

República de Colombia



**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá
Sala Penal**

Magistrado Ponente
LEONEL ROGELÉS MORENO

Lectura: Bogotá D.C., veinte (20) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Radicado:	11001-6000-015-2016-06114-01
Referencia:	Ordinaria Ley 906 de 2004
Procesado:	José Luis Olivos García
Delito:	Acto sexual violento agravado
Decisión:	Confirma
Aprobado Acta N°	102 del 9 de agosto de 2021

ASUNTO

El tribunal decide el recurso de apelación interpuesto por el defensor, contra la sentencia proferida el 18 de mayo de 2020, mediante la cual el Juzgado 23 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá condenó a José Luis Olivos García como autor del delito de acto sexual violento agravado.

SITUACION FÁCTICA

Según fue consignado en el escrito de acusación, el 5 de agosto de 2016, a las 2:30 de la tarde, aproximadamente, J.C.V.M.¹ de 14 años de edad y D.D.S., de quien no se indicó la edad, fueron abordadas por José Luis Olivos García y otro sujeto, con quienes, luego de conversar por varios minutos, optaron por desplazarse en esta ciudad en el taxi de placas VDY

¹ Se omite el nombre completo de la menor para proteger su derecho a la intimidad (artículos 15 y 44 de la Constitución Política).

424, conducido por el citado ciudadano, a un bar donde ingirieron bebidas alcohólicas, posteriormente, a un motel en el cual se inició un cortejo consistente únicamente en besos y caricias.

Luego, procedieron a dejar a D.D.S. en su la casa, pero cuando supuestamente se dirijan a llevar a J.C.V.M., pasaron por un sector oscuro ubicado en la Carrera 12 A con Calle 49 B Sur, donde, con el pretexto de que se habían quedado sin gasolina, pararon el carro.

Ambos adultos descendieron del vehículo y Olivos García ingresó a la parte de atrás en donde estaba J.C., a quien le levantó la camisa y le "chupó" un seno, después le dio la vuelta y la sostuvo, mientras que el otro individuo la desnudó de la cintura para abajo y la golpeó en la cola. Cuando esa persona se disponía a penetrarla, llegó al lugar un vehículo rojo, lo cual hizo que sus agresores se asustaran y salieran corriendo.

Pasados algunos minutos, José Luis Olivos García se devolvió con el fin de requerir la entrega de las llaves del taxi, momento en el cual la comunidad lo retuvo y lo entregó a la policía para ser judicializado.

ACTUACIÓN

El 7 de agosto de 2016, ante el Juzgado Setenta y Ocho Penal de Garantías de esta ciudad, se llevó a cabo audiencia por medio de la cual se legalizó la captura de José Luis Olivos García, a quien la fiscalía formuló imputación como autor del delito de acto sexual violento agravado – artículos 206 y 211 numeral 1º del Código Penal-, cuyo cargo no fue aceptado. Le fue impuesta medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario.

El 10 de octubre siguiente, el titular de la persecución penal presentó escrito acusatorio, y el 6 de diciembre, ante el Juzgado Veintitrés Penal del

Circuito de Conocimiento de Bogotá se celebró la audiencia de acusación.

El 26 de abril de 2018, el Juzgado 21 Penal Municipal de Garantías de esta ciudad, otorgó la libertad por vencimiento de términos a Olivos García.

El proceso continuó su trámite normal hasta la realización del juicio oral los días 3 de mayo, 29 de septiembre y 11 de diciembre de 2017, 21 de febrero, 17 de abril de 2018, 18 de julio de 2019 y 18 de mayo de 2020, en el cual se practicaron las pruebas previamente decretadas, y luego de clausurada la etapa probatoria y escuchados los alegatos de conclusión, se anunció sentido de fallo condenatorio y se corrió el traslado de que trata el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal.

En la fecha últimamente señalada se profirió sentencia, la cual fue apelada por el defensor.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado, luego de hacer alusión a los medios suasorios allegados al juicio, advirtió que, con estos, quedaron establecidas la materialidad de la conducta y la responsabilidad del acusado.

Explicó que no se dio a conocer que J.C.V.M. tuviera problemas de comportamiento o tendencias a faltar a la verdad, y nunca se planteó ni demostró que conociera a Olivos García antes de estos hechos, lo cual consideró de gran importancia, por cuanto no se acreditaron razones que hubieran podido llevar a la menor a mentir.

Afirmó que, si bien se presentaron algunas contradicciones en la declaración de la niña J.C.V.M, entre ellas, al momento identificar a su acompañante el día de los hechos, estas no afectaron “*gravemente la*

credibilidad de la testigo", ya que ello pudo ser atribuido al estrés derivado del suceso, o a una confusión natural, en el entendido de que el nombre de sus dos amigas iniciaba con la misma letra, por las tres eran inseparables en el colegio.

Agregó que, en relación con la presencia de un condón para la fecha de la agresión sexual, J.C.V.M fue clara en señalar que le pidió a su atacante que usara ese elemento para evitar que la contagiara de alguna enfermedad. Además, el hecho de que los dos adultos decidieran llevar a las niñas a una residencia, era indicativo de la determinación de tener relaciones sexuales ese día, escenario en el que no sería extraña la aparición de un preservativo.

Frente a la prueba de la defensa, consistente en el testimonio del acusado, advirtió que se "*distancia*" de la teoría del caso de la fiscalía, justamente en lo relativo a su rol dentro de los hechos jurídicamente relevantes, ya que sus exposiciones "*no crean una imagen lógica del comportamiento humano*", por lo que resultaba poco creíble. Además, la menor y el policía captor coincidieron en señalar situaciones que coinciden con los demás medios de prueba, como que la afectada con el delito pidió auxilio, la comunidad llegó y enfurecida retuvo y agredió al responsable, circunstancias que distan totalmente de lo dicho por el acusado en el debate probatorio.

Concluyó que esas pruebas son suficientes para derruir la presunción de inocencia que le asistía a Olivos García y, por ende, para acreditar que el 5 de agosto de 2016, él y otro sujeto realizaron tocamientos de índole libidinoso en contra de J.C.V.M. mediante el uso de la fuerza física.

Con estos argumentos, el juzgado declaró responsable al acusado por del delito de acto sexual violento y le impuso 128 meses de prisión, además

lo inhabilitó para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, y le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria por expresa prohibición legal.

APELACIÓN

El defensor basó su censura en dos puntos, a saber:

i) Pidió invalidar la actuación desde *"los alegatos de conclusión"*, por cuanto la juez de primer grado no mencionó los fundamentos y argumentos tanto probatorios como jurisprudenciales relacionados con la prueba pericial y el tratamiento de las entrevistas a menores que comparecen en calidad de víctimas de abuso sexual.

Aseguró que, en dichos alegatos, se hizo referencia a diversos pronunciamientos con los cuales se dio a conocer *"el cambio de jurisprudencia"* y los que eran de obligatorio cumplimiento para el despacho. Sin embargo, el juzgado no los citó ni los introdujo para la motivación de la sentencia.

ii) Solicitó se revoque la condena y se absuelva a su prohijado, para lo cual indicó que la juez consignó en la sentencia que J.C.V.M. relató que, *"ese día consiguieron capturar al conductor del vehículo, que fue el que le chupó el seno"*, circunstancia por la cual el ente acusador y el despacho debían, por *"corroboración periférica"*, ceñirse a la sentencia con radicado No. 43866 del 16 de marzo de 2016 de la Corte Suprema de Justicia.

Lo anterior, por cuanto, a partir de ese precedente jurisprudencial, se cambió el criterio de valoración probatoria para los delitos sexuales, en el sentido de que la entrevista directa a la presunta afectada no es suficiente

para dar por probados los hechos, sino que debe estar acompañada de “*pruebas de corroboración*”.

Afirmó que, en los alegatos de conclusión, fue claro en señalar que, en el momento de los presuntos hechos, Olivos García no se encontraba en el taxi, lo cual fue reconocido por J.C.V.M. quien narró de manera puntual que “*cuando volvió a aparecer el conductor del carro*”, lo que quiere decir que aquel no estaba en el vehículo, y por ende que los hechos no ocurrieron.

Señaló que con la omisión de los precedentes jurisprudenciales, la declaración de Álvaro Arturo Guerrero Delgado, contrario a lo señalado por el despacho, genera duda a favor del acusado, máxime que el testimonio no fue aportado como “*peritaje*”.

Afirmó que la “*única conducta de presunto reproche*” endilgada a Olivos García –la cual no fue probada– fue que le chupó los senos a la presunta víctima, lo cual, según su entender, es un “*dicho*” no un “*hecho*” o “*conducta*”. Cuestionó que la fiscalía no aportara el resultado del “*frotis de mamas para buscar saliva, frotis interglúteo para buscar semen y sangre*” en los términos de las sentencias anotadas.

Aseveró que, conforme con las providencias C-177 de 2014 y N. 44950 del 25 de enero de 2017, la entrevista psicológica forense efectuada por Clara Marcela Ortiz Martínez, no es prueba suficiente para condenar.

Anotó que el testimonio del patrullero Javier Rubio Medina no ofreció ningún aporte para el esclarecimiento de los hechos, ya que nada le consta frente a los mismos.

Indicó que Paola Liseth Escobar Pozo –médico del hospital San Blas– no constituye prueba.

Concluyó que la juez cambió el sitio en el cual sucedieron los presuntos hechos, ya que, si bien la residencia quedaba en el barrio Venecia, allí no fue dejado el automotor como lo expuso el despacho.

CONSIDERACIONES

En virtud de que el fallo de primera instancia fue proferido por un juzgado penal del circuito de este distrito judicial, la corporación es competente para resolver la impugnación formulada en su contra, de acuerdo con el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

En atención al principio de prioridad y dado que son dos los temas planteados en la censura, el Tribunal debe decidir primero lo atinente a la nulidad argüida por el defensor y, posteriormente, de ser necesario, lo relacionado con el análisis probatorio efectuado por el juzgado de conocimiento para proferir la condena en contra de Olivos García.

I) De la validez de la actuación

De conformidad con los artículos 456 y 457 de la Ley 906 de 2004, las nulidades procesales se generan por incompetencia del juez o por violación del derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales.

La nulidad ha sido entendida como un mecanismo extremo, al cual deben acudir los funcionarios para subsanar irregularidades o vicios de trascendencia, que afecten la estructura del proceso o garantías fundamentales de los sujetos procesales –*debido proceso y derecho de defensa*–, y que no puedan subsanarse a través de medio diferente.

La Corte Suprema de Justicia ha destacado los principios que tradicionalmente han orientado las nulidades, dentro de los cuales se refiere a los de trascendencia, instrumentalidad de las formas, taxatividad, protección, convalidación, residualidad y acreditación².

El estatuto adjetivo penal ha erigido el principio de taxatividad³ como marco de referencia en la declaración de nulidades, con el fin de evitar que éstas sean utilizadas como medio para dilatar el normal desarrollo de los procedimientos. En ese entendido, el funcionario solo debe declarar las nulidades que están consagradas de manera expresa en el ordenamiento jurídico.

El defensor insiste en que debe anularse lo actuado, en razón de que la juez en la sentencia no hizo alusión a las pruebas allegadas al debate probatorio, no mencionó los fundamentos jurisprudenciales, y el fallo no fue debidamente motivado.

Frente al tema objeto de controversia, es oportuno recordar, que la Corte Suprema de Justicia ha sido clara⁴ en sostener que la motivación de las decisiones judiciales constituye un elemento esencial de los derechos fundamentales al debido proceso y de defensa, a la vez que una prerrogativa de los ciudadanos, ya que se trata de un deber inherente a un Estado Social y Democrático de Derecho, mediante el cual se controla la arbitrariedad judicial.

En efecto, la motivación de las decisiones judiciales hace realidad el derecho que les asiste a los sujetos procesales de conocer los supuestos fácticos, las razones probatorias concretas y los juicios lógico jurídicos sobre

² Sala de Casación Penal. Sentencia de 3 de febrero de 2016 dentro del radicado 43.356.

³ Artículo 458 del Código Procesal Penal –Ley 906 de 2004-.

⁴ S.P. providencia del 24 de julio de 2013, rad. 36448.

los cuales el funcionario construye la declaración de justicia contenida en su pronunciamiento, prerrogativa que, a su vez, permite identificar los puntos que son motivo de discrepancia, a efecto de dinamizar los mecanismos de impugnación establecidos por el legislador.

Al examinar el correspondiente fallo, el tribunal advierte que la funcionaria judicial hizo una adecuada motivación para fundamentar su decisión. En efecto, realizó un extenso análisis de los medios suorios allegados al debate probatorio y de los fundamentos jurídicos con los cuales consideró que estaban dados los presupuestos para impartir condena en contra de Olivos García.

En este sentido, aparece incuestionable que el despacho abordó en forma detallada el tema de la duda, a partir de la valoración de los testimonios de Álvaro Arturo Guerrero, -médico legista-, Javier Rubio Medina -patrullero de la Policía Nacional-, Paola Lizeth Escobar Posso -médico adscrita al hospital San Blas-, Clara Marcela Ortiz Martínez -psicóloga adscrita al C.T.I.-, Maria Luz Melchor -madre de la víctima-, J.C.V.M, Liliana Delgado Sánchez, José Olivos Albarracín y el procesado, elementos que le sirvieron para concluir que la conducta ejercida en contra de la menor efectivamente se realizó y de la cual es responsable Olivos García.

Además, en materia de fundamentación de un reproche por falta de motivación, no son procedentes las alegaciones encaminadas a oponerse a los argumentos del fallador porque se estiman equivocados, sino que debe demostrarse con precisión la falta de sustento que le impide a los sujetos procesales entender cómo llegó el juez a la conclusión que finalmente expresa en la providencia; aspectos que de ninguna manera evidencia la sala. En cambio, se trata de una simple inconformidad del defensor con la valoración probatoria asumida en la sentencia.

En ese orden, el que no se hubiera hecho alusión a diversos pronunciamientos jurisprudenciales o que no se hubieran anotado los radicados con los cuales, según el apelante, dio a conocer “*el cambio de jurisprudencia*”, en relación con la prueba pericial y el tratamiento de las entrevistas a menores que comparecen en calidad de víctimas de abuso sexual, no constituye afectación a los derechos fundamentales al debido proceso y de defensa del acusado.

Es importante señalar que uno de los principios que gobiernan las nulidades es el de la trascendencia, según el cual, quien solicita la declaratoria de nulidad tiene el indeclinable deber de demostrar no sólo la ocurrencia de la anomalía denunciada, sino que ésta afecta de manera real y cierta las garantías de los sujetos procesales o quebranta las bases fundamentales del proceso, carga que no cumplió el apelante, quien no señaló de qué forma habría cambiado la decisión, si en esta se hubiera hecho referencia a la jurisprudencia señalada.

En todo caso, la corporación advierte que el despacho cumplió con la obligación constitucional y legal de comunicar a las partes, y en últimas a la sociedad, cuáles fueron las razones para condenar al procesado y desatender las súplicas esbozadas por el defensor.

En consecuencia, la nulidad deprecada deviene improcedente.

ii) De la valoración probatoria

Como se trata de un recurso de apelación contra un fallo condenatorio, se debe tener en cuenta que según los artículos 7º, 372 y 381 de la Ley 906 de 2004, para proferir una sentencia de esa índole deberá existir en el juzgador el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio.

El delito por el cual fue declarado responsable Olivos García se encuentra tipificado en el artículo 206 del Código Penal y consiste en que alguien –sujeto activo indeterminado- realiza en otra persona acto sexual diverso del acceso carnal mediante violencia.

Si la conducta se comete con el concurso de otra u otras personas, se incurrirá en la agravante contemplada en el numeral 1º del artículo 211 de la misma codificación.

En el juicio oral se incorporó como estipulación probatoria la identidad del acusado.

Como prueba testimonial, se escuchó a J.C.V.M -de 15 años para el momento de la declaración-, quien relató que el 5 de agosto de 2016, luego de que salió del colegio, alrededor de la 1:00 de la tarde, se dirigió a un parque a jugar fútbol con unas compañeras, entre ellas, D.D.S., después fueron a acompañar a D. a la casa, y de ahí a tomar el bus del sistema integrado de transporte público -S.I.T.P.-.

Indicó que, en ese momento, dos sujetos las abordaron y les dijeron que *"apostaran que ellos tenían carro y resultó que sí"*, por lo que se fueron con estos a una cantina, en donde se tomaron una cerveza y el conductor un gatorade; luego de ello, se fueron para un motel en el cual consumieron *"néctar"*. Agregó que, después de que salieron de ese lugar, llevaron a su amiga a la casa en el barrio San Carlos, momento en el cual los individuos le dijeron que tenían que ir a la vivienda por dinero, por cuanto no tenían gasolina, a lo cual ella accedió.

Sin embargo, la trasladaron a un potrero alejado de las casas del sector, en donde le dijeron que se les había varado el vehículo, por lo que descendieron del mismo, empezaron a hablar y después le indicaron que

tenía que bajarse a empujar, a lo cual ella se negó, instante en el que el conductor del automotor le subió la camisa y le "*chupó un seno*", luego la giraron boca abajo, la sostuvieron con fuerza, mientras que el otro individuo le bajó los pantalones y la ropa interior hasta la pantorrilla, sintió algo "*caliente*", pero en ese momento llegó un carro, por lo que dichos sujetos salieron a correr.

Afirmó que, en esa ocasión, capturaron al conductor, quien fue el que le "*chupó un seno*", lo cual ocurrió sin su consentimiento y cuando estaba en la parte trasera del taxi. Añadió que el acompañante del chofer también le pegó en la cola muy fuerte.

Señaló que quien conducía el carro era de contextura delgada, "*como mono pero no tan mono*", y el acompañante era moreno, con ojos de color café, usaba brackets y tenía el cabello negro, personas que aseguró no conocía con anterioridad a ese evento.

Narró que, cuando fueron al motel, su amiga se besó con el conductor, mientras que ella con su acompañante, y que ingirió licor, pero no tuvo conocimiento en qué cantidad, ya que "*no estaba acostumbrada a tomar*". Agregó que cuando sucedió lo del taxi ya estaba oscuro, porque eran entre las siete y media y ocho de la noche, y que vestía la sudadera del colegio.

Recordó que, cuando estaban ocurriendo los hechos en el taxi, llegó un carro de color rojo, a cuyos ocupantes les dijo "*que me iban a violar*". Estos llamaron a la policía y, en ese momento, llegaron más personas y también volvió el conductor del taxi, por cuanto lo había dejado tirado.

Aseveró que ese día no fue a la casa porque luego de lo sucedido la llevaron a un CAI, del cual llamaron a su madre a quien le contó lo que

había pasado, y después al hospital de “La Victoria”.

En contrainterrogatorio, afirmó que, para el instante en que llegó el otro vehículo, gritó, buscó su maleta y no la encontró, pero al no hallarla tomó un canguro y las llaves del carro. Agregó que desde que le tocaron el seno “*estaba en shock*”.⁵

De lo anterior, se colige que la niña fue elocuente, coherente, clara e hizo una narración concatenada. También identificó la afrenta en tiempo, espacio y circunstancias particulares que la rodearon, y expuso sentimientos y sensaciones tales como miedo y sorpresa cuando fue agredida por el procesado y su acompañante, lo cual demuestra que fue un evento que realmente vivenció.

Dada su sencillez y coherencia, el tribunal encuentra en J.C.V.M. un testimonio digno de credibilidad, además porque no se observa en ella un propósito perverso para hacer daño sin fundamento al procesado, máxime que precisó que solo lo conoció el día de los hechos, de lo cual se extrae la ausencia de razones que hubieran podido llevar a la menor a faltar a la verdad.

Es importante señalar que, pese a que había transcurrido más de un año entre ese episodio y su declaración en el juicio, la menor lo recordó con claridad y narró de forma detallada lo que le había sucedido con Olivos García, a quien señaló como su agresor, aunado a que se advirtió muy afectada, tanto que emprendió en llanto en el curso del testimonio.

Ahora, aunque la versión más confiable es la rendida ante el juzgado, para el tribunal es muy significativo que, en todas las intervenciones de la menor, el núcleo central de los hechos reportados se mantiene incólume. En

⁵ Audiencia de juicio oral del 11 de diciembre de 2017, record 4:57 a 49:50.

efecto, es necesario recordar que ante su progenitora se presentó como la víctima del acto indebido cometido por el procesado; así mismo, ante Álvaro Arturo Guerrero Delgado –médico del Instituto de Medicina Legal, el cual suscribió el informe pericial de clínica forense de la niña-, e igualmente ante Clara Marcela Ortiz Martínez -psicóloga que le realizó entrevista-. En estas exposiciones se aprecia el mismo patrón fáctico, consistente en que cuando se encontraba en un taxi en compañía del acusado y otro individuo, aquel le “chupó un seno”, luego la giraron boca abajo, la sujetaron con fuerza, mientras que el procesado le bajó los pantalones y la ropa interior, sintió algo “caliente”, momento en el cual llegó un carro y dichas personas salieron a correr.

Como complemento de lo asegurado por la afectada, se escuchó la declaración de Maria Luz Melchor, la cual es muy relevante para esclarecer los hechos bajo estudio, porque dio cuenta de un contexto que se adecua completamente al relato de su hija.

Aseguró que el 5 de agosto de 2016 su descendiente la llamó en horas de la tarde y le pidió permiso para jugar futbol con unas compañeras, a lo cual ella accedió; que llegó a su casa a las ocho de la noche y su hijo le indicó que habían llamado de un CAI informando que J.C.V.M. había sido encontrada en un potrero, por lo que se dirigió a ese lugar.

Relató que posteriormente acudió con la niña al hospital de Vistahermosa, en donde su hija fue recluida y valorada por las áreas de trabajo social y psicología pediátrica, después las remitieron al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y luego a Medicina Legal para que la menor fuera valorada.

Señaló que J.C. le contó que ese día cuando estaban esperando el bus con su amiga D, unos jóvenes se les acercaron y las invitaron a salir, aunque

inicialmente no les prestaron atención, accedieron y se dirigieron con estos a un motel en donde bebieron aguardiente y cerveza, pero no pasó nada más.

Afirmó que, al salir de ese lugar, llevaron a su amiga a la casa ubicada en el barrio San Carlos, pero, pese a decir que harían lo mismo con su hija, los referidos sujetos empezaron a darle vueltas en el carro, a decirle que no tenía gasolina y que necesitaban dinero, después pararon en un sitio y dijeron que se habían varado, por lo que J.C.V.M. debía bajarse a empujar, pero ella se negó. En ese momento, los sujetos ingresaron al vehículo, el acusado le manoseó un seno, y mientras uno le sostenía con fuerza la cabeza, el otro forcejeó para quitarle la ropa de la cintura para abajo, y entre ambos comenzaron a manosearla, pero llegó un automotor por lo que los individuos huyeron del lugar.

Aseveró que uno de los sujetos regresó por el taxi, pero fue retenido por la comunidad y aprehendido por la policía, y que los conoció ese día.

Hechas las anteriores valoraciones, como se verá, no son de recibo las alegaciones del defensor, tendientes a cuestionar la sentencia proferida en primera instancia por las siguientes razones:

1. El profesional del derecho afirmó que, en el momento de los presuntos hechos, Olivos García no se encontraba en el taxi, lo cual fue reconocido por J.C.V.M. quien narró de manera puntual que *“cuando volvió a aparecer el conductor del carro”*, lo cual quiere decir que aquel no estaba en el vehículo y que no ejecutó la conducta en contra de la menor.

Sin embargo, contrario a lo expuesto por el defensor, de las manifestaciones efectuadas por J.C.V.M. se infiere que los hechos sucedieron tal como ella los relató, toda vez que, como quedó consignado

en el resumen de sus afirmaciones, sus respuestas fueron claras, coherentes y detalladas.

Ahora, si bien en algún momento de su declaración indicó que el procesado “volvió a aparecer”, ello no significa que no se encontrara para el momento de los hechos. Al respecto, la menor fue circunstanciada en señalar que luego de que el acusado le subió la camisa y le chupó un seno, él y su acompañante la colocaran boca abajo, la despojaron de la ropa de la cintura para abajo y cuando se disponían a “violarla”, apareció un vehículo cuya presencia hizo que Olivos García y el otro individuo se asustaran y huyeran del lugar. Sin embargo, debido a que el procesado, quien era el conductor y dejó el carro abandonado, tuvo que regresar a donde estaban, por lo que fue retenido.

De acuerdo con lo expuesto, se deduce que la versión de la menor es concatenada, coherente, con riqueza de detalles y descripción de sentimientos que revistieron de credibilidad su acusación, aunado a que los tiempos referidos por ella y los que entiende el recurrente son diferentes, lo cual explica la percepción diversa del momento en que el procesado regresó. En efecto, es importante recordar que la víctima hizo referencia al instante en que el procesado volvió al carro, luego de que huyera, después de ejecutar la conducta, por lo que, contrario a lo señalado por el defensor, no cabe duda que aquel efectuó los actos indebidos en contra de J.C.V.M.

Igualmente, su dicho concuerda con lo aseverado por la progenitora y encuentra respaldo probatorio con los demás medios de conocimiento aducidos al juicio oral⁶, de los cuales se concluye que sus afirmaciones siempre conservaron el núcleo central de sus relatos, y, por ende, se deduce el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la

⁶ De los médicos Álvaro Arturo Guerrero y Paola Lizeth Escobar Posso, la psicóloga Clara Marcela Ortiz Martínez, como también de la progenitora Maria Luz Melchor y el patrullero de la policía Javier Rubio Medina.

responsabilidad del acusado.

En ese orden, el criterio del apelante, según el cual no le da crédito a la versión de la menor, porque no suministró toda la información necesaria, es inconsistente con las reglas de la sana crítica y de la valoración de los medios de conocimiento en el proceso penal.

2. Otra de las objeciones, consiste en que la fiscalía tenía el deber de probar la versión de la víctima, incluso a través de las denominadas “*corroboraciones periféricas*”; de acuerdo con la sentencia con radicado No. 43866 del 16 de marzo de 2016. Lo anterior, por cuanto el testimonio directo de la presunta afectada no es suficiente para dar por probados los hechos, sino que debe estar acompañada de “*pruebas de corroboración*”.

Al efecto, la sala advierte que se trata de un infructuoso intento de probar su teoría, pero la misma no guarda relación con la situación procesal que aquí se analiza, toda vez la nombraba “*corroboración periférica*” se establece para los casos en que la víctima no acude al juicio oral, y se pretende aducir como prueba directa su declaración anterior:

Al respecto, en esa decisión la Corte señaló:

“En el ámbito de los delitos sexuales, concurren dos situaciones trascendentes frente al análisis del sentido y alcance de la parte final del artículo 381: (i) la tendencia, cada vez más marcada, a evitar que los niños víctimas de abuso sexual concurren al juicio oral, y (ii) la clandestinidad que suele rodear el abuso sexual.

(...)

En el derecho español se ha acuñado el término “corroboración periférica”, para referirse a cualquier dato que pueda hacer más creíble la versión de la víctima, entre ellos: (i) la inexistencia de razones para que la víctima y/o sus familiares mientan con la finalidad de perjudicar al procesado; (ii) el daño psíquico causado a raíz del ataque sexual; (iii) el estado anímico de la víctima en los momentos posteriores a la ocurrencia de los hechos; (iv)

regalos o dádivas que el procesado le haya hecho a la víctima, sin que exista una explicación diferente de propiciar el abuso sexual, entre otros.

(...)

En suma, frente a la restricción consagrada en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, deben tenerse en cuenta aspectos como los siguientes: (i) la prueba de referencia no puede asimilarse automáticamente a prueba indirecta; (ii) así como la responsabilidad penal puede estar basada en prueba indirecta, la prohibición de basar la condena únicamente en prueba de referencia puede ser superada con este tipo de pruebas (indirectas); (iii) la Fiscalía tiene el deber de realizar lo que esté a su alcance para lograr la corroboración de la versión de la víctima, incluso a través de las denominadas "corroboraciones periféricas"; y (iv) una cosa es la prohibición legal de que la condena esté basada exclusivamente en prueba de referencia, y otra que las pruebas plurales –algunas pueden ser de referencia- sean suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia, según el estándar de conocimiento establecido por el legislador."⁷

El impugnante olvidó que en el caso objeto de análisis, la prueba basilar para proferir condena la constituye el testimonio directo de la víctima, el cual merece total credibilidad, como se indicó en párrafos anteriores. Además, el mismo está corroborado con los testimonios de los médicos y de la psicóloga, quienes dieron fe de las expresiones de la niña cuando la escucharon, cuyo relato encontraron coherente y sincero.

Para los efectos del presente análisis, es importante tener en cuenta que las versiones de los aludidos profesionales, tienen la doble connotación de prueba de referencia admisible y de testigos directos, tal como lo ha precisado la jurisprudencia. Esto último, en tanto han explicado acerca del comportamiento de la ofendida al ser entrevistada y valorada por ellos, de lo cual pudieron apreciar su actitud, sus emociones, y pudieron sacar conclusiones sobre la veracidad de sus relatos.⁸

⁷ Sentencia del 16 de marzo de 2016, radiación No. 43866.

⁸ Al respecto, el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria, se pronunció en auto del 2 de julio de 2014, Rad. 43.555.
Página 18 de 26

De este modo, la juez optó, atinadamente, por darle entero crédito a los testimonios directos de la afectada, de los médicos Álvaro Arturo Guerrero y Paola Lizeth Escobar Posso, la psicóloga Clara Marcela Ortiz Martínez, como también a los complementarios de la progenitora María Luz Melchor y del patrullero de la policía Javier Rubio Medina, de cuyo análisis extrajo la solidez y seriedad de sus afirmaciones.

3. El profesional del derecho señaló que, con la omisión de los precedentes jurisprudenciales, la declaración de Álvaro Arturo Guerrero Delgado, contrario a lo señalado por el despacho, genera duda a favor del acusado, máxime que el testimonio no fue aportado como "*peritaje*".

Al respecto, tampoco asiste razón a la defensa, ya que el ente acusador al momento de efectuar la solicitud probatoria, expuso claramente que se trataba del perito adscrito al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, el cual examinó a J.C.V.M., y, por lo tanto, con él se incorporaría el informe pericial de clínica forense.

Pese a que en el juicio oral el ente acusador no pidió de manera expresa que Guerrero Delgado fuera tenido como perito, expuso que había sido citado bajo esa condición, además del interrogatorio efectuado se estableció que era profesional experto en el área de la medicina, que estaba capacitado para la valoración de menores y la elaboración de informes sexológicos, como también que el análisis lo efectuó de conformidad con los presupuestos determinados por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

Además, para la sala es indiscutible que, al tratarse de un medio suasorio técnico pericial, el artículo 405 de la Ley 906 de 2004 ordena aplicar las reglas del testimonio.

Al respecto el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria, señaló:

"Impera destacar que mientras el testigo, en estricto sentido y por regla general, suministra una declaración acerca de su experiencia en hechos pasados que haya percibido directamente bajo el influjo de sus sentidos, el perito al rendir el dictamen, entendido en los dos actos que lo componen, puede emitir su opinión y transmitir su conocimiento acerca de cuestiones pasadas, presentes y futuras.

(...)

*Con sustento en lo anterior, la afirmación del ad-quem en el sentido de que la prueba de referencia mediante la cual se acreditó la ocurrencia de los hechos constitutivos de las conductas punibles y la autoría de ésta en cabeza del procesado, no cuenta con otros elementos de conocimiento que la respalden carece de fundamento legal, pues en el caso concreto la **declaración obtenida en el juicio oral del perito psiquiatra constituye prueba técnica pericial, a la que el artículo 405 de la Ley 906 de 2004 ordena aplicar en lo que corresponda las reglas del testimonio, y como tal se debe apreciar.***

Aun cuando es cierto que el aludido profesional no presenció los hechos, la menor fue valorada por el galeno, quien hizo una narración de eventos, circunstancias y conclusiones que fueron sometidos a examen en el curso del juicio oral y, desde ese punto de vista, aportó su conocimiento personal, cumpliendo con lo ordenado por el artículo 402 del Código de Procedimiento Penal"⁹.

Al efecto, la sala recuerda al recurrente que el fallo censurado no se sustenta con exclusividad, en la prueba técnica. Tampoco descarta, como lo sugiere el apelante, la comisión de tocamientos de contenido erótico sexual de los cuales fue víctima J.C.V.M. ni el compromiso atribuido al enjuiciado, toda vez que un comportamiento como el endilgado al procesado, no deja señal alguna en el cuerpo de la víctima.

En ese orden, el que no se aportara el resultado de "el frotis de mamas para buscar saliva, frotis interglúteo para buscar semen y sangre" no

⁹ Auto del 2 de julio de 2014, Rad. 43.555.

desdibuja la ejecución del comportamiento realizado por Olivos García, precisamente porque actos de abuso sexual como los reportados, difícilmente dejan evidencias perceptibles. Por ese motivo, la sola ausencia de evidencia física no es conclusiva de la inexistencia del abuso reportado.

En todo caso, es importante señalar que la defensa tiene iniciativa probatoria en virtud del mandato constitucional del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Carta, en cuanto dispone que “*Quien sea sindicado tiene derecho...a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra*”. En desarrollo de ese precepto, la Ley 906 de 2004, en su artículo 357 establece que durante la audiencia preparatoria el defensor puede solicitar al juez las pruebas que requiera para sustentar su pretensión.

Bajo ese entendido, si ese era de su interés, el defensor podía en la audiencia preparatoria solicitar el testimonio directo de Álvaro Arturo Guerrero, -médico legista-, con el fin de que con este se aportara el resultado que cuestiona, el cual no allegó el ente acusador, esto es el “*frotis de mamas para buscar saliva, frotis interglúteo para buscar semen y sangre*”; sin embargo, no lo hizo, ante lo cual no puede alegar en su favor su propia omisión.

4. Así mismo el abogado aseveró que conforme con las sentencias C-177 de 2014 y N. 44950 del 25 de enero de 2017, las entrevistas psicológicas forenses efectuadas por Clara Marcela Ortiz Martínez, no son prueba suficiente para condenar.

Sobre el particular, cabe señalar que la referida profesional acreditó las calidades e idoneidad para realizar este tipo de actividades, toda vez que en la audiencia de juicio oral manifestó bajo la gravedad del juramento que se había graduado como psicóloga, que era especialista en psicología jurídica y forense y desde hacía próximamente 4 años se había vinculado

con la Fiscalía General de la Nación, por lo que tenía una amplia experiencia en la elaboración de entrevistas a niños, niñas y adolescentes presuntas víctimas de delitos sexuales, para lo cual había recibido bastante capacitación.

Además, las condiciones profesionales de esta testigo no se han puesto en entredicho, como tampoco la actividad desarrollada en el caso materia de análisis, en el cual logró condensar clara y completamente las versiones¹⁰ rendidas por la víctima pocos días después de haber ocurrido la conducta, a través de un señalamiento repetitivo de los hechos endilgados a Olivos García, referido al acto sexual ejecutado en su contra.

Frente a los reparos formulados por el censor, es necesario precisar que la entrevista forense practicada por la psicóloga del C.T.I., tenía como fin establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que sucedieron los hechos, mas emitir algún pronunciamiento acerca de probabilidades y certezas, de manera que no se advierten falencias en el referido documento, máxime que su único objetivo se cumplió.

Es importante señalar que a quienes les corresponde determinar la ocurrencia de los hechos es a los jueces -la valoración probatoria es una labor estrictamente judicial-. Por lo tanto, la tarea de los profesionales que concurren al debate probatorio es suministrar elementos de juicio que apoyen la labor de los administradores de justicia.

Y si en gracia discusión, si se aceptara, como lo argumenta el censor, que las entrevistas psicológicas no son suficientes para condenar, no puede pasar inadvertido el abundante caudal probatorio que gravita en contra del procesado, dentro del cual obviamente se incluye los testimonios

¹⁰ 6 de agosto y 13 de septiembre de 2016.

incriminatorios de la víctima y de los profesionales en medicina que la atendieron.

5. Afirmó que el testimonio del patrullero Javier Rubio Medina no ofreció ningún aporte para el esclarecimiento de los hechos, ya que nada le consta de la presunta violación. A esto el tribunal contesta que no asiste razón, ya que, si bien, el declarante no presencié los hechos, corrobora en gran medida las exposiciones de la víctima, máxime que percibió el estado de alteración en que esta se encontraba -además, estaba llorando- para el momento en que acudió al sitio por llamado de la comunidad.

El aludido declarante relató que el 5 de agosto de 2016 se encontraba en el CAI de Molinos, cuando recibió noticia de un caso en la carrera 12A con 49, lugar al que se desplazó con su compañero y al llegar observó a la ciudadanía enfurecida, y tenían retenida a una persona que decían había intentado abusar de una menor de edad al interior de un taxi.

Aseguró que habló con una joven de apellidos V.M., quien le dijo que el procesado y otro sujeto, que no había sido aprehendido, habían intentado someterla, por lo que, cuando tuvo oportunidad, empezó a gritar y la ciudadanía al oír los llamados de auxilio, acudió y consiguieron retener al hoy acusado.

En consecuencia, este testimonio también hace un aporte importante acerca de lo que pudo percibir en el escenario de los hechos, lo cual está acorde con el restante material probatorio.

6. Indicó que el testimonio de la doctora Paola Liseth Escobar Pozo – médico del hospital San Blas- tampoco constituye prueba. Sin embargo, dicho argumento en nada incide frente a los vejámenes sexuales efectuados por el procesado en contra de J.C.V.M.

Es importante señalar que a quienes les corresponde determinar la ocurrencia de los hechos es a los jueces -la valoración probatoria es una labor estrictamente judicial-.

De esa manera, la aludida profesional dio a conocer la labor ejercida por ella en su rol -frente a la ocurrencia de un posible delito de abuso sexual- como médica del hospital San Blas a donde fue conducida la menor para recibir atención médica luego de ocurridos los hechos. Con la aludida testigo se incorporó la historia clínica del 9 de agosto de 2019, correspondiente a la atención recibida por J.C.V.M., documento en el cual se indicó que la niña fue llevada por el *“patrullero Moreno”* e ingresó por un intento de abuso sexual perpetrado por dos desconocidos, quienes la sometieron a *“manoseo de sus partes íntimas, besos en los labios, cara y senos”*.

7. El recurrente aduce que la juez cambió el sitio en el cual sucedieron los presuntos hechos, ya que, si bien la residencia quedaba en el barrio Venecia, allí no fue dejado el automotor como lo expuso el despacho.

Dicho argumento se advierte forzado y no corresponde a la realidad, toda vez que, si bien en el fallo se hizo referencia a que el taxi fue dejado prendido en el barrio Venecia, mientras el acusado ingresó a un bar, precisamente esa información la dio Olivos García en el juicio oral, argumento que fue cuestionado por la juez, por ser contrario a la lógica, especialmente por la inseguridad que caracteriza a Bogotá.

Además, por los argumentos del acusado la juez concluyó que su declaración no era suficiente para desdibujar la conducta por él ejecutada.

En todo caso, la sala advierte que el relato del procesado en el juicio no es creíble, no está soportado en otros medios de prueba y, por tanto, con

él no se logra desvirtuar la teoría del caso de la fiscalía o generar duda, en relación con la comisión del delito y la responsabilidad que le asiste en este asunto.

En este contexto, ningún error se advierte en la valoración probatoria realizada por el juzgado. Por el contrario, se corrobora que la prueba de cargo es suficiente para dar al juzgador el conocimiento más allá de toda duda no solo de la conducta ejercida en contra de la menor, sino también de la responsabilidad de Olivos García, lo cual impone la ratificación del proveído censurado.

DECISIÓN

Por lo expuesto, **el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en Sala de Decisión Penal**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: NO DECLARAR la nulidad de lo actuado.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia de origen, fecha y contenido relacionados en precedencia en cuanto fue materia de apelación.

TERCERO: Anunciar que la presente determinación se notifica en estrados y en su contra procede el recurso de casación. (Artículo 183 del C.P.P. modificado por el 98 de la Ley 1395 de 2010).

CUARTO: DEVOLVER el expediente al Juzgado de origen, una vez quede en firme el presente fallo, para lo de su competencia.

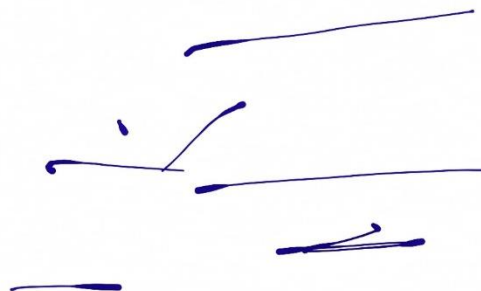
Notifíquese y Cúmplase



Leonel Rogeles Moreno
Magistrado



José Joaquín Urbano Martínez
Magistrado



Jairo José Agudelo Parra
Magistrado