



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

legis

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada ponente

SP836-2019

Radicación 48368

(Aprobado Acta n. 65)

Bogotá D.C., trece (13) de marzo de dos mil diecinueve
(2019)

ASUNTO

Juzga la Corte en sede de casación, la sentencia proferida el 4 de abril de 2016, leída en audiencia del 26 del mismo mes y año, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán (Cauca), por cuyo medio confirmó el fallo

condenatorio dictado en primera instancia por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Bolívar (Cauca) contra ONEIVER PERAFÁN PIAMBA, como responsable del delito de acceso carnal o acto sexual con persona puesta en incapacidad de resistir.

ANTECEDENTES

1. Fácticos

Los hechos ocurrieron en el mes de noviembre del año 2012, en el municipio de Bolívar (Cauca), cuando las hermanas CIPCH y LFPCH de 12 y 14 años de edad, respectivamente, caminaban y fueron abordadas por dos hombres que se movilizaban en una motocicleta, quienes las invitaron a escuchar música y tomar licor, llevándolas hasta una casa situada en el barrio 'Sur' de esa localidad, a dos cuadras de la discoteca 'La Terraza'.

Una vez dentro del inmueble que se hallaba en construcción, los hombres ofrecieron licor a las adolescentes, siendo aceptados dos tragos por LF, mientras que CI no recibió. A continuación, obligaron a la primera a seguir consumiendo la bebida alcohólica, hasta que se quedó dormida.

El hombre al que LFPCH se refirió como 'el negro', empezó a realizarle tocamientos libidinosos a los que esta se opuso hasta que el efecto del licor hizo que se durmiera. Al día siguiente se despertó sin ropa, vomitada, con dolor y

sangrado en la vagina y al lado suyo estaba ‘el negro’, igualmente desnudo, quien le ordenó vestirse e irse.

CI escuchó y vio cuando a LF, uno de los hombres, posteriormente identificado como ONEIVER PERAFÁN PIAMBA, le quitó las prendas de vestir, la besó, se ubicó sobre esta y ‘la cama se movía’. Mientras tanto, CI intentaba salir de la habitación pero ‘Santiago N’ se lo impidió hasta reducirla y accederla carnalmente en forma violenta.

En las primeras horas del día siguiente los sujetos dejaron salir a las hermanas y es cuando CI le cuenta a LF lo que sucedió durante la noche y esta entiende el porqué de su dolor y sangrado vaginal.

Meses después, ante el cambio de comportamiento de las adolescentes en el colegio, LFPCH fue remitida al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en donde una sicóloga las entrevistó y allí contó el episodio vivido.

2. Procesales

Adelantadas las labores investigativas, el 16 de septiembre de 2014 la fiscalía solicitó ante un juez con función de control de garantías, orden de captura en contra de ONEIVER PERAFÁN PIAMBA, identificado con la cédula de ciudadanía 1.058.962.340, la cual se materializó y legalizó el 14 de octubre del mismo año ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Bolívar (cauca). En el mismo despacho judicial se le formuló imputación en la que se le atribuyó la comisión

del delito de acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir (art.207 C.P.). Cargo que no fue aceptado por el imputado.

Por las situaciones fáctica y jurídica descritas, el mismo juzgado, a solicitud del ente acusador le impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario.

Presentado el escrito de acusación (16 de diciembre de 2014), el conocimiento correspondió al Juzgado Promiscuo del Circuito de Bolívar (Cauca), que realizó la audiencia los días 15 de abril y 10 de junio de 2015.

El 11 de agosto de ese año se adelantó la audiencia preparatoria y el juicio oral se desarrolló el 29 de octubre siguiente, fecha ésta en la cual se anunció el sentido del fallo –condenatorio- y se dio curso a la audiencia prevista en el artículo 447 de la Ley 906 de 2004.

El mismo juzgado, en sentencia del 20 de enero de 2016 condenó a ONEIVER PERAFÁN PIAMBA como autor responsable del delito de acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir, de conformidad con el artículo 207 Código Penal, modificado por la Ley 1236/2008, a la pena de ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena privativa de la libertad. Le negó la

suspensión condicional de la ejecución de la pena y el sustituto de la prisión domiciliaria.

El fallo de primera instancia fue apelado por el defensor y confirmado por el Tribunal Superior de Popayán, mediante proveído aprobado el 4 de abril de 2016 y leído en audiencia el 26 del mismo mes y año.

Contra esta decisión el defensor del procesado interpuso el recurso extraordinario de casación y allegó la respectiva demanda que fue admitida mediante auto del 14 de agosto de 2018. La audiencia de sustentación correspondiente se llevó a cabo el 10 de septiembre del mismo año.

LA DEMANDA

El demandante postula dos cargos al amparo de las causales segunda y tercera de casación.

Primer cargo. Señala que el fallo se dictó dentro de un proceso viciado de nulidad, por afectación del debido proceso, toda vez que, a pesar de no existir prueba que demuestre la identidad e individualización del procesado, el fallador afirmó que tal aspecto había quedado cubierto desde la audiencia de formulación de imputación en la que se suministró el número de cédula de ciudadanía de ONEIVER PERAFÁN PIAMBA, los rasgos morfológicos e información relacionada con su fecha de nacimiento, nombre de los padres y lugar de residencia.

Asegura que tal información no coincide con los datos suministrados por la madre de las víctimas, quien tan sólo repitió lo dicho por sus hijas, siendo que ninguna se refirió a ONEIVER PERAFÁN PIAMBA como uno de los hombres que intervino en los hechos juzgados. Agrega, que la misma denunciante, NCHP¹ aceptó que se enteró del nombre del capturado cuando lo aprehendieron.

Trascribe el interrogatorio realizado a la denunciante en la audiencia de juicio, para concluir que esta solo sabía que a uno de los agresores le decían ‘el negro’, pero en modo alguno su nombre, razón por la cual, correspondía a la Fiscalía ingresar las pruebas a través de las cuales llegó al nombre de ONEIVER PERAFÁN PIAMBA.

Similar ejercicio realiza con la información rendida por LFPCH en el juicio, la que, dice, es insuficiente para individualizar a cualquier persona; por tanto, considera un error de los falladores el que hubieran concluido que ONEIVER PERAFÁN PIAMBA es el mismo hombre al que la menor de edad describió.

En desarrollo del cargo, cita un precedente jurisprudencial de esta Corporación, (rad. 34779 de 2011) en

¹ La Corte adopta como medida de protección a la intimidad de la menor de edad involucrada en este proceso, la supresión de los datos que permitan su identificación, razón por la cual su nombre y el de los demás miembros de su familia serán remplazados, tal como lo ha venido delineando la Corte Constitucional, con miras a evitar su reconocimiento y revictimización. (Sentencias T- 448/2018; T-119/2016, y T-735 de 2017, entre otras decisiones.

el que la Corte enfatiza en la necesidad «**DE ESTABLECER LA IDENTIDAD O INDIVIDUALIZACIÓN DEL PROCESADO**».²

Continúa refiriéndose a decisiones de la Corte en las que se delimitan los conceptos de individualización e identificación, así como las diferencias existentes en el manejo e ingreso de la prueba en los dos sistemas procesales penales vigentes en Colombia.

Conforme con lo anterior, solicita declarar la nulidad de todo lo actuado a partir de la audiencia preparatoria.

Segundo cargo. Amparado en la causal tercera de casación prevista en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, el censor postula la violación indirecta de la ley por un error de hecho por falso juicio de existencia.

Sostiene que el fallador supuso la prueba mediante la cual se individualizó e identificó a ONEIVER PERAFÁN PIAMBA, toda vez que tuvo en cuenta elementos materiales probatorios exhibidos en las audiencias preliminares, tales como las entrevistas recepcionadas por un integrante de la policía judicial a la víctima LFPCH y a su señora madre, en las que aportaron la descripción física de alias ‘el negro’ y de ‘Santiago N.’

De la misma manera, dice, el fallo tiene en cuenta la información suministrada por el fiscal, según la cual, el patrullero Oscar Iván Castillo Rentería, además de lo

² Las mayúsculas y las negrillas se encuentran en el texto original.

comunicado por la víctima, realizó labores de vecindario obteniendo el nombre de ONEIVER PERAFÁN PIAMBA; después acudió a la Registraduría Nacional del Estado Civil en donde logró la identificación; no obstante, nada de ello ingresó al juicio con el testigo que consiguió la información.

Continúa, alegando que la información que pudieron haber aportado la víctima y su señora madre durante la etapa de indagación, *«no encuentra respaldo probatorio debida y materialmente incorporado al juicio...»*, lo que le permite concluir que el dicho de la víctima en la audiencia es *«insuficiente y débil»*.

Los anteriores errores, concluye, revierten en el desconocimiento del artículo 379 de la Ley 906 de 2004 que regula el principio de inmediación probatoria.

Termina solicitando a la Sala desarrollar la jurisprudencia, a través de una decisión que unifique el criterio de esta Corporación en torno a la individualización del procesado. Pide, además, casar el fallo recurrido, para en su lugar, proferir el fallo de reemplazo.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN ORAL

1. El recurrente reiteró los términos de la demanda, censurando que el Tribunal hubiera dado como probada la plena identidad de individualización del procesado, puesto que en el juicio no se practicó ninguna prueba dirigida a tal fin.

Considera que únicamente con el señalamiento de la víctima se hubiera alcanzado la individualización del agresor, echando de menos la práctica de pruebas como un reconocimiento fotográfico o en fila de personas, medios sin los cuales no se puede concluir, afirma, que ONEIVER PERAFÁN PIAMBA es el mismo hombre a quien LFPCH se refirió como 'el negro' que la accedió carnalmente después de embriagarla con licor.

Concluye que el procesado no se encuentra identificado, por cuanto la declaración de la adolescente solo otorga información genérica a partir de la cual no se alcanza la individualización y menos, identificación del autor de la conducta punible.

2. Intervención de la Fiscalía General de la Nación. El Fiscal 3° Delegado ante la Corte Suprema de Justicia solicita a la Corte no casar el fallo recurrido, toda vez que los cargos pretenden retornar al sistema tarifado de valoración de las pruebas, con la exigencia de que la individualización del procesado se hubiera realizado a través de prueba científica.

El delegado señala que la progresividad del proceso penal conlleva que la individualización del indiciado se produzca desde las primeras etapas, pues sin ella es inviable que un juez de garantías profiera orden de captura o permita la formulación de imputación y posteriormente imponga una medida de aseguramiento privativa de la libertad.

Las circunstancias que antecedieron la ocurrencia del hecho delictivo, fueron relatadas por la víctima, quien claramente suministró la información requerida para llegar a la individualización e identificación del capturado ONEIVER PERAFÁN PIAMBA. Por eso, agrega, no existe duda acerca de que la persona capturada, imputada, acusada y condenada, responde al nombre de ONEIVER PERAFÁN PIAMBA y es la misma señalada por LFPCH a quien conocía con el alias de ‘el negro’.

Así mismo, continúa, las circunstancias posteriores relatadas en la audiencia por LFPCH y su señora madre, no dejan duda de que el hombre conocido como ‘el negro’, es el mismo que después de haber sido aprehendido en virtud de una orden de captura, empezó a enviar mensajes a través de sus familiares, pidiéndole a NCHP llegar a algún acuerdo con el procesado y ofreciéndole una suma de dinero para que la víctima se retractara de lo dicho.

Concluye que la valoración conjunta de las pruebas, no deja duda acerca de que la persona capturada, imputada, acusada y condenada es la misma a quien la menor se refiere como el agresor, razón por la cual, solicita a la Corte no casar el fallo impugnado.

3. La Procuradora Delegada solicita no casar la sentencia, por cuanto los cargos planteados, no están llamados a prosperar.

Ante la identidad de los dos cargos, nulidad y violación indirecta de la ley por error de hecho relacionado con un falso juicio de existencia, la procuradora emite un solo concepto dada la coincidencia de los planteamientos.

Aduce la funcionaria, que las labores de individualización e identificación del indiciado, corresponden a actividades de policía judicial agotadas con las audiencias preliminares en las que se estableció que ONEIVER PERAFÁN PIAMBA en la misma persona a quien LFCHP señaló como quien la accedió carnalmente luego de ser puesta en incapacidad de resistir.

El testimonio directo de la víctima muestra que esta vio en varias oportunidades a ONEIVER PERAFÁN PIAMBA; antes del hecho porque la hostigaba para que aceptara sus invitaciones, y después del mismo, procurando un nuevo encuentro sexual ante cuya negativa la amenazaba para que guardara silencio.

De manera que la individualización del hombre que accedió carnalmente a LFPCH, se dio dentro del juicio, pese a que no se practicaron las pruebas reclamadas por el defensor como las únicas pertinentes para probar que responde al nombre de ONEIVER PERAFÁN PIAMBA.

Solicita, no casar el fallo.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

En el primer cargo el demandante solicita invalidar lo actuado desde la audiencia preparatoria, por considerar que el fallo se profirió en un juicio viciado de nulidad porque la Fiscalía no introdujo al juicio las pruebas que condujeron a la individualización e identificación del procesado.

Así, hace consistir la supuesta irregularidad en la decisión del fallador de tener como probado, que ONEIVER PERAFÁN PIAMBA es el hombre que abusó y accedió carnalmente a la adolescente LFPCH, pese a que en la audiencia de juicio no se practicó ninguna prueba a partir de la cual se conozca el trámite realizado por la Fiscalía para individualizar al procesado.

Realmente la inconformidad del censor no patentiza un motivo de nulidad, pues lo que expone es la afectación del principio de inmediación sobre las pruebas a partir de las cuales se dio por cierta la individualización e identificación de alias 'el negro', las que finalmente termina cuestionando el mérito suasorio otorgado a ellas.

Para responder la queja que reitera en el cargo segundo, proponiendo esta vez un error de hecho por falso juicio de existencia por suposición, es preciso señalar que el demandante trae argumentos con los que ataca la individualización e identificación del sujeto activo de la acción penal, pero realmente su reclamo se dirige contra la determinación de declarar a ONEIVER PERAFÁN PIAMBA autor de la conducta punible investigada, lo cual efectúa

sobre la base de que los falladores valoraron evidencias e información no incorporadas al juicio oral.

Las pruebas practicadas en el juicio oral fueron: (i) la declaración de la menor de edad víctima del delito; (ii) el testimonio de su señora madre NCHP, y (iii) la declaración de la sicóloga del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Lida Yanet Burbano, con quien se introdujo la entrevista psicológica rendida en esa entidad por la adolescente LFPCH, medios probatorios que circunscriben el soporte probatorio del fallo.

En aras de la claridad, ha de precisar la sala, que el *a quo* decretó -a solicitud de la fiscalía- las declaraciones de los patrulleros de la SIJÍN Oscar Iván Castillo y Pablo Andrés Barajas, quienes elaboraron informes de policía judicial oportunamente descubiertos, relacionados con actividades de individualización e identificación del sujeto activo de la pretensión estatal; no obstante, por desistimiento que de ellas hizo la delegada del ente acusador, no fueron escuchados en la audiencia.

En tal sentido, es cierto, como lo señaló el impugnante, que ninguno de los testimonios recaudados en el juicio dio cuenta de cómo se estableció que el procesado responde al nombre de ONEIVER PERAFÁN PIAMBA; sin embargo, este aspecto no es un tema de prueba, como de tiempo atrás lo ha considerado esta Corporación, por cuanto el tópico en mención debe estar lo suficientemente dilucidado en

diligencias anteriores a ese acto procesal. Así lo consideró esta Corporación en el AP2140-2015, 29 abr. Rad. 45753:

Si bien es cierto que el artículo 128 del Código de Procedimiento Penal del 2004 consagra la obligación para la Fiscalía de “verificar la correcta identificación o individualización del imputado, a fin de prevenir errores judiciales”, también lo es que dicha exigencia debe cumplirla desde que inicia investigación.

Lo anterior, porque sólo una vez obtenida la debida individualización o identificación del indiciado, puede acudir ante el juez de control de garantías para proponer la realización de algunas audiencias preliminares que así lo demandan.

Una de ellas es la de formulación de imputación, regulada en los artículos 286 y ss. de la Ley 906 de 2004, y que en su artículo 288 exige directamente al fiscal que exprese oralmente la “individualización concreta del imputado, incluyendo su nombre, los datos que sirvan para identificarlo y el domicilio de citaciones”.

Lo dicho quiere significar que un presupuesto ineludible para llevar a cabo la diligencia previa de imputación, es que el investigado esté debidamente individualizado e identificado, pues, en caso contrario, el acto en mención no podría llevarse a cabo, ni mucho menos ser avalado por parte del juez de control de garantías.

Sobre el particular, no hubo ninguna discusión en la actuación, lo que refuerza que desde el comienzo se cumplió con dicha exigencia, teniendo en cuenta, además, que ONEIVER PERAFÁN PIAMBA se presentó en las audiencias preliminares aportando su nombre, apellidos, número de cédula de ciudadanía y lugar de residencia, datos que coinciden con los aportados por el fiscal delegado en desarrollo

de las mismas, despejando así cualquier duda acerca de la persona vinculada en calidad de imputada, además, porque la defensa del procesado no ha discutido que el vinculado responda a ese nombre.

Surtida la diligencia de imputación con la concurrencia de todos los presupuestos requeridos para su validez, el fiscal instructor estaba habilitado para dar el paso siguiente, consistente en la presentación del escrito de acusación, para el cual nuevamente se demanda cumplir con la obligación de despejar la plena identidad del procesado.

Lo anterior, por cuanto el numeral 1° del artículo 337 del Estatuto Procesal Penal de 2004, categóricamente dispone que el escrito de acusación deberá contener “la individualización concreta de quiénes son acusados, incluyendo su nombre, los datos que sirvan para identificarlo y el domicilio de citaciones”. (CSJ AP2140-2015, 29 abr. Rad. 45753).

Sobre este tema, el *ad quem* precisó que la individualización del sujeto activo de la acción penal, como presupuesto que habilita el inicio formal del proceso, quedó colmado con las labores investigativas ordenadas por la Fiscalía en la etapa de indagación preliminar:

«4. Para la Sala, con la globalidad de lo actuado, concretamente de las audiencias preliminares y del juicio oral y público, la impugnación defensiva no prosperará, porque la “individualización e identificación” del señor ONEIVER PERAFÁN PIAMBA surge esclarecida desde la investigación preliminar, puesto que el patrullero OSCAR IVÁN CASTILLO RENTERÍA,

adscrito a la SIJÍN, entrevistó a la aquí víctima y a la señora N...CH...³, medios probatorios con los cuales el señor Fiscal Seccional solicitó al juez de Control de Garantías la orden de captura, expedida con las formalidades legales y motivos definidos en la audiencia respectiva.

Y capturado el señor ONEIVER PERAFÁN PIAMBA, la Fiscalía Seccional, por ante el Juez de Control de Garantías, legalizó la dicha medida y “formuló imputación”, indicando su individualización en forma concreta; tal como se constata con los registros de las audiencias de 16 de septiembre de 2014 (orden de captura) y 15 de octubre de 2014 (audiencias de legalización de captura, imputación y medida de aseguramiento).

Audiencias preliminares aquellas que esta Sala revisó, porque la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, ha dicho que

“La individualización o identificación debe establecerse desde el inicio del trámite formal del proceso con la audiencia de formulación de imputación, puesto que desde allá debe estar concretada para la prosecución del debido proceso con el escrito de acusación, “así que el tema de la llamada plena identidad no tiene por qué representar objeto de prueba para el juicio”, puesto que en este [SPOA] desde las mismas audiencias preliminares debe estar el procesado individualizado o identificado en forma concreta para evitar problemas de homonimia (CSJ AP4435-2014, rad. 40663) (Subrayado fuera de texto).

El artículo 128 de la Ley 906 de 2004 impone a la Fiscalía la obligación de «verificar la concreta identificación o individualización del imputado, a fin de prevenir errores judiciales», exigencia que, como esta Sala se ha encargado de precisarlo, debe cumplirse desde que inicia la investigación como

³ Nombre completo suprimido de la transcripción.

condición para acudir ante el juez de control de garantías a efectos de proponer la realización de algunas audiencias preliminares que así lo demandan, entre ellas de la formulación de imputación⁴ (CSJ. Auto de 5 de agosto de 2015, radicado AP4488 2015, 42912) (subrayado fuera de texto).»⁵

No significa lo anterior, que una vez individualizada o identificada la persona sobre la cual recae la pretensión de la Fiscalía, el juicio no deba sujetarse al tema de prueba que está definido por la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes incluida por la Fiscalía en la acusación, y por las hipótesis alternativas que propone la defensa, cuando acude a esa estrategia, puesto que una es la prueba de la identificación e individualización del procesado, y otra la que demuestra su responsabilidad en una determinada conducta relevante para el derecho penal.

Precisamente, de cara al cumplimiento de esta exigencia probatoria, la Fiscalía trajo al juicio a la adolescente LFPCH y a su señora madre, NCHP, quienes, bajo la gravedad del juramento declararon sobre los hechos percibidos directamente por ellas, así como el momento en el que se enteraron que el hombre al que la joven se refiere como ‘el negro’ responde al nombre de ONEIVER PERAFÁN PIAMBA.

Entonces, el recurrente obvia informar que, como lo señaló el fallo, en el juicio oral la adolescente LFPCH reiteró que conocía al ‘negro’ porque ya lo había visto rondando el colegio en el que estudiaban ella y su hermana; que es el

⁴ CSJ AP2140-2015, 29 abr. 2015, rad. 45753

⁵ Folios 12 y 13 del fallo recurrido.

mismo hombre que las abordó en una moto esa noche del mes de noviembre de 2012 junto con ‘Santiago’ para invitarlas a escuchar música; el mismo, que después de haberla accedido carnalmente la abrumaba asediándola para decirle que «*tenía que volver a pasar lo que había pasado antes*»⁶ y la amenazaba para que no le contara a nadie el episodio vivido. Razón de más para que el tribunal considerara que no existe duda que ‘el negro’ y ONEIVER PERAFÁN PIAMBA es la misma persona a la que se refiere la adolescente:

Como el aquí incriminado es una persona conocida por la víctima, sujeto al que después de los hechos lo ha seguido viendo en la población de Bolívar, el alcance probatorio del ‘Reconocimiento fotográfico’ también resultaba vacío...

(...) con la jurisprudencia sabemos que el reconocimiento en fila de personas y/o reconocimiento fotográfico, de que tratan los artículos 252 y 253 del Código de Procedimiento penal, se viabilizan pero cuando no se sabe quién es el imputado; y aquí la víctima lo conocía por sus características personales y apodo “el negro”, pudiendo por ello indicarlo al aparato investigativo de la Fiscalía para que cumpliera los derroteros del artículo 128, 288.1 y 337.1 ibídem, perdiendo, en consecuencia, iterase, los “Métodos de Identificación” finalidad probatoria específica en la Vista Pública.

De manera que no es cierto que al juicio no ingresó información que condujera a concluir que ‘el negro’ es ONEIVER PERAFÁN PIAMBA, pues sobre este punto la

⁶ Aparte del testimonio de la menor de edad transcrito en el fallo. (fol. 24).

menor fue interrogada en la audiencia, dejando claro que ella inicialmente lo conoció como ‘el negro’, después se enteró que le ‘decían’ ONEIVER y finalmente, cuando fue capturado ya supo su nombre completo. Así lo reseña el fallo:

Y para que no quepan dudas de la forma clara, concreta y completa que la víctima determinó a su victimario, transcribimos apartes del interrogatorio cruzado, así:

¿Hace cuánto tiempo conoces a Oneiver Perafán Piamba? Desde noviembre de 2012, cuando abusó de mi. ¿Es la misma persona conocida como “el negro”? Sí. ¿Describe físicamente a esa persona? Trigueño, bajito, pelo corto, con barros, pantalones y camisa apretados. ¿Te sucedió algo con él?

(...)

Yo me desperté y estaba sin ropa, vomitada en la cama, él también estaba sin ropa, me dijo que me vistiera; y cuando me fui a bañar sentí dolor en mis partes íntimas, ardor y sangrado. El señor Oneiver no me amenazó ni me intimidó.

(...)

-EN contrainterrogatorio defensivo a la pregunta- ¿cómo conoció a la persona que dijo se llama Oneiver? Primero sabía que le decían “el negro”, después me enteré que le decían Oneiver. Cuándo supo que se llamaba Oneiver? cuando lo capturaron (...) Cuando me entrevistaron en Bienestar únicamente lo conocía como “el negro” y cuando lo capturaron supe que se llamaba Oneiver. (...) ¿quién le ofreció dinero para que no declara en contra de Oneiver? La mamá y la hermana de Oneiver, que qué quería yo, si quería sacarles plata díganos, pero no haga eso a mi hijo, él no es capaz. Ellos fueron arriba a La Playa.⁷

⁷ Folios 24 y 25 ídem.

De otra parte, es errado entender, como lo hace el demandante, que la simple identificación del hombre conocido por la adolescente LFPCH como ‘el negro’, - ONEIVER PERAFÁN PIAMBA- condujo al fallador a determinar la responsabilidad de éste en el delito de acceso carnal con persona puesta en incapacidad de resistir, pues, como lo señalara el *ad quem*, la Fiscalía abordó el tema en la audiencia de juicio con el testimonio de la víctima, quien narró desde el momento que fueron interceptadas –ella y su hermana- por los dos hombres ‘el negro’ y ‘Santiago’, hasta cuando se despertó al día siguiente, desnuda, vomitada, con ardor y sangrado en la vagina:

Para la Sala, la dicha acción delictiva que nos ocupa la compone la menor LFPCH, por haber vivido esas arremetidas en los instantes que tenía doblegada su voluntad, sin que en ello despierte dudas o resquicios, porque de modo enfático y constante ha manifestado que, en el mes de noviembre de 2012, fue objeto con su hermana CIPCH de una invitación por dos sujetos que les brindaron bebidas embriagantes, uno de los cuales, ‘el negro’, pese a su oposición, la quería abrazar, y ante la ingesta obligada de un licor perdió el conocimiento hasta el otro día que despertó y se vio en una cama vomitada, desnuda, sintiendo dolor, ardor y sangrado vaginal, junto al citado sujeto quien también allí estaba sin ropas –con ella-.

Testimonio que no es de referencia, como lo sostiene el recurrente, pues la adolescente LFPCH, víctima del delito, narró en el juicio lo que vivió esa noche, tal como lo consignó el fallador:

La defensa también se equivoca cuando sostiene que la atestiguación de LFPCH es de referencia; puesto que aquí no se puede desconocer que la víctima es testigo cognoscente por recibir el hecho a través de su experiencia sensorial directa, en esa noche de un domingo final del mes de noviembre de 2012, desde que ingresó a la habitación en donde tomó dos tragos y rechazó al sujeto que la pretendía cortejar con abrazos, siendo enseguida obligada a beber licor que la dejó sin voluntad y capacidad, desnuda y con dolor, ardor, sangrado vaginal, junto al sujeto que, inferencialmente, la penetró vaginalmente.

Esos momentos, para la Sala, con integradores ineluctables del hecho de abuso sexual que ella vivenció y procesó por lo sucedido; y que probatoriamente reconstruye el atentado...

De manera que es errado el entendimiento del censor, según el cual, la individualización e identificación de ONEIVER PERAFÁN PIAMBA, determinaron su responsabilidad en el delito de acceso carnal con persona puesta en incapacidad de resistir, pues, se reitera, fue el testimonio en juicio de la víctima el que condujo al Tribunal a concluir que ONEIVER PERAFÁN PIAMBA, a quien la LFPCH describió, y dijo haber visto en varias oportunidades, es el mismo hombre que la accedió carnalmente y a quien tuvo que continuar viendo por residir en el mismo pueblo.

En este sentido, aclaró la declarante, 'el negro' es el mismo ONEIVER PERAFÁN PIAMBA, pero ella solo supo el nombre el día que lo capturaron, información que no pone en duda la autoría del hecho, pues de ser así se caería en el equívoco entender que solo cuando la víctima conoce el nombre del agresor se viabiliza la judicialización.

Entonces, fue claro el fallador al escindir los dos temas erróneamente enlazados por el censor, precisando que la individualización e identificación es necesaria desde el inicio del proceso penal, por lo que no es un asunto objeto de prueba en el juicio, mientras que la responsabilidad del procesado la basó en las pruebas practicadas en la audiencia, como las declaraciones de NCH, madre de LFPCH; de la sicóloga del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Lyda Janeth Burbano, pero esencialmente, en el testimonio de la víctima.

Sobre estas dos situaciones perfectamente diferenciables y el momento procesal en el que cada una de ellas debe quedar establecida, la Corte ha tenido oportunidad de pronunciarse, precisando que

*[L]a identificación, además de corresponder a un aspecto básico de la instrucción, en tanto presupuesto de decisiones y actos relevantes en el trámite, es una labor que le corresponde a la Fiscalía General de la Nación y los funcionarios de Policía Judicial, en la forma como lo ratifica el artículo 207 del Código de Procedimiento Penal, al establecer en el Inciso Tercero que en desarrollo del programa metodológico de la investigación, “el fiscal ordenará la realización de todas las actividades que no impliquen restricción a los derechos fundamentales y que sean conducentes al esclarecimiento de los hechos, al descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física, **a la individualización de los autores y partícipes del delito**, a la evaluación y cuantificación de los daños causados y a la asistencia y protección de las víctimas.”*

De manera que, la Fiscalía y sus organismos de investigación, facultativamente determinan los mecanismos de identificación necesarios para concretar ese aspecto de la investigación, a partir del cual serán viables otros de significativa trascendencia enunciados con antelación.

(...)

Satisfecho ese aspecto de la instrucción, es decir, individualizada la persona indiciada o verificada su identidad, la actuación se dirige fundamentalmente a establecer la responsabilidad de quien hubiere sido vinculado como autor o partícipe de la infracción, tópico que se debate en el trámite del juicio oral, durante el cual la defensa, en su labor de confrontar la teoría del caso de la Fiscalía, tiene todas las posibilidades de desvirtuar la intervención del acusado en el delito, pues, debe reiterarse, el reconocimiento, fotográfico o en fila de personas, por sí solo, no constituye prueba de responsabilidad con entidad suficiente para aniquilar el derecho a la presunción de inocencia. (CSJ SP- 105-2018, 7 feb. Rad. 43651).

Resulta oportuno precisar que la cita que efectúa el impugnante de un precedente de esta Corporación (CSJ SP. 27 jul. 2011. Radicado 34779) no es aplicable al caso que ahora estudia la Sala, por cuanto en aquél se examinó un asunto en el que la Fiscalía no individualizó al hombre que disparó el arma de fuego asesinando a una mujer, hecho del cual solo hubo testigos presenciales que no conocían al autor del homicidio, mientras que en éste fue el primer paso que agotó el ente acusador, lo cual hizo con la versión de la víctima directa LFPCH, quien, por conocer a su agresor, indicó sus rasgos físicos, la forma de vestir, la característica de ser una persona con acné severo, su edad aproximada, así como el inmueble al que la llevaron junto con su hermana,

lugar donde se ejecutó la conducta ilícita, información a partir de la cual la policía judicial a través de labores de vecindario en el municipio Bolívar, logró individualizarlo y posteriormente identificarlo, labores cumplidas y agotadas como requisito previo al agotamiento de las audiencias preliminares.

De manera que, como lo advirtiera el delegado de la Fiscalía ante esta Corporación, el censor yerra al pretender que se establezca una especie de tarifa legal a partir de la cual sólo si LFPCH hubiera señalado en el juicio a ONEIVER PERAFÁN PIAMBA como su agresor, se alcanzaría el conocimiento necesario para concluir su responsabilidad, razonamiento incorrecto, no solo porque desde la práctica se sabe la imposibilidad de enfrentar a la víctima de un delito sexual menor de edad, con el agresor, sino porque precisamente el legislador previó, como mecanismo de protección de estas víctimas, la admisión excepcional de la prueba de referencia. (Art. 438, num. e) de la Ley 906 de 2004).

Pero además, omite la defensa considerar que la adolescente, no solo sufrió la agresión sexual, sino que debió soportar el acoso posterior de ONEIVER PERAFÁN PIAMBA, quien vivía en el mismo pueblo y conocía dónde estudiaba y residía la joven, razón por la cual, no es cierto que 'el negro' puede ser uno cualquiera de los habitantes de Bolívar (Cauca), pues fue a ONEIVER a quien LFPCH señaló como el hombre que la accedió carnalmente cuando ella estaba ebria

y el mismo que con posterioridad la perseguía diciéndole que repitieran lo sucedido.

Así quedó registrado en el fallo del tribunal:

«...¿Después del hecho? si, él siempre cuando está (sic) sola me perseguía y plantaba por donde yo estaba y una vez cuando yo estaba por ahí donde plantan las chivas de San Juan [él fue y] me dijo que tenía que estar con él, que tenía que volver a pasar lo que había pasado antes y pues yo le dije que no, entonces me dijo que tampoco me pusiera a contar lo que había pasado porque o sino me atuviera a las consecuencias (record 41:17 a 42:06)...»

Además, deja de lado el hecho de que si bien NCHP⁸ informó en su declaración que supo que ‘el negro’ se llamaba ONEIVER PERAFÁN PIAMBA cuando fue capturado, ella ya lo había visto, solo que no sabía cómo se llamaba porque a él le dicen ‘el negro’:

Se llegó a enterar de quién abusó a su hija era un tal ONEIVER, porque él iba a buscarla arriba, en la parte donde viven, donde arriendan... que se enteró de su nombre el día que lo capturaron, fue en esa ocasión cuando se enteró de su nombre completo; porque a él le decían «El Negro» y así ella lo conocía, que únicamente lo conocía de cara...»⁹

Igualmente, desconoce que NCHP también declaró que estaba siendo amenazada por la familia de ONEIVER PERAFÁN PÍAMBA, exigiéndole que llegara a un acuerdo con el procesado, porque de lo contrario

⁸ madre de la adolescente.

⁹ Folio 5 del fallo de primera instancia.

«...le pasa algo a una de sus hijas; que la amenazas consisten en que le insisten que debe llegar a un acuerdo con el acusado; que con el inspector de la vereda «La Playa» le había mandado a decir que tenía que recibir 8 millones, sino le iba a ir mal, pero que no hizo eso, ya que, la dignidad de sus hijas es lo más importante para ella...»¹⁰

En síntesis, si como la Sala se ha encargado de precisarlo, el artículo 128 de la Ley 906 de 2004 impone a la Fiscalía la obligación de *«verificar la correcta identificación o individualización del imputado, a fin de prevenir errores judiciales»*, exigencia que, en este caso se cumplió desde la indagación preliminar, es decir, individualizó e identificó al hombre al que la adolescente LFPCH conocía como ‘el negro’, pues sin tal presupuesto no era factible la solicitud de una orden de captura en su contra y la posterior formulación de imputación, mal puede pretenderse que este hecho que no hizo parte de la teoría del caso de la Fiscalía, y por tanto, del tema de prueba, hubiera debido llevarse al juicio oral.

Por el contrario, la responsabilidad de ONEIVER PERAFÁN PIAMBA en el delito contra la libertad, integridad y formación sexual, del que fue acusado, por ser un tema objeto de prueba, se debatió en el juicio y con tal fin se escuchó en declaración a la víctima LFCHP, su señora madre NCHP y a la sicóloga del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Lida Yanet Burbano, pruebas en las que los falladores sustentaron la condena en contra del procesado,

¹⁰ Folio 5 ib.

apoyados, igualmente, en la construcción indiciaria frente a la cual ningún error denuncia el censor.

En ese sentido, la Sala comparte los razonamientos comunes de la representación de la fiscalía y del Ministerio Público, expuestos en la audiencia de sustentación, razón por la cual, no casará el fallo objeto del recurso.

Asunto final

Comoquiera que del contenido de la denuncia y de lo declarado en el juicio por LFPCH y NCHP, se advierte que CIPCH, de 12 años de edad, también fue agredida sexualmente, conducta que no fue investigada en conexidad con esta, se ordena compulsar copias de lo actuado ante la Fiscalía General de la Nación, para que, previa verificación de que no se haya generado otro CUI por ese hecho, se investigue esa conducta punible.

De otra parte, tanto la denunciante (madre de las adolescentes víctimas), como LFPCH, menor de edad agredida sexualmente, informaron en el juicio que han sido objeto de amenazas por parte de familiares de ONEIVER PERAFÁN PIAMBA, quienes las han buscado para ofrecerles dinero a cambio de que guarden silencio, y las han intimidado diciéndoles que algo les puede suceder si insisten en acusar a PERAFÁN PIAMBA, situación de la cual informaron al fiscal que adelantó el caso, se dispone compulsar copias para que se inicie la correspondiente

indagación y se adopten, de ser necesarias, las medidas de protección para estas mujeres.

En mérito de lo expuesto, la **Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad emanada de la Constitución Política y la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NO CASAR la sentencia impugnada.

SEGUNDO: COMPÚLSENSE las copias a las que se aludió en la parte motiva de este proveído.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

EYDER PATIÑO CABRERA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

