

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA
SALA PENAL

Montería, veintisiete (27) de agosto de dos mil quince (2015)

Aprobado Acta No. 183

Radicación No. 23 001 60 08 835 2011 00026

Magistrado Ponente: MANUEL FIDENCIO TORRES GALEANO

VISTOS

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por la representante de víctimas, doctora MARIA BERNARDA BANDA SÁNCHEZ, y el Fiscal Noveno Seccional – Unidad CAIVAS, doctor JAIRO RAÚL RUIZ CHICA, en contra de la sentencia absolutoria emitida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Montería, el 11 de abril de 2014, a favor del procesado RAFAEL GUILLERMO GONZÁLEZ GÓMEZ.

HECHOS Y ANTECEDENTES PROCESALES

Los hechos materia de investigación fueron narrados en la sentencia de primera instancia así:

Procesado: RAFAEL GUILLERMO GONZÁLEZ GÓMEZ
Delito: ACCESO CARNAL VIOLENTO AGRAVADO
Radicado No. 23001 60 08 835 2011 00026

"De la denuncia formulada por la señora NURIS ESTHER MENDOZA AGAMEZ madre de la menor identificada con las iniciales MABM, se tiene que el día 31 de octubre de 2011, encontrándose la menor sola en su residencia ubicada en el Barrio Ranchos de Inat sector 2 N° 61 de ésta ciudad, el señor RAFAEL GUILLERMO GONZÁLEZ GÓMEZ quien era su vecino, ingresa a la misma, procediendo a amarrarla y violarla y como consecuencia de esa relación la menor quedó embarazada y por autorización del I.C.B.F le fue interrumpido el mismo".

Sin embargo, en juicio oral se probó que entre la menor víctima y el procesado existió una relación sentimental. Por otro lado, la Fiscalía no pudo demostrar la existencia de la supuesta violencia ejercida por parte del señor RAFAEL GUILLERMO GONZÁLEZ GÓMEZ para acceder carnalmente a la menor M.A.B.M.,¹ quedando claro entonces que dicha violencia nunca existió.

Efectuada la orden de captura, las audiencias preliminares se realizaron el 18 de enero de 2012 ante el Juzgado Cuarto Penal Municipal de esta ciudad,² en donde se le impartió legalidad a la aprehensión del señor RAFAEL GUILLERMO GONZÁLEZ GÓMEZ, se avaló la imputación a él realizada por el delito de Acceso carnal abusivo con menor de catorce años, con las circunstancias de agravación punitiva del artículo 211, numeral 6º, del Código Penal, cargo al cual no se allanó, y en esa misma fecha se le impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario, decisión que no fue objetada por las partes e intervinientes.

¹ Al igual que en la sentencia de primera instancia, se omite el nombre de la menor de conformidad con lo establecido en el numeral 8 del artículo 47 de la Ley 1098 del 8 de noviembre de 2006 "por la cual se expide el Código de Infancia y Adolescencia"

² Folios 13 -14 y Cd. No. 2 de la carpeta

Procesado: RAFAEL GUILLERMO GONZÁLEZ GÓMEZ
Delito: ACCESO CARNAL VIOLENTO AGRAVADO
Radicado No. 23001 60 08 835 2011 00026

El representante del ente investigador presentó escrito de acusación, el 16 de marzo de 2012,³ manteniendo la inicial imputación, sin embargo, en la audiencia de formulación de acusación, celebrada el 10 de abril siguiente,⁴ acusó por el delito de Acceso carnal violento con la circunstancia de agravación descrita en el numeral 6º del canon 211 de la Ley 599 de 2000.⁵

La diligencia preparatoria se desarrolló el 1 de junio de 2012,⁶ mientras que la audiencia de juicio oral se efectuó los días 9 de octubre de 2012,⁷ 7 de noviembre de 2013,⁸ 26 y 27 de marzo de 2014.⁹

Finalmente, mediante providencia del 11 de abril de 2014, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Montería resolvió absolver al señor RAFAEL GUILLERMO GONZÁLEZ GÓMEZ de la conducta de Acceso carnal violento agravado,¹⁰ decisión contra la cual tanto la representante de víctimas como el Delegado de la Fiscalía General de la Nación interpusieron recurso de apelación, por lo que la carpeta fue enviada a esta Corporación para resolver la censura planteada.

INDIVIDUALIZACIÓN E IDENTIFICACIÓN DEL SENTENCIADO

RAFAEL GUILLERMO GONZÁLEZ GÓMEZ, identificado con cédula de ciudadanía número 10.965.207 de Montería, nacido el 28 de noviembre de 1984 en la misma ciudad, con treinta años de edad, hijo de Norma Josefa Gómez Ramos y Pedro Antonio González Gómez, de ocupación vendedor ambulante, residente en el barrio El Inat, sector 2, de

³ Folios 16 a 22 ibídem

⁴ Folio 35 y Cd. No. 3 ibídem

⁵ Cfr. Record 30:25 del Cd. No. 3 ibídem

⁶ Folio 44 y Cd. No. 5 ibídem

⁷ Folio 114 y Cd. No. 7 ibídem

⁸ Folio 25 y Cd. No. 1 de la *carpeta No. 2 (sic)*

⁹ Folios 90 – 91 y Cd. No. 3 ibídem

¹⁰ Folios 124 a 139 y Cd. No. 5 ibídem

Procesado: RAFAEL GUILLERMO GONZÁLEZ GÓMEZ
Delito: ACCESO CARNAL VIOLENTO AGRAVADO
Radicado No. 23001 60 08 835 2011 00026

Montería. Con los siguientes rasgos morfológicos: 1.68 metros de estatura, color de piel trigueña, contextura obesa, sin limitaciones físicas.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

Con relación a los aspectos tratados por los recurrentes se tiene que, la Juez Tercera Penal del Circuito de Montería sostuvo que si bien la menor M.A.B.M, en su entrevista rendida el 7 de diciembre de 2011 ante la Defensora de Familia y la Psicóloga del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, previo consentimiento de su progenitora, relató de manera clara, coherente y diáfana los hechos materia de investigación, señalando al señor RAFAEL GUILLERMO GONZÁLEZ GÓMEZ como la persona que los perpetró, no podía desconocerse que tales aseveraciones las debió ratificar de viva voz en sede de juicio oral, para que de esa forma fueran debatidas. De igual manera a la denunciante le correspondía rendir testimonio, pues como madre de la menor tuvo primeramente conocimiento de los hechos y era la persona idónea para describir el grado de afectación de su hija, contrario a ello, desistió del mismo con el pretexto de no seguir con el proceso porque la víctima sostenía una relación con otra persona.

Indicó que aunque fue permitida la incorporación de la entrevista de la menor M.A.B.M. a través de la Defensora de Familia, doctora ROSARIO DEL CARMEN LORA PARRA, esta prueba debía acompañarse de otros elementos que le permitieran al juez la plena convicción, más allá de toda duda, de la comisión del hecho y la responsabilidad del procesado.

Aseguró que el informe de valoración psicológica, practicado e incorporado por la doctora PAOLA EUGENIA CABRALES GUERRA, arrojó una diminuta potencialidad probatoria, por cuanto más allá de describir la personalidad de la menor, resultó insuficiente para pregonar la

Procesado: RAFAEL GUILLERMO GONZÁLEZ GÓMEZ
Delito: ACCESO CARNAL VIOLENTO AGRAVADO
Radicado No. 23001 60 08 835 2011 00026

ejecución del delito investigado, toda vez que dicho profesional no podía determinar si lo manifestado por la menor era o no cierto, pues esa era una labor propiamente del juez al momento en que la víctima rindiera su testimonio, pero en este caso, como la referida prueba no pudo practicarse, fue imposible efectuar tal análisis.

Sostuvo que igual suerte corrieron las actuaciones adelantadas por la testigo de acreditación EMILSE ROSA PEREIRA RESTÁN, quien incorporó los informes técnicos médico legales sexológicos realizados a la menor M.A.B.M, que arrojaron como conclusión que en la víctima no se advertía una desfloración porque ésta presentaba un himen amplio íntegro elástico, puesto que esos informes tienen el carácter de prueba de referencia frente a los hechos objeto de debate, como quiera que la testigo no tuvo un conocimiento directo o indirecto de lo acontecido, su participación se limitó a proferir un concepto profesional en relación con los vestigios, huellas, rastros y demás señales físicamente determinables que existían en la humanidad de la presunta víctima; siendo entonces un peritazgo mas no un testimonio.

Por lo anterior, consideró la Juez de primera instancia que en el proceso no se lograron determinar vestigios relacionados con la existencia de unas conductas sexuales abusivas en la víctima, como tampoco, rastros del legado terapéutico al que hizo alusión la misma.

Agregó que la Fiscalía no cumplió con su carga probatoria, especialmente por razones atribuibles a la víctima, que en un acto de evidente desidia renunció a contribuir con la administración de justicia para el esclarecimiento de los hechos, tornando nula la posibilidad de valorar la coherencia de su dicho para establecer si realmente fue objeto del delito de Acceso carnal violento.

Estimó la falladora que la importancia de escuchar la versión de la víctima en juicio oral radicó en que las únicas pruebas de cargo practicadas eran insuficientes si no se analizaban con su testimonio y

Procesado: RAFAEL GUILLERMO GONZÁLEZ GÓMEZ
Delito: ACCESO CARNAL VIOLENTO AGRAVADO
Radicado No. 23001 60 08 835 2011 00026

además, en el hecho de que, generalmente, conductas punibles como la investigada se realizan bajo el manto de la clandestinidad; por lo que no podía proferir fallo condenatorio en contra del procesado, amparándose sólo en pruebas de referencia y mediando duda probatoria.

Colorario de lo anterior, mediante providencia del 11 de abril de 2014, resolvió absolver al señor RAFAEL GUILLERMO GONZÁLEZ GÓMEZ del punible de Acceso carnal violento agravado.

SUSTENTACION DE LOS RECURSOS

La Fiscalía

No comparte la exigencia de la Juez de primera instancia relacionada con la comparecencia de la menor víctima y su madre, señora NURIS ESTHER MENDOZA AGAMEZ, a juicio oral para que rindieran el testimonio que se le decretó al ente Fiscal, puesto que la judicatura fue informada del motivo por el cual éstas no asistieron a dicha diligencia, mediante el informe rendido por el policía judicial Kevin Villar Peñate, funcionario que le recibió entrevista a la progenitora de la víctima en donde manifestó que no se presentarían toda vez que su hija había formado un hogar con otra persona, que se encontraba bien y estaba en período de gestación.

Afirma el recurrente que aunque la víctima exprese su deseo de no continuar con un proceso, esa decisión no implica el desistimiento de la denuncia, pues en los delitos sexuales no se requiere que el sujeto pasivo presente denuncia para iniciar la acción penal, además, tal como lo expuso la Honorable Corte Suprema de Justicia en la sentencia 12.767 del 18 de octubre de 2000, el Estado está en la obligación de continuar con el proceso aún en la eventualidad en que la víctima se retracte de la denuncia o cualquier otra diligencia previa al juicio oral.

Procesado: RAFAEL GUILLERMO GONZÁLEZ GÓMEZ
Delito: ACCESO CARNAL VIOLENTO AGRAVADO
Radicado No. 23001 60 08 835 2011 00026

Sostiene que, ante tal imposibilidad las entrevistas rendidas por la menor víctima y su madre fueron decretadas como pruebas de referencia, e ingresaron al caudal probatorio a través de la defensora de familia y un policía judicial, respectivamente, motivo por el cual la Juez de instancia debió valorarlas en conjunto, atendiendo las reglas de la sana crítica, con los demás medios de prueba aducidos en juicio oral; sin embargo, la operadora judicial no hizo un examen de las mismas, insistiendo en que las testigos debieron concurrir a juicio para que de viva voz ratificaran sus declaraciones.

Luego de hacer un recuento de todo el acervo probatorio con el que contó la Juez Tercera Penal del Circuito de Montería, y de precisar que en los procesos donde se investiga la comisión de conductas punibles que atentan contra la libertad sexual y la dignidad humana, por regla general no existe prueba de carácter directa, debiendo el juez de conocimiento reconstruir los hechos teniendo en cuenta todos los elementos de juicio correlacionados entre sí; señaló que en la sentencia recurrida se incurrió en un defecto fáctico, pues a pesar de existir pruebas suficientes que comprometían la responsabilidad del procesado, se profirió fallo absolutorio, omitiendo darle prevalencia al interés superior de la menor.

Por todo lo anterior, solicitó a la segunda instancia revocar la sentencia impugnada, y en su lugar condenar al señor RAFAEL GUILLERMO GONZÁLEZ GÓMEZ por el punible de Acceso carnal violento agravado.¹¹

La Representante de Víctima

Considera que la Juez de primera instancia para determinar que el procesado no era penalmente responsable por el delito investigado, afirmó que sólo se practicaron en juicio oral los testimonios de los

¹¹ Folios 142 a 150 ibídem

Procesado: RAFAEL GUILLERMO GONZÁLEZ GÓMEZ
Delito: ACCESO CARNAL VIOLENTO AGRAVADO
Radicado No. 23001 60 08 835 2011 00026

doctores DIEGO RAVE VÉLEZ y ROSARIO LORA PARRA, cuando lo cierto es que también fueron escuchadas las doctoras LAURA GONZÁLEZ PEÑA y EMILSE ROSA PEREIRA RESTÁN. Anota que esta última, en su calidad de profesional universitario forense adscrita al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses – Seccional Córdoba, explicó que la menor, aún después de habersele practicado un aborto, aparecía como no desflorada toda vez que presentaba un himen dilatable y amplio que permitía el paso del miembro viril erecto sin romperse.

Con relación al argumento de la titular del despacho referente a que la víctima no quiso comparecer a ratificar su dicho en sede de juicio oral, expone que ello no puede interpretarse como un acto de desidia a contribuir con la administración de justicia para el esclarecimiento de los hechos, pues tal apreciación resulta contraria a lo establecido en el artículo 192 de la Ley 1098 de 2006 (interés superior del menor); por otro lado, en ningún momento la menor ha desistido del proceso y en caso de hacerlo, se está frente a una conducta de investigación oficiosa.

Advierte que la judicatura de primera instancia incurrió en un error al considerar que la valoración psicológica mostraba exigua potencialidad probatoria para evaluar la credibilidad del testimonio de la víctima.

Plantea que el señalamiento de la juzgadora consistente en que el informe técnico médico legal sexológico tiene el carácter de prueba de referencia, por lo que no puede ser valorado como testimonio sino como peritazgo, no es cierto ya que desconoce lo reseñado en la sentencia 26.128 del 11 de abril de 2007 de la Honorable Corte Suprema de Justicia, M.P. Doctor Jorge Luís Quintero Milanés.

Por consiguiente, al no ser cierto que sólo habían pruebas de referencia que originaban duda probatoria, solicita revocar la sentencia absolutoria del 11 de abril de 2014, proferida por el Juzgado Tercero Penal del

Procesado: RAFAEL GUILLERMO GONZÁLEZ GÓMEZ
Delito: ACCESO CARNAL VIOLENTO AGRAVADO
Radicado No. 23001 60 08 835 2011 00026

Circuito de Montería a favor del señor RAFAEL GUILLERMO GONZÁLEZ GÓMEZ.¹²

LOS NO RECURRENTES

La defensa y el agente del Ministerio Público no hicieron uso del traslado como no recurrentes.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

SALA PENAL DE DECISIÓN

Son varios los problemas jurídicos que plantean los recursos de apelación interpuestos, de cara a la sentencia absolutoria impugnada, así como otros emergen del mismo estudio del proceso:

En primer lugar la Sala deberá examinar las pruebas legalmente producidas en la presente causa, a fin de establecer si de ellas emerge, más allá de toda duda razonable, la responsabilidad del procesado.

En segundo término, de resultar responsable el procesado, oficiosamente, el Tribunal estudiará la viabilidad jurídica de la variación de la calificación por la cual la Fiscalía le formuló acusación.

Luego de analizar las pruebas, la Sala concluye que si bien es cierto que la Fiscalía no introdujo el registro civil de la menor víctima, por un inadecuado procedimiento para ello, no es menos cierto que en virtud del principio de libertad probatoria, previsto en el artículo 373 de la ley 906 de 2004, que a la letra dice *"los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio*

¹² Folios 151 a 155 ibídem

Procesado: RAFAEL GUILLERMO GONZÁLEZ GÓMEZ
Delito: ACCESO CARNAL VIOLENTO AGRAVADO
Radicado No. 23001 60 08 835 2011 00026

técnico o científico, que no viole los derechos humanos”, la minoría de edad de la víctima quedó demostrada a lo largo del proceso.

En efecto, al examinar el testimonio de la doctora EMILSE ROSA PEREIRA RESTÁN, médico legista que emitió los diferentes dictámenes sexológicos, se tiene que en la primera pericia ésta afirmó que la edad clínica de la menor era de doce años, partiendo del estudio antropométrico y sus características odontológicas. Meses después, en otro dictamen, con el registro civil de la menor a la mano, concluyó que la niña tenía trece años.

Así mismo, la madre de la menor al denunciar al procesado y en la misma entrevista, refirió que para el momento de los hechos su hija contaba tan solo con 13 años de edad. De igual manera, cuando se realizó la audiencia preliminar de imputación de cargos la Fiscalía, en forma correcta por demás, imputó la conducta de Acceso carnal abusivo con menor de catorce años, dejando claro en esa etapa procesal la edad de la víctima. Nuevamente al presentar el escrito de acusación hizo un relato de los hechos y calificó la conducta de la misma manera, agregando que el procesado era consciente y sabía que acceder a una menor de catorce años de edad era delito. Jamás en el proceso se cuestionó la edad de la menor, era un hecho irrefutable.

Sobre el principio de libertad probatoria, para acreditar la edad de la víctima, la Honorable Corte Suprema de Justicia ha dicho:

"En ese orden de ideas, bien puede suceder que el dictamen médico legal sea necesario para concluir más allá de toda duda si una persona supera o no el límite de los 18 años de edad, cuando quiera que ofrezca características morfológicas compatibles con las de un adulto, o evidencie un desarrollo avanzado de sus órganos reproductivos.

Procesado: RAFAEL GUILLERMO GONZÁLEZ GÓMEZ
Delito: ACCESO CARNAL VIOLENTO AGRAVADO
Radicado No. 23001 60 08 835 2011 00026

Pero también es perfectamente viable que para establecer la minoría de edad no sea necesario dicho concepto especializado, tratándose de personas cuya talla, estructura ósea y grado de evolución de los órganos reproductivos revelen, a simple vista, que no ha llegado al periodo de la pubertad o que apenas lo inicia, aspectos todos que sin duda pueden ser constatados a través de la simple observación directa de su fisonomía, enlazada con factores como la ausencia de desarrollo mamario en las mujeres, o el escaso crecimiento del órgano de la reproducción en hombres, o la no presencia de vello púbico y axilar en unos y otros”.¹³

Por lo antes expuesto, considera el Tribunal que no queda duda acerca de la edad de la víctima para la época de los hechos, esto es, era menor de catorce años.

Ahora, en cuanto a que la menor fue abusada sexualmente, contrario a lo expresado en la sentencia de primera instancia, ese hecho se encuentra igualmente probado.

Basta con analizar la prueba pericial debatida en el juicio oral para concluir que la menor fue objeto de abuso sexual. Nótese como en el primer examen que a la menor se realizó el 4 de febrero de 2011, se dejó sentado que posee himen elástico, de tal manera que permite la penetración del miembro viril erecto sin romperse. No se detectó en ese momento embarazo. Sin embargo, pocas semanas después la menor resultó embarazada (en la entrevista dijo que en la Fiscalía le sugirieron el aborto) y con el acompañamiento del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, se logró la práctica del aborto con el consentimiento informado de su señora madre, interrupción de la gestación que se llevó a cabo en la Clínica Zayma de esta ciudad.

¹³ Sentencia No. 32.554 del 7 de septiembre de 2011, aprobada acta No. 318, M.P. doctor José Leónidas Bustos Martínez

Procesado: RAFAEL GUILLERMO GONZÁLEZ GÓMEZ
Delito: ACCESO CARNAL VIOLENTO AGRAVADO
Radicado No. 23001 60 08 835 2011 00026

Precisamente, el anterior acontecimiento es el que llevó a la Fiscalía a solicitar un nuevo dictamen pericial, para que se aclarara cómo es que la menor estaba embarazada y su himen no había sido desflorado, así como constatar vestigios del legrado realizado. A lo cual se respondió con otro dictamen realizado el 24 de enero de 2012, en el cual se detalló la historia clínica elaborada en la Clínica Zayma, y según ecografía adjunta para el momento de la interrupción voluntaria de la gestación, la menor tenía 8 semanas de embarazo. De esa historia clínica, en virtud del dictamen rendido, la doctora EMILSE ROSA PEREIRA RESTÁN tuvo conocimiento, al punto que explicó en su dictamen como era posible dicho embarazo pese a no estar desflorada la menor.

Luego entonces, probado el embarazo de la niña y su posterior interrupción con la asistencia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, debe creérsele a la menor cuando en forma reiterativa señala al procesado RAFAEL GUILLERMO GONZÁLEZ GÓMEZ, como la persona que abusó de ella, sin que haya lugar a un error al imputarle el hecho debido a que se trata de su vecino. Si se analiza desde la primera versión que rindió la menor en entrevista ante la Psicóloga del Bienestar Familiar, así como el relato que le realizó a su madre y posteriores en cada una de las veces que fue objeto de examen sexológico en Medicina Legal, se puede observar solo una variable en la forma como fue accedida, puesto que a su madre en principio le contó que había sido accedida mediante violencia, inclusive la habían atado. Relato poco creíble en relación con el modus operandi, puesto que no es posible que un hombre sin uso de violencia física o psicológica, ate cada una de las manos a la cabecera de la cama y las dos piernas de la mujer las amarre una con la otra para accederla y en efecto lo logre, sin que existan voces de auxilio que alerten a los vecinos. Eso explica el testimonio de algunos vecinos que dicen nunca haberse enterado de que dicha violación había ocurrido, pues no escucharon nada.

Procesado: RAFAEL GUILLERMO GONZÁLEZ GÓMEZ
Delito: ACCESO CARNAL VIOLENTO AGRAVADO
Radicado No. 23001 60 08 835 2011 00026

Véase como en otras versiones, ante medicina legal, la madre de la niña refiere que eran novios, RAFAEL GUILLERMO GONZÁLEZ GÓMEZ entró a la casa de ella, donde se encontraba viendo televisión, la besó, le quitó el machito, se le tiró encima, él se quitó la pantaloneta y tuvieron sexo.

La regla de la experiencia enseña que los seres humanos, especialmente los hijos de familia, temerosos del reproche social o el de sus padres, tratan de justificar algunas conductas que tienen que ver con su vida íntima personal y en muchas ocasiones relaciones sexuales consentidas las presentan como que se realizaron contraria a su voluntad. Sin embargo, en casos como el presente, donde la víctima es menor de catorce años, ese consentimiento se encuentra viciado por mandato del propio legislador.

También esas reglas de la experiencia enseñan que las víctimas de un determinado delito tienen un interés en que se sancione al verdadero responsable; además no se observa animadversión de la niña o de su madre en contra del procesado, como para inferir una falsa imputación. Tanto es así que en la última entrevista de la señora NURIS ESTHER MENDOZA AGAMEZ, madre de la menor, rendida el 12 de agosto de 2013, comentó que el padre del procesado nunca perdió contacto con ella, el acusado era su vecino, manifestando que ya su hija se había ido de su casa, tenía un marido, Eduardo José Martínez, estaba embarazada y prefería no acudir a testimoniar en el juicio oral.

Es más, para que se configure la conducta de Acceso carnal abusivo con menor de catorce años, es indispensable, aun cuando viciado, el consentimiento del menor, ya sea en forma expresa o tácita; puesto que si a la víctima se le puso en condiciones que no podía resistirse, se tratará entonces del punible de Acceso carnal con persona puesta en incapacidad de resistir (Art. 207 y 211- 4 del Código Penal); o si se usó de la violencia para acceder a la víctima menor de catorce años,

Procesado: RAFAEL GUILLERMO GONZÁLEZ GÓMEZ
Delito: ACCESO CARNAL VIOLENTO AGRAVADO
Radicado No. 23001 60 08 835 2011 00026

estaremos en presencia de una conducta descrita como Acceso carnal violento, agravado por tratarse de un menor de 14 años (Art. 205 y 211- 4 ídem).

Ahora, el testimonio de la víctima en los delitos que afectan la libertad y formación sexual, por su propia naturaleza, resulta de vital importancia, pues son conductas que se despliegan en la clandestinidad por fuera del alcance de testigos presenciales. Sin embargo, ello no quiere decir que a falta del testimonio de la víctima, ya sea por no exponerse al juicio oral, por pudor o porque no se logre localizar, deba concluirse que el caso está llamado a la impunidad. Lo ideal es que en lo posible a la víctima de estos delitos se les proteja y en lo posible se evite una doble victimización.

Para la Sala, contrario a lo sostenido por la Juez de primera instancia, no es cierto que dentro de la presente causa contara únicamente con pruebas de referencia para adoptar una decisión, toda vez que fueron legalmente incorporados los cuatro informes técnico médico legales sexológicos practicados a la menor víctima por parte de la Profesional Universitario Forense EMILSE ROSA PEREIRA RESTÁN, como también la valoración psicológica que realizó la doctora PAOLA EUGFENIA CABRALES GUERRA con base en las entrevistas rendidas por la víctima el 25 de febrero y el 7 de diciembre de 2011, respecto de los cuales la Honorable Corte Suprema de Justicia ha señalado, atendiendo la minoría de edad de la víctima y la naturaleza del delito investigado, de manera excepcional son de recibo con valor demostrativo directo y no de mera referencia, así:

"(...)No suscita discusión que esa especie de medios de prueba (la pericial), en tratándose de delitos sexuales como el que es objeto de debate en este asunto, en los que suele ser víctima un menor de edad, han recibido un tratamiento especial en la jurisprudencia de la Sala, como que se ha considerado que la narración del suceso investigado

Procesado: RAFAEL GUILLERMO GONZÁLEZ GÓMEZ
Delito: ACCESO CARNAL VIOLENTO AGRAVADO
Radicado No. 23001 60 08 835 2011 00026

hecha por el presunto afectado al experto es "...de recibo con valor demostrativo directo y no de mera referencia..., como componente esencial de las mismas experticias".¹⁴

Sobre el particular la Corte ha puntualizado que en los supuestos de prueba técnica relacionada con la versión transmitida al especialista por el menor de edad víctima en delitos sexuales, el dictamen no constituye prueba de referencia porque "el punto a dilucidar no es el acontecimiento delictivo como tal, sino la veracidad de los relatos sobre los hechos"¹⁵ (...) "¹⁶

Ahora bien, debe precisar la Sala que pese a la claridad acerca de la existencia de la conducta y responsabilidad del procesado, la Fiscalía pudo, con un mínimo esfuerzo, avanzar mucho más en la obtención de elementos materiales probatorios de contundencia irrefutable, como por ejemplo obtener muestras del feto extraído a la menor y compararlo con el A.D.N. del procesado. Lo insólito es que la Fiscalía conocía del embarazo, al punto que la menor en la entrevista con la Psicóloga, realizada el 25 de febrero de 2011, incorporada legalmente al juicio oral por intermedio del testimonio de la doctora PAOLA EUGENIA CABRALES GUERRA, afirmó que en la Fiscalía le aconsejaron que abortara.

En conclusión, la Fiscalía no demostró realmente la existencia del uso de la violencia por parte del actor, ya sea física o moral, ni los dictámenes periciales de medicina legal dejan entrever tal posibilidad; es más, todo indica que dicha violencia nunca existió, es por ello que al inicio de esta providencia se sostuvo que la imputación de cargos al procesado en audiencia preliminar, así como se seleccionó el tipo penal en el escrito de acusación, fue lo correcto y acertado, pues la conducta del procesado

¹⁴ CSJ. SP16817-2014, 10 dic. 2014, rad. 42738

¹⁵ CSJ. SP. 29 feb. 2008, rad. 28257

¹⁶ Sentencia radicado 40.478 del 10 de junio de 2015, aprobado acta No. 205, M.P. doctor Eugenio Fernández Carlier

Procesado: RAFAEL GUILLERMO GONZÁLEZ GÓMEZ
Delito: ACCESO CARNAL VIOLENTO AGRAVADO
Radicado No. 23001 60 08 835 2011 00026

encuadra perfectamente en el punible de Acceso carnal abusivo con menor de catorce años, agravado por haber quedado la víctima embarazada (Art. 208 y 211 - 6 del Código Penal).

Ahora, dada las características físicas de la menor, según la describen en los dictámenes médico legal como que pesaba 48 kilos, medía 1.54 metros de estatura, para el momento de los hechos aún no había cumplido los trece años, la condición de vecinos y mantener una relación amorosa con la niña, no puede siquiera pensarse en una causal de ausencia de responsabilidad por error en relación con la edad de la víctima. Por consiguiente el procesado actuó con conocimiento de que afectaba el bien jurídico protegido, de tal manera que su proceder fue doloso y debe responder como autor del punible de Acceso carnal abusivo con menor de catorce años.

Es por lo anterior que, al resolver el segundo problema jurídico planteado, la Sala considera que muy a pesar de la congruencia que debe existir entre la acusación y la sentencia, en casos como el presente, donde los hechos jurídicamente relevantes siguen siendo los mismos, pues desde un principio se le enrostró al procesado el hecho de que haya tenido relaciones sexuales con una menor de catorce años, se afecta el mismo bien jurídico tutelado "la Libertad y formación sexual", puede perfectamente mudarse la calificación, siempre y cuando resulte más favorable a los intereses del procesado.

Sobre el tema la Honorable Corte Suprema de Justicia ha dicho:

"Con todo, la Corte ha admitido la posibilidad de que el Juez profiera sentencia por conductas punibles diversas a las contenidas en la acusación, siempre y cuando (i) el ente acusador así lo solicite de manera expresa, (ii) la nueva imputación verse sobre una conducta punible del mismo género, (iii) la modificación se oriente hacia un delito de menor entidad, (iv) la tipicidad novedosa respete el núcleo fáctico de

Procesado: RAFAEL GUILLERMO GONZÁLEZ GÓMEZ
 Delito: ACCESO CARNAL VIOLENTO AGRAVADO
 Radicado No. 23001 60 08 835 2011 00026

la acusación, y (v) no se afecten los derechos de los sujetos intervinientes.

(...)

Y, si bien la Sala en anteriores oportunidades consideró que el ente instructor debía solicitar de manera expresa la condena por un delito distinto al formulado en la acusación, lo cierto es que en la providencia CSJ SP, 16 mar. 2011, Rad. 32685, esta Corporación precisó que esa exigencia merecía «...ser modificada en el sentido que los jueces de instancia se pueden apartar de la imputación jurídica formulada por la fiscalía hacia una degradada, siempre y cuando la conducta delictiva que se estructura en esta etapa procesal no obstante constituir una especie distinta a la prevista en la acusación, esté comprendida dentro del mismo género, comparta el núcleo fáctico y la nueva atribución soportada en los medios de prueba sea más favorable a los intereses del procesado...».¹⁷(Resaltado del Tribunal)

Así las cosas, el Tribunal revocará la sentencia absolutoria emitida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Montería, en su lugar dictará una condenatoria, en contra del procesado RAFAEL GUILLERMO GONZÁLEZ GÓMEZ, por el punible de Acceso carnal abusivo con menor de catorce años, agravado por el embarazo, apartándose de la acusación de la Fiscalía, quien acusó por el punible de Acceso carnal violento agravado por el embarazo.

Lo anterior toda vez que, contrario a lo planteado en la sentencia impugnada, para la Sala no existe duda alguna acerca de los siguientes aspectos:

¹⁷ Sentencia No. 41.253 del 15 de octubre de 2014, aprobada acta No. 337, M.P. doctor Gustavo Enrique Malo Fernández

Procesado: RAFAEL GUILLERMO GONZÁLEZ GÓMEZ
Delito: ACCESO CARNAL VIOLENTO AGRAVADO
Radicado No. 23001 60 08 835 2011 00026

La víctima en este caso, para la fecha en que ocurrieron los hechos, era menor de catorce años; fue abusada sexualmente y de esa copula quedó embarazada, siendo responsable de dicho acto el hoy procesado, señor RAFAEL GUILLERMO GONZÁLEZ GÓMEZ.

La tasación de la pena

La conducta por la cual se condena al señor RAFAEL GUILLERMO GONZÁLEZ GÓMEZ es la descrita en el artículo 208 del Código Penal, sancionada con pena de prisión de doce (12) a veinte (20) años. Agravada conforme al numeral 6 del artículo 211 del mismo estatuto punitivo, originando un incremento de una tercera parte a la mitad.

Atendiendo lo preceptuado en el artículo 60, numeral 4º del Código Penal, se logra establecer como marco punitivo el que oscila entre dieciséis (16) y treinta (30) años de prisión. El paso a seguir corresponde a dar cabal aplicación a la llamada ley de cuartos, a fin de establecer el ámbito punitivo sobre el cual se ha de mover la Sala (artículo 61, inciso 1º, Ley 599 de 2000), obteniéndose los siguientes:

El primer cuarto: que va de dieciséis (16) años a diecinueve (19) años y seis (6) meses de prisión.

Un cuarto medio: de diecinueve (19) años, seis (6) meses y un (1) día a veintitrés (23) años de prisión.

Otro cuarto medio: que irá de veintitrés (23) años y un (1) día a veintiséis (26) años y seis (6) meses de prisión.

Y, **el último cuarto – máximo:** que oscila entre veintiséis (26) años, seis (6) meses y un (1) día a treinta (30) años de prisión.

Como quiera que la Fiscalía no hizo alusión alguna a circunstancias genéricas de mayor y menor punibilidad, es imperativo ubicarse dentro

Procesado: RAFAEL GUILLERMO GONZÁLEZ GÓMEZ
Delito: ACCESO CARNAL VIOLENTO AGRAVADO
Radicado No. 23001 60 08 835 2011 00026

del primer cuarto mínimo, esto es, el que va de dieciséis (16) años a diecinueve (19) años y seis (6) meses de prisión.

Ahora bien, dado que el daño causado a la menor M.A.B.M. resulta de menor entidad si se tiene en cuenta que de la valoración psicológica no se desprende que ésta se encuentre padeciendo algún trauma que afecte su desarrollo sexual o emocional, y atendiendo la buena conducta anterior del procesado, lo cual hace suponer fundadamente que no requiere del rigor extremo de la pena, considera el Tribunal que la pena de prisión justa a imponer al señor RAFAEL GUILLERMO GONZÁLEZ GÓMEZ es la de dieciséis (16) años de prisión. Se le impondrá además una pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena de prisión.

Del pago de perjuicios

No están acreditados los perjuicios de orden material, razón por la cual solo se condenará al pago de los perjuicios morales, los cuales por las mismas razones expuestas anteriormente relacionadas con el daño psíquico causado a la víctima, se estiman suficientes en dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes para el momento de su pago.

De los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad

Por expresa prohibición contemplada en el artículo 199, numerales 4º y 8º, de la Ley 1098 de 2006, el señor RAFAEL GUILLERMO GONZÁLEZ GÓMEZ no se hace merecedor a la suspensión de la ejecución de la pena, como tampoco a la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión intramuros.

Procesado: RAFAEL GUILLERMO GONZÁLEZ GÓMEZ
Delito: ACCESO CARNAL VIOLENTO AGRAVADO
Radicado No. 23001 60 08 835 2011 00026

Se ordenará la captura del señor RAFAEL GUILLERMO GONZÁLEZ GÓMEZ, para ello se oficiará, de inmediato, a la SIJIN de la ciudad de Montería, insertando la identificación e información pertinente.

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA**, en su **SALA PENAL**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- Revocar la sentencia absolutoria objeto de apelación y en su lugar, CONDENAR al señor RAFAEL GUILLERMO GONZÁLEZ GÓMEZ a la pena de dieciséis (16) años de prisión, como autor penalmente responsable del punible de Acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado, descrito en los artículos 208 y 211, numeral 6, del Código Penal.

SEGUNDO.- Igualmente, se condena al procesado antes mencionado, por el mismo término de la pena de prisión, a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

TERCERO.- NEGAR al procesado RAFAEL GUILLEMRO GONZÁLEZ GÓMEZ, por expresa prohibición de la ley 1098 de 2006, los mecanismos sustitutivos de la pena de prisión intramuros por la de prisión domiciliaria, tampoco tendrá derecho a la suspensión de la ejecución de la pena.

CUARTO.- Declarar que a la pena impuesta se le descontará el tiempo que, en virtud de estos hechos, el sentenciado estuvo efectivamente privada de la libertad.

Procesado: RAFAEL GUILLERMO GONZÁLEZ GÓMEZ
Delito: ACCESO CARNAL VIOLENTO AGRAVADO
Radicado No. 23001 60 08 835 2011 00026

QUINTO.- Ordenar la captura inmediata del señor RAFAEL GUILLEMRO GONZÁLEZ GÓMEZ, para lo cual se oficiará a la SIJIN de esta ciudad, con la advertencia que el capturado será puesto a órdenes del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Montería.

SEXTO.- Contra esta providencia procede el recurso extraordinario de casación ante la Honorable Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

SÉPTIMO.- Por la Secretaría de la Sala se remitirá la carpeta al Centro de Servicios Judiciales de esta ciudad para su envío al juzgado de origen.

OCTAVO.- Las partes quedan notificadas en estrado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MANUEL FIDENCIO TORRES GALEANO
Magistrado Ponente

VICTOR RAMÓN DIZ CASTRO
Magistrado

LIA CRISTINA OJEDA YEPES
Magistrada

SILVIA YAMILE CADAVID JÁLLER
Secretaria