



República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**  
Sala de Casación Penal

## **FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO**

Magistrado Ponente:

**SP18113-2017**

**Radicación: 49845**

Aprobado Acta N. 363

Bogotá D.C., primero (1º) de noviembre de dos mil diecisiete (2017).

### **VISTOS**

Emite la Sala fallo de casación luego de admitida la demanda promovida por el defensor del acusado JOSÉ WILMER QUEVEDO CLAVIJO, contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, el 30 de noviembre de 2016, a través de la cual confirmó la dictada por el Juzgado 42 Penal del Circuito de la misma ciudad que el 20 de junio anterior, lo condenó como autor del delito de acceso carnal abusivo.

### **ANTECEDENTES FÁCTICOS**

Los hechos que motivaron la sentencia de segunda instancia, fueron sintetizados así en el referido fallo:

*Se dieron a conocer por la Fiscalía en el escrito de acusación, indicando que la señora Estrella Díaz Bohórquez denunció que el día 9 de junio de 2009, tuvo conocimiento que su menor hija*

*L.Y.B.D de trece años de edad, se encontraba enferma debido a que padecía síntomas de ardor en la vagina al momento de orinar y que además había sostenido relaciones sexuales con quien dijo llamarse Wilmar alias “el caleño”, conductor de un bus de la empresa cooperativa continental, hechos estos ocurridos el día anterior de enfermarse la adolescente; que ella como progenitora de la menor ya le había advertido a este señor que no se inmiscuyera con su hija puesto que aún era menor de edad.*

### **ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES**

1. Por los hechos antes narrados, la Fiscalía General de la Nación, en audiencia de 22 de junio de 2011, ante el Juez 6° Penal Municipal de Garantías, formuló imputación al procesado como presunto autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, descrito en el artículo 208 del Código Penal con la circunstancia genérica de mayor punibilidad prevista en el numeral 7 del artículo 58 del Código Penal –Ejecutar la conducta punible con quebrantamiento de los deberes que las relaciones sociales o de parentesco impongan al sentenciado respecto de la víctima-, cargo que QUEVEDO CLAVIJO rechazó.

No se solicitó la imposición de medida de aseguramiento, pero de acuerdo con la información que reposa en el expediente, para la fecha de la formulación de imputación el procesado se encontraba privado de la libertad por cuenta de otro proceso, cumpliendo una pena por el delito de tráfico de estupefacientes.

2. El escrito de acusación se presentó el 1 de julio siguiente y se formuló en audiencia presidida por el Juez 42 Penal del Circuito de Bogotá el 1 de noviembre de ese año.

3. Cumplido el rito de la audiencia preparatoria y de juicio oral, el 10 de noviembre de 2015 se anunció fallo condenatorio, el cual se profirió el 20 de junio de 2016 por cuyo medio se le impuso al acusado la pena de 12 años de prisión.

La suspensión condicional de la ejecución de la pena fue negada, motivo por el que se ordenó su captura.

4. El fallo fue impugnado por la defensa, siendo objeto de confirmación por el Tribunal Superior de Bogotá en sentencia de 30 de noviembre de 2016.

5. La anterior decisión fue recurrida en casación por la defensa y la demanda se admitió mediante auto de 30 de agosto pasado.

### **LA DEMANDA**

En un capítulo que se titula antecedentes fácticos y procesales, hace un resumen de la denuncia, los testimonios de Estrella Díaz, la entrevista de la menor ofendida, los hechos atribuidos en la imputación y acusación, lo acontecido en la audiencia preparatoria y en juicio, para lo cual resume los testimonios allí practicados, a saber, de la víctima, la perito Silvia Juliana Velandia, del psicólogo José Orlando López Acuña, la madre de la menor, Estrella Día Bohórquez, del orientador del

colegio en el que estudiaba la ofendida, Jhon Alexander García y de Argenis Arenas Tautiva.

En seguida hace una síntesis de los alegatos de cierre presentados por las partes, la sentencia de primera instancia, así como del recurso de apelación promovido en contra de dicha decisión, también del fallo de segundo grado.

Al proponer el cargo recurre a la causal de violación indirecta de la norma sustancial por error de hecho por falso juicio de existencia por suposición, el cual hace consistir en que el ente acusador no dio a conocer las características físicas y morfológicas del presunto criminal, tampoco el nombre referido por la víctima y la denunciante que fue el de Wilmer José o Wilmar Rojas, lo cual impidió debatir lo relativo a la verdadera identidad del autor del delito.

Añade que se asumió que el procesado era la misma persona que accedió carnalmente a la menor de 13 años de edad, pretermitiendo todo ejercicio de confrontación de las características de aquel con las señaladas por la menor ofendida y por su progenitora. En palabras del censor: *«sin ningún referente fáctico, suponiendo las pruebas materiales, lo que nos lleva a concluir que supusieron la existencia de la prueba necesaria para tal fin»*.

Cita el artículo 128 del Código de Procedimiento Penal para indicar que en la denuncia y en la entrevista posterior de Estrella Díaz, ésta no hizo un señalamiento concreto sobre la identidad del presunto agresor a quien se alude como Wilmer José alias “*el caleño*”. En el mismo sentido lo hizo la menor ofendida al indicar que no sabía los apellidos de su agresor pero sí que su nombre era

Wilmer José, hombre alto, moreno, gordito con una verruga cerca del ojo derecho.

Precisa que sin explicación alguna la Fiscalía decidió vincular al proceso a JOSÉ WILMER QUEVEDO CLAVIJO, cuando éste no fue señalado por nadie como el autor del hecho, además de que sus rasgos físicos no coinciden con los reseñados por las testigos, quienes nunca reconocieron al acusado como el individuo al que éstas se refieren como *“el caleño”*.

Otra de las normas que el censor considera desconocidas es el artículo 337 del estatuto procedimental que impone a la Fiscalía el deber de individualizar de manera concreta al acusado.

Refiere que en la audiencia preparatoria se estipuló la plena identidad del acusado, es decir que su nombre correspondía al de JOSÉ WILMER QUEVEDO CLAVIJO, lo cual no se equipara a la individualización e identificación del presunto responsable, es decir, *“jamás se estipuló que el procesado fuera el autor de los hechos”*.

Afirma que el Tribunal no se refirió al tema de la falta de individualización de la persona denunciada, pese a que ese fue el tema central del recurso de apelación y, subsidiario, el referente a la existencia de duda probatoria que el Tribunal, asumió, era el principal.

Señala que el juez supuso la existencia de pruebas demostrativas de la individualización del hombre al que se señala como responsable y que éste coindice con la persona a la que se procesó y condenó por el hecho punible.

Como segundo reproche contra el fallo del Tribunal alega un falso juicio de identidad, en sustento del cual vuelve a resumir los testimonios de cargo e indica que al apreciar el Tribunal las pruebas dejó de precisar cuál fue la regla de la sana crítica que aplicó al concluir que fue JOSÉ WILMER CLAVIJO el sujeto que mantuvo relaciones sexuales con la menor ofendida, en tanto que la denuncia nunca se refiere a esta persona como el autor del hecho.

Para la defensa no existe prueba «científico-biológica» que acredite el acceso carnal y el señalamiento de la menor acerca de que tuvo un noviazgo con Wilmer José producto del cual mantuvieron una relación sexual, es insuficiente para probar este aspecto del delito, en la medida en que la ofendida no preciso qué entiende por relación sexual, pues, sostiene la defensa, pudo haber hecho alusión a simples besos.

También explica el dolor al orinar referido por la menor a que días antes había padecido una infección urinaria y descarta el censor la penetración con miembro viril, dado que el himen de la joven no presentó desgarró al ser examinada. Para la defensa todas estas señales dejan duda acerca de la ocurrencia del hecho, lo que a su juicio explica la actitud de la menor al testificar cuando se mostró divertida, con cierto grado de camaradería y calificando alguna preguntas como «estúpidas».

Pasa a aludir al testimonio de la madre de la víctima para indicar que fue incorrectamente, apreciado toda vez que ésta nunca suministró los nombres y apellidos del hombre que asediaba a su hija a quien se refirió como Wilmer alias «el caleño».

Critica el valor de la prueba pericial, toda vez que como lo reconoció la experta, su valoración se fundó en el testimonio de la víctima, adicional a que las estadísticas que presenta sobre lesiones en el himen luego de un episodio de acceso carnal, son para la defensa absurdas.

Resalta la equivocación en la que incurre el Tribunal al afirmar en varios apartes de la sentencia que fue JOSÉ WILMER QUEVEDO CLAVIJO quien sostuvo la relación sexual con la menor de 13 años de edad, habida cuenta que ni la víctima ni la progenitora se refirieron a alias «*el caleño*» con ese nombre. Tampoco fue identificado por la afectada cuando ésta rindió testimonio en juicio a través del sistema de cámara Gesell.

El demandante solicita que se case la sentencia para que se absuelva a JOSÉ WILMER QUEVEDO CLAVIJO declarando su inocencia o, en su defecto que existe duda probatoria.

## **AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN**

### **Defensa- Recurrente**

Reitera que nunca se estableció que Wilmer José alias «*el caleño*», fuera el aquí procesado, pues se contravino el artículo 128 de la Ley 906 de 2004 regulatorio del deber de la Fiscalía de individualizar e identificar al sujeto pasivo de la acción penal.

Añade que se estipuló la identidad del acusado con lo que al mismo tiempo se dio por sentada la responsabilidad de JOSÉ WILMER QUEVEDO CLAVIJO en el delito de acceso carnal abusivo, motivo por

el que considera que el Tribunal incurrió en un falso juicio de existencia por suposición.

### **Fiscalía General de la Nación**

Frente al primer cargo, para la delegada acusadora el fallador no supuso la prueba de la responsabilidad del procesado.

Agrega que la naturaleza del delito al haberse cometido contra una menor de edad no exige que la víctima precise la identidad plena del agresor, pues esta omisión fue suplida por la fiscalía al demostrar que quien cometió el delito fue JOSÉ WILMER QUEVEDO CLAVIJO a partir de los testimonios de la ofendida y de su progenitora.

En lo que atañe al segundo reparo señala que contrario a lo expresado en la demanda, las pruebas se analizaron de acuerdo con la sana crítica y teniendo en cuenta el interés superior del menor que impone apreciar los medios de convicción de una manera especial como lo ha indicado la Corporación en decisiones anteriores, por ejemplo, en las casaciones 47724 de 2016 y 41498 de 2017.

Solicita la fiscalía que la sentencia no se case.

### **Agente del Ministerio Público**

Afirma que se estipuló la plena identidad del acusado, quedando pendiente la demostración de su responsabilidad, la cual fue acreditada con el señalamiento que hizo la menor víctima del

procesado al identificarlo como su agresor en el momento en que rindió su testimonio en juicio a través de cámara Gesell.

En criterio de la representante de la sociedad el acusado persuadió a la joven para que tuvieran una relación sexual y este mismo aceptó en juicio conocer a la víctima, por lo que no hay duda acerca de que el procesado es la misma persona que accedió carnalmente a la menor de 13 años de edad para el momento de los hechos.

Pasa a referirse a la segunda censura para indicar que el tribunal valoró correctamente la prueba sin vulnerar el debido proceso.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Los dos reparos propuestos por el demandante contra el fallo del Tribunal de Bogotá, serán resueltos en el orden en que fueron postulados y los defectos argumentativos de los que adolecen se entienden superados con la admisión de la demanda, motivo por el que la Corte no se referirá a ellos.

La primera censura se hace consistir en un falso juicio de existencia por suposición, porque la defensa estima que la prueba de la responsabilidad del acusado se obtuvo a partir de la estipulación acerca de la plena identidad del acusado.

El cargo propuesto comporta un yerro de estimación probatoria, toda vez que en sentir del recurrente el sentenciador concluyó que como se estipuló que la identidad del procesado era la de JOSÉ WILMER QUEVEDO CLAVIJO, esta es la misma de la persona

a la que la víctima y la denunciante se refirieron como Wilmer José alias «*el caleño*», persona que accedió carnalmente a la menor L.Y.B.D.

De lo acontecido en juicio se advierte que no hubo reconocimiento del acusado por parte de la menor o su progenitora, pues contrario a lo afirmado por la delegada del ministerio público, la joven L.Y.B.D cuando rindió su testimonio en juicio nunca señaló al acusado como el hombre con quien sostuvo relaciones sexuales, además no fue consultada sobre el particular por alguna de las partes; su interrogatorio se centró en describir las circunstancias en las que llegó a intimar con el hombre a quien ella se refirió siempre como Wilmer José.

Tampoco la progenitora tuvo oportunidad de reconocer al sujeto y manifestar que se trataba del acusado, ya que para el momento en que testificó, QUEVEDO CLAVIJO había obtenido la libertad y no compareció a ninguna de las sesiones de audiencias de juicio oral posteriores al momento en el que fue liberado.

Sobre la estipulación probatoria a la que alude el demandante se tiene que la Fiscalía acordó con su contra parte que la identidad de la persona procesada por estos hechos era la de JOSÉ WILMER QUEVEDO CLAVIJO, razón por la cual desistió de la práctica del testimonio del investigador que adelantó el procedimiento para individualizar al hombre al que la víctima denunció de cometer el delito que a su turno condujo a que el ente persecutor dispusiera vincular al aquí procesado.

El hecho que se dio por probado a través de la citada estipulación probatoria consistió en que el procesado se identifica

como JOSÉ WILMER QUEVEDO CLAVIJO con cédula de ciudadanía 11.412.543, en cuyo soporte el acusador aportó un informe de investigador de laboratorio en el que se hizo un cotejo entre las huellas del acusado tomadas en la colonia penitenciaria de Acacias, pues para ese momento se encontraba privado de la libertad allí por cuenta de otro proceso, y los registros decadaactilares de la persona portadora de la cédula de ciudadanía 11.412.543 de nombre José Wilmer Quevedo Clavijo expedidos por la Registraduría Nacional, resultando coincidentes.

Esa labor de cotejo fue adelantada por funcionarios del centro de reclusión el 13 de agosto de 2008 por solicitud del fiscal del caso, quien una vez instalada la audiencia de juicio oral -26 de julio de 2012- anunció que estipularía con la defensa la plena identidad del acusado y que como soporte del acuerdo probatorio, aportaría la documentación remitida por el establecimiento carcelario.

En los siguientes términos quedó fijada la estipulación:

*Fiscalía: La plena identidad de Wilmer Quevedo se sustentará con la expedida por la colonia de Acacias que me hace llegar el día de ayer, se me manifestó que me sería enviada vía correo y que la sustentaré con esos elementos que la colonia me enviará donde se encuentra retenido el acusado y que la sustentaré por escrito con elementos materiales probatorios.*

En manera alguna se acordó que el sujeto al que la víctima y su madre se refieren como «el caleño», fuera el aquí acusado JOSÉ WILMER QUEVEDO CLAVIJO, como sí lo asumió el acusador, por ello dejó de demostrar un aspecto sustancial de la responsabilidad penal, el cual dejó librado a la labor argumentativa de los falladores que al advertir el craso error de la Fiscalía tuvieron que exponer razones para suplir la carga probatoria de una de las partes, en

orden a soportar la conclusión sobre la coincidencia entre el hombre autor de la agresión sexual contra la menor, y aquel al que se procesó.

Es así que en la sentencia de primer grado expuso el juez de conocimiento:

*Sea este el momento para indicar, contrario a lo considerado por la representación defensiva, el señor José Wilmer Quevedo Clavijo, en efecto no solo desde el momento de la imputación ya se encontraba debidamente individualizado e identificado y si bien la menor en sus relatos ante este estrado en juicio oral, así como ante psicólogo y médico de medicina legal no hace referencia textual a nombre y apellidos de esta persona, lo cierto es que hace alusión a la misma persona a quien se conoce como el “caleño” y el que no queda duda, la progenitora de la aquí víctima igualmente distinguía bajo el mismo apodo y como Wilmer Quevedo sin que recuerde su otro apellido, sujeto al que dice identificada porque frecuentaba su frutería con el que en varias ocasiones observó hablar con su hija y finalmente con el que la menor le reveló haber sostenido relaciones sexuales, no pudiendo haber ningún tipo de confusión acerca de sus características morfológicas puesto que la menor fue conteste en referir que con Wilmer –no con otro- con quien había tenido relación sexual y sentimental indicando además que este sujeto era conductor de una buseta de la empresa continental, lugar en donde la madre de ésta, señora Estrella Díaz Bohórquez, señaló tener su local comercial en el paradero de las busetas de la continental.*

*Valga destacar como de hacer una revisión de las piezas procesales se observa como en el diligenciamiento, en algún momento si obró documento emitido por parte del propio acusado, solicitando a Medicina Legal alguna valoración o confrontación de que la persona denunciada correspondiera con él, lo cierto es que ello se quedó en el papel, puesto que ninguna actividad probatoria se desplegó por parte de la representación defensiva, ni del procesado, en punto a ventilar en el juicio oral dicha situación y que se tuviera como una prueba legal y oportunamente allegada al juicio para determinar con ello, alguna circunstancia, o para sembrar un manto de duda frente a que la persona que cometió dicha conducta, fuera diversa al aquí enjuiciado.*

*Ahora acerca de las características que refiere la defensa en punto a que no entiende como una persona oriunda del municipio de Caqueza se le puede decir el “caleño”, dirá el despacho que son circunstancias que no puede determinar el despacho, ni la propia defensa, no obstante lo que se estableció con certeza es que la persona a la que se está enjuiciando, es precisamente a la que las dos personas, tanto la menor víctima LYBD, como su progenitora conocían en dicha condición.*

El Tribunal pretendió reforzar con mayores argumentos la conclusión en torno a que no hay lugar a duda acerca de que el procesado es al que se refieren las testigos como autor del delito; para el efecto el *ad quem* expresó lo siguiente:

*Y es que lejos de acreditarse lo anunciado por el censor, la Sala encuentra que sus manifestaciones no pasan de ser simples apreciaciones subjetivas de lo ocurrido, las cuales no tienen la entidad suficiente para mantener incólume la presunción de inocencia que cobija a su representado, pues aunque se afirma que se juzgó a la persona equivocada, la descripción que la menor hizo de Wilmer, tanto en la entrevista judicial como en el juicio oral, no difieren de lo plasmado en el formato de preparación de la cédula expedido por la Registraduría Nacional del Estado Civil y tarjeta alfabética, antecedentes y de patio que se aportaron como soporte de la estipulación relacionada con la plena identidad del acusado en los cuales se establece la estatura de José Wilmer Clavijo Quevedo es de 1.70 metros que tiene como oficio conductor de vehículo de transporte y que su fecha de nacimiento es 11 de septiembre de 1980.*

*Al respecto frente a la pregunta de la Fiscalía sobre como es el señor José Wilmer físicamente, LY señaló: “pues yo que me acuerde, porque hace tiempo que no lo veo, era más o menos alto, era de cabello corto, era moreno y por acá como a la derecha –señala la cara- tenía como una verruga y ya ..y que más... era gordito era siempre panzoncito como todo busetero... emm que más... era un poquito ancho de espalda y ya pues eso es lo que yo recuerdo.*

*Y, ante la misma pregunta formulada por el entrevistador de Policía Judicial indicó “es más o menos alto, es moreno, es un*

*poquito gordito tiene ojos más o menos cafecitos, tiene el cabello corto negro, tiene una verruga cerca del ojo derecho este año cumplió 30 el 11 de septiembre.*

*Además resalta la Sala que previo a que recobrar su libertad, el acusado fue trasladado a las audiencias iniciales, incluso a la primera de juicio oral, en cuyo video se puede observar que sí se trata de una persona de contextura fornida, pelo corto y tez trigueña.*

De lo anterior surge evidente que el fallador de instancia no supuso la prueba que lo llevó a concluir la responsabilidad penal en cabeza del acusado.

Lo que hizo el Tribunal fue apreciar los documentos que fueron soporte de la estipulación, cuya información, junto con los datos suministrados por las testigos, resultaron suficientes para deducir que fue el acusado y no otra persona la que cometió el delito contra la integridad y formación sexual.

Pertinente resulta recordar el criterio desarrollado por la Corte en torno a lo que puede ser materia de estipulación probatoria y como debe valorarse; es así que en CSJ SP 5 jul 2017, rad. 44932 se dijo:

**1.1.1. Uno o varios hechos jurídicamente relevantes**

*Bajo el entendido de que la procedencia de la sanción penal está supeditada a la demostración de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad de la conducta (Art. 9 C.P.), es posible que las partes estipulen uno o varios de los hechos jurídicamente relevantes, **sin que ello implique la aceptación de responsabilidad.** (Resaltado fuera de texto)*

**1.1.2. Uno o varios “hechos indicadores”**

*Ello puede suceder, entre otras múltiples razones, porque las partes estén de acuerdo en que un determinado hecho (indicador) ocurrió, pero se reservan las inferencias que pueden hacerse a partir del mismo, individualmente considerado o en asocio con otros hechos que pretenden demostrar durante el juicio oral.*

### **1.1.3. Uno o varios aspectos de la autenticación de una evidencia física o un documento**

*Según se indicó en precedencia, las partes tienen la potestad de estipular aspectos atinentes a la autenticidad de las evidencias físicas. Por ejemplo, la defensa puede estar dispuesta a aceptar que una determinada sustancia corresponde a sangre del acusado, mas no que la misma fue hallada en las prendas de vestir de la víctima.*

### **1.1.4. Los documentos como objeto y como “soporte” de la estipulación**

*En la práctica judicial suele existir confusión entre los documentos como objeto de la estipulación y como soporte de la misma.*

*La diferencia es relevante, porque cuando los documentos constituyen “soporte” de la estipulación no pueden ser valorados, precisamente porque la estipulación tiene como efecto principal sacar un determinado aspecto fáctico del debate probatorio (CSJ SP, 15 Jun. 2016, Rad. 47666; CSJ SP, 6 Feb. 2013, Rad. 38975; entre otras). Por ejemplo, se estipula que la víctima murió a causa de los disparos que recibió, y se aporta como “soporte” el respectivo dictamen médico legal. (Subrayado fuera de texto)*

*Sin embargo, es posible que algunos documentos constituyan el **objeto mismo de la estipulación**. Por ejemplo, cuando en los casos de prevaricato la Fiscalía y la defensa dan por probado que el procesado emitió una determinada decisión, y que lo hizo a partir de una específica realidad procesal. En esos eventos, el documento contentivo de la decisión (sentencia, resolución, etcétera) ingresa como objeto de la estipulación (**“esta fue la decisión que el juez tomó”**), y lo mismo sucede con los documentos contentivos de las pruebas, los alegatos que en su momento presentaron las partes, etcétera (**“estos son los elementos de juicio con los que contaba”**). Este tipo de estipulaciones suelen celebrarse por diversas razones, como*

*cuando se trata de hechos difícilmente rebatibles y/o las partes tienen claro que el debate se reduce a los juicios valorativos orientados a establecer si la decisión tomada bajo esas condiciones puede catalogarse como manifiestamente contraria a la ley, o las inferencias frente a los elementos estructurales del dolo, entre otras<sup>1</sup>.*

*En el mismo sentido, es posible que en un delito de falso testimonio las partes acuerden que el procesado rindió la declaración contenida en un determinado documento (por ejemplo, el registro oficial de la audiencia). En esos casos, el documento (registro) ingresa como objeto de la estipulación (“**esto fue lo que el procesado declaró**”).*

*Lo anterior es posible, porque en esos procesos el contenido de la decisión, los elementos de juicio con los que el juez contaba (en el ejemplo del prevaricato), y el contenido de la declaración rendida por el testigo (en el evento hipotético de falso testimonio), hacen parte del tema de prueba, por lo que pueden ser objeto de estipulación.*

*Lo expuesto a lo largo del numeral 1.1 no puede entenderse como un listado taxativo de los aspectos que pueden ser objeto de estipulación. En cada caso, **según sus particularidades**, las partes podrán celebrar los acuerdos probatorios que consideren pertinentes, siempre y cuando ello no implique “renuncia de los derechos constitucionales” (Art. 10 Ley 906 de 2004).*

A partir de los documentos soporte de la estipulación – tarjeta de preparación de la cédula de ciudadanía y tarjeta alfabética expedida por el centro de reclusión- el Tribunal dio por probado que el oficio del acusado era el de conductor de vehículo, que su estatura era la de 1.70 metros y su fecha de nacimiento 11 de septiembre de 1980, datos que a juicio del *ad quem* eran coincidentes con los expresados por la menor y su progenitora quienes además acertaron en uno de los nombres y uno de los apellidos del procesado.

---

<sup>1</sup> En estos casos, las partes deben precisar cuáles partes del “expediente” resultan relevantes, para evitar el ingreso de documentación ajena al tema objeto de análisis (CSJ SP, 15 Jun. 2016, Rad. 47666).

La conclusión acogida por el fallador no fue el producto de la actividad probatoria de la Fiscalía, sino del propio ejercicio del Tribunal que fue más allá del hecho estipulado, acudiendo a información adicional contenida en los referidos documentos, ante el deficiente desempeño del acusador que no demostró en juicio las razones por las que vinculó a JOSÉ WILMER QUEVEDO CLAVIJO, pues desde incluso la formulación de imputación se desconoce el trabajo investigativo del acusador para vincular al proceso a QUEVEDO CLAVIJO, ya que en la audiencia preliminar la Fiscalía se conformó con leer los datos biográficos de lo que al parecer es la tarjeta de preparación de la cédula de ciudadanía con este nombre.

La estipulación probatoria sobre la plena identidad del acusado no incluía el que se diera por probado que JOSÉ WILMER QUEVEDO CLAVIJO ejercía el oficio de conductor de vehículo de transporte público como sí lo entendió el Tribunal al asumir que podía valorar toda la información de los documentos que se aportaron como sustento de la estipulación.

El acuerdo probatorio se circunscribió a relevar de prueba la identidad del procesado más no que este sea el mismo individuo denunciado por acceso carnal abusivo contra la menor L.Y.B.D., motivo por el que la Fiscalía tenía la obligación de demostrar que el procesado y el señalado autor del hecho eran la misma persona, cuestión elemental en el proceso a cargo del ente persecutor pero que éste asumió como superada a partir de una estipulación probatoria cuyo alcance demostrativo era completamente diferente.

En un caso similar (CSJ SP, 15 mar. 2017, rad. 48175), la Corte precisó los efectos de la estipulación sobre la plena identidad del acusado para indicar que el único aspecto que se sustrae de demostración en juicio es la identidad o individualidad del sujeto pasivo de la acción penal. Veamos:

*«Para los efectos del caso que aquí se analiza, cabe resaltar lo siguiente: (i) el principal efecto de una estipulación es suprimir del debate probatorio un determinado hecho; (ii) las partes deben expresar con claridad cuál es el aspecto fáctico que se dará por probado; (iii) el juez debe controlar que las estipulaciones sean lo suficientemente claras; y (iv) la estipulación no puede extenderse a aspectos fácticos no incluidos en la misma.*

*Bajo estas elementales reglas, cuando las partes estipulan la “plena identidad del procesado”, el único aspecto que se sustrae del debate probatorio es ése, la identificación y/o individualización de la persona que resiste la pretensión punitiva estatal.*

***Lo anterior no implica que la Fiscalía quede exenta de demostrar los hechos jurídicamente relevantes que hacen parte de su hipótesis: que esa persona fue la que disparó, se apoderó de los bienes muebles ajenos, hizo una exigencia económica bajo amenaza de muerte, etcétera, salvo que medie la expresa voluntad de las partes de sustraerlos del debate probatorio a través de una estipulación.*** Lo mismo puede predicarse frente a las cargas probatorias que eventualmente asuma la defensa, según las particularidades de cada caso. (Resaltado fuera de texto)

*Si el juzgador adiciona o tergiversa la estipulación, y a raíz de ello da por sentado que las partes sustrajeron del debate probatorio un determinado hecho, sin ser ello cierto, puede dar lugar a que ese aspecto de la premisa fáctica del fallo se dé por probado sin que existan medios probatorios que den cuenta de su ocurrencia.*

*Así, este tipo de yerros frente a la estipulación probatoria pueden desencadenar la violación indirecta de la ley sustancial, por error de hecho, en la modalidad de falso juicio de existencia, en cuanto se dé por probado un aspecto fáctico en particular, a pesar de que (i) las partes no acordaron*

*sustraerlo del debate probatorio y, (ii) no existen pruebas que lo acrediten.»*

Para el presente asunto y ante la precaria labor de la Fiscalía en este aspecto, es claro que el fallador al tratar de suplir la deficiente actividad del acusador, incurrió en errores al apreciar lo que fue objeto de estipulación probatoria, sin embargo su conclusión sobre que el procesado fue el hombre que accedió carnalmente a la menor LYBD, no solo se soportó en la información consignada en los documentos soporte de la estipulación, sino en lo atestado por la ofendida y su progenitora, motivo por el que corresponde ahora establecer si ello es suficiente para fundar un fallo de responsabilidad en contra del procesado, haciendo abstracción de aquellos datos que indebidamente tomó el Tribunal para dar por demostradas circunstancias que no fueron objeto de acuerdo probatorio.

Se tiene entonces que la progenitora de la víctima, Estrella Díaz afirmó que conocía al abusador de su hija con el nombre de Wilmer y que uno de sus apellidos era Clavijo; a su turno la víctima manifestó que el hombre con quien sostuvo una relación sexual cuando contaba con 13 años de edad se llamaba Wilmer José su fecha de cumpleaños era el 11 de septiembre y su edad para el momento de los hechos era la de 28 años. Varios de los datos proporcionados por la joven se extrajeron no solo de su testimonio, sino de las entrevistas que rindió ante los distintos profesionales que la valoraron física y psicológicamente.

La apreciación del fallador de los testimonios de la ofendida y de Estrella Díaz al contrastarse con el hecho que las partes declararon como probado -identidad del acusado- es razonable, puesto

que la información que suministraron acerca de la persona a quien señalan de cometer el delito, es concreta y muy específica, como lo fue sus nombres, uno de sus apellidos, su edad para el momento de ocurrencia de los hechos y su fecha de nacimiento, datos coincidentes con aquellos propios de la identidad del aquí procesado.

En esa medida, el cargo de violación indirecta la ley sustancial derivada de un error de hecho por falso juicio de existencia por suposición, no está llamado a prosperar, habida cuenta que la conclusión del sentenciador en torno a que el procesado y el autor del delito, son el mismo sujeto, se soporta en prueba testimonial y en la estipulación probatoria a la que se ha venido haciendo mención.

Si bien es cierto, el Tribunal se equivocó al extender el alcance de la estipulación probatoria para dar por probados hechos que no hicieron parte el acuerdo, tal yerro no tiene la idoneidad necesaria para quebrar el fallo, pues de todas formas emerge prueba suficiente para concluir más allá de duda razonable que el sujeto al que se vinculó al trámite penal es el ejecutor del punible contra la libertad y formación sexual de la entonces menor LYDB.

2. Aborda la Sala lo relativo al segundo reparo contra el fallo del Tribunal de Bogotá, consistente en falsos juicios de identidad que en criterio del censor recayeron principalmente en el testimonio de la menor ofendida.

Para el recurrente el testimonio de LYDB no resulta claro, puesto que su relato se presta para interpretaciones en torno a lo que ésta entiende por relación sexual.

El Tribunal apreció correctamente este testimonio sin alterar su contenido, en la medida en que la deponente fue clara en señalar que el día de los hechos sostuvo un coito con el hombre al que ella conocía como Wilmer José, describió cómo se trasladaron a un motel, se desvistieron y utilizando un condón «*Wilmer*» introdujo su asta viril por su vagina, narración que no da lugar a confusión acerca de que cuando la joven indicó que tuvo una relación sexual con el procesado, se estaba refiriendo a una cópula y en ese contexto fue que lo entendió el fallador.

De allí que desatine el demandante al señalar que el Tribunal dio una lectura incorrecta al testimonio de la menor que configure un falso juicio de identidad.

Ahora, el libelista pretende fallidamente restar mérito al dicho de la víctima frente al hallazgo forense según el cual su himen no presenta desgarró y, por contera, concluye la defensa, no pudo existir acto de penetración vía vaginal.

No tiene en cuenta el demandante el testimonio del perito que practicó el examen forense en el que explica con claridad como una mujer con himen elástico puede sostener un coito sin sufrir desgarró alguno, afirmación que fue valorada por el Tribunal en su estricto sentido sin hacerle ningún tipo de alteración al texto de la declaración.

El recurrente no asume la carga de desvirtuar las conclusiones de la experta a partir de argumentos científicos que rebatan o por lo menos arrojen duda acerca de la posibilidad de que en casos de himen elástico un acto de penetración deja huellas visibles como por

ejemplo un desagarro, pues se limita a calificar de absurdas las estadísticas aludidas por la testigo perito.

La segunda censura no evidencia el vicio denunciado, sino el inconformismo que genera en la defensa la credibilidad que se le otorgó a la declaración de la menor, pese a que su dicho halló respaldo en otros medios de prueba respecto de los cuales el censor no demuestra que el Tribunal se hubiere equivocado al apreciarlos, tergiversando su contenido.

Por último, si bien es cierto la menor para el momento en que testificó en el juicio se mostró tranquila y espontánea en sus respuestas, incluso jocosa, tal actitud no desvirtúa la presunción de derecho sobre el daño al bien jurídico de la integridad y formación sexuales cuando la víctima es menor de 14 años, dada su falta de capacidad para disponer libremente de su sexualidad.

Por tal motivo la actitud asumida por la víctima frente al abuso del que fue víctima, no desdice de la antijuridicidad de la conducta como tampoco del dolo del procesado, pues a sabiendas de la escasa edad con la que contaba la víctima, decidió cortejarla y hacerla su novia a pesar de que era mayor que ella quince años. Pasó por alto la advertencia de la madre de la adolescente para que no se involucrara con su hija, no obstante ello la persuadió para llevarla a un motel y accederla carnalmente, hecho que a no dudarlo configura el delito de acceso carnal abusivo, pues la realización de los delitos contemplados en los artículos 208 y 209 del Código Penal, si bien implica que el sujeto pasivo muestra aquiescencia al resultado, el legislador presume de derecho que éste aún no cuenta con la capacidad para disponer del bien jurídico.

Por lo expuesto, la segunda censura contra el fallo del Tribunal de Bogotá, tampoco prospera, motivo por el que adquiere firmeza la sentencia condenatoria proferida contra JOSÉ WILMER QUEVEDO CLAVIJO como autor del delito de acceso carnal abusivo.

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

### **RESUELVE**

**NO CASAR** la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá de fecha 30 de noviembre de 2016, por cuyo medio se confirmó el fallo condenatorio contra JOSÉ WILMER QUEVEDO CLAVIJO como autor del delito de acceso carnal abusivo.

Contra esta decisión no procede ningún recurso.

Notifíquese y cúmplase.

**EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER**

**JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA**

**JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO**

**FERNANDO LEON BOLAÑOS PALACIOS**

**FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO**

**LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA**

**EYDER PATIÑO CABRERA**

**PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR**

**LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO**

**Nubia Yolanda Nova García**  
**Secretaria**