

Magistrado Ponente: JOSÉ DE JESÚS CUMPLIDO MONTIEL

Número de Radicación: 13-001-6001128-2015-02145 RAD. INT. No: G 009- 001 de 2019

Tipo de decisión: Confirma sentencia

Fecha de la decisión: 29 de julio de 2020.

Clase y/o subclase de proceso: ACTO SEXUAL CON INCAPAZ DE RESISTIR

DERECHO A LA DEFENSA TÉCNICA EN EL PROCESO PENAL/ Jurisprudencia Corte Constitucional-Elementos.

PRUEBA DE CORROBORACIÓN PERIFÉRICA/ La responsabilidad penal no puede fundamentarse en prueba de referencia, pero esa limitante se puede superar mediante la prueba indirecta o a través de los medios que permitan corroborar la versión de la víctima.

PRUEBA PERICIAL/ Validez-Fases

FUENTE FORMAL/ Artículos 380 y 381 de la Ley 906/2004

FUENTE JURISPRUDENCIAL/ Corte Constitucional C-069 de 2009, T-561 de 2014, Sentencia T-546 del 15 de mayo de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; T-654 del 11 de noviembre de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, sentencias del 19 de octubre de 2006 y 11 de julio de 2007, Radicados 22432 y 26827, CSJ SP, 28 Oct. 2015, Rad. 44056; CSJ SP, 18 May. 2011, Rad. 33651; CSJ SP, 10 Mar. 2010, Rad. 32868; CSJ SP, 19 Agos. 2009, Rad. 31959; C.S. de J., AP313-2019, Rad. 51954, 30 de enero de 2019

REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO
JUDICIAL DE CARTAGENA SALA PENAL

Cartagena de Indias, D. T. y C, veintinueve [29] de julio
de dos mil veinte [2020].

JOSÉ DE JESÚS CUMPLIDO MONTIEL
MAGISTRADO PONENTE

RAD. No:	13-001-6001128-2015-02145
RAD. INT. No:	G 009- 001 de 2019
PROCEDENCIA:	JUZGADO 5° PENAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
PROCESADO:	JHONATAN ZULUAGA PAYARES
DELITO:	ACTO SEXUAL CON INCAPAZ DE RESISTIR
MOTIVO DE PROVIDENCIA:	APELACIÓN DE SENTENCIA
PROCESO:	LEY 906 DE 2004
APROBADO ACTA N°:	128

1. MOTIVO DE PRONUNCIAMIENTO.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado defensor contra la sentencia ordinaria proferida el día 12 de diciembre de 2018 por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Cartagena, mediante la cual se condenó a **JHONATAN ZULUAGA PAYARES** por el delito de Acto sexual abusivo con incapaz de resistir (Art. 210 del C.P.).

2. HECHOS

Los hechos jurídicamente expuestos en la formulación de acusación y reiterados en sentencia de primera instancia son los siguientes:



2.1. El día 19 de febrero de 2015, la menor P.I.G.F.¹, a la sazón de 16 años, era alumna aspirante a cadete de la Escuela Naval de Cadetes de la ciudad de Cartagena, sin embargo, cuando cursaba su primer año fue diagnosticada de peritonitis por una lesión en su rodilla derecha y presentaba náuseas, motivo por el cual el día 19 de febrero de 2015 solicitó el servicio médico de sanidad de la institución Naval.

2.2. Se narra en la acusación, que la joven P.I.G.F. fue atendida por el enfermero JHONATAN ZULUAGA PAYARES, quién en primera medida la canalizó y le aplicó una ampolla para el dolor de cabeza, luego, le aplicó otra bolsa de suero.

2.3. Posterior a la aplicación de los medicamentos anteriores, expresó la fiscalía que, a eso de la media noche, el enfermero se acercó nuevamente a la camilla donde se encontraba la joven P.I.G.F. y al verla dormida, revisó el estado del catéter del suero y le estiró los dedos de la mano derecha, colocándolos sobre su miembro viril, procediendo a masturbarse con la mano de la estudiante por espacio de 40 minutos.

2.4. Se resalta en la acusación que la joven observó lo que hacía el enfermero, por tanto, cuando éste terminó su acción, ella se levantó para ir al baño, pero se volvió a acostar para que el enfermero no se diera cuenta que ella se encontraba despierta. Una hora después de lo acontecido, el señor Jhonatan Zuluaga se acercó a la camilla, retiró el suero que le había colocado a P.I.G.F. y la despertó para remitirla al alojamiento personal femenino.

¹ La información que permite identificar o individualizar al (los) menor (es), fue suprimida, con miras a garantizar la intimidad, privacidad y dignidad humana, de acuerdo con los artículos 33 y 193 de la ley 1098 de 2006 y demás normas pertinentes.



3. ANTECEDENTES PROCESALES PERTINENTES

3.1. Previa solicitud de orden de captura, en audiencia preliminar celebrada el día 12 de agosto de 2016², ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Cartagena, se impartió legalidad al procedimiento de captura del señor JHONATAN ZULUAGA PAYARES.

La Fiscalía formuló imputación³ por el delito de **ACTO SEXUAL ABUSIVO CON INCAPAZ DE RESISTIR**. El Imputado no aceptó el cargo formulado.

El Juzgado de Control de garantías se abstuvo de imponer medida de aseguramiento.

3.2. El escrito de Acusación fue radicado el día 16 de noviembre de 2016⁴, correspondiéndole su conocimiento al Juzgado Quinto Penal del Circuito de Cartagena, célula judicial ante el cual se formuló acusación el día 24 de abril de 2017⁵ por el delito de **ACTO SEXUAL ABUSIVO CON INCAPAZ DE RESISTIR (Art. 210 N° 3 y 5 del C.P.)**.

3.3. Continuando con el rito procesal, el desarrollo de la Audiencia preparatoria se llevó a cabo el 12 de abril de 2018, escenario procesal en donde las partes enunciaron, estipularon y solicitaron las pruebas que pretendían hacer valer en el juicio oral.

Las partes estipularon la plena identidad del acusado, el hecho de que los medicamentos aplicados por el procesado a la joven P.I.G.F.

² Folio 3 del cuaderno de control de garantías

³ La audiencia fue celebrada el día 16 de agosto de 2016, folio 4 del cuaderno de control de garantías

⁴ Folios 3 a 8 del cuaderno de conocimiento

⁵ Folios 38 del cuaderno de conocimiento



fueron Metroclopramida y dipirona, y que en el examen de orina, no fue hallada sustancia de cocaína o cannabis sativa.

3.4. El Juicio Oral, se instaló el día 21 de julio de 2018⁶, diligencia en la que se escuchó la teoría del caso de la fiscalía, la defensa se abstuvo de hacer lo propio, y se inició con la práctica de los medios de convicción. La audiencia fue suspendida por falta de comparecencia de algunos de los testigos de la Fiscalía.

3.5. El 19 de octubre de 2018⁷, se continuó con el trámite procesal, culminando con la práctica de las pruebas solicitadas por la fiscalía y la defensa. En esta última calenda, se anunció el sentido del fallo de carácter condenatorio, luego se dio trámite a la etapa prevista en el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal del 2004.

3.6. La sentencia, fue emitida el día 12 de diciembre de 2018⁸, decisión que fue objeto de apelación por parte de la Defensa.

3.7. Finalmente, por reparto correspondió a ésta Sala desatar el recurso impetrado por el defensor, que ataca el pronunciamiento de primer grado.

4. LA SENTENCIA APELADA

El Juez Cognoscente de los hechos materia de investigación, después de hacer un relato de los acontecimientos fácticos, pasó a advertir que con las pruebas practicadas en el juicio oral se determinó más allá de toda duda razonable la responsabilidad penal del

⁶ Folio 64 del cuaderno de conocimiento

⁷ Folio 71 del cuaderno de conocimiento

⁸ Folios 105 a 136 del cuaderno de conocimiento



procesado JHONATAN ZULUAGA PAYARES por el punible de Acto Sexual con incapaz de resistir.

Se indica en la decisión que con el dicho de la víctima, se logró establecer la identidad del autor de la conducta punible y mediante la figura de la Corroboración periférica, se logró establecer que la joven siempre mantuvo un relato común y coherente en todos sus aspectos principales, por lo que es plenamente creíble la versión que ella otorgó en el juicio oral.

Adicional a ello, se señala en la providencia que lo manifestado por la víctima nunca fue desacreditado y que el acusado fue el único enfermero que laboró esa noche.

Se sostiene además, que la tesis de que la menor no quería estar en la institución no tiene asidero, por cuanto ha sido la madre de la víctima y la propia menor las que han manifestado que el sueño de la joven era ingresar a la Armada Nacional.

Bajo ese orden, y después de analizar las pruebas practicadas en el juicio oral, advirtió que dentro del presente asunto están dados todos y cada uno de los presupuestos para sostener más allá de cualquier duda razonable que el procesado fue el autor de la conducta endilgada por la fiscalía.

Por todo lo indicado y después de hacer los juicios de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad se condenó al Señor Zuluaga Payares por el punible atrás indicado.



5. DE LA APELACIÓN.

El **defensor** no conforme con la decisión emitida, interpone el recurso de apelación, fundamentado en lo siguiente:

(i) La inexistencia de pruebas que evidencien la responsabilidad penal de Jonathan Zuluaga Payares

Expone que la sentencia se edificó sobre los supuestos de que la víctima no fue desacreditada en su testimonio cuando afirmó que Jonathan Zuluaga era el único enfermero que estaba laborando esa noche en el Hospital Naval, señaló en el juicio oral a su agresor y no tenía motivos *“para hacer de manera gratuita tal señalamiento”*.

Frente a esas circunstancias, manifiesta el censor que requerir de la defensa un acto contrario para desvirtuar tales afirmaciones, conlleva a quebrantar la garantía fundamental del principio de presunción de inocencia, toda vez que es deber del Estado, a través del juez llegar a un conocimiento más allá de toda duda razonable acerca de la materialidad del delito y de la responsabilidad penal del procesado, por lo que en el presente asunto, el juez no debía tener supuesto lo dicho por la víctima bajo el entendido en que ello no fue refutado, sino del ejercicio valorativo que se realiza a todas las pruebas practicadas en el juicio oral.

En igual sentido, expresa que los defensores que representaron los intereses de Jonathan Zuluaga Payares, desplegaron una deficiente labor defensiva en la audiencia preparatoria y de juicio oral.

Sostiene el recurrente, que la juez que dirigió la audiencia preparatoria, Dra. Maruja Ester Joty Martínez, pese a que la fiscalía,



descubrió, enunció y solicitó el testimonio de la psiquiatra Ester Viviana Pera Castro, la juez omitió pronunciarse sobre él y éste fue practicado en el juicio oral.

En cuanto al testimonio del señor Carlos Alberto Aníbal Hernández, expresa que este fue decretado de forma “alternativa”, por lo que su práctica dependía si se agotaban otros dos testimonios.

Por lo mencionado, sostiene que la práctica de estos testimonios surgió de forma irregular y ellos fueron esenciales dentro de la sentencia condenatoria emitida en primera instancia.

Añade además que el testimonio del Dr. Juan Sebastián Montoya, no fue descubierto, enunciado ni solicitado en la audiencia preparatoria, por lo que tal prueba no podía haber sido decretada por la juez de conocimiento, sin embargo, la práctica de este testimonio no se realizó, por cuanto la fiscalía desistió del mismo.

Continuando con ésta secuencia, se indica en el recurso, que el defensor que asistió al procesado en el juicio oral, desconocía las técnicas del contrainterrogatorio, por cuanto propició objeciones fundadas de la fiscalía y del ministerio público, y desconocía el *nomen iuris* de la conducta por la que se formuló acusación, pues en los alegatos de cierre, invocó el artículo 210 del Código Penal, pero hacía referencia era al artículo 207 *idem*.

En cuanto al señalamiento que realizó la víctima al procesado en el juicio oral y las versiones dadas con anterioridad, expresa que ellas dejan ver una variación significativa de su versión, pues, “*antes del juicio oral la fiscalía sabía que la adolescente no había visto a su*



agresor porque ella tenía los parpados cerrados y había fingido estar dormida”, y “en la vista pública la víctima aclaró que ella habrá visto la espalda de su agresor y, pese a su somnolencia y estrés agudo, pudo identificarle, con el apoyo de las siguientes inferencias: a) Era el único enfermero; b) era el único que sabía dónde estaba ella y c) era moreno, contextura... alto, espalda ancha y con el pelo un poquito rizado”.

Por lo dicho sostiene que, en ninguno de sus relatos la víctima aportó algún rasgo distintivo adicional, *“como por ejemplo, tatuajes, cicatrices, color de la ropa o algún accesorio en particular”*, situación que en su sentir es indicativa de que la menor no vio a su agresor. Además que las características que ella indicó, no concuerdan con las condiciones morfológicas del procesado.

(ii) La duda sobre la materialidad de la conducta punible

Frente a este aspecto, expresa el recurrente que en el juicio oral los doctores Wilson Torres Bahamón y Carlos Alberto Aníbal Hernández, jamás afirmaron que los medicamentos que fueron aplicados a la adolescente P.I.G.F. ocasionaran algún efecto sobre la consciencia, voluntad o motricidad de los pacientes.

Indica que estos dos peritos de la fiscalía entran en contradicciones, pues mientras Wilson Torres Bahamón dice que la metoclopramida en combinación genera somnolencia, el Dr. Carlos Alberto Aníbal Hernández, afirmó que no encontró en la literatura revisada y las consultas hechas, que hubiera un sinergismo de acción de ellos, ya que cada uno actúa diferente en el organismo, produciendo diferentes efectos.



Precisa que *“para reforzar su tesis de que la adolescente venia en condiciones de inferioridad, el fallo acudió a la regla del Ensure, para afirmar que la víctima estaba desnutrida. Sin embargo, ninguno de los peritos expertos que revisaron la historia clínica de la adolescente P.I.G.F. afirmó que esta estuviese desnutrida, ni esa afirmación se deriva de la historia clínica de la víctima y, lo más importante, ese hecho no fue objeto de debate probatorio porque no estaba explicitado en el núcleo fáctico de la acusación.”*

De lo anterior sostiene que, el tipo penal descrito en el artículo 210 del código Penal exige que la víctima se encuentre *“en estado de inconsciencia, o que padezca de trastorno mental o que este en incapacidad de resistir”*, no en situación de inferioridad, ya que éste *“es un elemento estructural de la agravante del numeral 2° del artículo 211 ibídem, también imputado al procesado, pero no del tipo penal”*.

Frente a la prueba de corroboración periférica planteada en la sentencia de primera instancia, expresa el censor que la declaración vertida por la perito Esther Pera Castro es prueba directa del estado psicológico y emocional de la adolescente, pero ello no da veracidad a su relato, ni de la materialización de la conducta punible.

Expresa igualmente que el testimonio de la experta Ester Viana Perea Castro ha sido mal valorado, pues aplicando los principios de la sana crítica a dicho testimonio, se puede apreciar que la profesional diagnosticó dos afectaciones psíquicas en la menor, las cuales son perfectamente diferenciables, como lo es el estrés agudo y el trastorno mixto de ansiedad y depresión, sin embargo, dichas valoraciones se hacen en diagnóstico de probabilidad, más no de certeza.



Por lo dicho considera que si se hubiese hecho un análisis acucioso del relato brindado por la profesional, la conclusión sería que su testimonio no corrobora el dicho de la adolescente en el punto de la materialidad de la conducta punible, sino en el padecimiento de una enfermedad de estrés agudo, la cual fue evaluada “562 días después de los hechos” y con relación al trastorno mixto de ansiedad y depresión, de que éste tiene su origen en la inconformidad de la adolescente respecto del trato recibido en la Escuela Naval de Cadetes, por lo que no puede constituir una prueba indirecta de la materialidad de la conducta punible.

Por último considera que en el fallo recurrido, el juez no valoro el hecho del reclutamiento militar de la joven como un posible hecho traumático causante del estrés agudo y del trastorno mixto de ansiedad y depresión.

Por todo lo sintetizado, solicita la revocatoria de la decisión de primera instancia y como consecuencia de ello, el restablecimiento del derecho de locomoción del procesado.

6. LOS NO RECURRENTES

6.1. La delegada de la **Fiscalía General de la Nación**, solicita la confirmación de la decisión de primera instancia.

Como fundamento de la anterior petición, señala que el procesado Jonathan Zuluaga Payares a lo largo de la investigación, siempre estuvo asistido de un abogado defensor, quién planteó una estrategia defensiva y ejerció la contradicción de todos los medios probatorios presentados por la Fiscalía.



Advierte que de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se cometió la conducta, sumado a los elementos materiales probatorios recaudados, se logró establecer por señalamiento directo de la víctima desde los inicios de las indagaciones preliminares a que su agresor fue el señor Jonathan Zuluaga Payares.

Referente a las declaraciones que rindió con anterioridad al juicio oral la joven P.I.G.F., sostiene que olvidó el defensor que prueba es aquella que solo se práctica en el juicio oral, por eso es que la valoración realizada por el *a quo*, se circunscribe exclusivamente a lo declarado por la víctima en el juicio oral, donde mantuvo un relato coherente y preciso sobre la identidad de su agresor.

Indica que el Testimonio de la Dra. Esther Perea Castro, fue debidamente decretado por el juez Quinto Penal del Circuito de Cartagena en la audiencia preparatoria, y que las demás testimoniales fueron valoradas en debida forma por parte del funcionario judicial.

Por lo mencionado, itera su solicitud de confirmación de la sentencia condenatoria, por cuanto la decisión no se basó en el dicho exclusivo de la Dra. Esther Perea Castro y el Dr. Carlos Aníbal Hernández, testigos que según el dicho del defensor no fueron decretados en la audiencia preparatoria, *“sin embargo y aceptando dicha tesis, tampoco explicó el señor defensor, porque de no haberse practicado los mismos la sentencia hubiese sido absolutoria”*.

6.2. El representante del **Ministerio Público**, solicita se mantenga incólume la decisión de primera instancia, bajo el entendido en que el procesado es una persona profesional en temas de la salud, sabía el lugar exacto en donde se encontraba durmiendo la joven



P.I.G.F. y era el único enfermero que se encontraba de turno y era el encargado de la atención médica y el suministro de medicamentos.

De lo anterior, advierte que de los hechos indicadores se puede concluir que el procesado fue la persona que cometió el acto sexual en contra de la humanidad de la joven.

Por otro lado, manifiesta que el defensor realiza una inadecuada interpretación de la versión de la Dra. Esther Perea Castro, y tergiversa lo manifestado por ésta en el juicio oral, ya que las conclusiones sobre el origen del estrés agudo, parten de una hipótesis sin base científicas.

Frente a la identificación del señor Zuluaga Payares, expone que la víctima tuvo contacto permanente con el procesado el día de ocurrencia de los hechos y con anterioridad a éste, por lo que conocía de su constitución física, así como de la contextura de su espalda.

7. CONSIDERACIONES.

7.1. Competencia.

Según lo preceptuado en el artículo 34 de la Ley 906/2004, es la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena, la competente para conocer de las apelaciones contra las sentencias proferidas por los Jueces Penales del Circuito de Cartagena.

La competencia de este Tribunal, opera en virtud del principio de limitación inherente a los medios de impugnación, siendo restringido a los aspectos impugnados y a los que inescindiblemente le estén vinculados.



7.2. Delimitación de los cargos

Auscultado el argumento de la Defensa como recurrente, le corresponde a la Sala resolver los siguientes problemas jurídicos:

1. *Determinar si se vulneró la garantía al debido proceso del acusado Jonathan Zuluaga Payares, por la presunta transgresión del derecho de defensa.*
2. *Establecer si dentro de las probanzas se configuró el delito de Acto Sexual Abusivo con incapaz de resistir, y si está probado más allá de toda duda razonable la responsabilidad penal de Jhonatan Zuluaga Payares.*

La Sala *ad initio* de resolver los cuestionamientos señalados, debe indicar que en caso de prosperar el primero de ellos, por sustracción de materia se abstendrá de resolver el restante.

Como criterios para solventar el asunto, la Sala abordará los siguientes presupuestos: (i) *De la falta de defensa técnica en el proceso penal;* (ii) *De la prueba de corroboración periférica;* y (iii) *De la prueba pericial.* Para posteriormente realizar una valoración probatoria del caso concreto.

7.2.1. Del derecho a la defensa técnica en el proceso penal

La Corte Constitucional en Sentencia C-069 de 2009 ha considerado que:

“... hace parte del núcleo esencial del debido proceso, cuyo propósito no es otro que ofrecer al sindicado el acompañamiento y la asesoría



de una persona con los conocimientos especializados para la adecuada gestión de sus intereses... en consideración a su habilidad para utilizar con propiedad los medios e instrumentos de defensa previamente instituidos, adelantar una actuación diligente y eficaz, dirigida a asegurar no solo el respeto por las garantías del acusado, sino también a que las decisiones proferidas en el curso del proceso se encuentren ajustadas a derecho”.

Asimismo en Sentencia de Tutela T-561 de 2014, expresó que:

“La Corte⁹ ha precisado el concepto de defensa técnica como el derecho de la persona a escoger su propio defensor y, de no ser ello posible, a ser representado por uno de oficio designado por el Estado, quien a su vez debe contar con un nivel básico de formación jurídica.”

En la sentencia T-395 de 2010¹⁰ se sostuvo a propósito del tema:

“El derecho fundamental al debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, lo integran el conjunto de facultades y garantías previstas en el ordenamiento jurídico, cuyo objetivo básico es brindar protección al individuo sometido a cualquier proceso, de manera que durante el trámite se puedan hacer valer sus derechos sustanciales y se logre el respeto de las formalidades propias del juicio, asegurando con ello una recta y cumplida administración de justicia.¹¹ El debido proceso, en sentido abstracto, ha sido entendido como el derecho que tienen las partes de hacer uso del conjunto de facultades y garantías

⁹ Cfr. T-831 de agosto 22 de 2008 M.P. Mauricio González Cuervo

¹⁰ MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹¹ Sentencia T-001 del 12 de enero de 1993, M.P. Jaime Sanín Greiffenstein.



que el ordenamiento jurídico les otorga, para efecto de hacer valer sus derechos sustanciales, dentro de un procedimiento judicial o administrativo. Así, el contenido y los alcances del debido proceso están determinados por este conjunto de garantías y facultades, las cuales, a su vez, están establecidos en función de los derechos, valores e intereses que estén en juego en el procedimiento, de acuerdo con criterios de razonabilidad y proporcionalidad”¹².

Desde esta perspectiva la Corte ha considerado que se sólo entiende violado el núcleo esencial del derecho a la defensa técnica, cuando concurren los siguientes cuatro elementos:

i) Debe ser evidente que el defensor cumplió un papel meramente formal, carente de cualquier vinculación a una estrategia procesal o jurídica.

Esto implica que efectivamente se presenten fallas en la defensa que, desde ninguna perspectiva posible, puedan encuadrarse dentro del margen de libertad con que cuenta el apoderado para escoger la estrategia de defensa adecuada. A este respecto, la jurisprudencia ha puesto de presente que las fallas de la defensa no pueden estar referidas a aspectos que se encuentren por dentro de la estrategia del abogado para proteger los intereses de su apoderado. En efecto, el defensor cuenta con un amplio margen de discrecionalidad en el ejercicio de su cargo. Por tal motivo, para comprobar la vulneración del núcleo esencial del derecho a la defensa técnica, es necesario que haya una ausencia evidente de estrategia por parte del defensor. En palabras de la

¹² Cfr. Sentencia T-546 del 15 de mayo de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.



Corte: “Para que pueda solicitarse el amparo constitucional mediante la mencionada acción será necesario, adicionalmente, demostrar los siguientes cuatro elementos: (1) que efectivamente existieron fallas en la defensa que, **desde ninguna perspectiva posible, pueden ser amparadas bajo el amplio margen de libertad con que cuenta el apoderado para escoger la estrategia de defensa adecuada**”¹³. Ello implica que, para que se pueda alegar una vulneración del derecho a la defensa técnica, debe ser evidente que el defensor cumplió un papel meramente formal, carente de cualquier asomo de estrategia.

(...)

iii) Que la falta de defensa material o técnica revista tal trascendencia y magnitud que sea determinante de la decisión judicial; de manera tal, que pueda afirmarse que se configura una vía de hecho judicial por uno de los cinco defectos sustantivo, fáctico, orgánico, procedimental o por consecuencia.

iv) Que, como consecuencia de todo lo anterior, aparezca una vulneración palmaria de los derechos fundamentales del procesado.

(...)

“En este orden de ideas, la ausencia de defensa técnica debe haber tenido repercusiones respecto de otros derechos fundamentales de la persona y debe evaluarse dentro del contexto general del derecho al debido proceso. En tal medida, si, a pesar de las deficiencias en la defensa, el sindicado es absuelto, no puede afirmarse que se haya perpetrado una vulneración del derecho fundamental de defensa técnica. Ello se debe a que el

¹³ Sentencia T-654 del 11 de noviembre de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz



derecho a la defensa técnica, es parte integrante del derecho al debido proceso, que tiene un *carácter teleológico*. Por tal razón, a pesar de que el derecho a la defensa técnica es autónomo, en estos casos es necesario considerarlo a partir del derecho al debido proceso, el cual, pese a sus imperfecciones puntuales, puede lograr su objetivo general, aquel en función del cual está establecido como derecho fundamental, que es la protección de los derechos sustanciales del sindicado. Carecería de objeto pretender su protección, cuando el sindicado ya ha sido absuelto”.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal¹⁴, sin ser ajena al desconocimiento de ese derecho fundamental ha dicho que, la defensa técnica *“constituye una garantía de rango constitucional, cuya eficacia debe ser vigilada y procurada por el funcionario judicial...”* se caracteriza por ser intangible, real o material y permanente; *“La intangibilidad está relacionada con la condición de irrenunciable, por lo tanto, en el evento de que el imputado no designe su propio defensor, el Estado debe procurárselo de oficio; material o real porque no puede entenderse garantizada por la sola existencia nominal de un defensor profesional del derecho, sino que se requieren actos positivos de gestión defensiva y finalmente la permanencia conlleva a que su ejercicio debe ser garantizado en todo el trámite procesal sin ninguna clase de limitaciones”*.

7.2.2. De la prueba de corroboración periférica

La jurisprudencia especializada de la Corte Suprema de Justicia, ha indicado en múltiples pronunciamientos que existen diversas formas de superar la prohibición de basar la sentencia de condena

¹⁴ Sentencias del 19 de octubre de 2006 y 11 de julio de 2007, Radicados 22432 y 26827, respectivamente



exclusivamente en prueba de referencia¹⁵, tal como lo son la posibilidad de demostrar cualquier aspecto del tema de prueba a través de prueba directa o indirecta, y la forma de corroborar las versiones sobre los delitos que ocurren en la clandestinidad con otros medios de prueba.

En similar sentido, se ha indicado que la responsabilidad penal puede establecerse a través de inferencias, a pesar de que en la ley 906 de 2004, no se incluyó “la prueba indiciaria” como un medio de conocimiento.

En el ámbito de los delitos sexuales, la tendencia, por garantismo de los derechos fundamentales de las menores víctimas, es que ellos no concurren al juicio oral, esto con el fin de evitar que sean doblemente victimizados¹⁶, sin embargo, tal imperativo le impone a la fiscalía la obligación de realizar una investigación mucho más exhaustiva, pues por lo general estos delitos suelen ocurrir en la clandestinidad, situación que impide, eventualmente, que la prueba de referencia éste acompañada de otras pruebas directas.

Ante tal panorama, de la clandestinidad en que ocurre una agresión sexual, los actos que dan cuenta de la misma pueden ser corroborados a través de otros medios, por ejemplo, la presencia en la víctima de una enfermedad venérea que también padece el procesado, la presencia de fluidos del procesado en el cuerpo o en la ropa de la víctima, e incluso en el lugar donde ocurrió el ataque, entre otros.

¹⁵ Inciso 2° del Artículo 381 de la Ley 906 de 2004

¹⁶ CSJ SP, 28 Oct. 2015, Rad. 44056; CSJ SP, 18 May. 2011, Rad. 33651; CSJ SP, 10 Mar. 2010, Rad. 32868; CSJ SP, 19 Agos. 2009, Rad. 31959, entre otras



De esta forma, siguiendo el criterio establecido en el derecho español de “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 procesado¹⁷; (ii) el daño psíquico causado a raíz del ataque sexual¹⁸; (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; la Corte Suprema de Justicia, ha indicado que estas formas de corroborar la versión de la víctima dependerá de las particularidades de cada caso. *“No obstante, resulta útil traer a colación algunos ejemplos de corroboración, con el único propósito de resaltar la posibilidad y obligación de realizar una investigación verdaderamente exhaustiva: (i) el daño psíquico sufrido por el menor; (ii) el cambio comportamental de la víctima; (iii) las características del inmueble o el lugar donde ocurrió el abuso sexual; (iv) la verificación de que los presuntos víctima y victimario pudieron estar a solas según las circunstancias de tiempo y lugar incluidas en la teoría del caso; (v) las actividades realizadas por el procesado para procurar estar a solas con la víctima; (vi) los contactos que la presunta víctima y el procesado hayan tenido por vía telefónica, a través de mensajes de texto, redes sociales, etcétera; (vii) la explicación de por qué el abuso sexual no fue percibido por otras personas presentes en el lugar donde el mismo tuvo ocurrencia, cuando ello sea pertinente; (viii) la confirmación de circunstancias específicas que hayan rodeado el abuso sexual, entre otros.”*

¹⁷ Tribunal Supremo de España, ATS 6128/2015, del 25 de junio de 2015

¹⁸ ídem



En suma de lo dicho, se tiene que la responsabilidad penal no puede fundamentarse en prueba de referencia, pero esa limitante se puede superar mediante la prueba indirecta o a través de los medios que permitan corroborar la versión de la víctima.

7.2.3. De la prueba pericial

La validez de la prueba pericial, como cualquier otra, está sujeta al cumplimiento del debido proceso, que incluye las siguientes fases:

a. Descubrimiento del informe base de la opinión pericial, en las oportunidades previstas en los artículos 344 y 356 del C.P.P., y, en todo caso, a más tardar cinco (5) días antes de la celebración de la audiencia pública (art. 415). Esa base o fundamento de la opinión debe contener la explicación de los temas referidos en el literal d.

b. Previa enunciación de la prueba en la audiencia preparatoria, la parte interesada debe solicitarla sustentando su pertinencia.

c. El juez decretará la admisibilidad de la prueba pericial siempre que constate que es pertinente porque guarda relación con los hechos jurídicamente relevantes (art. 375), necesaria porque se requieren «conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados» (art. 405), y que éstos aportarán claridad al asunto en lugar de confusión (art. 376-b).

En el examen de admisibilidad, tal y como se explicó en la SP2709-2018, jul. 11, rad. 50637, resulta esencial establecer la confiabilidad de la base técnico-científica, para lo cual resultan importantes los criterios



establecidos en el artículo 422 para la *«admisibilidad de publicaciones científicas y de prueba novel»*, cuales son:

- 1- *Que la teoría o técnica subyacente haya sido o pueda llegar a ser verificada.*
- 2- *Que la teoría o técnica subyacente haya sido publicada y haya recibido la crítica de la comunidad académica.*
- 3- *Que se haya acreditado el nivel de confiabilidad de la técnica científica utilizada en la base de opinión pericial.*
- 4- *Que goce de aceptabilidad en la comunidad académica.*

d. En juicio oral, el perito deberá comparecer a rendir interrogatorio, durante el cual, en primer lugar, se establecerá su condición de experto en la respectiva materia, lo cual dependerá de sus conocimientos teóricos y prácticos, así como del manejo de los instrumentos o medios empleados. Una vez hecho lo anterior, el perito deberá explicar como mínimo: (i) los *«principios científicos, técnicos o artísticos en los que fundamenta sus verificaciones o análisis»*, (ii) el grado de aceptación de los mismos en la comunidad científica, (iii) los *«métodos empleados en las investigaciones y análisis relativos al caso»*, y (iv) *«sobre si en sus exámenes o verificaciones utilizó técnicas de orientación, de probabilidad o de certeza»*. (Art. 417 C.P.P.)

Estas reglas del interrogatorio al perito, permiten concluir, como se dijera en la SP1557-2018, may. 9, rad. 47423, que:

...los peritos comparecen al juicio oral a explicar unas determinadas reglas o principios técnico-científicos, que sirven de fundamento a sus conclusiones frente a unas situaciones factuales en particular. Igualmente, deben precisar el nivel de probabilidad



de la respectiva conclusión, que, a manera de ejemplo, suele ser más alta en los exámenes de ADN que en algunos conceptos psicológicos. Del experto se espera que, en cuanto sea posible, traduzca al lenguaje cotidiano los aspectos técnicos, de tal suerte que el Juez: (i) identifique y comprenda la regla que permite el entendimiento de unos hechos en particular; (ii) sea consciente del nivel de generalidad de la misma y de su aceptación en la comunidad científica; (iii) comprenda la relación entre los hechos del caso y los principios que se le ponen de presente; (iv) pueda llegar a una conclusión razonable sobre el nivel de probabilidad de la conclusión; etcétera.

Visto de otra manera, al perito le está vedado presentar conclusiones sin fundamento, opinar sobre asuntos que escapen a su experticia, eludir las aclaraciones que debe hacer sobre el fundamento técnico científico de sus apreciaciones, no precisar el grado de aceptación de esos principios en la comunidad científica, abstenerse de explicar si las técnicas utilizadas son de orientación, probabilidad o certeza, etcétera.

La intención del legislador de evitar que los expertos emitan opiniones que no tengan un adecuado soporte técnico-científico se hace palmario en la reglamentación de la admisibilidad de publicaciones y de prueba novel, prevista en el artículo 422 de la Ley 906 de 2004 (...).

7.3. Del Caso concreto

7.3.1. La Sala, en primer lugar, debe manifestar que del argumento presentado en el recurso de apelación por el defensor del



procesado Jhonatan Zuluaga Payares, es evidenciable que el mismo no acarrea con una secuencia ordenada y lógica que vaya acorde con la pretensión de absolución invocada, pues, en la sustentación del recurso se inicia por desarrollar un planteamiento orientado a una vulneración de los derechos fundamentales por falta de defensa técnica, luego se cuestiona la valoración realizada por el *a quo*, entremezclando ésta hipótesis con la anterior, para así concluir que no se desvirtuó la presunción de inocencia del acusado.

En ese contexto, cuando el recurrente pretende cuestionar la sentencia, primero para lograr una decisión de fondo, pero, segundo, porque observa el quebrantamiento de las garantías superiores al debido proceso y/o al derecho a la defensa, aquel principio indicaría que lo último, que necesariamente apunta a la nulidad, deba plantearse en primer orden, en tanto mal puede pretenderse una sentencia cuando se han violado derechos fundamentales, de tal forma que debe pretenderse primero que estos se restablezcan para que, luego, se emita un fallo respetuoso de todas esas potestades¹⁹.

La anterior conclusión refulge nítida, toda vez que si se expone que en el proceso existió una vulneración al derecho de defensa técnica, dicho cargo debía ir orientado a una solicitud de nulidad, más no al proferimiento de una sentencia de reemplazo, ello, porque al funcionario judicial de segundo grado, se le debe exponer de forma clara, precisa y concisa, cada una de las pretensiones principales y accesorias a las que aspira el recurrente, detallando de cada una de ellas, el supuesto fáctico y jurídico que se considera transgredido.

¹⁹ CSJ SP Rad. 45585



Dicho lo precedente, y pese a tal falencia estructural en que se presentó el recurso de apelación, la Sala, procederá a discriminar su estudio en el orden dialectico procesal que se debió interponer, esto es, iniciando con el estudio de la presunta vulneración de los derechos del procesado por la presunta falta de defensa técnica, para luego de ello, si es del caso, analizar el cargo de violación indirecta de la ley sustancial.

7.3.1.1. En este orden, se tiene que el censor arguye una mala praxis de sus antecesores en la audiencia preparatoria y en el juicio oral, por cuanto en la primera de ellas, el profesional del derecho omitió descubrir y enunciar unos elementos, y en el debate probatorio, el nuevo apoderado defensor, fue requerido por el juez para que en conjunto con la fiscalía, volvieran a presentar las estipulaciones probatorias.

De igual forma, se expresa por el recurrente que el defensor que participó en el juicio oral no fue preparado para una sesión, por cuanto olvidó los documentos que evidenciaban lo ocurrido en las audiencias anteriores, además de no advertir en éste escenario, que en la audiencia preparatoria el juez no se pronunció sobre la solicitud probatoria del testimonio de la perito Esther Perea Castro, y condicionó, de forma alternativa, la declaración de Carlos Aníbal Hernández a la concurrencia de otros dos testigos.

Huelga resaltar, que los intereses del procesado Jonathan Zuluaga Payares en la audiencia preparatoria fueron representados por un abogado contractual diferente a quién actuó en el juicio oral y a quién interpuso el recurso de apelación.



De cara a lo expuesto, se tiene que es carga de quién alega la existencia de una falta de defensa técnica, demostrar la inactividad del abogado defensor y la impericia, negligencia o ignorancia del mismo en los asuntos propios de la Ley 906 de 2004, por lo que una vez analizada la actuación procesal, así como los argumentos expuestos por el recurrente, tenemos que el profesional del derecho solo se refirió a situaciones que no trascendieron y que fueron convalidadas dentro de trámites procesales posteriores.

Primeramente, frente al indebido descubrimiento y enunciación de unos elementos materiales probatorios, los cuales fueron objeto de la sanción establecida en el artículo 346 del C.P.P., la Sala observa que dicha omisión no tiene la potencialidad de generar una vulneración a los derechos de defensa del procesado, ya que escuchada detenidamente la audiencia preparatoria, se puede extraer que dentro de aquella, el entonces defensor, descubrió, enunció y solicitó otros medios de convicción, los cuales fueron decretados por el juez para ser practicados en el juicio oral, circunstancia ésta que es indicativa del manejo procesal penal que ostentaba el profesional del derecho.

Ahora, en gracia de discusión, no puede admitirse, que el hecho de no haberse interpuesto recursos contra la decisión que rechazó las dos testimoniales de la defensa, sea muestra de una ineptitud del defensor en pro de los intereses de su asistido, toda vez que esto pudo obedecer al convencimiento del abogado de qué con la mayoría de los medios que le fueron decretados, era suficiente para sacar adelante su teoría alternativa de defensa.

De igual forma, debe indicarse que escuchada detalladamente la audiencia preparatoria, efectivamente se advierte que la fiscalía solicitó



como prueba pericial la declaración de la Dra. Esther Viviana Perea Castro, sin embargo, de los registros de audio, no reposa el apartado de la decisión en la que se admite dicho elemento.

Otro aspecto interpelado por el recurrente como incompetencia de su antecesor, fue el hecho de no oponerse a la práctica en el juicio oral de la testimonial del Dr. Carlos Aníbal Hernández, ya que la juez que presidió la audiencia preparatoria, la había decretado de forma alternativa a los testimonios de Yesid Muñoz y Nulwin Licon Bonfante, por lo que habiéndose efectuadas éstas últimas, no debía practicarse aquella.

Frente a estos dos planteamientos, la Sala advierte que si bien, no existe registro de audio en donde se ordenara la práctica de la valoración pericial rendida por Esther Perea Castro en el juicio oral, dicha falencia no puede ser equiparada a un no decreto en la audiencia preparatoria, ya que en el desarrollo de ésta, la fiscal solicitó el complemento de la decisión con relación a éste medio probatorio, siendo suspendida la diligencia para la verificación de esa solicitud, sin embargo, no reposa dato fonético sobre la resolución de la misma.

No obstante a dicha circunstancia, se observa que atendiendo el principio lógico antecedente consecuente, en el juicio oral la práctica de ésta prueba no fue cuestionada por el entonces abogado defensor, por los intervinientes o por el juez que presidió el debate, razón que nos lleva a concluir que éste medio probatorio sí fue ordenado en la audiencia preparatoria, pero por fallas técnicas su decreto no quedo registrado en audio.



Ahora, en cuanto a la práctica de la testimonial del Dr. Carlos Alberto Aníbal Hernández, se tiene que mal hizo la juez que presidió la audiencia preparatoria, en circunscribir su práctica al amparo de otros medios probatorios, ello por cuanto si consideraba que el *tema probandum* que se abordaría con este testigo era repetitivo, debió haberlo inadmitido, pero bajo ninguna razón limitarlo probatoriamente.

En tal medida, al haberse practicado ésta prueba pericial, sin haber sido objetada por el defensor, ello significa que existió un consenso y a su vez una convalidación que permitió su evacuación, en donde a la sazón, el declarante no fue objeto de contrainterrogatorio por parte del defensor, aspecto éste que garantizó el debido proceso probatorio dentro de la actuación.

Asimismo, en cuanto al cuestionamiento por haberse dado una nueva oportunidad “*para formular las estipulaciones probatorias*” en el juicio oral, sin que esto hubiese sido objeto de controversia por parte del entonces apoderado defensor, sabiendo que la etapa procesal para ello había precluido (audiencia preparatoria), la Sala advierte que en este punto, existe una indebida interpretación de la situación por el recurrente, por cuanto en el juicio oral no se habilitó la fase de las estipulaciones probatorias, al contrario, el juez que presidió el debate público, manifestó que en la audiencia preparatoria las partes habían estipulados “medios probatorios” y no hechos o sus circunstancias, por lo que les pidió concretizar sus acuerdos a los hechos jurídicamente relevantes que se darían por probado.

En todo caso, el haberse habilitado en el juicio oral una oportunidad para sanear las estipulaciones probatorias realizadas en



la audiencia preparatoria y su no oposición por parte de la defensa, no tiene la entidad suficiente para cuestionar la idoneidad del abogado que defendió los intereses de JONATHAN ZULUAGA PAYARES en la fase de juzgamiento.

En similar sentido, el hecho de que el defensor en el juicio oral expresará, cuando se estaba practicando la testimonial de Yesid Muñoz Males, que *“tuvimos una confusión con las carpetas y no tengo toda la carpeta completa del abogado anterior”*, en nada exterioriza una incompetencia del profesional del derecho, ya que el documento que era requerido solo tenía una finalidad publicitaria, es decir, establecer si fue el mismo que la fiscalía descubrió en la audiencia de formulación de acusación, siendo intrascendente esa situación.

En cuanto, a la afirmación de que el testimonio del Dr. Juan Sebastián Montoya, no fue descubierto, enunciado o solicitado por la fiscalía en la audiencia preparatoria, la Sala se abstendrá de emitir pronunciamiento al respecto, ya que el mismo no fue practicado en la audiencia de juicio oral, pues la fiscalía en uso de su facultad, desistió de él.

Por todo lo dicho, se tiene que una alegación de vulneración de derechos fundamentales por falta de defensa técnica, sólo resulta viable cuando el profesional del derecho encargado de velar por los intereses del acusado no asume, en palabras del fallo de 11 de julio de 2007, Rad. 26827, *«una actitud pro activa y diligente en el desarrollo y concreción de las labores inherentes a su función»*, o, de acuerdo con la sentencia del 1º de agosto de 2007, Rad. 27283, manifiesta ostensible ignorancia,



incompetencia o falta de instrucción respecto de las reglas y principios que rigen la Ley 906 de 2004²⁰.

Lo anterior nos indica que, no es lo complejo del acto de la solicitud de quien la expone, así como tampoco basta con desaprobando un acto procesal para despojar las actuaciones judiciales de la seguridad jurídica con las que se encuentran revestidas, ya que el deber de quién alega ésta vulneración, es demostrar que su antecesor no asumió una actitud proactiva y diligente en el desarrollo y concreción de las labores inherentes a su rol o que se haya evidenciado una ostensible ignorancia, incompetencia o falta de instrucción, respecto de las reglas y principios que rigen la sistemática de la ley 906 de 2004, y no como en ocurre en este caso, en donde se evidencia una discrepancia de estrategias, la cual no puede catalogarse como lesiva de las prerrogativas invocadas. Frente a éste punto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 52614, indicó:

“Finalmente, resulta necesario recordar que para que prospere una reclamación acerca de la legalidad del proceso, no basta con señalar la causal o causales del hecho controvertido, sino que se debe acreditar con precisión la privación o quebranto real, total o parcial del derecho que se dice vulnerado, el daño ocasionado, su gravedad, trascendencia y fundamentalmente, los presupuestos legales y jurisprudenciales pertinentes por los que habría que retrotraer la actuación a instancias anteriores, como única manera de conjurar los yerros causados exclusivamente por los órganos de investigación o juzgamiento, nada de lo cual trajo el impugnante en respaldo de su tesis argumentativa.”

²⁰ C.S. de J., AP313-2019, Rad. 51954, 30 de enero de 2019



De lo dicho se tiene que, dentro de la actuación se logra verificar que los mandatarios ejercieron el derecho de contradicción probatoria de manera razonable y con apego a las técnicas propias del sistema de enjuiciamiento criminal de tendencia acusatoria, a través de solicitudes probatorias y conainterrogando a los testigos que concurrieron al juicio a instancias de la acusación.

En ésta línea argumentativa, el planteamiento expresado de transgresión al derecho de defensa, por falta de defensa técnica, no encuentra respaldo con la realidad procesal, razón por la cual el mismo se ubica en un simple enunciado aventurado y carente de demostración, pues las aserciones del recurrente resultan de una simple disconformidad con la manera en la que los profesionales del derecho que lo antecedieron, orientaron su estrategia en el curso del proceso, el cual resulta insuficiente para cuestionar de manera seria y fundada la legalidad del procedimiento adelantado.

Por lo anterior, se considera que la solicitud de transgresión de derechos fundamentales analizada en todas sus aristas no tiene vocación de prosperar, siendo así, se pasaran a analizar los demás planteamientos expuestos en el recurso impetrado.

7.3.2. El segundo cuestionamiento planteado en el recurso de apelación interpuesto por el defensor, se centra en una violación indirecta de la ley sustancial, por cuanto en su sentir, las pruebas fueron indebidamente valoradas por parte del *a quo*.

En este orden, dada la connotación que circunscribe el recurso de apelación, la Sala procederá a analizar en conjunto²¹ las pruebas

²¹ Art. 380 de la Ley 906/2004



practicadas dentro del juicio oral, para luego determinar si de la valoración probatoria se logra llegar al conocimiento más allá de toda duda para endilgar responsabilidad penal²².

Antes de proceder a realizar el análisis probatorio, debe señalarse que el sistema procesal colombiano se adscribe al sistema de valoración racional fundado en el principio de la sana crítica que impone al funcionario judicial valorar la prueba, contrastándola con los restantes medios, considerando la naturaleza del objeto percibido, el estado de sanidad de los sentidos con los que se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió y las singularidades que puedan incidir en el alcance de la prueba examinada. Así mismo, se debe analizar la prueba en forma individual y en conjunto, siguiendo los principios lógicos, científicos y técnicos, así como las reglas de la experiencia²³.

Dicho lo anterior, conviene destacar que en el transcurso del rito público y oral, se escucharon las declaraciones de YESID REINALDO MUÑOZ MALES, MIGUEL MORENO CONTRERAS, P.I.G.F., ESTHER VIVIANA PEREA CASTRO, ALBA PATRICIA FONSECA DURÁN, WILSON RAFAEL TORRES BAHAMON, CARLOS ALBERTO ANÍBAL HÉRNANDEZ, OSCAR ENRIQUE MOLINARES ESCORCIA, WILLIAM SOLIS CAMPAZ Y JHONATAN ZULUAGA PAYARES, estos tres últimos como testimoniales de la defensa.

7.3.2.1. Como primer testigo de la fiscalía, se tiene que el señor **YESID REINALDO MUÑOZ MALES**, técnico investigador asignado al grupo CAIVAS, al declarar en el juicio oral, expuso que la labor investigativa que ejecutó, consistió en realizar una inspección al

²² Art. 381 ibidem

²³ CSJ SP, Rad. 54.912



lugar de los hechos en la Escuela Naval de Cadetes el día 16 de marzo de 2016, sitio donde tomó unas fotografías y realizó levantamiento de un plano topográfico en el área de Sanidad.

7.3.2.2. El señor **MIGUEL MORENO CONTRERAS**, topógrafo del CTI, al declarar en el juicio oral explicó las técnicas, métodos y procedimiento que realizó a la hora de hacer levantamiento topográfico. Asimismo indicó que la excusada femenina se encuentra en un segundo piso y la sala de procedimientos en un primer piso.

Al momento de referirse a la organización de la sala de procedimientos, sostuvo que las camillas estaban divididas por cubículos con unas cortinas, y como dato complementario, expresó que cerca del área donde ocurrieron los hechos, estaban ubicados unos baños.

7.3.2.3. La menor **P.I.G.F.** al deponer en el juicio oral, manifestó que el día 5 de febrero de 2015, el médico tratante le ordenó estar en sanidad militar por haber presentado un problema de periostitis tibial bilateral, además de dolores de cabeza y vómito constante, siendo canalizada y sometida a exámenes de laboratorios.

Narra que el día 19 de febrero de 2015, aproximadamente a las 9:00 P.M. estando en el camarote femenino, presentó dolor de cabeza, vómito y mareos, por lo que le comunicó sobre su estado de salud al sub oficial Jhonatan Zuluaga Payares, enfermero que decidió bajarla al primer piso, en el área de observación y procedió a canalizarla, aplicándole suero. Sostiene que en una bolsa de suero le aplicaron una inyección para el dolor de cabeza, y en otra bolsa de suero le aplicaron otra inyección para el vómito.



Precisa que cuando le aplicaron la segunda bolsa de suero, se quedó dormida, y el enfermero salió y apagó las luces, pero que ella sintió cuando él *“volvió abrir las puertas para entrar, cuando entró empezó a revisar el suero y después fue bajando la manguera”*, por lo que agrega:

“yo seguí como si estuviera dormida, pues porque me parecía algo como normal, entonces fue bajando hasta que empezó, yo normalmente tengo las manos cuando me acuesto como si fueran un puño, entonces yo estaba canalizada en la mano derecha, entonces, él empezó hacerme masajes alrededor de donde estaba canalizada y después empezó a abrir los dedos de las manos, uno por uno, y después los colocó en su pene y empezó a frotarse en su pene con mi mano muchas veces, no sabría decir cuántas, yo no sabía qué hacer, estaba canalizada, estaba en muleta, estaba con mucho dolor de cabeza, aparte estaba canalizada, tenía mucho miedo (...) entonces, yo lo opte por hacerme la dormida, entonces yo como sabía que era el enfermero lo que hice fue como si estuviera respirando normal, como si estuviera durmiendo normal, esperando que él terminara, (...), cuando terminó yo sentí que salió algo de él, un líquido que cayó en mi brazo derecho que era cuando terminó, entonces yo sentí que se iba a ir, al lado hay como unas cortinas que cierran para cuando los pacientes para que no miren a los demás, entonces cuando él se iba a ir, yo abrí un poquito los ojos y alcancé a ver la espalda del suboficial Zuluaga, ya cuando él se fue, yo espere un poquito y me levanté y me fui para un baño que queda adentro como pude porque estaba canalizada, cogí el suero con la mano derecha y con el otro brazo cogí la muleta, entonces como pude llegué porque no era muy largo el trayecto hasta el baño y lo que hice fue olerme el brazo derecho, olía a raro, otra el color blanco, yo no sabía que era, (...) yo me iba a lavar pero dije no, porque si abro la llave se va a escuchar, entonces lo que hice fue volverme a acostar en la camilla y me acosté haciéndome la dormida, pasaron como media hora y el enfermero volvió me zarandeó, como yo me hice la dormida me zarandeó y me dijo que si me quedaba ahí a dormir el resto de la noche o me subía al camarote donde estaba con mis demás compañeras, yo inmediatamente sin pensarlo dije que me subía al camarote...”

Al ser interrogada por la forma en que supo que Jhonatan Zuluaga había sido el autor de la conducta, la joven P.I.G.F. expresó:



“...porque cuando terminó él, por la cortina el volteó, se iba a ir, yo abrí los ojos y vi su espalda, como era mi único enfermero que era moreno, pues alto, espalda ancha, y con el pelo un poquito rizado, yo me di cuenta, y aparte él era el único enfermero esa noche, le tocó a él y él era el único que sabía dónde yo estaba, porque nadie más sabía”

De igual forma, al ser cuestionada sobre los efectos que produjo el medicamento que le aplicaron, indicó: *“casi siempre me canalizaban, casi siempre me hacían dormir”*.

En la vista pública, la joven P.I.G.F. reconoció y señaló a Jhonatan Zuluaga Payares como la persona que realizó los actos sexuales en su integridad.

7.3.2.4. Al declarar en el juicio oral la perito, **ESTHER VIVIANA PEREA CASTRO**, manifestó que es especialista en psiquiatría con maestría en neuropsicología y demencia, además de tener un diplomado del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses en evaluación de víctimas de Torturas.

Después de explicar los protocolos que emplea para la realización de las entrevistas semi-estructuradas en pacientes víctimas de delitos sexuales, la experta señaló que en el mes de septiembre del año 2016, realizó valoración a la joven P.I.G.F, quien ya era mayor de edad para ese entonces, pero que presentaba unas ideas fijas de la ocurrencia de los hechos y sin alteración de la percepción.

Frente a la anamnesis que plasmó en su valoración, reseñó que la joven le contó que:

“a raíz de una incapacidad que tenía por una enfermedad general, había ingresado a sanidad de la institución, que ella estaba haciendo curso de cadetes y durante un episodio que sucedió un día específico que ella



recuerda fue el 19 de febrero, ella dice ese día producto de unos síntomas que presentaba, tenía cefalea, náuseas y vómito la llevaron a un sitio específico para que la canalizaran, entonces le colocaron líquidos intravenosos, le colocaron unos medicamentos que cuando observe la historia clínica del expediente que ésta anexo a la solicitud, se da cuenta que le colocaron ese día **dipirona y metroclopramida**, le colocaron líquidos intravenosos, ella dice que secundario a esto presentó somnolencias, en algún momento se intentó quedar dormida y que sintió que algo estaba tocando su mano, o que ella estaba con algo en su mano, estaban colocando con su mano algo, ella sintió mucho miedo y estaba confundida con lo que estaba sucediendo, (...) ella siente que con su mano derecha, mano con la que ella escribe, ella ésta tocando el pene del enfermero que estaba con ella, le coloca su pene a masturbarla y que ella siente que sale en ese momento un líquido, sale a su brazo a ese mismo brazo, posterior a eso ella estaba muy asustada, ella no quería que él se diera cuenta que ella se daba cuenta de lo que estaba sucediendo...”

La conclusión de la perito Esther Viviana Perea Castro frente a la situación que vivió la joven P.I.G.F., fue la siguiente:

“...en el momento posterior a los hechos que a ella le ocurrieron, presenta estrés agudo, todo eso relacionado inmediatamente, ella **siente terror y se queda inmóvil, en ese momento no puede defenderse**, ella no se puede defender a lo que está sucediendo, presenta un estrés agudo en ese momento y posterior a eso como por todo lo que le va sucediendo, además de lo que le pasa, las condiciones a las que fue expuesta posteriormente y la cronicidad a ese estrés, desarrolla un trastorno mixto de ansiedad y depresión que estaba vigente al momento de la valoración en el 2016 y que ella a raíz de esto necesita tratamiento, por parte de un médico especialista en psiquiatría (...)”

Sumado a lo anterior, la profesional manifestó que la joven presentaba un respaldo afectivo en su declaración, es decir, que las emociones que demostraba y el lenguaje empleado, eran indicativos de que la declarante sufría con el caso.

La reacción de estrés agudo, fue conceptualizada por la experta como aquellos “*síntomas de ansiedad, angustia, terror, múltiples quejas*



somáticas, alteración de la conducta motora como parálisis que se producen posterior a la evidencia de un hecho traumático”, los cuales se transformaron posteriormente en trastorno mixto de ansiedad y depresión.

Finalmente, manifestó que los diagnósticos que se realizan en psiquiatría forense son de probabilidad, no dé certeza.

7.3.2.5. La señora **ALBA PATRICIA FONSECA DURÁN**, madre de la joven víctima, después de reseñar sobre la educación que impartió en la adolescente P.I.G.F., detalló la forma en que tuvo conocimiento de los hechos.

Al referirse sobre el comportamiento que presentaba la joven antes y después de los hechos, manifestó la señora Fonseca Durán que:

“P.I. antes de esa fecha hasta el día en que yo la deje el 13 de enero allá en la Armada, en la escuela Naval, era la persona más alegre, la persona que a cualquier persona se le puede preguntar del colegio del distrito militar Naval de allá en Villavicencio y de todas las personas que nos conocen, alegre, dinámica, la que gestionaba, le decían que fuera la líder para ser logísticas, era la que reunía y le decía al teniente que era, listo hacía sus vueltas para entrar a la Armada y una niña gestora de paz, que así se le nombró en el colegio (...), después de los hechos, ya era otra persona, esa luz, ese brillo de P., esa alegría se convirtió en todo lo opuesto, en una niña que no habla, una niña que no salía de su cuarto, una niña que no quería hablar con su hermano o con su papá y si acaso conmigo quería hablar”.

7.3.2.6. El doctor **WILSON RAFAEL TORRES BAHAMÓN**, médico forense del Instituto Nacional de Medicina Legal, después de reseñar lo expresado por la joven en la anamnesis, sostuvo que la misma brindó un relato coherente en un lenguaje fluido y ordenado, señaló a la persona que la agredió con el nombre de Jhonatan Zuluaga Payares y dio detalles de los hechos.



Refiriéndose al medicamento que fue aplicado a la joven P.I.G.F., señaló que la **dipirona** *“a dosis alta va a producir la disminución del dolor y algo de somnolencias, y la **metroclopramida** se utiliza más como antiemético, el cual también en combinación con la dipirona, puede llevar a que el paciente presente somnolencias”*

El perito, al ser interrogado sobre la capacidad de rechazó frente a una agresión sexual por parte de una persona a la que le es suministrada los medicamentos de dipirona y metroclopramida, manifestó que ella no se encuentra en plenas facultades para resistirse a dicho acto sexual.

Respecto del examen físico realizado en la joven, dijo que no existen huellas físicas, pero no descarta maniobras de tipo sexual.

Este perito, recomendó en su momento valoración y asistencia por parte de psicología clínica y psiquiatría forense, además de protección a la joven P.I.G.F., ya que aquella le expresó que temía por su integridad personal dentro de la Escuela Naval.

7.3.2.7. El perito **CARLOS ALBERTO ANÍBAL HERNÁNDEZ**, médico de medicina legal, dijo que su labor dentro del presente asunto se circunscribió en emitir concepto sobre cuál de los medicamentos suministrados a P.I.G.F. actuó sobre el sistema Nervioso central.

De lo anterior, advirtió que de la historia clínica que le fue allegada, observó que los medicamentos registrados eran dipirona y metroclopramida. Respecto del primero de ellos, señaló que es un medicamento que se usa para el tratamiento de la fiebre y como analgésico para el tratamiento del dolor.



Indicó que la **dipirona** es un medicamento que causa muchos efectos adversos, incluso la muerte súbita en caso de anafilaxia de clase sanguínea, pero dentro de la literatura científica no encontró que afectara el sistema nervioso central (SNC).

En cuanto a la **metroclopramida**, señaló que es un medicamento antiemético de uso común que se utiliza para el vómito y éste si actúa sobre el Sistema Nervioso central, pero ello depende de diferentes factores, como la edad del paciente, la rapidez en que se suministra, la vía de suministro y la dosis. Frente a éste medicamento, agrega que *“se recomienda su administración vía intravenosa a dosis terapéutica y lentamente de 1 a 2 minutos, ya que esta descrito a reacciones que iban desde la orientación, o sea la persona pierde la noción de quién es, donde ésta, soñolencia, agitación, ansiedad, e incluso había pacientes con dosis mayores que podían presentar perdida de la consciencia...”*.

Frente a la cantidad de medicamento que le fue suministrado a la paciente P.I.G.F., advirtió que la dipirona de acuerdo a la historia clínica quedo registrado en un (1) gramo, pero en cuanto a la metroclopramida, no apareció registrada la cantidad que le fue suministrada.

Al momento de exponer su conclusión, el experto señaló:

“encuentro que de los dos medicamentos registrados en la historia clínica, solo uno tiene efecto sobre el sistema nervioso central y que puede afectar la consciencia, apta para producir somnolencia y solo en dosis alta y rapidísima puede producir sincope, o sea perdida de la consciencia (...). Cuando son suministrados rápido se puede producir incluso la perdida de la consciencia hay mismo (...).”

7.3.2.8. El señor **OCAR ENRIQUE MOLINARES ESCORCIA**, testigo de la defensa, expresó que es enfermero profesional con



especialización en recursos humanos, labora para la Armada Nacional y conoció al procesado en la Escuela Naval.

Expone el deponente que, la joven P.I.G.F. le manifestó un inconformismo ya que ella quería retirarse de la institución, pero que no podía hacerlo por cuanto los padres no le daban la autorización, ya que ella era menor de edad.

Al ser interrogado sobre la forma en que se prestaban los turnos de enfermería en Sanidad en la Escuela Naval de Cadetes, resaltó que los mismos eran prestados por día, es decir, un enfermero las 24 horas, que van de 7 de la mañana hasta las 7 de la mañana del día siguiente, en el día todos los enfermeros se encuentran disponibles junto con los Guardias Marinas o brigadier, pero en la noche solo se queda el enfermero que se encuentra de turno, el médico y los pacientes hospitalizados.

7.3.2.9. El señor **WILLIAMS SOLIS CAMPAZ**, testigo de la defensa, manifestó ser suboficial de la Armada Nacional, enfermero profesional y salubrista ocupacional, en su declaración no aportó dato alguno, pues solo se refirió a las condiciones personales y profesionales del procesado.

7.3.2.10. Finalmente, el acusado **JHONATAN ZULUAGA PAYARES**, después de renunciar a su derecho constitucional de guardar silencio, declaró en su propio juicio, en donde al referirse sobre las circunstancias fácticas por las cuales la fiscalía le formuló acusación, informó que tales hechos son absolutamente falsos y están fundados en una animadversión de la menor hacía él.



Sobre lo anterior, precisó que los señalamientos de la adolescente, se originaron por cuanto, como consecuencia del padecimiento de periostitis tibial bilateral que aquella presentaba, se encontraba en instancia hospitalaria, por lo que un jueves, el especialista de ortopedia que le iba a dar de alta, no fue a la Escuela Naval, ya que estaba en comisión médica en San José del Guaviare, atendiendo a unos heridos en combate, siendo necesario prorrogar la instancia de la joven por 5 días a través del médico rural de la institución, situación que generó en ella un malestar e inconformismo.

Resalta que cuando P.I.G.F. le preguntó al médico rural por si el ortopedista iba a llegar a la Escuela y éste le respondió que no, ella mostró su inconformidad y dijo que *“si era que la iban a dejar hay por siempre”*, a lo que el galeno le manifestó que *“dejara de ser chilletas”*, que él no tenía la potestad de sacarla, porque él no era especialista, situación que originó que el declarante se echara a reír y le dijera que: *“si ya esperaste lo más, espera lo menos, pero si el médico te da la salida, porque él puedo hacerlo, pero si a ti te pasa algo, porque mira que no puedes trotar, no puedes correr, no estas al mismo nivel que de pronto una aspirante que no haya tenido ninguna novedad médica (...), si te fracturas, si te pasa algo, la responsabilidad cae directamente sobre el médico...”*

La anterior situación fáctica, es la que reseña el deponente como la originadora de los señalamientos que ha hecho la joven P.I.G.F. hacía él.

De igual forma, señaló que ese día, siendo aproximadamente las 10:00 PM., la joven P.I.G.F. bajó de su dormitorio manifestando que tenía nauseas, dolor de cabeza, pero nada relacionado con el dolor de las piernas, por lo que él se contactó telefónicamente con el médico de turno y le explicó la situación. Una vez el médico llegó a sanidad y realizó el



diagnostico, manifiesta que procedió a diligenciar la hoja de ingreso a la joven, sin embargo omitió plasmar su peso, ya que no había disponibilidad de la balanza, la cual estaba ubicada en la zona de fisioterapias.

Expone que, el médico ordenó aplicar una ampolla de metoclopramida de 10 miligramos para que se diluyera en una solución salina de 500 mililitros, y posterior a ello, se administró una ampolla de un gramo de dipirona también en la solución salina. A razón de lo anterior, la paciente fue monitoreada y ubicada en el área de procedimientos.

Precisa que la aplicación de los medicamentos se consignó en la historia clínica, en las notas de enfermería y en los libros de procedimiento del enfermero de guardia.

Respecto de la no consignación en la historia clínica de la cantidad de medicamento que le aplicó a la joven P.I.G.F., expresó que ello se consignó en las notas de enfermería, pero que las mismas no obran en la historia clínica que le dieron en traslado en la audiencia de juicio oral.

Informó además, que después de la aplicación de los medicamentos, se realizó un control a la paciente a través de la monitorización de sus signos vitales, ya que cuando se presenta una alteración de estos, ello es un indicio de un efecto extrapirimidial, el cual no se presentó en el caso de la joven P.I.G.F.



7.3.3. Realizado el anterior recuento probatorio, la Sala, de entrada advierte que no están dados los presupuestos fácticos y jurídicos que conlleven a la revocatoria de la decisión de primera instancia, ello por las razones que se expondrán a continuación.

Ad initio, se tiene como punto cardinal, y el cual no fue controvertido por las partes, que a la joven P.I.G.F., le fue aplicada en el área de procedimiento de Sanidad de la Escuela Naval de Cadetes de Cartagena, por el enfermero y hoy procesado Jhonatan Zuluaga Payares, el día 19 de febrero de 2015, los medicamentos de dipirona y metroclopramida, ya que presentaba náuseas, dolor de cabeza y vómito. Estos medicamentos fueron ordenados por el médico tratante.

7.3.3.1. En este orden, de las pruebas practicadas, estima el recurrente que en la decisión de primera instancia, se omitió valorar en conjunto el testimonio de la menor P.I.G.F. *“con los resultados de las actividades investigativas de la fiscalía incorporadas al juicio y con los elementos probatorios periféricos, a partir de los cuales se hubiese evidenciado la inexistencia de pruebas que sustenten, más allá de toda duda, la responsabilidad del procesado”*.

Frente a este primer argumento, la Sala indica, que olvida el apelante que de conformidad con el artículo 16 de la ley 906 de 2004, prueba es aquella que ha sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento, por lo que las declaraciones que rindió la menor con anterioridad al juicio oral, no son pruebas y no pueden ser valoradas como tal, pues ellas, constituyeron insumos para orientar la actividad investigativa del ente acusador, y a su vez, de acuerdo con el artículo 393 literal b) *ibídem*, podían ser empleadas para impugnar la credibilidad del testigo o de su testimonio.



En el caso de marras, del debate probatorio se destaca que las declaraciones que rindió P.I.G.F. previo al juicio oral, no fueron usadas para cuestionar la credibilidad de su relato, por tanto todas aquellas discrepancias en sus versiones que fueron señaladas por el recurrente, no son más que apreciaciones personales las cuales no se acompasan con la realidad probatoria, en donde de forma indeleble, P.I.G.F. expuso las circunstancias en que se cometió la conducta, describió las condiciones morfológicas del señor Jhonatan Zuluaga Payares, y lo señaló de forma directa en el juicio oral como el autor de la misma.

Bajo tal contexto, bien hizo el *a quo*, con apego a las solemnidades propias del proceso penal, al no valorar las versiones que rindió la joven antes del juicio oral, sino solo aquella declaración que fue vertida en éste escenario, ello en conjunto con las demás pruebas aducidas por las partes.

7.3.3.2. Ahora, en cuanto al argumento de que el funcionario judicial de primer grado, edificó la responsabilidad penal de Jonathan Zuluaga Payares sobre un errado “*indicio de presencia*” construido de forma deficiente, ya que la fiscalía no acudió a los métodos de identificación establecidos en los artículos 252 y 253 del Código de Procedimiento Penal del 2004, y no demostró en el juicio como fue identificado e individualizado el procesado, la Sala sostiene que tal apreciación, al igual que la anterior, se torna errada por parte del apelante.

Lo anterior, por cuanto el sistema penal de tendencia acusatoria regido por la ley 906 de 2004, establece el principio de libertad probatoria, dotándose así a las partes de la facultad de probar ante el juez de conocimiento, los hechos y circunstancias por cualquiera de



los medios establecidos en código de procedimiento penal, o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos (art. 373 *idem*).

De tal forma, que analizado el debate probatorio, se tiene que ha sido la propia víctima P.I.G.F., la persona que reconoció a su agresor, señalándolo e identificándolo de forma directa.

Huelga aclarar que los reconocimientos de identidad producidos en el juicio oral, tienen una naturaleza testifical especializada y atípica, en la medida en que se utiliza en su desarrollo un método que privilegia auxiliar la memoria del testigo, ofreciéndose a su vista la presencia de la persona o las personas sobre quienes recaerá el posible señalamiento, sin que exista una específica regulación en la ley para tal efecto²⁴.

En tal medida, la fiscalía, respaldándose en el principio de libertad probatoria, logró demostrar dentro del juicio oral, con la declaración de la joven P.I.G.F., que el procesado fue la misma persona reconocida por la víctima como la autora de la conducta, ya que aquella logró identificarlo por sus condiciones morfológicas, pues, nótese que en su declaración, lo describió como un hombre *“moreno, alto, espalda ancha, y con el pelo un poquito rizado”*, las cuales le permitieron hacer un señalamiento directo en la audiencia de juicio oral, en donde sostuvo que Jhonatan Zuluaga Payares, era la persona que se encontraba vestida de *“pantalón gris con blanco, camisa de cuadros roja y azul, y zapatos café”*.

²⁴ CSJ SP, Rad. 41758



La descripción y señalamiento anterior, no fue controvertida por la defensa dentro del debate probatorio.

Sostenido lo anterior, es fácilmente deducible, que la fiscalía en este caso demostró la atribuibilidad penal, consistente en determinar el sujeto penalmente responsable del delito, pues a través de soporte probatorio referenciado, acreditó de que el aquí identificado e individualizado es el sujeto responsable del delito de marras.

7.3.3.2.1. Ahora, en cuanto a la presencia del procesado como el único enfermero de turno la noche del 19 de febrero de 2015, se tiene que dicha circunstancia no fue empleada por el juez de primer grado como una prueba directa de la responsabilidad penal de Jhonatan Zuluaga Payares, tal como lo pretende hacer ver el recurrente, sino como una prueba indirecta o un hecho indicador, el cual sirvió para corroborar la versión que ofreció la víctima sobre la autoría del procesado en la materialidad de la conducta, e indicar sobre el conocimiento que aquél tenía del sitio exacto en que se encontraba la joven al momento en que asimilaba el medicamento de dipirona y metroclopramida.

Bajo esta secuencia, se tiene que los delitos sexuales suceden normalmente en la clandestinidad, es decir, en los lugares aislados, que son de difícil percepción para terceras personas, de ahí que la jurisprudencia nacional, los denomine como “delitos a puerta cerrada”²⁵.

En favor de ésta tendencia, la joven P.I.G.F. refirió que el hecho ocurrió en el área de procedimiento de Sanidad de la Escuela Naval de

²⁵ CSJ SP, Rad. 45.585



Cadetes en horas de la noche, cuando la concurrencia del personal era mínima. Sumado a ello, sostuvo que las luces en el área estaban apagadas, y de acuerdo a lo afirmado por los investigadores Yesid Muñoz Males y Miguel Moreno Contreras, y corroborado por la propia víctima, las camillas están rodeadas por cortinas, circunstancia que hace que sea inhóspito y de difícil percepción el aislamiento de los pacientes cuando se cierran los telones.

La descripción anterior, por tanto, muestra un panorama adecuado para que el procesado Jhonatan Zuluaga Payares ejecutara el punible “a puerta cerrada”, contexto dentro del cual, permite concluir a la Sala, que la declaración de la joven P.I.G.F. sobre las circunstancias de tiempo y lugar en que se cometió el hecho, guarda una secuencia lógica, unívoca, coherente y ésta corroborada con las demás evidencias acopiadas en el debate probatorio.

Agréguese además que, pese a que los defensores en el juicio oral y en el recurso de apelación, sostuvieron que el lugar de ocurrencia de la conducta era concurrido y que el procesado nunca estaba solo, ya que estaba acompañado de los alférez, médicos y dos pacientes que se encontraban en el sitio, dichas afirmaciones surgieron de forma aislada, pues se ha demostrado que el médico no estaba en el lugar a la hora en que bajó la joven, ya que debió ser comunicado vía telefónica por el acusado para que llegará al sitio a efectuar el diagnóstico, los alférez cuando terminan su turno se retiran y no hay constancia que demuestre que habían otros pacientes que estaban siendo atendidos ese día, ya que el libro de procedimientos no fue allegado al juicio oral, como carga que le correspondía a la defensa para demostrar dicha situación.



Por tanto, el planteamiento de la defensa en el recurso de apelación se ubica en una petición de principio, carente de respaldo probatorio, pues en el juicio oral no se demostró que haya sido otra persona y no el señor Jhonatan Zuluaga Payares, el que haya manipulado la mano de la joven P.I.G.F. y haya realizado prácticas sexuales con ella.

7.3.3.2.2. Otro de los aspectos que cuestiona el impugnante es la capacidad de la joven P.I.G.F. para reconocer a su agresor por la espalda, pese a encontrarse en estado de somnolencia por causa de los efectos de los medicamentos de dipirona y metroclorpramida.

Del planteamiento presentado, se tiene que aunque el recurrente acepta el estado de somnolencia que padecía la joven P.I.G.F., dentro del proceso no fue demostrado que dicho estado haya ocasionado una incapacidad de su percepción visual e intelectual, puesto que para establecer que una persona en estado de somnolencia no puede apreciar bien lo que está a la mira o no tiene la capacidad de observar y rememorar, era preciso que dentro del debate público se realizaran pruebas por los expertos en la materia.

En este orden, la teoría expuesta en el recurso, a través de la cual se pretende la exclusión de las manifestaciones de P.I.G.F., emerge como un criterio personal del defensor, el cual no tiene fundamento científico o especializado que respalde dicha petición, pues la simple afirmación no demuestra que ello sea así.

En otras palabras, la tesis que pretende imponer con la presentación del recurso de apelación, se apoya en una especulación sin respaldo probatorio, insuficiente para demeritar el testimonio de



P.I.G.F. y evidenciar que no podía observar e identificar por la espalda a la persona que se masturbó con su mano derecha.

En efecto, lo demostrado en el juicio oral a partir de las declaraciones de P.I.G.F., los peritos y del propio acusado, permiten afirmar que la joven víctima estaba bajo los efectos de los medicamentos, pero que ésta circunstancia no era impedimento para que ella pudiese percibir y comprender lo que sucedía a su alrededor, dado que no estaba dormida.

7.3.3.2.3. En cuanto a la animadversión que podía tener la víctima para realizar el señalamiento al procesado, con ocasión de haberse reído cuando el médico rural le informó que no le daría la salida hospitalaria, toda vez que el ortopeda había dispuesto que se le diera prórroga de 5 días, dicha afirmación, valorada a la luz de la sana crítica, no encuentra asidero, toda vez que si hubiese existido un motivo de retaliación por parte de la joven, éste no sería en contra del procesado, sino contra el médico, el cual fue el que le dijo que “*dejara de ser chilletas*”.

En tal medida, no parece razonable predicar un sentimiento de malevolencia por la simple risa que expuso el procesado ante aquella situación, al contrario, analizado en contexto la relación que presentaba la joven con el enfermero Jhonatan Zuluaga Payares, antes de la ocurrencia de los hechos, vemos que ella debía tener sentimientos de agradecimientos, pues aquél siempre estuvo dispuesto a colaborarle en la atención médica y le brindaba consejos para que su estado de salud mejorara.



7.3.3.2.4. Por último, expresa el censor que la versión de la menor fue corroborada periféricamente con el testimonio de la psiquiatra Esther Viviana Perea Castro, sin embargo, ello no da cuenta de la materialidad de la conducta punible, sino de la veracidad de su relato.

Teniendo de presente la prueba pericial cuestionada, se logra establecer que la misma se compone de dos partes claramente diferenciables: (i) el relato espontáneo de la joven en la anamnesis; y (ii) la valoración psiquiátrica realizada en ella, a partir de la observación personal y la aptitud presentada por la joven, las cuales la llevaron a concluir que presentaba estrés agudo que posteriormente se convirtió en un trastorno mixto de ansiedad y depresión.

En este orden, la primera parte de la declaración ofrecida por la Dra. Perea Castro, conformada por la *anamnesis*, corresponde a hechos de los cuales la perito no es testigo directo, sino una simple receptora de la información que le sirvió de base para orientar su pericia. En cambio, en cuanto a la existencia de estrés agudo que posteriormente se convirtió en un trastorno mixto de ansiedad y depresión, estas sí corresponden a circunstancias percibidas personalmente por la profesional de la salud, siendo entonces para efectos probatorios, testigo directo de estos hechos.

En este caso, debemos recordar que los peritos que rindieron su declaración en el juicio oral son **“testigos directos”** de esos hechos o datos que resultan relevante para el asunto, toda vez que han constatado la configuración del hecho jurídicamente relevante, a partir del cual se puede inferir los presupuestos factuales de la consecuencia prevista en la respectiva norma penal.



Las opiniones de los peritos, se constituyen como base de lo que ellos presenciaron o de la información suministrada por la joven, de allí que puedan referirse a hechos jurídicamente relevantes, en el *sub judice*, la psiquiatra en ejercicio de su función, presenció los aspectos emocionales y cognitivos a partir de los cuales determinó la existencia de síntomas traumáticos en P.I.G.F.

Sobre la calidad de testigo directo del perito, es preciso traer a colación, lo manifestado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal mediante radicado 50637, en donde se dijo:

*“En este orden ideas, cuando las partes y/o el Juez aducen que el perito psicólogo (o cualquier otro experto) es **“testigo directo”**, tienen la obligación de precisar cuál es el hecho o el dato percibido en los términos del artículo 402 de la Ley 906 de 2004. Esto es necesario para dotar de racionalidad el alegato o la decisión y para permitir mayor control a las conclusiones en el ámbito judicial. Así, por ejemplo: (i) si el experto limitó su intervención a la práctica de una entrevista a un menor, será testigo de la existencia y contenido de la misma, así como de las circunstancias que la rodearon[1]; (ii) si durante esa diligencia percibió síntomas a partir de los cuales pueda emitirse una opinión sobre la existencia del “síndrome del niño abusado” o cualquier otro efecto psicológico relevante para la solución del caso, se debe indicar con precisión ese aspecto de la base fáctica y, obviamente, la misma debe explicarse a la luz de una base “técnico-científica” suficientemente decantada, según se indicó en precedencia; (iii) en el evento de que el perito se haya basado en otra información para estructurar la base fáctica de la opinión, la misma debe ser adecuadamente explicada, sin perjuicio de la obligación de descubrirla oportunamente; etcétera.*

Cuando la sentencia está basada en prueba de referencia, las anteriores precisiones adquieren una especial relevancia, porque se hace necesario determinar si el perito realmente aporta información adicional (a la declaración rendida por fuera del juicio oral), que permita superar la prohibición prevista en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, para lo que, sin duda, resulta insuficiente con expresar, sin ninguna aclaración, que el perito es “testigo directo”.



Por lo expuesto anteriormente, es claro que la pluricitada prueba pericial da cuenta del estado mental y emocional de la joven P.I.G.F., lo que a su vez, permite colegir sobre la existencia de síntomas compatibles con una situación traumática, que denotan la existencia de unas huellas de un abuso sexual.

Conforme al anterior recuento, no cabe la menor duda que las declaraciones bajo examen constituyen una base de opinión pericial, porque se soportan en conocimientos científicos o especializados, en donde la perito explicó los exámenes o verificaciones basadas en técnicas de orientación y credibilidad, las cuales resultaron determinante para establecer el informe base de pericia.

En las anotadas condiciones, fulge diáfano afirmar que la sentencia condenatoria, no se encuentra edificada únicamente en la declaración que vertió la menor en el juicio oral, sino que se allegó prueba directa que permitió corroborar toda la declaración rendida por aquella en sus aspectos centrales.

De igual forma, no solo de la simple constatación de la prueba testimonial de la víctima se pudo edificar la responsabilidad penal del procesado, sino que dentro de la sentencia recurrida para zanjar cualquier dificultad probatoria, se acudió a la metodología analítica de la corroboración periférica, la cual impone la obligación de analizar los datos demostrados en el proceso que pueden hacer más creíble la versión de la víctima.

En tal medida, no solo mediante la prueba directa que obra en la actuación, se edificó el grado de responsabilidad penal del procesado Jhonatan Zuluaga Payares, sino que se corroboraron todos aquellos



datos atinentes a la comisión de los delitos con las exteriorización comportamental de la joven valorada por los peritos, e incluso, con la versión que rindió su madre, Alba Patricia Fonseca, aspectos estos que le ayudaron al fallador a exponer las razones por las que consideraba que la conducta penal existió y que la misma fue cometida por el acusado.

En síntesis de lo expuesto, el fallo de primer grado, terminó fundamentándose no solo en la declaración de la menor, sino en la prueba directa pericial rendida, y en el análisis de corroboración periférica efectuado en los aspectos comportamentales, cognitivos y afectivos expresados por la menor en los diversos escenarios en los que rindió su declaración.

7.3.4. De la condición de inferioridad de la joven P.I.G.F.

En este punto, se debe indicar primeramente, que el señor Jhonatan Zuluaga Payares, no puso en estado de inconsciencia o indefensión a P.I.G.F., sino que se aprovechó de tal situación para saciar sus apetitos sexuales, pues de los hechos demostrados y que finalmente no fueron desestimados por el censor, se tiene que la menor padecía de periostitis tibial bilateral, razón por la cual usaba muletas para poder desplazarse.

Asimismo, aparece demostrado que el día 19 de febrero de 2015, la joven presentaba dolor de cabeza, náuseas y vómito, situación que conllevó a que el médico tratante ordenara el suministro de los medicamentos de dipirona y metoclopramida, medicinas estas que aplicadas, produjeron en ella un estado de somnolencia, el cual fue aprovechado por el procesado para ejecutar la conducta reprochada,



ya que la joven se encontraba en imposibilidad de resistir y repulsar la agresión, más no estaba en incapacidad volitiva para conocer lo que sucedía a su alrededor. Al respecto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en decisión Rad. 24055, dijo:

*“A su vez, los comportamientos de que trata el artículo **210** se materializan en persona que „esté en incapacidad de resistir”, estadio en el cual sus capacidades, posibilidades y realidades de respuestas negativa o más claramente de oposición material frente al acceso carnal o actos sexuales diversos a aquel, se hallan doblegadas por la voluntad impositiva del agresor, frente a quien la víctima se encuentra a su merced, es decir, a su unilateral disposición.²⁶”*

En el *sub judice*, se tiene que el perito Carlos Alberto Aníbal Hernández, indicó que la aplicación del medicamento metoclopramida sí actúa sobre el sistema nervioso central, pudiendo producir reacciones en la persona van desde la pérdida de orientación, somnolencia, agitación, ansiedad o pérdida de la consciencia.

Advirtió el perito que las consecuencias del medicamento que fueron descritas, depende de la forma, cantidad y tiempo de aplicación, atributos estos que confrontados con lo demostrado en el juicio, se tiene que no existe prueba que indique sobre la cantidad del medicamento de metoclopramida que se le aplicó a P.I.G.F., pues no aparece registro en la historia clínica y las notas de enfermería, que refirió el procesado en donde plasmó dichos reportes, no fueron aducidas al juicio oral.

Entonces, al no estar desacreditado que la menor se hallaba en estado de somnolencia y presentaba deterioro de sus condiciones motoras por la enfermedad de periostitis tibial bilateral, se puede

²⁶ Auto de 25 de noviembre de 2008, radicación 30546.



afirmar sin dubitación alguna que ella se encontraba en condiciones de inferioridad o indefensión, los cuales fueron aprovechados por el procesado para satisfacer sus deseos sexuales.

Sumado a lo anterior, el perito Wilson Rafael Torres Bahamón, expresó que cuando a una persona le es suministrada dipirona y metroclopramida, no ésta en plenas facultades para rechazar ningún acto sexual.

Al margen de todo lo anterior, la Sala encuentra que la decisión del Juzgado Quinto Penal del Circuito de Cartagena contiene una declaración de justicia acorde con el material probatorio acopiado en el juicio, por tanto se confirmará en su integridad la misma.

7.4. 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,

8. RESUELVE.

PRIMERO. CONFIRMAR la decisión apelada, contenida en la sentencia de fecha 12 de diciembre de 2018 emitida por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Cartagena, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. REMITIR a través del trámite de rigor, la presente actuación a su Juzgado de origen, una vez quede ejecutoriada ésta decisión.



TERCERO. REGISTRAR por intermedio de la Secretaria de la Sala Penal de este Tribunal lo resuelto en la presente providencia en el sistema Justicia XXI.

CUARTO. Esta providencia queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso de casación, conforme a lo establecido en los artículos 180 y siguientes de la ley 906 de 2004.

CÓPIESE Y CÚPLASE.

JOSÉ DE JESÚS CUMPLIDO MONTIEL
MAGISTRADO PONENTE.

FRANCISCO ANTONIO
PASCUALES HERNANDEZ
MAGISTRADO

PATRICIA HELENA
CORRALES HERNANDEZ
MAGISTRADA

LEONARDO DE JESÚS LARIOS NAVARRO
Secretario