



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

JOSÉ FRANCISO ACUÑA VIZCAYA
Magistrado Ponente

SP570-2019

Radicación n° 50973

(Aprobado acta n°. 052)

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de febrero de dos mil diecinueve (2019).

VISTOS

Procede la Corte a emitir sentencia de mérito en el juicio de revisión promovido, a través de apoderado, por LUIS ALEJANDRO GONZÁLEZ BERDUGO.

HECHOS

En la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá el 2 de diciembre de 2015, se sintetizaron en los siguientes términos.

E.J.P. fue accedida violentamente por LUIS ALEJANDRO GONZALEZ BERDUGO, quien es el tío de sus dos amigas J. y M.Y., un jueves a finales del mes de junio de 2013. E.J. de 14 años de edad, acompañó a su hermana ELIANA a la peluquería al Barrio donde habían vivido, aprovechó que estaba cerca a sus amigas y fue a buscarlas a la casa ubicada en la Transversal 12 B Bis No. 43-33 Sur, allí se enteró que sus amigas no estaban, y en el momento que la menor salía, el tío de sus amigas LUIS ALEJANDRO la cogió del hombro, con violencia la volteó y la botó al piso, pese a los manoteos de ella no la soltó, tampoco le permitió gritar, le tapó la boca, le besó el cuello, la manoseó el cuerpo y le bajó la sudadera, él se bajó los pantalones y la accedió vía vaginal, luego le dijo que ella era de él, que la buscaría cuando tuviera 15 años. Como producto de esa relación la menor E.J., quedó en embarazo y como no había tenido novio en diciembre de 2013 le confirmaron el embarazo y confesó quién la había violado.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. En audiencias concentradas realizadas el 29 de mayo de 2014 ante el Juzgado 41 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías, se produjo la legalización de captura, imputación de cargos e imposición de medida de aseguramiento a LUIS ALEJANDRO GONZÁLEZ BERDUGO a quien la Fiscalía General de la Nación atribuyó ser autor del delito de acceso carnal violento agravado, previsto en los artículos 205 y 211-6 del Código Penal, modificado por los artículos 1° y 7° de la Ley 1236 de 2008, respectivamente, cuya responsabilidad el inculcado no aceptó.

Acorde con la petición de la Fiscalía delegada, el juez de control de garantías le impuso a GONZÁLEZ BERDUGO medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en centro de reclusión.

2. El conocimiento subsiguiente del proceso fue asignado al Juzgado Séptimo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá, estrado que presidió las audiencias de acusación, preparatoria y de juicio oral; culminada esta última anunció el sentido del fallo de carácter condenatorio y luego, el 30 de junio de 2015, profirió sentencia por cuyo medio declaró a LUIS ALEJANDRO GONZÁLEZ BERDUGO autor penalmente responsable de la conducta punible de acceso carnal violento agravado.

Como consecuencia, se le impusieron las penas de ciento noventa y dos (192) meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un periodo igual; también se le negó la concesión de los sustitutos de suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, artículos 63 y 38 del Código Penal, por no tener derecho a ninguno de ellos.

3. En contra del reseñado fallo interpuso la defensa del procesado recurso de apelación del cual conoció la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, instancia que resolvió confirmarlo en cuanto fue objeto de impugnación, mediante sentencia de 2 de diciembre de 2015.

4. En vista que no se interpuso recurso de casación por alguna de las partes o intervinientes, la determinación de condena adquirió firmeza y se encuentra en fase de ejecución.

LA DEMANDA

Con fundamento en la causal tercera del artículo 192 de la Ley 906 de 2004, se ataca la justeza de la condena proferida en doble instancia contra LUIS ALEJANDRO GONZÁLEZ BERDUGO, por el surgimiento de prueba nueva que no fue conocida en el proceso, demostrativa de su inocencia.

Al respecto explica la representación judicial del actor que con posterioridad a la firmeza de la sentencia de condena se conoció el resultado de un cotejo de ADN realizado en el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses por solicitud de la Fiscalía 235 Seccional de Bogotá, en el cual se excluye a GONZÁLEZ BERDUGO como padre del fruto del embarazo de la menor de edad víctima del delito de agresión sexual por el cual él fue investigado y sentenciado.

La copia del estudio de genética forense que se adjunta a la demanda, se precisa, fue obtenida -pasados dos años de la emisión de la sentencia de segunda instancia- en respuesta al derecho de petición que LUIS ALEJANDRO GONZÁLEZ BERDUGO presentó ante el Instituto Nacional de Medicina

Legal y Ciencias Forenses - Grupo de Genética Forense y del que se dio traslado a la Fiscalía 235 Seccional de Bogotá, dependencia que a la postre suministró facsímil del informe experto que allí reposa en original.

Asevera la demandante que a pesar de haber sido un elemento probatorio descubierto y petitionado por el ente acusador, cuya práctica la autoridad judicial cognoscente dispuso se llevara a cabo en la audiencia de juicio oral, fue desistido por la delegación fiscal al inicio de ese acto aduciendo que se había presentado un error en la inscripción del sexo del feto en el rótulo de la muestra a examinar por el perito forense que hacía desconfiar del resultado del cotejo, con el cual dijo la acusadora no se contaba para el tiempo de iniciación del juzgamiento oral.

Sin embargo, alega la demandante, no es cierto que así hubiese ocurrido porque para la fecha que comenzó el juicio ya conocía la Fiscalía el dictamen pericial y de manera desleal desistió de su presentación a pesar de que con él se habría demostrado la inocencia de GONZÁLEZ BERDUGO; de otra parte, añade, siempre se había tenido en claro que el embrión del embarazo de la reputada víctima era de sexo femenino acorde con el reporte de una ecografía que se le había tomado a la joven después que se supo su estado de embarazo.

Con todo, esa prueba nueva, desconocida y que no pudo ser valorada en el curso del proceso tiene la virtualidad de

cuestionar la verdad declarada en el fallo de condena acerca de la comisión del delito de acceso carnal violento, el embarazo producto de ese actuar ilícito y la responsabilidad en su ejecución atribuida a LUIS ALEJANDRO GONZÁLEZ BERDUGO a partir, primordialmente, de la versión suministrada por la menor E.J.P.M.

Por tanto, se solicita declarar fundada la acción de revisión por la causal incoada, sin valor el trámite procesal adelantado como la sentencia de condena proferida en contra del accionante.

ACTUACIÓN EN SEDE DE REVISIÓN

Por estar ajustada a los presupuestos exigidos por el artículo 194 de la Ley 906 de 2004, dispuso la Sala la admisión del libelo presentada por la vocería judicial de LUIS ALEJANDRO GONZÁLEZ BERDUGO, requiriendo a la autoridad falladora el expediente original de la actuación para surtir el juicio de revisión.

Una vez allegado el plenario se dio traslado a la partes y luego se resolvieron las solicitudes presentadas mediante proveído AP1296-2018 de 4 de abril de 2018, contra el cual interpuso la actora recurso de reposición con el fin que se accediera al recaudo de otro de los medios de convicción peticionado, estudio de psicología sobre los distintos relatos de los hechos rendidos por la menor, que fue denegado; la

impugnación se resolvió por auto AP3784-2018 en el sentido de no reponer la decisión objetada.

De conformidad con lo previsto en el artículo 195 del Código de Procedimiento Penal se convocó audiencia para la práctica probatoria y la presentación de alegatos finales, en cuyo desarrollo se recibió la prueba pericial de genética forense mediando interrogatorio cruzado al perito adscrito Al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Dr. César Augusto Arévalo Ordóñez quien en su condición de Biólogo forense explicó la forma en que realizó el informe pericial a partir del estudio de las muestras a esa institución remitidas, correspondientes a las tomadas a la madre, el feto y el presunto padre.

Explicó el trámite que se cumplió para aclarar las inconsistencias advertidas en la rotulación del contenedor de la muestra del producto de legrado obstétrico practicado a E.J.P.M. en vista que la descripción de la tapa del frasco no coincidía con la de parte lateral del mismo y la documentación adicional remitida al Instituto de Medicina Legal, en concreto, lo relativo a la longitud, peso y sexo del feto; indicó que ello se dilucidó por parte del médico cirujano que practicó el procedimiento de interrupción del embarazo a la menor en el Hospital de Suba quien mediante oficio ratificó que la información correcta era la inscrita en la tapa, es decir, que se trataba del embalaje de patología de la placenta de E.J.P.M.

Con esa claridad, llevó a cabo el estudio pericial cuyo resultado excluye a LUIS ALEJANDRO GONZÁLEZ VERDUGO como padre biológico del feto de E.J.P.M.

Culminada la práctica probatoria, se concedió el uso de la palabra al apoderado del accionante quien presentó sus alegatos de conclusión reiterando la pretensión expuesta en la demanda en el sentido de que se declare fundada la causal de revisión invocada en el entendido que el dictamen pericial practicado en el juicio de revisión tiene la capacidad de demostrar que no hubo confusión respecto de la experticia, realizada con muestras tomadas a la menor E.J.P.M., el feto de su embarazo y LUIS ALEJANDRO GONZÁLEZ BERDUGO, que arrojó como resultado que éste no es el padre de aquél.

Cuestiona la actuación de la fiscalía y el juez de conocimiento porque desde cuando dicha prueba fue decretada dejó de interesar a la parte solicitante y pasó a ser del proceso, no obstante lo cual fue desistida en contra de principios tales como la lealtad de las partes y la contradicción probatoria; de manera que si existía alguna duda sobre esa prueba, esta debió haber sido dilucidada luego de su práctica y no haber procedido como en este caso ocurrió.

Indica que las posibles inconsistencias que la fiscalía adujo como motivo para no llevar a juicio la pericia se subsanaron, según lo explicó el testigo perito, antes de emitir

el estudio; por ende, el resultado de la valoración forense es concluyente en la demostración que LUIS ALEJANDRO GONZÁLEZ BERDUGO no tuvo nada que ver con los hechos por los que fue condenado.

Considera que debe prosperar la acción de revisión para revertir la decisión de condena que se centró en el testimonio de la víctima, en atención a que la prueba pericial demuestra la inocencia de su patrocinado.

En su turno la Fiscalía delegada planteó que el debate sobre la lealtad procesal con que ese ente actuó en el juzgamiento propuesto por el apoderado del actor no corresponde a la acción de revisión impetrada, a pesar de lo cual explica las razones de orden material que llevaron a que el dictamen en cuestión no fuera presentado en el juicio.

En cuanto al alcance del dictamen forense aducido, advirió que solamente tiene incidencia en la configuración de la causal de agravación punitiva, prevista en el artículo 211 numeral 6 del Código Penal, porque se desvirtúa que el procesado sea el padre del fruto del embarazo de la menor víctima pero no la materialidad de la conducta y la responsabilidad, pues a ese respecto se cuenta con las pruebas practicadas en el juzgamiento oral que fueron analizadas en las instancias regulares.

Por consiguiente, solicita que se mantenga la condena impuesta al procesado por el delito de acceso carnal violento eliminando la circunstancia de agravación referida únicamente.

La representación de la Procuraduría General de la Nación expresó que no hay lugar a discusión acerca de la configuración de la causal de revisión invocada por la parte demandante al estarse ante un medio de prueba que a pesar de haberse peticionado y decretado a instancias de la Fiscalía conforme a la teoría del caso que tenía, extrañamente no fue llevado a juicio.

Añade que si bien de la prueba pericial allegada surge que el procesado no es el padre del feto, con ella no se desvirtúa la real ocurrencia de los hechos, pero si el motivo agravante del delito como alega la delegada del ente acusador; no obstante, considera que de haber sido conocida en el juicio es posible que las conclusiones a que llegaron las instancias judiciales hubiesen sido diferentes.

Solicita la anulación de lo actuado a partir de la audiencia preparatoria y se remita el expediente a un juzgador diferente al que adelantó el proceso para que se reponga el trámite subsiguiente en respeto a las garantías vulneradas al accionante.

CONSIDERACIONES

1. La causal tercera del artículo 192 del estatuto procedimental penal de 2004, prescribe la procedencia de la revisión cuando “...después de la sentencia condenatoria aparezcan hechos nuevos o surjan pruebas no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia del condenado o su inimputabilidad.”

La demostración de esta causal presupone presentar novedosos elementos de juicio no conocidos al tiempo de los debates con la capacidad e idoneidad suficientes para derruir el soporte probatorio de la sentencia que se califica injusta, a pesar de haber hecho tránsito a cosa juzgada, que permitan establecer la inocencia del condenado o su inimputabilidad, e incluso controvertir la verdad judicial declarada en un evento determinado; obligación que de no cumplir el demandante deja el cargo carente de la eficacia necesaria para su admisión.

En relación con los conceptos de prueba nueva y hecho nuevo bajo el sistema de la Ley 906 de 2004, en CSJ AP, 15 oct. 2008, rad. 29626, entre otros, la Sala ha explicado:

3.3. Variantes en los conceptos de prueba nueva y hecho nuevo.

La jurisprudencia de la Corte ha entendido tradicionalmente por prueba nueva todo instrumento o mecanismo probatorio que por cualquier causa no se incorporó al proceso. Y por

hecho nuevo toda situación fáctica no conocida en las instancias, o toda variante sustancial de una situación fáctica conocida, que tengan la virtualidad de desvirtuar o dejar en entredicho la verdad declarada en el fallo.

Frente al nuevo modelo de enjuiciamiento penal, estos conceptos, en su sustancialidad básica, se mantienen, pero en atención a la facultad que tienen las partes que intervienen en el adelantamiento del proceso instancial de descubrir selectivamente los medios probatorios que pretenden hacer valer en el juicio oral, surge un requerimiento adicional a la exigencia de que la prueba no haya sido debatida en el juicio: que el accionante no haya tenido conocimiento de su existencia, o que teniéndola, no haya estado en condiciones de aportarla.

Si la parte ha conocido la prueba, pero por razones estratégicas o de cualquier otro tipo decide voluntariamente renunciar a su descubrimiento y debate en la audiencia del juicio oral, no tendrá la connotación de nueva, porque lo nuevo para la estructuración de la causal tercera de revisión será únicamente aquello de lo cual no se ha tenido conocimiento que existe, o que se sabe que existe pero que no fue posible aducir al proceso.

Esta exigencia, además de consultar la dinámica del nuevo modelo de enjuiciamiento penal, que otorga a los protagonistas del proceso autonomía en el manejo de la prueba, reafirma el carácter de acción de la revisión, cuya caracterización impide tener los juicios rescindente y rescisorio como una prolongación del proceso instancial, donde sea válido reabrir espacios de discusión probatoria ya superados [...].

En el mismo proveído citado se puntualizó que para el ejercicio de la acción de revisión:

...en el marco del sistema oral, se considera prueba, desde el punto de vista formal, no sólo la que ha sido sometida a debate ante un juez de conocimiento en un juicio oral, sino los llamados en el nuevo modelo de enjuiciamiento medios cognoscitivos, entre los que se encuentra los elementos materiales probatorios y evidencia física, los informes, el interrogatorio a indiciado, la aceptación del imputado y la prueba anticipada.

2. En el caso sometido a estudio, la experticia de genética forense ostenta la connotación de prueba novedosa en relación con los hechos materia de investigación y juzgamiento, pues a pesar de que la representante de la Fiscalía General de la Nación la descubrió como elemento de prueba¹, enunció y pidió su práctica², lo cual así dispuso el juez de conocimiento³, desistió de ella en el propio acto de juzgamiento oral⁴.

Del escrutinio de los registros procesales no se encuentra que la bancada defensiva -técnica y material- a pesar de que sabía del elemento de prueba que su contraparte anunciaba sería aducido, hubiese conocido el resultado y menos aún estuviese en condiciones de aportarlo, precisamente, porque se trató de un medio de convicción forjado a instancias de la iniciativa probatoria del acusador oficial.

¹ Ver escrito de acusación, folios 20 a 23 de la carpeta de actuaciones de primera instancia; y CD audiencia de acusación de 22 de agosto de 2014, registro 00:11:55.

² Cfr. CD audiencia preparatoria de 19 de septiembre de 2014, registro 00:41:00.

³ Ibidem registro 01:10:21.

⁴ Cfr. CD audiencia de juicio oral primera sesión de 16 de diciembre de 2014, registro 00:12:45.

Entonces, a la defensa no le resultaba posible presentarlo ante el juez de conocimiento para su valoración dado el carácter adversativo del proceso regulado por la Ley 906 de 2004, máxime que, se repite, tal y como afirma la demandante y se puede corroborar en los registros procesales, el defensor de turno ni el procesado conocieron cuál fue el resultado del examen pericial porque la Fiscalía no lo reveló, al margen de las razones que adujo para renunciar al medio cognitivo, esto es, por las presuntas irregularidades en su producción que le restaban confiabilidad.

Se cumplen, por tanto, las condiciones requeridas para la estructuración de la causal invocada por la connotación de novedad del medio de prueba acorde con el criterio de la Sala, a que se ha hecho referencia, en el marco de las causas criminales seguidas bajo el modelo de tendencia acusatoria.

3. Para la rescisión del fallo de condena, la causal en examen exige que además de la demostración de la novedad del medio de prueba, este tenga la potencialidad de enervar el juicio de responsabilidad deducido por el juez cognoscente, bien sea porque se acredita la inocencia del procesado o se torna discutible la verdad judicial declarada.

3.1. El escrutinio de los fundamentos de la sentencia de condena de primer grado proferida contra LUIS ALEJANDRO GONZÁLEZ BERDUGO enseña que la

judicatura analizó de inicio la prueba de cargo de la Fiscalía conformada por el testimonio de la menor de edad E.J.P.M., rendido en cámara de Gesell, de cuyo tenor transcribe algunos apartes acerca de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que fue abusada sexualmente.

Enseguida, los testimonios de Ernesta Efigenia Manuel, José Alonso Pulido y Eliana María Pulido Manuel, en su orden madre, padre y hermana de la víctima, en relación con la forma en que se enteraron de lo ocurrido a su consanguínea y los cambios que advirtieron en la conducta personal, familiar y escolar de la joven.

Luego se remitió estudio a las atestaciones de Enrique Jiménez Gaitán, médico forense que examinó a la menor de edad después de que fue presentada la denuncia del hecho ilícito y consignó en la anamnesis de su informe la versión de la examinada al respecto y también reportó el estado de embarazo a partir de los signos clínicos que observó en ella.

Y Lizeth Juliana Atuesta Puentes, investigadora del Cuerpo Técnico de Investigación que realizó entrevista forense a la menor E.J.P.M.

En cuanto a los medios probatorios aportados por la defensa se examinaron las exposiciones rendidas por Yudy Esperanza Acero quien se refirió a la convivencia con LUIS ALEJANDRO GONZÁLEZ BERGUDO, su cuñado, y las

actividades laborales y personales del mismo; y, por último, la versión rendida por el propio acusado de la que se destaca la mención genérica a su desempeño como obrero de construcción para la época de los hechos investigados, así como su ajenidad en la comisión del comportamiento ilícito que en este caso se le ha imputado.

Con soporte en esos medios de convicción y citación de algunas decisiones de esta Corporación sobre temas como la valoración y credibilidad del testimonio de menores de edad víctimas de delitos sexuales y la violencia en ese tipo de reatos, la autoridad de primera instancia concluye demostrada la materialidad de la conducta punible de acceso carnal violento agravado y la responsabilidad en su ejecución atribuida al procesado GONZÁLEZ BERDUGO.

Para mejor entendimiento de las motivaciones esenciales de la sentencia en comento, los apartes pertinentes de su contenido rezan:

...se estableció de la versión y relato de EJPM, que su agresor es el aquí procesado LUIS ALEJANDRO GONZALEZ (sic) BERDUGO, ofreciendo detalles como se signó en precedencia, tras un dicho coherente y claro sobre lo acontecido, y su testimonio fue palmario en lo que concierne a la persona que le procuró el acceso carnal violento y el consecuente embarazo, y sobre el punto también se pronunció ELIANA MARIA (sic) su hermana, cuando al ser interrogada sobre lo que conoció del hecho, sin ningún ánimo de venganza esbozó lo que de primera mano su pequeña hermana les señaló, que había sido LUIS el tío de DAVID y YULI los amigos de EJPM,

sindicación que realizó con apoyo emocional, pues no entendía porqué (sic) ese sujeto la había abusado, dando cuenta además que “la fuerza de un hombre a una niña no se compara” (Récord 1:13:30).

En igual sentido se pronunciaron los padres de la menor ofendida, cuando en el interrogatorio en la vista pública refirieron como se enteran del asunto ante un médico que les advirtió que su menor hija se hallaba en estado de gravidez, alarmándose pues la menor no tenía novio y contaba apenas con 14 años, situación que los llevó a indagar con su hija en torno a la ocurrencia del hecho y el responsable del mismo, conociendo por aquélla, que en un día de vacaciones de mitad de año la menor decidió ir a buscar a sus antiguas amigas y al no encontrarlas cuando se disponía a salir de la vivienda, fue abordada bruscamente por LUIS el hermano de Don FREDY, y allí abusada sexualmente.

Soporta aún más la declaración de EJPM, el testimonio del Dr. ENRIQUE JIMENEZ GAITAN (sic) médico forense adscrito al INML y encargado de sustentar el informe base de opinión pericial, dejando plasmado que la joven aportaba prueba de embarazo y ecografía obstétrica, al paso que de la anamnesis se advertía un dicho relacionado con abuso sexual, coligió el galeno que no era necesaria examen genital, pues halló igualmente un abdomen grávido, lo que permitió ese conocimiento más allá de duda razonable en torno a la cierta ocurrencia de esa relación sexual que culminó en concepción y embarazo.

En exceso a lo anotado, robustece también el dicho de E.J.P.M., el testimonio de la Funcionarla del CTI que recaudó entrevista forense LIZETH JULIANA ATUESTA PUENTES, donde en iguales términos la menor estableció lo a ella acontecido, explicando los pormenores del ataque y detalles claros y concisos del episodio, así como agresiones anteriores en los que se había presentado incluso tocamientos que no eran de su agrado también por parte de GONZALEZ (sic)

BERDUGO, sopesando así más el cierto compromiso de GONZALEZ (sic) BERDUGO en el hecho.

Y lo asevera así el Despacho, cuando pese a la actividad defensiva se buscó plantear duda frente a la materialidad del reato y la responsabilidad de su prohijado, sin embargo no acompañó los medios probatorios que permitieran tomar un rumbo distinto...⁵

3.2. En la sentencia de segunda instancia, confirmatoria del proveído opugnado, se identifican las razones de sustento del recurso de alzada orientadas a cuestionar la configuración de la materialidad delictiva, no obstante lo cual en respuesta a los argumentos del censor asevera la judicatura de segundo nivel que no solo se encontró demostrada la ocurrencia del delito sino también la responsabilidad del acusado.

El Tribunal arribó a esas conclusiones previo análisis unitario y en conjunto de los mismos elementos de convicción a los cuales se refirió el *a quo*, enfatizando acerca del testimonio de la joven afectada y la entrevista que rindió a la investigadora judicial Lizeth Juliana Atuesta Puentes, que:

...el relato de la joven agredida resulta coherente en sí mismo, pues su narración se muestra libre y espontánea, ajeno a cualquier influencia de terceros, y reiterativa en todas las etapas procesales en que informó lo sucedido (juicio oral y entrevista durante la indagación). Hacen parte del núcleo central del relato que: (i) el acusado aprovechó un momento

⁵ Folios 14 y 15 de la sentencia de primera instancia.

*en que estuvo a solas con la menor para accederla carnalmente mediante la violencia; (ii) como quiera que el inmueble estaba desocupado, los llamados de auxilio no fueron atendidos; (iii) una vez acaecido el ilícito, la menor se fue para su casa y decidió tomar un baño; y (iv) fruto del señalado acto delictivo, la menor quedó en estado de embarazo, el cual resolvió interrumpir voluntariamente en diciembre de 2013.*⁶

Además, se refirió al respaldo que su dicho encuentra en lo que corresponde al estado de gravidez subsecuente a la agresión sexual y la edad gestacional del feto, acorde con el informe pericial de clínica forense rendido por el médico legista Enrique Jiménez Gaitán, con base en el cual afirma el juez colegiado que “...se puede afirmar que la menor, en efecto, tuvo una relación sexual para la última semana de junio o primera de julio, cuyo fruto fue el embarazo que sería interrumpido de manera voluntaria en diciembre del mismo año [2013].”⁷

Sobre este tópico es necesario resaltar que, en adición, el Tribunal consideró que la renuncia de la delegada acusadora a presentar en juicio la prueba genética no impedía la acreditación de la responsabilidad del procesado en el embarazo de la menor con otro elemento de convicción distinto, en el marco del principio de libertad probatoria, como en efecto ocurrió con la aportación del dictamen del médico legista atrás aludido, arguyendo que:

⁶ Folio 14 sentencia de segunda instancia.

⁷ Ibidem folio 15.

... si bien la prueba de ADN podría ser de importancia para soportar con mayor fuerza una u otra versión de los hechos materia de juzgamiento, lo cierto es que la fiscalía pudo demostrar la materialidad del ilícito y la responsabilidad del acusado por otro medio. Por ende, aun cuando renunció a la señalada prueba pericial, lo cierto es que los testimonios vertidos en juicio tienen la misma fuerza suasoria para sustentar su teoría del caso.⁸

Respecto de la alegación presentada por el apelante acerca de la incidencia que en la demostración de los cargos de la acusación tenía la prueba científica a la cual renunció la Fiscalía, expresó el juzgador colegiado que si “*resultaba sustancial y de vital importancia para su estrategia*”, le correspondía a esa parte procesal proveer lo necesario para recoger las muestras en pos de su realización y solicitarla como “*prueba directa*”, lo cual no hizo; por ende, mal podía excusar esa falencia con el cuestionamiento a la actividad procesal de su contraparte.

Concluyó el sentenciador de segundo grado sobre este aspecto que “*...la prueba pericial sobre el embarazo de la víctima E.J.P.M., aun cuando no es concluyente por si misma sobre la responsabilidad del acusado, analizada de manera conjunto (sic) sí es coherente con las fechas en que habría sucedido el acceso, conforme lo narró la joven.*”⁹

⁸ Ídem.

⁹ Ibidem folio 16.

Y tras el estudio adicional de lo atestado por los padres y la hermana de la joven ofendida, la cuñada del acusado y éste mismo, en el cierre argumentativo del proveído expuso la segunda instancia:

En esa medida debe recordarse que, tanto la víctima como sus familiares fueron certeros en descartar la existencia de un compañero sentimental u otra persona con quien pudiese tener relaciones sexuales consentidas¹⁰; por el contrario, todos fueron enfáticos en aclarar que los hechos ilícitos se conocieron al momento en que se enteraron del estado de gravidez de la menor, y que esta aseguró que la única posibilidad era el acceso carnal violento de que había sido víctima; por consiguiente, dado que el testimonio de la pequeña merece plena credibilidad conforme los argumentos esgrimidos con antelación, se deberá tener por demostrada dicha causal de agravación.

6.3.- Así las cosas, atendiendo los medios de prueba que fueron llevados al juicio, y que soportan la decisión apelada, se concluye que en este caso se encuentra acreditada la materialidad del ilícito de acceso carnal violento agravado, e igualmente, la responsabilidad de LUIS ALEJANDRO GONZÁLEZ BERDUGO en el mismo. Ello teniendo en cuenta el relato de la menor víctima, que resulta ser espontáneo, sincero y puntual respecto de lo sucedido; además, y coherente con las demás pruebas recaudadas en el juicio, en especial con el resultado del examen médico legal sexológico y los testimonios de sus padres y hermana, que aun cuando no son testigos de los hechos, sí aportaron información del contexto que rodeó la comisión del mismo.¹¹

¹⁰ “¹⁸ Ver Audiencia de juicio oral 3 de marzo de 2015. CD No. 11. Records: 1:05:30 min; CD No. 10, Record: 40:45 min; CD No. 10, Record: 1:10:49 min.”

¹¹ Ídem folio 22.

3.3. Con fundamento en las anotadas premisas fácticas y probatorias y de conformidad con los cargos de la acusación, BERDUGO GONZÁLEZ fue declarado autor penalmente responsable de la conducta punible de acceso carnal violento con circunstancia específica de agravación punitiva, prevista en el artículo 205 del Código Penal, modificado por la Ley 1236 de 2008, y en el numeral 6° del artículo 211 de la misma codificación.

4. En contraste con los fundamentos de la declaratoria de responsabilidad penal de LUIS ALEJANDRO GONZÁLEZ BERDUGO, advierte la Sala que la prueba pericial novedosa aportada en sede revisión es de inobjetable valor por su naturaleza científica, de una parte; y porque sus conclusiones, explicadas por el experto que llevó a cabo los análisis genéticos a las muestras tomadas a la menor E.J.P.M., el feto fallido y el procesado GONZÁLEZ BERDUGO, dicen que éste se excluye como padre.

La pericia de genética forense es concluyente: LUIS ALEJANDRO GONZÁLEZ BERDUGO “...se excluye como padre biológico del FETO HIJO DE E.J.P.M.”¹²

Sin refutación alguna a la base de opinión pericial como tampoco a la ratificación que en audiencia expuso el profesional forense sobre su conocimiento teórico de la ciencia en que es experto, el uso de instrumentos o medios

¹² Folio 54 cuaderno de la Corte.

en la valoración encomendada, los principios científicos que fundamentan sus verificaciones o análisis y el grado de aceptación, los métodos empleados en el análisis o las conclusiones que obtuvo, etc., se sigue consecuente colegir que la verdad declarada en el fallo condenatorio que ha hecho tránsito a cosa juzgada resulta seriamente cuestionada con la prueba nueva.

Esto es así por la marcada importancia que ostenta la pericia al descartar que el fruto del embarazo de la menor E.J.P.M. tenga por padre a la misma persona que ha sido responsabilizada de ser autor del ataque sexual, es decir, porque se comprueba que la gestación no fue consecencial, como sostuvo la Fiscalía en la imputación y la acusación, y la judicatura en la condena, a la agresión sexual de que fue víctima aquella.

El estudio de las sentencias de primera y segunda instancia revela que los juzgadores realizaron la reconstrucción de los hechos presentados para su discernimiento por la Fiscalía, en tanto constitutivos de ilicitud, con fundamento primordial en las pruebas de cargo practicadas a petición del mismo ente acusador, sin reconocer mérito persuasivo a las ofrecidas por la defensa.

En ese contexto es incuestionable que la prueba pericial no fue sopesada de manera intrínseca ni extrínseca, a la par que deviene incontrastable que el resultado de la experticia

ahora revelada se opone a las conclusiones de la sentencia de primer grado y las deliberaciones probatorias sustentadas en la versión de E.J.P.M. y los demás medios probatorios de cargo acopiados que llevaron a colegir que LUIS ALEJANDRO GONZÁLEZ BERDUGO fue el autor de la agresión sexual que la afectó y, se resalta, que consecuente a ese hecho se produjo el embarazo de la joven.

De igual forma contraría el criterio sustentado en la decisión de segunda instancia en cuanto a que la víctima y sus familiares fueron certeros en descartar la existencia de un compañero sentimental u otra persona con quien pudiese haber sostenido relaciones sexuales consentidas la menor E.J.P.M.; y que su estado de gravidez, conforme con lo que ella relató, tenía como única posibilidad de origen el acceso carnal violento ejecutado por GONZÁLEZ BERDUGO.

Al haberse establecido a través de la prueba nueva -de genética forense-, que LUIS ALEJANDRO GONZÁLEZ BERDUGO no es padre biológico del feto del embarazo de E.J.P.M., el soporte argumentativo y probatorio del fallo se vislumbra cuestionable, cuando menos.

Por ende, se puede afirmar, también, que la verdad histórica o la realidad de lo sucedido no coincide con la verdad declarada en el fallo de condena y que la decisión de mérito, de haber sido conocida oportunamente la prueba que

sirve de soporte a esta acción extraordinaria, bien podría haber sido diferente.

En consecuencia, razón le asiste a la parte actora al sostener la cabal comprobación de la causal de revisión consagrada en el numeral 3° del artículo 192 del Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, por lo que en armonía con el artículo 196-1 del mismo estatuto legal se declarará fundada la causal invocada y se dispondrá dejar sin valor ni efecto jurídico los fallos de primera y segunda instancia de condena proferidos en contra de LUIS ALEJANDRO GONZÁLEZ BERDUGO.

5. Efecto adicional de la decisión rescisoria es devolver la actuación “...a un despacho judicial de la misma categoría, diferente a aquél que profirió la decisión, a fin de que se tramite nuevamente a partir del momento procesal que se indique”, conforme lo prevé el inciso segundo del referido artículo 196-1 del estatuto adjetivo; empero no fija la norma un hito específico a partir del cual rehacer el diligenciamiento lo que lleva a considerar que la determinación al respecto adoptada ha de obedecer a “...criterios eminentemente materiales, que dicen relación con la causal y sus efectos en concreto” (CSJ SP, 10 dic. 2013, rad. 39565).

Atendidas las particularidades del caso se dispondrá que la actuación adelantada contra LUIS ALEJANDRO GONZÁLEZ BERDUGO se tramite nuevamente a partir,

inclusive, de la audiencia preparatoria ante un juzgado de conocimiento distinto de aquel en que se surtió originariamente la fase de juicio, a efecto que en el marco del debido proceso probatorio y en desarrollo del principio de igualdad de armas se desarrolle en debida forma el procedimiento de descubrimiento, enunciación, estipulación, solicitud y subsiguiente práctica de los medios de prueba que las partes e intervinientes requieran para sustentar sus pretensiones, incluida la prueba nueva conocida en el curso de esta acción.

Con el fin de que se provea de conformidad, se remitirá el expediente al Centro de Servicios Judiciales para los Juzgados del Sistema Acusatorio de Bogotá D.C., donde se someterá a reparto entre los Juzgados Penales del Circuito con función de conocimiento de esa sede, excluido el despacho Séptimo de dicha especialidad.

En este punto se precisa que a partir de la recepción del proceso por parte del nuevo juzgado de conocimiento, se reanudará el término de prescripción de la acción penal sin que haya lugar a considerar el tiempo transcurrido desde la ejecutoria de las sentencias que se dejan sin efecto jurídico, como tampoco el que trascurrió para decidir la acción de revisión acorde con lo que tiene definido la jurisprudencia de la Corporación¹³.

¹³ Ver CSJ SP, 15 jun. 2005, rad. 18769; CSJ SP, 1 nov. 2007, rad. 26077; CSJ SP, 24 feb. 2010, rad. 31195, entre otras decisiones.

6. Acorde con lo dispuesto en el artículo 196-2 del estatuto procesal penal de 2004, se dispondrá la libertad provisional de LUIS ALEJANDRO GONZÁLEZ BERDUGO, para cuyo efecto previamente deberá prestar caución juratoria y suscribir diligencia de compromiso.

Cumplidas estas condiciones, por Secretaría de la Sala se librará la correspondiente boleta de libertad, que se hará efectiva siempre y cuando él no sea requerido por otra autoridad judicial en proceso diferente.

7. Finalmente, se expedirán copias disciplinarias y penales para que se investigue la conducta de la Fiscalía delegada que estuvo a cargo del proceso seguido a LUIS ALEJANDRO GONZÁLEZ BERDUGO, teniendo en cuenta que, según plantea la parte accionante, se corroboró en el juicio rescisorio que a pesar de la relevancia que revestía el medio de prueba a que se ha hecho alusión para el esclarecimiento de los hechos y circunstancias objeto de la acusación contra él promovida, una vez obtenido el resultado del informe pericial éste no fue dado a conocer por la persecutora oficial, razón por la cual no pudo la bancada defensiva insistir en su aducción o pretender que le fuera admitido como elemento probatorio propio.

Para la Sala resulta inadmisibles que en contravía de los principios de la lealtad y buena fe, una de las partes oculte el resultado de una prueba de total importancia para la otra

y, en cambio, se aproveche de su desconocimiento para sacar ventaja de la situación llegando al extremo de renunciar a la práctica de dicha prueba en desmedro de los derechos que le asisten a su contradictor.

Por consiguiente, imperativo resulta esclarecer el proceder asumido por la Fiscalía delegada en el evento en cuestión.

En mérito de lo expuesto, la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1. DECLARAR fundada la causal de revisión invocada en la demanda promovida, a través de apoderado, por LUIS ALEJANDRO GONZÁLEZ BERDUGO.

2. DECLARAR sin valor jurídico los fallos proferidos por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito con función de conocimiento de Bogotá y la Sala Penal del Tribunal Superior de la misma ciudad, de junio 30 y diciembre 2 de 2015, respectivamente, por cuyo medio LUIS ALEJANDRO GONZÁLEZ BERDUGO fue declarado autor penalmente responsable de la conducta punible de acceso carnal violento agravado.

3. ORDENAR que el proceso penal adelantado contra LUIS ALEJANDRO GONZÁLEZ BERDUGO se tramite nuevamente a partir, inclusive, de la audiencia preparatoria ante un juzgado de conocimiento distinto de aquel en que se surtió originariamente la etapa de juicio.

4. CONCEDER la libertad provisional a LUIS ALEJANDRO GONZÁLEZ BERDUGO, en los términos y condiciones indicados en el numeral **6.** de la parte considerativa de esta sentencia.

5. Compulsar copias de lo actuado de conformidad con las razones explicadas en el numeral **7.** de las motivaciones.

6. Contra esta sentencia no procede recurso alguno.

Notifíquese y Cúmplase.

EYDER PATIÑO CABRERA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria