para que de tal modo fuera posible arribarse a la conclusión de que en dichas condiciones la versión de la víctima se evidenciaba carente de credibilidad.

Mas en este evento, aconteció ciertamente lo contrario, vale decir que a pesar de la ingesta de alcohol y del paso de esos 4 años, resultaba incuestionable concluir que la víctima estaba ofreciendo la verdad de los acontecimientos y por ende que, su relato era creíble.

A esa conclusión fue posible llegar no solo por la valoración psicológica que se le realizó a la ofendida, de acuerdo con la cual los desórdenes fisiológicos y emocionales que presentaba eran consecuencia con alta probabilidad de un episodio de agresión sexual, sino por la confrontación de su dicho especialmente con los de los padres de los hermanos P.C., pues aunque éstos no fueron testigos presenciales de los sucesos, sí se hallaban en el inmueble cuando ocurrieron, de modo que coinciden periféricamente con las circunstancias que los rodearon, como las personas que salieron hacia la Terminal de Transportes en busca de licor, la hora en que lo hicieron, la habitación que ocuparon al regreso, los contertulios que permanecieron hasta la madrugada, su estado anímico, la ausencia de ruidos o golpes que denotaran hechos de fuerte violencia, el estado de la víctima al día siguiente, sus actividades en esa data y la hora en que abandonó el lugar.

Suficientes coincidencias como para concluir, como lo hizo el juzgador, que a pesar del tiempo y la ingesta de alcohol, la víctima sí recordaba, al rendir su testimonio, muchas

circunstancias que antecedieron, concurrieron y siguieron a los hechos, luego mal podría dudarse de la veracidad de su versión en torno al aspecto esencial, esto es el acceso carnal de que la hizo objeto el acusado mediando violencia, la cual no se reflejó en golpes brutales, ni en ruidos estruendosos, o en gritos de auxilio, ni en huellas de lesiones, pero si en la oposición silenciosa de resistencia y rechazo físico, ante la fuerza mancomunada de tres hombres que la sujetaron de las manos para accederla carnalmente contra su voluntad.

3. Ahora, en contra del principio de limitación que caracteriza al recurso extraordinario, en opinión de la Fiscalía sí se incurrió en un error de hecho derivado de un falso raciocinio, pero no por desconocimiento de alguna regla de experiencia como la alegada, sino por infracción a la ciencia en la medida en que se defirió plena credibilidad al testimonio de la víctima no obstante que se hallaba en estado de embriaguez, aunque se desconozca en qué grado.

Tal hipótesis, sin embargo, empieza por desconocer la inexistencia de elemento de convicción alguno que sustente la afectación de la memoria por la ingesta de alcohol y a cambio, asigna efectos negativos en la capacidad de rememoración pero sin haberse establecido siquiera el grado de embriaguez, ni las circunstancias en que ello aconteció, pues los estudios a que se refiere el delegado también relativizan aquellos al peso corporal, a la resistencia al alcohol, a la alimentación y a otros diversos factores, de modo que no siempre que se consume alcohol se afecta la memoria.

Por eso mismo los estudios o investigaciones científicas en ese orden, no pasan de ser eso, sin que a partir de ellos pueda formularse una ley científica con carácter permanente y universal y como proposición que afirma una relación constante entre dos o más variables o factores, según la cual quien consume alcohol pierde la capacidad de memoria o de rememorar.

Pero también desconoce la conclusión del delegado que la credibilidad atribuida al relato de

la víctima no derivó simplemente de las condiciones de coherencia y claridad sino, además, como ya se dijo en precedencia, de su corroboración periférica en relación con las circunstancias que antecedieron, concurrieron y subsiguieron al acceso carnal violento y del examen psicológico que le fuera practicado, sin que exista elemento de juicio alguno a partir del cual sea posible afirmar que la psicóloga sesgó o filtró su dictamen desde los elementos de percepción, memoria y capacidad de recordar, pues, según su testimonio, el examen lo fue en torno a la actualidad de sus trastornos fisiológicos y emocionales, causados, con alta probabilidad, por una agresión sexual.

Luego, tampoco este cargo, ni por las razones expuestas por el censor, ni las indicadas por la Fiscalía, puede prosperar.

4. A igual conclusión se arriba cuando se examina el último reparo propuesto por vía del falso juicio de identidad por considerar el demandante que el juzgador cercenó el testimonio de C.H.M.R., toda vez que de sus diversos relatos emerge, no la demostración de actos de violencia, sino una velada aquiescencia en torno a lo ocurrido aquella noche.

Sin embargo, más allá de la postulación contradictoria de la inconformidad en relación con los falsos raciocinios expuestos en precedencia, no se advierte, de la lectura de los fallos de instancia, la ocurrencia del vicio que se alega, pues en los mismos se hace mención de los actos previos y consentidos que ejecutó J.M.A., de modo que, si existió aquiescencia, ésta lo fue para sostener relaciones sexuales con el mencionado pero no con los demás.

El asentimiento generalizado y velado que refiere el demandante no obedece sino a su percepción o inferencia, pero no a al contenido objetivo del testimonio rendido por la víctima, quien siempre fue reiterativa en declarar que, si bien consintió las relaciones con J.M., no sucedió lo mismo con L.F.P., ni con el acusado Cano López, quienes la accedieron contra su voluntad y mediando violencia, según las circunstancias ya descritas.

Que la víctima no haya gritado, ni se haya opuesto férreamente o también con violencia, ni

pedido auxilio, o que hubiere tenido la oportunidad de resistir o negarse, o solicitado que no la maltrataran no significa que veladamente consintió el acceso carnal ejecutado por éstos.

Eso no es más que especulación estereotipada del libelista, porque objetivamente el contenido del testimonio de la ofendida dice lo contrario, esto es que a la fuerza, no solo por la acción de tres hombres, sino porque fue asida fuertemente de las manos y hasta golpeada en la cabeza, fue accedida carnalmente por todos ellos, incluido el acusado.

Por demás, entendiéndolo por violencia la fuerza, el constreñimiento, la presión física o psíquica, intimidación o amenaza, que el agente despliega sobre la víctima para hacer desaparecer o reducir sus posibilidades de oposición a la agresión que ejecuta, el tipo penal en examen no exige del sujeto pasivo actos de resistencia o de defensa alguna, por manera que su conducta resulta irrelevante frente a la del agresor.

“En los delitos contra la libertad sexual que se ejercen mediante la violencia, [...] no es procedente abordar las calidades y condiciones de la víctima, ni mucho menos estimar si se debió haber comportado de alguna manera en aras de no facilitar la producción del resultado típico, por la sencilla razón de que la creación del riesgo no permitido (es decir, la acción tendiente a doblegar la voluntad de otra persona) le concierne única y exclusivamente al autor”.(Sentencia del 23 de septiembre de 2009, Rad. 23508).

Dicho “elemento normativo del tipo (violencia), no se desvirtúa ante la ausencia de gritos o actos de resistencia física de la víctima (en la medida en que el sometimiento de su voluntad puede incluir el control de cualquier reacción por parte de esta)”. (Sentencia del 17 de septiembre de 2008, Rad. 21691).

Este criterio, ha sostenido la Sala, (SP-1793-2021, 12 de mayo de 2021, Rad. 51936), tiene sustento legislativo en los numerales 1º y 2º del artículo 18 de la Ley 1719 de 2014, en cuanto consagraron, como recomendación para los funcionarios en la valoración judicial de

la prueba, que “el consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra, gesto o conducta de la víctima cuando este no sea voluntario y libre”, o que “el consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la violencia sexual”.

Adicionalmente, en perspectiva de género, no le es exigible a la víctima de una conducta sexual violenta observar un determinado comportamiento frente a la agresión, ni demandar de ella la renuncia a sus libertades de elección y consentimiento sexuales.

Por eso, ha precisado la Corte (SP-1793, 12 de mayo de 2021, Rad. 51936; SP-3274, 2 de septiembre de 2020, Rad. 50587; SP-2136, del 1º de julio de 2020, Rad. 52897), que la vinculación de los funcionarios judiciales a una perspectiva de esa clase les impone la adopción de un razonamiento probatorio libre de sesgos cognitivos o de prejuicios, puesto que “fue la voluntad expresa del legislador negar la validez de ciertos razonamientos inferenciales o probatorios que, bajo el disfraz de reglas de la experiencia, simplemente esconden posturas estereotipadas, prejuicios o pretensiones de control masculino sobre la sexualidad y el cuerpo de las mujeres”.

“La observancia de tales deberes, por lo demás, es imperiosa en un país como Colombia, en donde la tradición sociocultural ha sido la de tolerar, justificar y ponderar la supremacía de lo masculino tanto en el ámbito público como en el privado, de suerte que las expectativas con las personas pertenecientes al sexo opuesto han quedado reducidas a la asunción de determinados roles (como el de madre abnegada, novia fiel y esposa sumisa), e incluso a la divulgación de ciertas cualidades (como la virginidad, la ineptitud, la pasividad, la belleza o la simple condición ornamental), que de ningún modo se compaginan con el debido respeto a sus derechos fundamentales”, (Sentencias de 23 de septiembre de 2009, Rad. 23508 y 4 de marzo de 2015, Rad. 41457).

5. En consecuencia, infundados los cargos propuestos, la sentencia impugnada no será casada.

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia recurrida.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen,

HUGO QUINTERO BERNATE

Presidente

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

Impedido

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

GERSON CHAVERRA CASTRO

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

FABIO OSPITIA GARZÓN

CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1