

Bogotá, Julio 9 de 2020

Honorable Magistrado

HUGO QUINTERO BERNATE

Sala de Casación Penal

Corte Suprema de Justicia

Ciudad

Referencia: Casación Radicado No. 52977

Procesado: Raul Mauricio Gómez Henao

Delito: Acceso Carnal Violento

JAVIER FERNANDO CÁRDENAS PÉREZ, Fiscal Tercero Delegado ante la Corte Suprema de Justicia, haciendo uso del término consagrado por el artículo 184 de la ley 906 de 2004, present dentro del término legalmente establecido y por escrito mis alegaciones para que sean tenidos en cuenta al momento de resolver el recurso de casación interpuesto por el defensores de los procesados

ANTECEDENTES DE LA DECISIÓN

HECHOS JURIDICAMENTE RELEVANTES

De la lectura de las sentencia, se puede describir como hecho jurídicamente relevante: Raul Mauricio Gómez Henao y Lina Marcela Lizarazo Herrera son compañeros permanentes y residen en Medellín. El 14 de agosto de 2015, Lina salió con unas amigas a discoteca, regresando a su casa al día siguiente a las 4 a.m. Al llegar Raul Mauricio bastante disgustado con la salida de su compañera la forzó a quitarse su ropa (incluida la interior), la violentó para introducir los dedos en la vagina y luego olerlos (según él para verificar si había tenido sexo), luego mediante el uso de la fuerza la apremió a que le practicara sexo oral para terminar

ACTUACIONES RELEVANTES

ALGUNAS DE LAS PRUEBAS ALLEGADAS EN JUICIO Y QUE DEBEN SER VALORADAS

- Lina Marcela, quien aparece como víctima, pidió apoyo al 123, hasta su casa llega para auxiliarla agentes de de la Policía Nacional (tener presente la hora). Una vez en las instalaciones de la Policía Nacional, estando en plena libertad Lina Marcela denuncia la agresion que recibio. El patrullero Jhon Jairo Hoyos recepciono la denuncia.
- Investigadora Claudia Tamayo, realiza labores de policía judicial y encuentra registro sobre investigaciones anteriores en contra del condenado por violencia intrafamiliar, en las que la denunciante es la víctima del caso que hoy sometemos a estudio.
- Médico legista Carlos Mauricio Bedoya González, realiza examen sexológico.
- Natalia Agudelo Henao, perito médico, encontró semen en el frotis perineal.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgador de primera instancia, en su condena aduce como argumentos para su decisión los siguientes:

- ***Hay prueba directa suficiente para condenar:*** A pesar de que la denunciante se acogiera a su derecho a no rendir testimonio, y que su declaración debiera ser valorada en el marco de la prueba de referencia, hay prueba directa con la que se puede condenar, entre ella aduce el médico legista que la atendió quien además de narrar lo que la víctima indica causaron sus lesiones (que continúa siendo prueba de referencia) habla de sus hallazgos físicos, incluidas las laceraciones en los plieges anales, es claro en señalar que como perito no es prueba de referencia.

informó, las evidencias encontradas en su cuerpo, lo que permite descartar que ello fuera parte de las relaciones sexuales de pareja. Aduciendo entonces a reglas de experiencia concluye que el planteamiento de la defensa sobre lo concensuado de las relaciones no es cierto.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Hay prueba suficiente para condenar y confirma la sentencia condenatoria de primera instancia, no acoge los argumentos de violación a la regla procesal que indica que no puede condenarse solo con prueba de referencia, porque considera que el caso tiene prueba directa, la que plantea así:

- La víctima acudió a la policía y presentó denuncia y el policía Judicial Jhon Jairo Hoyos es testigo directo de la formulación de la denuncia y del estado en el que llegó a presentar la misma y de que requirió acompañamiento policial para devolverse a su residencia.
- Con la investigadora Claudia Tamayo se estableció, que el condenado tenía otras investigaciones por violencia intrafamiliar con la misma víctima y fue testigo de las manifestaciones que hiciera la denunciante que estaba siendo amenazada por su compañero desde la cárcel.
- El médico legista Carlos Mauricio Bedoya González, es testigo del relato de la víctima en su anamnesis, de los hallazgos en el cuerpo de ésta, lesiones en el rostro, senos, brazos, piernas y el ano.

Concluyéndose por el Tribunal que el análisis en conjunto de la prueba permitía mantener la condena.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

CARGO ÚNICO: FALSO JUICIO DE LEGALIDA. Considera el defensor que las manifestaciones anteriores de la presunta víctima, ingresadas a través del policía y el médico legista, no podían ser valoradas, por cuanto la denunciante se acogió a su derecho a guardar silencio, así que deben ser excluidas y cualquier valoración viola el debido proceso.

El accionante sostiene su tesis jurídica, en que si se retiran de las valoraciones procesales las manifestaciones de la presunta víctima no hay ninguna prueba de cargo porque:

- El médico legista no encontró evidencia de relación no consentida-
- Si había semen en el ano de la víctima, pero la fiscalía no se ocupó de establecer a quién pertenecía.
- Los funcionarios que participaron en la investigación no hicieron un trabajo adecuado a sus funciones.
- Luego tienen prueba de una presunta conducta, pero no de la autoría.

CONSIDERACIONES DE LA FISCALÍA FRENTE AL CARGO

Indica el demandante, que cuando un ciudadano se acoge a su derecho a no declarar, sus manifestaciones anteriores no pueden ser llevadas al juicio; en caso de que ingresen no pueden ser valoradas, porque estas son **PRUEBA DE REFERENCIA INADMISIBLE**, y en este caso además son la única prueba con la que cuenta el juzgador para emitir sentencia.

Para este delegado el **PROBLEMA JURÍDICO** que subyace de la demanda podría plantearse de manera diferente a como se indicó en el acápite anterior y es en las causales ADMISIBLES DE PRUEBA DE REFERENCIA, contenidas en el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal, la cláusula general del literal b debe seguir ampliándose y en consecuencia:

*"debe entenderse como causal admisible de prueba de referencia cuando hay indisponibilidad jurídica del testigo – cuando es la misma víctima en delitos **de violencia de género**"*

Propuesta a la que la Fiscalía responderá afirmativamente a partir de las siguientes razones:

1. LOS DERECHOS QUE PROTEGE LA EXONERACIÓN AL DEBER DE DECLARAR ESTÁN RELACIONADOS CON LA SOLIDARIDAD FAMILIAR: El derecho Constitucional de guardar silencio tiene como finalidad la protección del secreto en la intimidad familiar, mantener el afecto y la solidaridad familiar, respetar la unidad de la institución de la familia, así puede deducirse de la sentencia **C-848 DE 2014**.

En concreto, la Corte ha expresado que dicha prerrogativa blinda la institución familiar como tal, en la medida en que *"el establecimiento de un deber de declarar en contra del cónyuge, compañero o pariente que ha cometido o participado en un hecho punible, generaría un clima de desconfianza entre los miembros de la familia, por el peligro latente de que los asuntos que se conocen en la intimidad sean sometidos al escrutinio público, todo lo cual terminaría por debilitar los vínculos entre ellos y por desestabilizar la familia"*

2. LA POSICIÓN DE LOS FUNCIONARIOS ANTE EL ACOGIMIENTO DEL DERECHO A "NO DECLARAR" TIENE QUE SER NO FORZAR LA DECLARACIÓN: La Corte Constitucional ha indicado que no se puede forzar la declaración por vía alguna, así puede verse en la sentencia referida en el numeral anterior, en la que se indicó:

"las autoridades públicas no se encuentran facultadas para forzar tales declaraciones ni por vías directas ni por medios indirectos, y que el ordenamiento tampoco puede establecer ninguna sanción u otra consecuencia adversa para el infractor de tal deber"

Y lo ha reiterado en múltiples decisiones, entre las que se encuentran: C-024 de 1994, C-621 de 1998, C-776 de 2001, C-848 de 2014.

3. LA LIBERTAD COMO REQUISITO ESENCIAL AL EJERCICIO DEL DERECHO A NO DECLARAR: Lo que no ha sido objeto de análisis, es si la manifestación de no declara en juicio, por quien ha sido sometida a acciones violentas (verbales-físicas- sexuales) es **LIBRE**; En esa tensión de derechos entre la protección del vínculo familiar y la búsqueda de la verdad en el ejercicio de la administración de justicia, el operador judicial debe determinar si se trata una **RETRACTACIÓN** como acogimiento del derecho de protección a la familia, o si por el contrario el guardar silencio es una expresión por las presiones (económicas, sociales, entre otras) recibidas por parte del victimario.

En este caso particular la tesis que se sugiere se acoja es la segunda y es que la falta de libertad se puede establecer a partir de:

- a. La forma en la que ocurrieron los hechos
- b. Las medidas de protección que se han solicitado
- c. Las amenazas que el acusado le realizó a la víctima, cuya existencia fueron probadas a través de CLAUDIA AMPARO TAMAYO SEPÚLVEDA.
- d. Comportamiento similar anteriormente realizado, y que fuera probado con la misma testigo.

4. EL FUNCIONARIO FRENTE A QUIEN SE HACE EL ACOGIMIENTO ESTÁ EN LA OBLIGACIÓN DE VERIFICAR LA LIBERTAD DE QUIEN SE ACOGE: La manera en la que el funcionario prueba la libertad no siempre es con prueba directa, también es posible como se indicó en el numeral anterior que ello sea a partir de ejercicios inferenciales, siempre verificando que el hecho conocido esté prohibido.

5. LA INDISPONIBILIDAD JURÍDICA COMO CAUSAL ADMISIBLE DE

su decreto, la no oposición de la defensa a su ingreso a través de las preguntas del fiscal y la posterior valoración de los jueces se hace sobre prueba de referencia admisible.

6. LA OBLIGACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LAS FUNCIONES JUDICIALES

APLICANDO LA PERSPECTIVA DE GÉNERO: La aplicación del principio de flexibilización procesal para evitar la revictimización de la mujer, al reconocer las diferencias, obliga a los operadores judiciales a privilegiar incluso los indicios sobre la prueba directa, en este caso el análisis de la prueba de referencia debe hacerse desde la perspectiva de género, así las cosas la ampliación de las causales admisibles de prueba de referencia es el resultado de una interpretación con la mirada Constitucional que exige el análisis desde la perspectiva de género.

7. ANÁLISIS EN CONJUNTO DE LA PRUEBA:

Lo primero que deberá recorsarse es que las declaraciones anteriores de la víctima están contenidas en varios segmentos probatorios, suceptibles de ser valorados, es así como:

- a. La llamada realizada por la víctima a la línea 123, este es el primer contenedor de las manifestaciones anteriores que ingresaron al juicio, que como lo ha indicado este máximo Tribunal, tiene unas consideraciones de valoración adicional, porque la regla de la experiencia enseña que nadie o casi nadie miente cuando necesita ayuda y protección.
- b. Las manifestaciones que en virtud del cumplimiento de sus funciones legales le hizo la víctima al agente de la policía Jhon Jairo Hoyos y al médico legista Carlos Mauricio Bedoya.
- c. La denuncia que presentó en las instalaciones de la policía nacional.

Si se observa, es claro que la condena no está basada solo en prueba de referencia,

- a. El patrullero JHON JAIRO HOYOS que conoció del caso, declaró en juicio la forma en la que estaba la víctima, cómo llegó, su estado anímico, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en la que se hizo la narración, además de lo que decía - única parte en la que el testimonio se convierte en prueba de referencia admisible- por lo que hemos dicho .

- b. El médico legista CARLOS MAURICIO BEDOYA GONZALEZ, atendió a la denunciante cuando recibía ayuda del estado, más allá de las manifestaciones anteriores que llevó a juicio y que se encontraban registradas en su anamnesis -lo que como ya se ha dicho es prueba de referencia admisible-, observó, dejó constancia y sobre ello declaró en juicio de los hallazgos físicos, en el cuerpo de la víctima, y desde su conocimiento científico ante las preguntas realizadas por la Fiscalía concluyó a qué podían obedecer y no lo hizo a partir de especulaciones o suposiciones, sino de lo que de manera personal y directa encontró.

- c. La bióloga forense NATALIA AGUDELO HENAO, encontró semen en el frotis perineal realizado a la víctima, y aunque no fue sometido a comparación de perfiles genéticos, lo que sí es cierto es que el mismo existía y tal y como lo hicieron los jueces de instancia, es prueba de corroboración periférica, que permite dar credibilidad a las manifestaciones de la víctima, quien indicó que parte de las acciones violentas consistieron en penetración anal.

- d. Regla de experiencia aplicada al fallo: Si como lo afirma la defensa las relaciones sadomasoquistas consentidas eran frecuentes, y está probado que **sólo** en esta oportunidad se denunció, subyace que la regla de la experiencia que aplicaron los juzgadores al indicar que: "nunca o casi nunca que se tienen relaciones sexuales consentidas se denuncia" resultaba válida al momento del análisis en conjunto de la prueba, por hechos probados como que llamo a la línea 123 habilitada para la protección de los ciudadanos porque requería ayuda y demandaba seguridad, sale de su casa en la forma descrita por el policía, que puede resumirse en angustia, cuando llega a lo que considera un