

REPUBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE BOLIVAR



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE CARTAGENA
SALA PENAL DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: FRANCISCO ANTONIO PASCUALES HERNANDEZ

Cartagena, veinticinco (25) de mayo de dos mil dieciséis (2.016).

Aprobado en Acta No 066

OBJETO A DECIDIR

Decidir el recurso de apelación interpuesto por el defensor del señor WILSON VALETA PACHECO, contra la sentencia de fecha 9 de noviembre de 2015, por medio de la cual el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cartagena condenó al encartado a la pena principal de nueve (9) años de prisión como autor responsable del delito de ACCESO CARNAL ABUSIVO CON INCAPAZ DE RESISTIR AGRAVADO EN CONCURSO HOMOGENEO SUCESIVO. Igualmente se le condenó al pago de perjuicios morales en cuantía equivalente a 50 smmlv.

1. SINTESIS DE LOS HECHOS

La noche del 21 de febrero del año 2005, la joven <J.M.S.T.>, quien padece de retardo mental moderado, salió de su residencia, ubicada en el barrio San José de los Campanos de esta ciudad, con destino hacia donde una amigas la noche, acción en el

Proceso: Apelación de Sentencia.

Radicación: 13001310400320130053700

Procesada: WILSON VALETA PACHECO

Delito: Acceso Carnal Abusivo con Incapaz de Resistir Agravado.

que se tardó más de lo acostumbrado. Por esta razón a eso de las 9 p.m. su familia y algunos vecinos se dieron a la tarea de localizarla.

Posteriormente, los familiares de <J.M.S.T> se enteraron que esta fue vista en casa del señor WILSON VALETA PACHECO, por lo que se dirigieron a la vivienda de este y tras confrontarlo, VALETA PACHECO negó que aquella se estuviera allí. Sin embargo, luego de insistir en varias oportunidades, lograron que este reconociera que la menor efectivamente se encontraba en su vivienda, y una vez ingresaron al inmueble, la hallaron sobre una cama, vestida y descalza, con los zapatos en la mano.

Igualmente, se percataron de que el señor WILSON VALETA PACHECO tenía unos condones en su posesión.

Entre tanto, la menor <J.M.S.T>. relató a su madre lo que había acontecido, indicándole que de regreso a su casa se había encontrado con WILSON VALETA PACHECO, hablaron, y luego este la haló de un brazo y la hizo entrar a su apartamento, impidiéndole salir. Además, señala que VALETA PACHECO la colocó boca abajo con una almohada en el vientre y que la penetró varias veces "por delante y por detrás".

2. ACTUACIÓN PROCESAL

1. En virtud de los anteriores hechos, y con fundamento en la denuncia penal presentada por la señora Luz Neida Tapia Díaz, la Fiscalía Seccional N° 21 mediante resolución de fecha 4 de marzo de 2005 declaró abierta la instrucción, ordenando entre otras cosas, citar al imputado a efectos de lograr su vinculación al proceso mediante indagatoria.

2. Posteriormente, la Fiscalía a través de la resolución N° 287 de fecha 22 de septiembre de 2006, precluyó la instrucción, resolución que fue dejada sin efectos por

Proceso: Apelación de Sentencia.

Radicación: 13001310400320130053700

Procesada: WILSON VALETA PACHECO

Delito: Acceso Carnal Abusivo con Incapaz de Resistir Agravado.

la Corte Constitucional mediante Sentencia T-973 de 2011. En aras de acatar el fallo proferido por el alto tribunal constitucional y a efectos de establecer si realmente existió la comisión de una conducta punible y esclarecer los hechos materia de investigación, se ordenó reaperturar la investigación el día 14 de junio de 2012.

4. En ese orden se tiene que el día 4 de marzo de 2013 se recibió ampliación de indagatoria al procesado, donde se le imputó la circunstancia de agravación punitiva contenida en el N° 2 del art. 211 del Código Penal.

5. Clausurada la instrucción, se calificó su mérito mediante resolución de acusación del día 21 de mayo de 2013 en contra del señor WILSON VALETA PACHECO por el punible de acceso carnal abusivo con incapaz de resistir agravado, decisión que fue apelada y confirmada en segunda instancia el día 8 de agosto de 2013.

5. En firme la acusación, le fue asignado el conocimiento de la etapa del juicio al Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cartagena, quien al advertir concluidas las audiencias preparatoria y pública, profirió sentencia condenatoria, contra la cual el togado de la defensa interpuso recurso de apelación, del cual conoce ahora el Tribunal.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El a quo, mediante sentencia de 09 de noviembre de 2015, condenó al señor WILSON VALETA PACHECO como responsable de la conducta de ACCESO CARNAL ABUSIVO CON INCAPAZ DE RESISTIR AGRAVADO.

Explicó el juez de primer grado que la situación de inferioridad psíquica conlleva a que sin eliminar por completo la consciencia, se disminuya en tal medida que impide a la víctima el entendimiento de la relación sexual, cualquiera que sea la persona y edad.

Proceso: Apelación de Sentencia.

Radicación: 13001310400320130053700

Procesada: WILSON VALETA PACHECO

Delito: Acceso Carnal Abusivo con Incapaz de Resistir Agravado.

En lo que atañe a la materialidad del delito, consideró el operador judicial que no existe duda alguna sobre su existencia, pues viene acreditada con la denuncia presentada por la señora LUZ NEIDA TAPIA DIAZ, madre de la víctima, por el dictamen N° 072 GIDES, suscrito por el Doctor GABRIEL VILLALBA CAÑELLAS, investigador criminalístico, médico judicial del CTI, y por el dictamen rendido por el psiquiatra especialista forense del INMLCF, Dr. RAFAEL EDUARDO BUSTILLO ARRIETA.

De estos medios de prueba se colige que la víctima en este caso es una joven de 17 años, que padece un retraso mental moderado, quien después de haberse extraviado el día 21 de febrero de 2005 fue encontrada en el barrio San José de los Campanos en la casa de un desconocido, quien varias veces negó tenerla.

La joven, en esa ocasión dijo que ese sujeto, identificado como WILSON VALETA PACHECO, la había penetrado varias veces "por delante y por detrás", y conforme a los resultados de la valoración médica que se le realizó, se pudo concluir que la agresión sexual existió, pues presentó "HIMEN NO INTEGRO DESGARROS ANTIGUOS. ANO INFUDIBULAR CON FISURAS COMPATIBLE CON AGRESIÓN CARNAL RECIENTE..."

4. DE LA APELACIÓN

1. El primer aspecto de reparo contra la sentencia condenatoria lo hace centrar la defensa en lo que considera una errada apreciación y valoración de las pruebas, lo cual surge, según el togado, del hecho de que si bien el dictamen médico psiquiátrico que se practicó a la menor arrojó que esta no era apta para rendir un testimonio por padecer de retardo mental moderado, se tuvo en cuenta como prueba lo que ella le relató a su madre Luz Neida Tapia Díaz y a su vecina Omerlis Vergara Padilla.

Proceso: Apelación de Sentencia.

Radicación: 13001310400320130053700

Procesada: WILSON VALETA PACHECO

Delito: Acceso Carnal Abusivo con Incapaz de Resistir Agravado.

Afirma la defensa que en virtud de ello se debió ordenar la recepción de una entrevista donde se obtuviera la declaración de la joven, dada la importancia que la misma reviste para el esclarecimiento de los hechos.

Advierte además, que el Juez de primer nivel cimentó la sentencia condenatoria única y exclusivamente en testigos indirectos, los cuales considera no son suficientes para proferir una sentencia de tales características según las voces del art. 232 del C.P.P aplicable.

2. El segundo aspecto de disenso se sitúa en un supuesto error en cuanto a la dosificación punitiva, dado que la circunstancia de agravación punitiva contenida en el N° 2 del art. 211 del C.P.P no fue demostrada por el ente fiscal.

En ese orden de ideas, solicita absolver al procesado y en el evento de que esta Corporación no comparta la tesis propuesta por la defensa, se le imponga una pena de 48 meses de prisión.

5. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. Conoce la Sala en ésta oportunidad la apelación interpuesta por la defensa contra el fallo condenatorio proferido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cartagena, dentro de los límites establecidos en el artículo 204 del Código de Procedimiento Penal, esto es, el objeto de la impugnación y aquellos aspectos inescindiblemente relacionados con el mismo.

2. En esa labor, luego de analizar los planteamientos del recurrente, juzga la Sala que estos comportan la necesidad de examinar con detenimiento el acervo probatorio obrante al interior de la actuación, a fin de dilucidar si fue acertada la decisión del A-quo de proferir sentencia condenatoria en contra del señor WILSON VALETA

Proceso: Apelación de Sentencia.

Radicación: 13001310400320130053700

Procesada: WILSON VALETA PACHECO

Delito: Acceso Carnal Abusivo con Incapaz de Resistir Agravado.

PACHECO, o si por el contrario, se deben acoger los planteamientos del impugnante y en consecuencia emitir un fallo absolutorio.

Ello, por cuanto de acuerdo al art. 232 de la Ley 600 de 2000, toda providencia debe fundarse en prueba legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación, exigiéndose además que no podrá dictarse sentencia condenatoria sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado.

Así las cosas, el problema central que debe resolver ésta Sala de Decisión Penal en los términos de la apelación tiene que ver con la entidad suasoria que el Juez de primer nivel prestó al acervo probatorio que desfiló al interior de la actuación, pues, para el-aquo, de los elementos probatorios recaudados, se podía afirmar en grado de certeza la responsabilidad penal del procesado. En ese sentido, corresponde a esta Sala el estudio pormenorizado de tales probanzas; por lo que a continuación procederá a hacer el siguiente análisis.

3. El primer punto de apelación, la postura defensiva lo centra en que la decisión de primera instancia estuvo edificada sobre la base de testigos indirectos, es decir, que las declaraciones de LUZ NEIDA TAPIA, OMERLY VERGARA PADILLA y OVER MANUEL SALGADO TAPIA no pasan de ser aseveraciones de las experiencias que la misma menor les relató.

Dichas deponencias, a juicio del togado, no podían ser apreciadas por el Juzgador, toda vez que atendiendo el examen médico psiquiátrico que se le realizó a <J.M.S.T>, se determinó que esta no era apta para prestar su testimonio por la imposibilidad de recordar los hechos de los cuales fue víctima, y en ese sentido, no tiene lógica ni sentido valorar las declaraciones antes relacionadas por el hecho de que en últimas,

Proceso: Apelación de Sentencia.

Radicación: 13001310400320130053700

Procesada: WILSON VALETA PACHECO

Delito: Acceso Carnal Abusivo con Incapaz de Resistir Agravado.

relatan el dicho de la menor, o en su defecto, la Fiscalía debió ordenar la entrevista de la víctima cuya declaración era de vital importancia al esclarecimiento de los hechos.

Para esta Corporación, este primer punto de apelación propuesto por la defensa no está llamado a prosperar, toda vez que las declaraciones de LUZ NEIDA TAPIA, OMERLY VERGARA PADILLA, OVER MANUEL SALGADO TAPIA no deben ser, prima facie, excluidas de valoración por el argumento de ser testigos indirectos o de oídas.

Al respecto se dé indicar que si bien en la sistemática de la ley 906 de 2004 existe la noción de prueba de referencia, como aquella declaración que se realiza por fuera del Juicio Oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios de los elementos del delito o cualquier otro aspecto sustancial objeto de debate, dicho concepto comprende lo que en la ley 600 de 2000, aplicable al caso concreto, se ha denominado testimonio de oídas, es decir, la declaración judicial que una persona brinda acerca de determinados hechos que no presenció directamente y que, de acuerdo con la tradicional y reiterada postura de la Sala en ese sentido, debe ser analizada en conjunto y a la luz de la sana crítica, como cualquier otro medio de prueba:¹

“El testimonio de oídas, indirecto, de referencia o *ex auditu*, per se, no puede ser desechado en el estudio conjunto de la prueba. Es posible de análisis y, por ende, objeto de la sana crítica judicial con fundamento en las leyes científicas, las reglas de la experiencia y los principios lógicos. Merece, entonces, el mismo examen que el directo. La Sala ha sido enfática sobre el punto. Por ejemplo, ha dicho que:

“Si bien es cierto el testigo de oídas lo único que puede acreditar es la existencia de un relato que otra persona le hace sobre unos hechos...y que generalmente

¹ Sentencia 24920 de septiembre 2 de 2008• CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL Magistrado Ponente:Dr. José Leonidas Bustos Martínez

Proceso: Apelación de Sentencia.

Radicación: 13001310400320130053700

Procesada: WILSON VALETA PACHECO

Delito: Acceso Carnal Abusivo con Incapaz de Resistir Agravado.

ese concreto elemento de convicción no responde al ideal de que en el proceso se pueda contar con pruebas caracterizadas por su originalidad, que son las 'inmediatas', tampoco implica lo anterior que dicho mecanismo de verificación deba ser rechazado; lo que ocurre es que frente a las especiales características en precedencia señaladas, es necesario estudiar en cada caso particular, analizando de manera razonable su credibilidad de acuerdo con las circunstancias personales y sociales del deponente, así como las de la fuente de su conocimiento, si se ha de tener en cuenta que el testigo de oídas no fue el que presenció el desarrollo de los sucesos y que por ende no existe un real acercamiento al hecho que se pretende verificar (sentencia de 2ª Instancia, 29 de abril de 1999, M.P. Carlos E. Mejía Escobar)".²

8. Es decir, que acertado estuvo el actuar del Juez de primera instancia, tras evaluar conforme a lo criterios de la sana crítica, las declaraciones de los sujetos anteriormente relacionados, los cuales refuerzan la idea de que <J.M.S.T> fue objeto de la conducta que se le enrostra al señor VALETA PACHECO.

Si bien la menor, de acuerdo a lo indicado por el dictamen psicológico, no tiene capacidad para rememorar, lo cierto es que el relato que hace a su madre - LUZ NEIDA TAPIA -, y vecina -OMERLY VERGARA PADILLA- sobre lo acaecido, se dio de manera inmediata a la ocurrencia del reato, y siendo así, resulta viable analizar lo vertido por las testigos, quienes al unísono pusieron de presente que la menor expuso los vejámenes sexuales a los que fue sometida por el señor WILSON VALETA PACHECO.

Aunado a ello, no solo se limitan a manifestar lo que la menor les relató, sino que agregan detalles pormenorizados de las circunstancias que rodearon los eventos materia de investigación, como cuando la señora LUZ TAPIA, madre de la menor,

² Sentencia de 2 de octubre de 2001, radicación 15286.

Proceso: Apelación de Sentencia.

Radicación: 13001310400320130053700

Procesada: WILSON VALETA PACHECO

Delito: Acceso Carnal Abusivo con Incapaz de Resistir Agravado.

sostiene que se acercó a la vivienda del procesado a efectos de que este le indicara donde se encontraba su hija, y este negó que la menor se encontrara allí, lo que posteriormente resultó ser falso.

Así mismo aseveró que **“cuando nos metimos a su casa y J. estaba allí, en un cuarto, en una cama, estaba vestida y con los zapatos en la mano, y el tipo tenía unos condones en la mano”**. A su turno, la señora OMERLY VERGARA adujo que **“recuerdo que la chica estaba encerrada en el apartamento donde habitaba el señor y al llegar al apartamento donde él estaba, donde él la tenía; lo recuerdo, estaba vestido con un bermuda azul turquí y en sus manos tenía un condón y la chica lloraba para que la sacáramos”**. El señor OVER MANUEL SALGADO TAPIA, quien es hermano de la menor, sostuvo un relato casi exacto al de la LUZ TAPIA, en el que indicó que luego de desaparecida, fue hallada en un inmueble ubicado en el barrio San José de los Campanos.

Puestas así las cosas, detalles de tan crucial importancia, como que encontraron a la menor en la vivienda del procesado, en una cama, llorando, semidesnuda, descalza, y el procesado sosteniendo condones en la mano; se convierten en una cadena de indicios que llevan a que en la mente del juzgador se genere la firme idea de que VALETA PACHECO efectivamente perpetró la conducta punible enrostrada, cuyo objeto material fue la integridad sexual de la menor.

Aunado a ello, se tiene el examen sexológico de fecha 23 de febrero de 2005 realizado a J.M.S.T, en el cual se determinó que la menor contaba con una edad cronológica de 17 años y mental de 12 años, **“con himen no integro desgarros antiguos, ano infundibular con fisuras, compatible con acceso carnal reciente”**. De dicho elemento de prueba, se logra colegir que la agresión sexual existió, y ella no es producto del invento o la imaginación de la menor.

Proceso: Apelación de Sentencia.

Radicación: 13001310400320130053700

Procesada: WILSON VALETA PACHECO

Delito: Acceso Carnal Abusivo con Incapaz de Resistir Agravado.

14. Por otro lado, el procesado en diligencia de indagatoria y en el interrogatorio que rindió al inicio de la audiencia pública de juzgamiento, afirma haber accedido carnalmente a la menor J.M.S.T, pues, cuando fue preguntado, aseveró lo siguiente:

Pregunta: *“Tiene usted conocimiento de que sí es un delito tener relaciones sexuales con una mujer que padezca trastorno mental, específicamente retardo mental, que la ubique por muchos años menos que los que físicamente tiene, en este caso la víctima tenía físicamente 17 años, pero mentalmente se comportaba como de 12 años de edad”.*

Respuesta: *“Sí es un delito porque yo también tengo problemas psiquiátricos en mi cabeza, pero a veces uno lo hace, yo cometí ese error, ahí era novia mía”.*

Pregunta: *“A qué error usted se refiere en su respuesta inmediatamente anterior”.*

Respuesta: *“Uno comete un error, uno se da cuenta que actuó mal, esa joven llegó a la casa y yo estuve con ella...”.*

Pregunta: *“Díganos específicamente cómo estuvo con la adolescente que hoy funge como víctima, es decir qué clase de relaciones sexuales sostuvo”.*

Respuesta: *“O sea, sexo, una relación como de pareja”.*

Preguntado: *“Indíquenos si hubo penetración con tu pene en la vagina, en el ano o vía oral con la adolescente el día de los hechos”.*

Respuesta: *“En la vagina”.*

Pregunta: *“En versión anterior, plasmada en indagatoria de fecha 26 de enero de 2013, usted señala que “...Bueno, penetración atrás sí lo hice...” y usted en esta diligencia nos indica que solo tuvo penetración por vagina, cómo explica usted estas dos versiones o contradicción”.*

Respuesta: *“Cuando uno tiene relaciones con una pareja, digo yo, esa relación es todo el cuerpo de la persona, ya una relación”.*

Proceso: Apelación de Sentencia.

Radicación: 13001310400320130053700

Procesada: WILSON VALETA PACHECO

Delito: Acceso Carnal Abusivo con Incapaz de Resistir Agravado.

Lo anterior, fuerza a la Sala indicar que el hecho de no contar en el presente caso, con la declaración de la víctima, no impide la construcción del juicio de responsabilidad en los términos reclamados por el ordenamiento jurídico para emitir un fallo condenatorio, toda vez que la certeza como especial grado de conocimiento viene dada por la aptitud demostrativa de las otras pruebas de cargo obrantes en el proceso, pues conforme a lo anotado en precedencia, apelando a los principios científicos de la sana crítica, los elementos de prueba se apreciarán individualmente, para luego contrastarlos, y valorarlos conjuntamente.

Además, el procesado, en dichas diligencias manifestó que conocía de la especial condición mental de la víctima. Es por ello, que la conducta desplegada por el señor WILSON VALETA PACHECO, además, de típica resulta antijurídica al violentarse el bien jurídico protegido por el legislador de la Libertad, Integridad y Formación Sexuales, sin que obre en su actuar ninguna de las causales eximentes de la antijuridicidad de las descritas en el artículo 32 del Código Penal.

17. Ahora bien, una vez agotado el primer punto de censura, resulta necesario examinar el segundo punto de reparo formulado por la defensa, situado en un supuesto error en la dosificación punitiva, pues, a juicio del recurrente, la circunstancia de agravación punitiva contenida en el N° 2 del art. 211 del c.p.p - El responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza.- no fue demostrada por el ente Fiscal.

Este reparo en concreto, al igual que el primero, es evidentemente improcedente, pues la agravante endilgada estuvo debidamente acreditada con los elementos de prueba que obran en el expediente.

Proceso: Apelación de Sentencia.

Radicación: 13001310400320130053700

Procesada: WILSON VALETA PACHECO

Delito: Acceso Carnal Abusivo con Incapaz de Resistir Agravado.

Para ello, debe echarse un vistazo a lo que precisaba el mismo procesado en el interrogatorio que rindió en audiencia pública, donde señala que la joven, J.M.S.T, llegaba a su casa, que eran amigos y hablaban en su vivienda. Igualmente manifestó que se estaban conociendo para tener una amistad en el barrio, que él era su novio y le hablaba de la palabra para que tuviera un mejor futuro.

Y es que conforme a la lógica y a las máximas de la experiencia, con total certeza, se sostiene que lo que impulsaba a la menor a mantener extensas conversaciones con el procesado, acudir a su casa, entrar a su habitación, etc., era la total confianza que depositaba en el señor WILSON VALETA PACHECO; confianza, que utilizó el agente para cometer sus libidinosos planes.

En síntesis, de cara a las pruebas examinadas, conforme a lo considerado por el Juez Aquo, estima esta Sala de Decisión Penal, que en el presente caso no hay duda alguna sobre la existencia de la conducta punible de Acceso Carnal con Incapaz de Resistir Agravado en contra de la menor <J.M.S.T.>, y de la responsabilidad del señor WILSON VALETA PACHECO, en la comisión de la misma.

En mérito de lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Confirmar la sentencia de fecha nueve (9) de noviembre de dos mil quince (2015), a través de la cual el Juzgado Tercero Penal del Circuito de ésta Capital condenó al señor WILSON VALETA PACHECO como autor del delito de Acceso Carnal Abusivo con Incapaz de Resistir Agravado en Concurso Homogéneo Sucesivo, de conformidad con las razones expuestas en esta providencia.

Proceso: Apelación de Sentencia.

Radicación: 13001310400320130053700

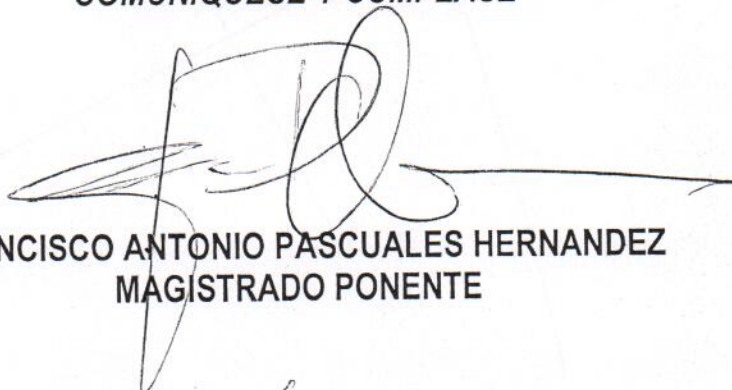
Procesada: WILSON VALETA PACHECO

Delito: Acceso Carnal Abusivo con Incapaz de Resistir Agravado.

SEGUNDO: Contra este fallo procede el recurso de Casación, dentro de la oportunidad y en la forma señalada en ley.

TERCERO: Por Secretaria notifíquese la presente decisión.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE



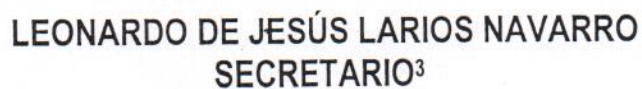
**FRANCISCO ANTONIO PASCUALES HERNANDEZ
MAGISTRADO PONENTE**



**PATRICIA HELENA CORRALES HERNANDEZ
MAGISTRADA**



**TAYLOR IVALDY LONDOÑO HERRERA
MAGISTRADO**



**LEONARDO DE JESÚS LARIOS NAVARRO
SECRETARIO³**

³ Apelación de Sentencia dentro del proceso seguido contra WILSON VALETA PACHECO por el delito de ACCESO CARNAL ABUSIVO CON INCAPAZ DE RESISTIR AGRAVADO. Rad. G. 4 No. 0001 de 2016