

PRUEBA DE REFERENCIA EN DELITOS SEXUALES EN MENORES DE EDAD - Admisión excepcional.

DECLARACIONES ANTERIORES AL JUICIO: Incorporación como testimonio adjunto: requisitos y procedimiento.

DECLARACIONES ANTERIORES AL JUICIO – En caso de retractación para su incorporación y valoración se requiere contar con la versión vertida en el juicio y las versiones rendidas por fuera de mismo para confrontarlas.

PRUEBA DE REFERENCIA – La prohibición de condenar con base exclusivamente en ella, puede ser superada con prueba complementaria o ratificatoria directa, indirecta, o de corroboración periférica.

SENTENCIA CONDENATORIA – Requisitos: convencimiento más allá de toda duda razonable acerca de la ocurrencia del delito y la responsabilidad del acusado.

SENTENCIA CONDENATORIA – La prueba de referencia por sí sola no es suficiente para proferir condena.

SENTENCIA ABSOLUTORIA – Procedencia al encontrarse fundada la decisión en prueba de referencia.

(...) una sentencia de tipo condenatorio no tendrá como fundamento exclusivo el que se estructure con prueba de referencia, la que básicamente es toda declaración realizada fuera del juicio oral, y que resulta admisible entre otras causas cuando el declarante es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales (...)

(...) la declaración anterior al juicio oral del testigo que no comparece al estrado en el debate probatorio por encontrarse inmerso en alguna de las circunstancias excepcionales previstas en el artículo 438 de la Ley 906 de 2004, podrá ser tenida como prueba de referencia si la parte solicitante demuestra que cumple con las condiciones indicadas en la referida norma y las previstas en el inciso segundo del artículo 441 *ejusdem* (...)

(...) En cuanto a la versión de E.E.M.P., se introdujo con respeto al debido proceso prueba de referencia a través del testigo LARRY JESÚS LUGO, quien fue el policía judicial que recogió las entrevistas (...)

(...) En la primera de las entrevistas la menor dio a conocer los hechos sucedidos en abril de 2012 (...) En la segunda básicamente, expresó que no quería saber nada del proceso y no acudiría a las citaciones que le realicen la fiscalía y el juzgado, dando a conocer sus dudas y atribuyendo como posible causa de su confusión al consumo de la bebida tradicional que le fue suministrada para la fecha de los hechos. (...)

(...) si bien la defensa, alegó que la segunda entrevista constituye una retractación, desde el punto de vista procesal no lo es, ya que esta se presenta cuando un testigo al comparecer a la audiencia de Juicio Oral cambia su versión inicial, en cambio lo que aquí ocurrió es que se conoce el relato de la menor a través de dos entrevistas que se presentan como declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, que, si bien se introducen como prueba de referencia, no son susceptibles

de comparación con un testimonio que haya rendido la menor en juicio, simplemente porque no se logró su comparecencia. (...)

(...) debe la Sala dar la razón a la defensa cuando expresa que la decisión condenatoria tuvo como fundamento prueba de referencia, ya que la versión sobre los hechos por parte de la víctima se conoce únicamente a través de las entrevistas rendidas al investigador LARRY JESÚS LUGO (...). Y si bien la psiquiatra ANA SOFÍA CALVACHE LÓPEZ y el psicólogo JAVIER HERNÁN ALMEIDA ESPAÑA, pueden dar cuenta de algunos síntomas relacionados con ansiedad la primera y de sanidad mental el segundo, sobre los hechos sólo se constituyen en testimonios de oídas que no fueron corroborados por su fuente primaria, es decir la menor E.E.M.P.

Estas pruebas así aportadas, que demuestran el hecho delictivo no permiten comprometer la responsabilidad penal del procesado, para respaldar una sentencia de tipo condenatorio.

(...) la prueba de referencia por sí sola no es suficiente para proferir condena, y cuando la fiscalía utiliza este medio para sustentar su teoría del caso, debe contar con prueba complementaria directa o indirecta que permita (i) alcanzar los estándares de conocimiento requeridos para dictar un fallo de responsabilidad, y (ii) superar la prohibición consagrada en el artículo 381 inciso segundo de estatuto procesal penal.

Ese proceso de corroboración a través de prueba complementaria directa o indirecta, en el presente caso no se propició (...)

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrada Ponente : Dra. Blanca Lidia Arellano Moreno
Proceso No. : 520016000485 - 201306631-1
Número Interno : 10125
Procesado : RJOL
Delito : Acto Sexual Violento
Aprobado : Acta Nro. 11 del 18 de marzo de 2024

San Juan de Pasto, veinte (20) de marzo de dos mil veinticuatro
(2024)

1. OBJETO DE LA DECISIÓN

Corresponde a esta Sala pronunciarse sobre el recurso de apelación interpuesto por la defensa del señor **RJOL**, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pasto, el 11 de diciembre de 2023¹, por medio de la cual se impuso sentencia condenatoria por el punible de Acto Sexual Violento.

En la decisión fue absuelto del delito de Acceso Carnal o Acto Sexual Abusivo con Incapaz de Resistir.

2. ANTECEDENTES

2.1. Supuestos Fácticos

De conformidad a los hechos sobre los cuales se sustentó la sentencia y que coinciden con los descritos en el escrito de acusación, se tiene que la menor de iniciales E.E.M.P., contó que en el mes de abril de 2012 cuando tenía 12 años de edad, se encontraba en la finca de su abuelo ubicada en el Corregimiento de ... del Municipio de Pasto, la cual funciona como maloca, lugar que frecuentaba el señor RJOL con quien solían tomar yagé y siendo aproximadamente las 9:00 p.m., se le enredó una cadena que tenía puesta y el ahora procesado intentó ayudarla, instante que aprovechó para atarle las manos con un collar artesanal, le apretó los pies con las piernas, haciéndola caer al piso y procedió a subírsele encima, ante lo cual, intentó defenderse, rasguñándolo y golpeándolo. No obstante, el agresor le colocó la chaqueta en la boca, impidiéndole gritar; seguidamente se bajó el pantalón, y le bajó la sudadera a ella intentando penetrarla, pero

¹ Reparto fechado a 19 de enero de 2024.

la menor apretó sus piernas, y con sus manos logró romper el collar y soltarse, quitándolo de encima. Según lo expresado por la víctima, el agresor también la amenazó con un cuchillo y le dijo que si contaba lo sucedido la mataba junto a su abuelo y prima.

Posteriormente, el día 22 de abril de 2013, aproximadamente a las cinco de la mañana, cuando E.E.M.P., se encontraba durmiendo en la casa de su abuelo, ubicada en el barrio ... de la ciudad de Pasto, se percató que estaban realizando actos sexuales con ella, pues, al despertar descubrió su sudadera abajo y sintió que le tocaban las piernas.

2.2. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

2.2.1. Preliminares

Iniciada la correspondiente investigación, el Juzgado Quinto Penal Municipal de Pasto en Función de Control de Garantías, el 28 de marzo de 2014 declaró legal la captura que previamente se había emitido en contra del señor RJOL, por lo que la Fiscalía 15 Seccional de la Unidad de CAIVAS, procedió a surtir la correspondiente formulación de imputación por el delito de Acto Sexual Violento del artículo 206 del Código Penal y Acceso Carnal o Acto Sexual Abusivo con Incapaz de Resistir por Estado de Inconsciencia consagrado en el artículo 210 de la misma normatividad penal, imputación frente a la cual, el señor OL no aceptó los cargos.

En cuanto a la medida de aseguramiento de detención intramural requerida se negó y en consecuencia se ordenó la libertad del imputado.

2.2.2. Acusación

Presentado el escrito de acusación el 26 de agosto de 2014, la audiencia se llevó a cabo en el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pasto, Despacho al que le correspondió su conocimiento. En dicho acto, la Fiscalía acusó formalmente a RJOL, como autor del delito de Acto Sexual Violento, contenido en el artículo 206 del Código Penal, informándole sobre la pena establecida, (8 a 16 años de prisión), y artículo 210 inciso 2 referente a Acto Sexual Abusivo con incapaz de resistir con una pena de 8 a 16 años de prisión, en concurso material homogéneo artículo 31 C.P., y las penas accesorias contenidas en el artículo 52 del C.P.

2.2.3. Audiencia Preparatoria

El 4 de febrero de 2020 se llevó a cabo la audiencia preparatoria, en la cual se presentaron las correspondientes estipulaciones probatorias y se realizó la solicitud de pruebas, las cuales fueron decretadas por el Juzgado, decisión que no mereció oposición por ninguna de las partes.

2.3.4. Audiencia de Juicio Oral

El 19 de junio de 2021 se inició la audiencia de juicio oral, no obstante, fue suspendida por la no comparecencia de los testigos y se continuó el 21 de octubre de 2021 en donde la Fiscalía presentó su teoría del caso, y a renglón las siguientes estipulaciones probatorias:

- Que el señor RJOL, se identifica con la cédula de ciudadanía No. ... expedida en Pasto-Nariño, por lo tanto, su plena identidad corresponde a los nombres, apellidos, huellas dactilares y cupo numérico referido y anotado en la Registraduría Nacional del Estado Civil. Hecho que se demuestra con el informe de investigador de laboratorio, FPJ-13-, de fecha 27 de marzo de 2014, referente a plena identidad, suscrito por Carmen Eugenia Moreno, perito del CTI, acompañado del archivo lofoscópico en formato de la Fiscalía General de la Nación.

- Que la menor de iniciales E.E.M.P., nació el 4 de diciembre de 2000, en el municipio de Pasto - Nariño, de tal manera que para el mes de abril de 2012 y 2013 no superaba los 14 años, según registro civil de nacimiento con indicativo serial No. 30659400.

En la fase de Juicio Oral, se practicaron los testimonios solicitados por la Fiscalía y después de varios aplazamientos, la audiencia continuó el 05 de septiembre de 2023, y el 23 de octubre de 2023, la Judicatura, declaró clausurado el debate probatorio.

En la última convocatoria del 12 de octubre de 2023, la defensa desistió de los testigos y se expusieron por las partes e intervinientes, los alegatos de conclusión.

El 11 de diciembre de 2023, el Juzgado absolvió a RJOL del delito de Acceso Carnal o Acto Sexual Abusivo con Incapaz de Resistir, y lo condenó como autor del delito de ACTO SEXUAL VIOLENTO, imponiendo en su contra la pena principal de cien (100) meses de prisión, y como penas accesorias, la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones

públicas, la prohibición de acercarse y comunicarse con la víctima y su núcleo familiar por el mismo término de la pena principal. Inconforme con la decisión, la defensa apeló la decisión.

3. DECISIÓN APELADA

La sentencia inicia con una recapitulación de los fácticos, y aclara que la menor E.E.M.P., y otros de sus familiares no asistieron al juicio oral, pese a los esfuerzos realizados por la Fiscalía.

Con relación a los testimonios que acudieron a juicio, menciona que el funcionario judicial del CTI y psicólogo LARRY JESÚS BERRÍO LUGO, quien realizó una entrevista forense a la menor E.E.M.P., el 23 de diciembre de 2013, cuando ella tenía 13 años de edad, no emitió un concepto profesional u opinión pericial que denote su percepción especializada sobre lo manifestado por la menor, solamente se limitó a rememorar lo que aquella le expuso en la entrevista forense, por lo que su declaración es el vehículo empleado para introducir al debate la declaración rendida por E.E.M.P., la cual se configura en prueba de referencia admisible.

Considera que se encuentra acreditada la materialidad de la conducta de ACTO SEXUAL VIOLENTO de conformidad a los hechos narrados del mes de abril del año de 2012, pues si bien el delito acusado requiere que el agente que ejecuta el acto sexual ilícito diverso al acceso carnal menoscabe la capacidad de autodeterminación de la víctima, en el sub examine se evidenció que E.E.M.P., describió clara y detalladamente el abuso sexual del que fue objeto por parte del señor RJOL.

Señala la *A quo* que, de la narración ofrecida por la víctima en la entrevista ingresada como prueba de referencia, se observa una modalidad “violenta” de actos sexuales, los cuales ejecutó el procesado, a quien la víctima individualizó e identificó y que los mismos tuvieron ocurrencia en el mes de abril de 2012.

También trae a colación que el testimonio de la menor goza de total credibilidad, porque no se evidenciaron contradicciones en su contenido, además que dio cuenta razonada de lo sucedido, detallando la forma excepcional en que pudo percibir el suceso, explicando las características del lugar, e identificando al acusado.

Se refiere al testimonio de la psiquiatra Ana Sofía Calvache López, quien valoró a la menor el 27 de febrero de 2014 cuando tenía 13 años de edad; y resalta que en su testimonio, la psiquiatra señaló cómo la víctima le comunicó que había sido abusada sexualmente en dos oportunidades, y reseñó los hallazgos y conclusiones, indicando además que la víctima le comunicó que se sentía mal, triste, que no estaba durmiendo bien y que ya no aguantaba más, de modo que le había contado a la tía lo que había sucedido, por lo que se inició la ruta y es por ello que la remitieron a psiquiatría, además, indicó la profesional que la niña estaba ansiosa y que aquella le manifestó que se había desescolarizado porque había visto a su agresor rondando por el colegio y pensaba que aquel ya sabía sobre la denuncia y la estaba buscando, dado que cuando fue abusada, él la amenazó con matar a su abuelita, lo que desencadenó que ella ya no retornara al colegio.

Agrega la *A quo*, que la profesional exteriorizó que solo una vez examinó a la menor E.E.M.P., y su función era valorar los síntomas para poder empezar un tratamiento puesto que le fue diagnosticado “*TRASTORNO DE ANSIEDAD*”, y presentaba todos los síntomas de un niño víctima de abuso sexual.

Por otro lado, respecto de la ingesta de la bebida conocida con el nombre de yagé, refiere que es información plasmada en la entrevista incorporada como prueba de referencia admisible, y que la psiquiatra reveló que no recordaba ese aspecto.

Otro testimonio al que hace alusión es del psicólogo del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – CAIVAS, JAVIER HERNÁN ALMEIDA ESPAÑA, quien examinó a la menor E.E.M.P., el día 23 de enero de 2014, cuando tenía 13 años de edad. Menciona la Jueza que el psicólogo en su testimonio añadió que la paciente le exteriorizó que su parte escolar se vio afectada en la secundaria, cuando estaba cursando grado sexto y que ella había sido objeto de unos actos sexuales y un acceso carnal por vía vaginal en tres momentos diferentes, ubicando dos de ellos en una propiedad del abuelo, y otro en el lugar de residencia de la niña, y que identificó como responsable a una persona cercana a la familia de nombre “R”.

Se adentra a analizar el testimonio presentado por la defensa respecto al funcionario judicial del CTI y psicólogo LARRY JESÚS BERRÍO LUGO, quién sostuvo que le realizó dos entrevistas a la menor E.E.M.P., la segunda calendada del 8 de febrero de 2018 cuando contaba con 17 años de edad, para decir que si bien la entrevista rendida por la víctima, tiene como fin retractarse de sus iniciales incriminaciones en contra de

RJOL, no tiene el poder suasorio para ello, pues si bien para el profesional de la psicología que la recibió, le mereció credibilidad debido a que al momento de entrevistarla no se evidenciaba secuelas de haber sufrido abusos sexuales; ya habían transcurrido varios años de la fecha de ocurrencia de los hechos denunciados, lo que posibilitaba que la adolescente ya hubiera superado y olvidado los traumas y no quedara evidencia de ello, pues ella misma manifestó que todo estaba superado.

Expresa que, si bien la defensa hace alusión que solo se tiene la prueba de referencia, el relato de la menor esta corroborado con los testimonios de la psiquiatra Ana Sofía Calvache López y del psicólogo Javier Almeida España quienes tuvieron a su cargo la valoración psiquiátrica y psicológica de la menor, y en la valoración lograron destacar, observar y concluir que a raíz de los hechos la menor sufría de innumerables perturbaciones y secuelas de tipo emocional.

Finalmente aclara que absuelve al acusado del delito de Acceso Carnal o Acto Sexual Abusivos con Incapaz de Resistir, dado que para el tipo objetivo del delito es necesario que la víctima se haya encontrado en circunstancias en las que no hubiere contado con la facultad para comprender el episodio erótico sexual o prestar su consentimiento para ello, es decir, en eventos en los que el agresor, aprovechándose del sujeto pasivo que se encuentra en condiciones de *“estado de inconsciencia”* *“trastorno mental”* o *“incapacidad de resistir”*, ejecuta sobre su cuerpo acceso carnal o actos sexuales diversos, pues en esos eventos la materialidad de la conducta no la constituye en sí la realización del comportamiento erótico sexual, sino que éste haya acaecido valiéndose de

la IMPOSIBILIDAD DE LA VÍCTIMA DE COMPRENDER O APROBAR TAL ENCUENTRO, lo cual no fue demostrado en este caso.

4. RECURSO DE APELACIÓN

La Defensa como único apelante, solicita se proceda a revocar la sentencia condenatoria y en su lugar, se emita fallo absolutorio a favor de RJOL bajo los siguientes argumentos:

Inicia haciendo referencia a los hechos jurídicamente relevantes, para luego, expresar que la sentencia se fundamentó en prueba de referencia, aunado a que, existe duda acerca de la existencia del delito y la responsabilidad del acusado.

Establece que, para la Jueza de primera instancia, las opiniones de los peritos se constituyen como base de lo que ellos presenciaron o de la información suministrada por la víctima, lo cual no tiene sustento, puesto que en primer lugar los testigos no fungieron como peritos y en segundo lugar no presenciaron directamente aspectos emocionales en la víctima que evidencien la ocurrencia de los hechos acusados.

Luego, se adentra a realizar la crítica a los testimonios de la Fiscalía, cuyo estudio la Sala lo abordará cuando se haga el respectivo análisis probatorio.

Finalmente, refiere que se presenta una duda razonable dado que no tuvo la oportunidad de contrainterrogar a la víctima para ponerle de presente las diversas versiones y así poder esclarecer la razón por la que

inicialmente denuncia unos hechos y posteriormente los niega. Hace también énfasis en la ingesta del yagé por parte de la víctima cuando ocurrieron los hechos.

Con base a los anteriores argumentos, solicita se revoque la decisión apelada y en su lugar se absuelva al procesado.

5. CONSIDERACIONES

5.1 Competencia

De conformidad con lo preceptuado en el numeral 1° del art. 34 de la Ley 906 de 2004, es competente esta Sala para resolver el recurso de apelación formulado por la Defensa en contra de la sentencia del 11 de diciembre de 2023, proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pasto.

5.2 Problema Jurídico

Según los planteamientos expuestos en la apelación, la Sala resolverá el siguiente problema jurídico.

Los medios de conocimiento aportados en el juicio oral que se siguió en contra de RJOL permiten proferir en su contra sentencia condenatoria en calidad de autor del delito de Acto Sexual Violento, o por el contrario procede su absolución conforme a la solicitud de la defensa, por encontrarse fundada la decisión de primera instancia en prueba de referencia.

5.3 FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y JURISPRUDENCIALES

5.3.1 Delito de Acto Sexual Violento

La conducta por la cual se procesa al enjuiciable y que es objeto de apelación, se concreta en el delito de Acto Sexual Violento contenido en el art. 206 del C. Penal que reza: *“El que realice en otra persona acto sexual diverso al acceso carnal mediante violencia, incurrirá en prisión de (...)”*

La Jurisprudencia ha definido el acto sexual de la siguiente manera²:

“Se entiende por acto sexual toda conducta que “en sus fases objetiva y subjetiva” se dirige ... a excitar o satisfacer la lujuria del actor o más claramente su apetencia sexual o impulsos libidinosos, y ello se logra a través de los sentidos del justo, del tacto, de los roces corporales mediante los cuales se implican proximidades sensibles ... y se consuman mediante la relación corporal ...” (AP julio 27/2009, Rad. 31715, reiterado en la SP 152269-2016 Oct. 24, Rad. 47640).

“es decir, como ya lo ha explicado la Sala, una actividad humana es de naturaleza sexual cuando, en sus aspectos objetivo y subjetivo, se dirige a excitar o satisfacer la lujuria o los impulsos libidinosos, lo cual se logra a través de los sentidos, principalmente del gusto y del tacto, pero también con participación de sensaciones visuales, olfativas y auditivas, que sin dudarlo intervienen en tal tipo de interacción humana -tendiente a la realización del coito, pero que de ninguna manera se agota en él-.

Conforme a esa explicación, para que una conducta humana constituya un acto sexual, no basta que excite a su autor o que satisfaga su libido desde su particular visión, pensamiento o deseo, pues será necesario también que aquella revista aptitud o idoneidad,

² C.S.J. Sentencia de 12 de agosto de 2020, rad. SP2894-2020. 52024. M.P. Patricia Salazar Cuellar.

según los criterios culturales y sociales predominantes sobre la sexualidad humana, para alcanzar esa finalidad.

En efecto, desde la sentencia SP oct. 26/2006, rad. 25743, se explicó que:

*“El acto sexual **debe ser apropiado** para estimular la lascivia del autor y de la víctima, o al menos, de uno de ellos. Por eso, frente a la legislación penal de 1936 para Colombia sobre el punto similar a la actual, Pedro Pacheco Osorio exponía:*

*“El acto exótico-sexual **debe ser idóneo** no solo para excitar o satisfacer la lujuria de ambos sujetos del delito, o siquiera de uno de ellos.*

*Por eso se afirma que **debe tratarse de prácticas de contenido sexual objetivamente consideradas, que la conducta tiene que revestir entidad significativa, ...**”.* ... (Negritas fuera del original)”.
El acto sexual comprende varias hipótesis: que el sujeto pasivo soporte, presencie o ejecute acciones sexuales con alcance lascivo o lujurioso. De esta manera, los actos libidinosos pueden ser cometidos por el agente en el cuerpo de la víctima, o ésta puede verse compelida a ejecutarlos sobre el cuerpo del agresor o sobre su propio cuerpo. Así mismo, el sujeto activo puede obligar a un tercero a cumplir actos libidinosos sobre el cuerpo de la víctima y, finalmente, a esta se la puede obligar a tan solo presenciar actos libidinosos ejecutados por el agente sobre su cuerpo o a un tercero.

Para el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se tiene que el acto imputado al procesado se concreta en la primera modalidad, es decir en la realización de actos sexuales diversos al acceso carnal sobre el

cuerpo de la víctima, que se concretaron en tocamientos lúbricos y carnales.

Y la imputación también comporta el elemento normativo de la violencia, concepto sobre el cual nuestra Alta Corporación hace el siguiente recuento jurisprudencial en SP2687-2021, 30 de junio de 2021, radicado No. 58575, que si bien se refería a un delito de acceso carnal violento incluye algunos elementos pertinentes para la conducta que nos ocupa:

“La violencia sexual hace referencia al acto de coacción hacia una persona con el objeto de llevar en ella a cabo una determinada conducta sexual y se constituye en la máxima afrenta que padece el ser humano al relacionarse con su integridad sexual.

En punto de dicho elemento, la Corte se ha referido en los siguientes términos:

En sentencia CSJ SP, 26 nov. 2003, rad. 17068, se dijo que “(...) en esta clase de actos se ha de considerar la interacción entre el ofensor y la víctima, no se trata precisamente de una cuantificación de la violencia como si de su cualificación, entendida ésta como la suficiente para vencer una resistencia (...)”.

En la providencia CSJ SP, 2 jun. 2004, rad. 18987, aunque refiriéndose al acto sexual violento, señaló la Corte que la violencia como elemento estructurante del tipo “(...) se constituye en el medio para lograr la ejecución del acto sexual (...)”.

Igualmente, en proveído CSJ SP, 26 oct. 2006, rad. 25743, con referencia al punible de acto sexual violento la Sala plasmó las siguientes consideraciones que, mutatis mutandis, son aplicables al reato de acceso carnal violento:

*1. La violencia. 1.1. El concepto. Por violencia, para efectos del delito que ocupa la atención de la Sala, **se entiende la fuerza**, el*

constreñimiento, la presión física o psíquica -intimidación o amenaza- que el agente despliega sobre la víctima para hacer desaparecer o reducir sus posibilidades de oposición o resistencia a la agresión que ejecuta.

1.2. La relación causal. Como es obvio, debe haber perfecto vínculo de fundamento a consecuencia entre la violencia realizada por el autor sobre el cuerpo del sujeto pasivo y el acto agresor. **Dicho de otra forma, el comportamiento sexual es consecuencia de la fuerza previa o concomitante, en el entendido que sin ésta no es posible el atentado.** O con las palabras del artículo 206 del Código Penal, el acto sexual se debe realizar ‘mediante violencia’, vale decir, la presión media, intercede.

El tipo de violencia puede ser física o moral, pues según la CSJ SP, 23 ene. 2008, rad. 20413, afirmó entre otros aspectos de la violencia que:

“es innegable que las modalidades de violencia son susceptibles de adaptarse a todo tipo de combinaciones y variantes, dependiendo de la manera en que se desarrollen las circunstancias de cada caso en particular (por ejemplo, cambiar de amenazas a vías de hecho y luego volver a las amenazas), e incluso su concurrencia ni siquiera tiene que ser concomitante a la perpetración de la acción que configura el acceso, siempre y cuando la violencia objetivamente valorada ex ante sea la que determine su realización (negrilla fuera de texto)”.

5.3.2 Prueba de referencia en delitos sexuales en menores de edad

Los artículos 16³ y 379⁴ de la Ley 906 de 2004, al amparo del principio de inmediación, exigen que únicamente se estime como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada y sujeta a confrontación y contradicción ante el Juez de conocimiento, teniendo como excepción la producida o incorporada de forma anticipada **y la de referencia**⁵, pues así lo ha dejado sentado la Sala Penal de la CSJ en providencia SP2582-2019, radicación No. 49283 de 10 de julio de 2019, M.P. Patricia Salazar Cuéllar:

“En primer término, en el sistema procesal regulado en la Ley 906 de 2004, las declaraciones anteriores al juicio oral no son prueba. Sólo en casos excepcionales podrán ser incorporadas en esa calidad en el juicio oral, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en la ley y desarrollados por la jurisprudencia.

Las entrevistas y declaraciones juradas que obtienen las partes son actos preparatorios del debate. Para esos efectos, el artículo 347 faculta al fiscal para tomar declaraciones juradas si ello “resultare conveniente para la preparación del juicio”, y los artículos 271 y 272 le otorgan una posibilidad equivalente al defensor.

En esa misma línea, el artículo 16 (norma rectora) establece que “en el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada y sujeta a confrontación⁶ y contradicción...”.

La misma orientación tiene el artículo 402, en cuanto establece que el testigo “únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y

³ El artículo 16 de la citada legislación procesal, tiene el carácter de norma rectora y dispone que “*en el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada y sujeta a confrontación y contradicción...*”.

⁴ El artículo 379 que regula la inmediación refiere que “*El juez deberá tener en cuenta como pruebas únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia. La admisibilidad de la prueba de referencia es excepcional*”.

⁵ Sala Penal CSJ. SP5798 2016, radicado 41667, precisó: “*prueba de referencia es toda declaración realizada por fuera del juicio oral y utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño ocasionado y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en juicio.*”

⁶ Según se indicará más adelante, el derecho a la confrontación puede verse total o parcialmente afectado cuando la presencia del testigo en el juicio oral es reemplazada por las declaraciones rendidas por fuera de ese escenario.

personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir”, y el artículo 403, que regula los temas sobre los que puede versar la impugnación de la credibilidad de los testigos y las herramientas jurídicas que pueden utilizarse para tales efectos. Ello en consonancia con lo establecido en los artículos 392 y siguientes sobre el interrogatorio cruzado de testigos, especialmente en lo que atañe al contrainterrogatorio, como elemento estructural de derecho a la confrontación.

De otro lado, debe tenerse presente que una declaración anterior no pierde su carácter (testimonial), porque haya sido documentada de cualquier manera (CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153), ni, obviamente, porque las partes o el juez la denominen “prueba documental”, “elemento material probatorio” o de cualquier otra forma.”⁷

Por su parte los artículos 381, 437 y 438, literal e) de la misma Ley, establecen en primera medida que una sentencia de tipo condenatorio no tendrá como fundamento exclusivo el que se estructure con prueba de referencia, la que básicamente es toda declaración realizada fuera del juicio oral, y que resulta admisible entre otras causas cuando el declarante es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo Código.

Y en decisión SP-14844 2015, radicación 44056, respecto a la demostración de la causal excepcional de prueba de referencia, la Sala Penal de la CSJ afirmó:

“La parte que pretende la aducción de la declaración anterior al juicio, a título de prueba de referencia, debe demostrar la causal excepcional de admisibilidad, esto es, que la persona falleció, perdió la memoria, ha sido secuestrada, padece enfermedad que le impide declarar, etcétera. Esta demostración puede hacerse con cualquier medio de prueba, en desarrollo

⁷ CSJ SP-606-2017, 25 ene. 2017, rad. 44.950.

del principio de libertad probatoria que inspira todo el ordenamiento jurídico, salvo lo dispuesto en el primer literal del artículo 438 en cita.

*Si para el momento de la audiencia preparatoria la parte conoce la causal de admisión excepcional de prueba de referencia, debe hacer la solicitud en dicho escenario, porque una de las finalidades de esta audiencia es depurar todos los aspectos probatorios de cara al juicio (CSJ AP, Jun 18 de 2014, Rad. 2014, entre otras). Cuando se trata de situaciones fácticas que no pueden ser modificadas (la muerte del testigo, por ejemplo), el asunto puede resolverse de manera definitiva en la preparatoria; **cuando se trata de situaciones que pueden variar (por ejemplo, que el testigo no ha podido ser ubicado), durante el juicio se debe demostrar que la situación anunciada en la audiencia preparatoria no ha variado.**” (Subrayado y negrilla por fuera del texto original).*

Por tanto, la declaración anterior al juicio oral del testigo que no comparece al estrado en el debate probatorio por encontrarse inmerso en alguna de las circunstancias excepcionales previstas en el artículo 438 de la Ley 906 de 2004, podrá ser tenida como prueba de referencia si la parte solicitante demuestra que cumple con las condiciones indicadas en la referida norma y las previstas en el inciso segundo del artículo 441 *ejusdem*.⁸

Al respecto, resulta menester precisar que el Estatuto de Procedimiento Penal en el artículo 438 establece:

“ARTÍCULO 438. ADMISIÓN EXCEPCIONAL DE LA PRUEBA DE REFERENCIA. Únicamente es admisible la prueba de referencia cuando el declarante:

a) Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación;

⁸ Sala Penal CSJ sentencia AP3787-2018. Radicación No. °53364 de 05 de septiembre de 2018. M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.

b) *Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar;*⁹

c) *Padece de una grave enfermedad que le impide declarar;*

d) *Ha fallecido.*

e) *<Literal adicionado por el artículo 3 de la Ley 1652 de 2013. El nuevo texto es el siguiente:> **Es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo Código.***¹⁰
(Negrilla por fuera del texto original)

5.3.3 Testigos de oídas

Al respecto, la CSJ en SP, 6 mar. 2008, rad. 27477 y AP 25 de mayo de 2015, radicado 45578, establece una diferenciación entre el testigo de oídas y la prueba de referencia, a la vez que permite comprender en qué consiste la primera:

“De otra parte, el censor incurre en el error de calificar a (sic) al supranombrado como «testigo de referencia», basado en que no presencié el hecho en que se dio muerte a Miguel Antonio Pinilla Pinilla, sino que un tercero le contó sobre lo ocurrido, con lo cual revela que confunde el concepto del testimonio de oídas, «que es aquel cuyo conocimiento de un hecho le ha sido transmitido por comentarios o experiencias de terceros, pudiendo garantizar la existencia del relato o la fuente de su información»¹¹, con la prueba de referencia, que para ser considerada (sic) como tal, según la jurisprudencia de la Sala, debe reunir los siguientes elementos: «(i) una declaración realizada por una persona fuera del juicio oral, (ii) que verse sobre aspectos que en forma directa o personal haya tenido la ocasión de

⁹ Corte Constitucional. - Aparte subrayado declarado EXEQUIBLE, por los cargos propuestos, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-144-10 de 3 de marzo de 2010, Magistrado Ponente Dr. Juan Carlos Henao Pérez.

¹⁰ - Literal adicionado por el artículo 3 de la Ley 1652 de 2013, 'por medio de la cual se dictan disposiciones acerca de la entrevista y el testimonio en procesos penales de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales', publicada en el Diario Oficial No. 48.849 de 12 de julio de 2013.

¹¹ CSJ AP, 25 mar. 2015, rad. 45126.

observar o percibir, (iii) que exista un medio o modo de prueba que se ofrece como evidencia para probar la verdad de los hechos de que informa la declaración (testigo de oídas, por ejemplo), y (iv) que la verdad que se pretende probar tenga por objeto afirmar o negar aspectos sustanciales del debate (tipicidad de la conducta, grado de intervención, circunstancias de atenuación o agravación punitivas, naturaleza o extensión del daño causado, entre otros)».

Además de lo anterior, la jurisprudencia penal, nos entrega una guía que incluye algunos puntos de evaluación a la hora de apreciar lo que el testigo de oídas puede aportar al conocimiento de los hechos. Al respecto la CSJ, en SP, 24 jul. 2013, rad. 40702, expone:

“De esa forma, se ha concluido que aun cuando el testigo de oídas no es de por sí prueba deleznable, el operador jurídico está en la obligación de dedicar especial cuidado al ejercicio valorativo que implica esa clase de medios de prueba, ya que esta especie de testimonio adquiere preponderancia en aras de reconstruir la verdad histórica y hacer justicia material, únicamente cuando es imposible obtener en el proceso la declaración del testigo o testigos que tuvieron directa percepción del suceso. Por eso, la Sala ha establecido, según surge de sus precedentes jurisprudenciales, cuatro presupuestos a aplicar con ocasión de la apreciación del referido medio de persuasión¹²:

En primer lugar, se requiere que se trate de un testigo de referencia de primer grado, entendiendo como tal quien sostiene en su declaración que lo narrado lo escuchó directamente de una persona que tuvo conocimiento inmediato de los hechos, en contraste con el testigo de segundo grado o de grados sucesivos, que es quien al deponer afirma que oyó a una persona relatar lo que ésta, a su turno, había oído a otra, y así sucesivamente¹³. Tal exigencia se justifica porque en el análisis de esa prueba de orden testimonial, el de primer grado ofrece mayor fiabilidad y fortaleza que el de segundo, tercero, etc., dado que lo conocido no es de una tercera o cuarta fuente, sino de la inicial respecto de lo afirmado o narrado por el testigo directo¹⁴.

¹² En similar sentido se pronunció la Sala en la providencia del 19 de octubre de 2001, radicación 30682

¹³ Cfr. Parra Quijano, JAIRÓ. “Tratado de la Prueba Judicial” “El Testimonio”, Tomo I, pág. 161 a 166. Ed. El profesional, Bogotá

¹⁴ Cfr. Sentencias de 2 de octubre de 2001 y 26 de abril de 2006, radificaciones 15286 y 19561, respectivamente.

En segundo término, es preciso que el testigo de oídas señale cuál es la fuente de su conocimiento, esto es, al testigo directo del evento de quien recibió o escuchó la respectiva información, identificándolo con nombre y apellido o con las señales particulares que permitan individualizarlo, condición que resulta sustancial, de una parte, para que en el curso del proceso el funcionario intente por todos los medios legales que éste asista a declarar acerca de su cognición personal del suceso, indistintamente de que por razones debidamente justificadas (muerte, enfermedad, localización, etc.) resulte imposible obtener tal comparecencia; y de otra, porque de no ser así, es decir, de acoger o conceder mérito a la declaración de un testigo de referencia que no precisa quién es su referente, o que atribuye la ciencia de su dicho al comentario público o rumor popular — divulgado por personas desconocidas, creado, alimentado y dirigido por intereses inciertos, transformado por fenómenos de psicología colectiva, y difundido sin dirección ni sentido de responsabilidad—, en la práctica equivaldría a admitir una prueba testimonial anónima, cuya validez es contraria a elementales postulados que sustentan el Estado Social de Derecho¹⁵.

En tercer lugar, es imperioso establecer las condiciones en que el testigo directo transmitió los datos a quien después va a dar referencia de esa circunstancia, de manera que sea posible evidenciar que lo referido de modo indirecto por el declarante ex auditu es trasunto fiel de la información vertida a éste por el cognoscente directo.

Y, en cuarto término, es fundamental para otorgar poder suasorio a la especie de prueba en comento la confluencia de otra clase de medios de persuasión, así sean indiciarios, con la capacidad de reforzar las atestaciones del testigo de oídas, pues valorados en conjunto pueden suministrar elementos aptos para acreditar que lo referido al testigo indirecto se le transmitió en la forma como éste lo señaló y que efectivamente el suceso debatido ocurrió de conformidad con su narración.¹⁶

En conclusión, el testimonio de oídas se erige como medio de persuasión idóneo, serio y creíble cuando, además de reunir los dos primeros presupuestos, “aparece corroborado o respaldado por otros elementos de convicción que no permiten dudar de la veracidad del relato hecho por otras personas al testigo”, lo cual implica afirmar que la prueba testifical de referencia única, por sí sola, es decir, huérfana de otros medios probatorios que la confirmen y robustezcan, en cualquier caso carece de

¹⁵ Cfr. En ambos sentidos: Climent Duran, CARLOS, “La prueba Penal” “Testigos de referencia”, pág. 174 a 177. Ed. Tirant lo blanch. Valencia (España) 1999. Y Jacobo López Barja de Quiroga, JACOBO, “Tratado de Derecho Procesal Penal” “El testigo de referencia”, pág. 1326 a 1329. Thomson Aranzadi, Navarra (España) 2004.

¹⁶ Cfr. Sentencia de 5 de octubre de 2006, radicación 23960.

eficacia suficiente para desvirtuar la presunción constitucional y legal de inocencia".¹⁷

6. CASO CONCRETO

La defensa afirma que el Juzgado condenó al procesado RJOL, por el delito de Acto Sexual Violento, exclusivamente con fundamento en prueba de referencia, contrariando el inciso segundo del artículo 381 de la Ley 906 de 2004 que lo prohíbe, esto es *"Para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en juicio. **La sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia**"*.

Debe tenerse de presente que la víctima E.E.M.P., su madre y los demás testigos de la fiscalía relacionados con el núcleo familiar de la menor, esto es ... no asistieron al juicio oral pese a los esfuerzos adelantados por el ente fiscal, en consecuencia, las bases probatorias solo fueron los testimonios de ANA SOFÍA CALVACHE LÓPEZ, JAVIER HERNÁN ALMEIDA ESPAÑA y LARRY JESÚS LUGO.

Por lo anterior, se verificará lo acontecido con la prueba testimonial allegada a juicio con el fin de analizar si la sentencia condenatoria se fundamentó solo en prueba de referencia.

¹⁷ Ídem, obras citadas.

- **Testimonio de ANA SOFÍA CALVACHE LÓPEZ**¹⁸, Psiquiatra del Hospital Perpetuo Socorro de Pasto, quien informa que el 27 de febrero de 2014 atendió a la menor E.E.M.P., de 13 años, y le realizó una apertura de la historia clínica, en la cual evalúan los antecedentes, la descripción de lo que refiere la víctima y lo que observa durante el examen mental o entrevista.

Del testimonio se extrae,

*“era una niña que venía remitida por orden de Bienestar familiar y venía con la nota de medicina general que decía que la remitían por diagnóstico de abuso sexual y trastorno de ansiedad (...) era una niña que venía remitida por un antecedente de abuso sexual entonces lo que decía era que hacía dos años la niña comentaba que un señor amigo del papá la había abusado en 2 ocasiones y que ella había guardado silencio, **lo que ella describe** es que desde esa época se sentía mal, se sentía triste, que ya no aguantaba y hacia seis meses le había contado a la tía lo que le había sucedido y habían hecho como todo el proceso, se inició la ruta y por protocolo la remiten a psicología y psiquiatría. La niña cuando vino a consulta estaba ansiosa, no estaba durmiendo bien, estaba angustiada se había desescolarizado porque había visto a este señor al agresor, se refería ella que lo había visto rondando por su colegio, tenía mucho miedo porque pensaba que el señor ya sabía que había sido demandado, entonces que la andaba buscando para hacerle daño porque cuando la había abusado hace dos años, él la había amenazado, que si hablaba le mataba a la abuelita, entonces la niña había tenido mucho miedo, se había escondido y no quiso volver al colegio, entonces cuando yo la vi estaba desescolarizada, todos los síntomas que ella refería que no dormía, que estaba muy angustiada (...) mucho temor a salir, con mucho miedo, muy ansiosa asociado a lo que había pasado”.*

En ese sentido, la psiquiatra indicó lo que la víctima y la madre le expusieron, así:¹⁹

¹⁸ Anexo 23, Video Juicio Oral, 21 de octubre de 2021, minuto 08:59 a 12:23

¹⁹ Anexo 23, Video Juicio Oral, 21 de octubre de 2021, minuto 12:24 a 14:38

“la mamá decía que hacía más de dos años si la veía que la niña había cambiado, que le había empezado a ir mal en el colegio, de hecho, había perdido desde eso 2 veces el año, la veía triste, se había vuelto malgeniada, grosera, peleaba mucho con las hermanitas, se había vuelto retadora, que son como los síntomas que uno ve en un niño deprimido, eso era como lo que se evidenciaba en la historia clínica. Cuando uno evalúa a pacientes con esos antecedentes, ósea es la primera vez que la veo, yo no puedo llegar a pedirle dime específicamente que fue lo que te paso, que te hicieron, donde estaban, ósea todos esos detalles se los va elaborando durante el postoperatorio porque lo que yo soy es terapeuta (...) Como esta fue una sola consulta y era la primera lo que yo estaba haciendo era evaluando los síntomas grandes que tenía la señora, lo que la estaba mortificando para empezar un tratamiento, entonces con todo esto se hizo un diagnóstico de trastorno de ansiedad, en la historia que usted tiene doctora fíjese que no hay como una descripción de los hechos como tal, lo que la niña dice es que la había abusado, dijo que la última vez solo fue tocamientos, ósea no tengo descrito que fue lo que pasó exactamente y la niña tenía pues todos los síntomas que uno evidencia en un niño de abuso sexual, no regresaron entonces no supe que más fue lo que pasó” (...).

En lo correspondiente al examen mental²⁰, la psiquiatra menciona,

“era una niña bien organizada en su presentación, muy ansiosa en su afecto (...) evitativa ante temas que le generan mucha angustia, por eso no hice como énfasis en las cosas que habían sucedido específicamente” (...).

Ahora bien, en el contrainterrogatorio²¹, la psiquiatra reiteró que la menor acudió a una consulta para valoración, que no se trata de aquella que se adelanta por medicina legal en la especialidad de psiquiatría, dado que su propósito fue de tipo terapéutico con el objetivo de determinar qué produce un determinado estado, es decir, lo que el paciente describe como desencadenante y posibles situaciones estresantes para poder hacer un manejo. Afirma que trabaja sobre el discurso del paciente, por lo tanto, en la parte terapéutica no se aplican instrumentos científicos.

²⁰ Anexo 23, Video Juicio Oral, 21 de octubre de 2021, minuto 14:46 a 16:23

²¹ Anexo 23, Video Juicio Oral, 21 de octubre de 2021, minuto 24:03 a 27:43

- **Testimonio de JAVIER HERNÁN ALMEIDA ESPAÑA²²**, Psicólogo del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, quien tiene como función realizar valoraciones psicológicas a niños, niñas y adolescentes presuntas víctimas de violencia sexual a través de historias de atención.

En relación con el caso *sub examine* informa que valoró a la entonces adolescente E.E.M.P., el 23 de enero de 2014 cuando tenía 13 años de edad, quien acudió en compañía de su madre..., e informa:²³

“(...) la adolescente hace un reporte, una la situación de violencia sexual, de unos actos sexuales, de tipo tocamientos y un acceso carnal con una penetración por vía vaginal, en tres momentos diferentes ubicándose ella en dos de ellos en un lugar de propiedad del abuelo en el sector del corregimiento de ... y otro en el lugar de residencia, entiendo si no estoy mal de la niña, identifica como presunto responsable a una persona cercana al grupo familiar extenso particularmente del abuelo a quien reconoce con el nombre de “R” y no da más detalles específicos de identificación en el momento. En una de las situaciones refiere unas acciones como agresivas o violentas donde ella manifiesta que fue atada de manos, fue tirada al piso, se le provocó un retiro de sus vestidos, lo que se conoce como una desnudez forzada y procedió a una penetración de tipo vaginal, estas situaciones amparadas en una amenaza en contra de su integridad bajo manifestaciones verbales y de la integridad de contactos vitales como es el abuelo materno”.

Respecto al examen mental²⁴, menciona que las características de evaluación de todos los procesos mentales y emocionales de la niña estaban regulados, es decir, *“en cuanto a lo que corresponde a lo visual y a lo verbal y no verbal, en lo visual o en la parte corporal, la niña estaba acorde a su momento de desarrollo, tenía una presentación que correspondía al ciclo de desarrollo en cuanto a la organización y a limpieza,*

²² Anexo 24, Video Juicio Oral, 21 de octubre de 2021, minuto 05:39 a 12:40

²³ Anexo 24, Video Juicio Oral, 21 de octubre de 2021, minuto 26:25 a 28:22

²⁴ Anexo 24, Video Juicio Oral, 21 de octubre de 2021, minuto 28:54 a 30:01

se mostraba alerta, estaba orientada a nivel global (...) no había alteraciones en la parte sensorial”.

En el contrainterrogatorio²⁵, expresó el testigo de la fiscalía que el objetivo de su entrevista es establecer la vulneración de derechos, más no la existencia de los hechos, y que la madre realizó la narración de las actitudes de la menor que permiten establecer los cambios de comportamiento para plasmarlo en el respectivo informe.

- **Testimonio de LARRY JESÚS LUGO²⁶**, Psicólogo vinculado a la unidad CAIVAS, para el año 2013 ejercía labores investigativas de actos urgentes y entrevistas forenses.

Al tratar el tema de las entrevistas a víctimas de violencia sexual manifestó:

“existen 2 opciones, el asunto ingresa por actos urgentes, obviamente se adelantan todas las labores de policía judicial, la entrevista forense dependiendo del protocolo que se vaya a utilizar debe contar con el consentimiento informado o con el aval del defensor de familia, y si tiene a la mamá o papá que la acompañe hay un acta de consentimiento que la suscribimos las partes, en este caso sería la madre o el padre, el defensor de familia y el suscrito investigador. Esa entrevista lo que busca es obtener información relevante de los hechos que se pretenden investigar y si hablamos puntualmente del 2013, aplicábamos el protocolo SATAC, entonces el protocolo lo que buscaba era aplicar las 5 etapas como su propia sigla lo dice siendo la primera la etapa de la simpatía, aquí lo que busca inicialmente es conocer los gustos, las motivaciones del menor al cual vamos a entrevistar no es de una entrar a los hechos, la idea es conocer cómo se llama, cuántos años tiene, donde estudia (...) entonces es romper el hielo para continuar con la segunda etapa que es la identificación de anatomía (...) luego la tercera etapa es la de tocamientos (...) entramos a una cuarta

²⁵ Anexo 24, Video Juicio Oral, 21 de octubre de 2021, minuto 38:00 a 39:15

²⁶ Anexo 41, Video Juicio Oral, 05 septiembre de 2023, minuto 04:56 a 11: 57

etapa que es la del escenario del abuso, en esta etapa el entrevistado hace una narrativa libre de los hechos, teniendo en cuenta el antes, el durante y el post del evento, entonces lo que se busca es que la narrativa sea libre, que espontáneamente pueda comentarnos que fue lo que le pasó (...) luego viene la última etapa el cierre, lo que se hace es una sicoeducación”.

El psicólogo LARRY JESÚS LUGO²⁷, en el contrainterrogatorio mencionó que la entrevista realizada el 23 de diciembre de 2013 la adelantó en formato FPJ-14 en condición de policía judicial, y que no es psicólogo forense sino entrevistador forense, por tanto, en el caso en específico se trataba de una entrevista para recolectar los datos y hechos que la víctima iba a comentar.

La entrevista forense FPJ-14 del 23 de diciembre de 2013, adelantada a E.E.M.P., realizada por el investigador psicólogo LARRY LUGO, por solicitud de la fiscalía fue incorporada como prueba de referencia admisible con base al artículo 438 del C.P.P., dada la falta de comparecencia e indisposición de la víctima para acudir a juicio.

Por su parte, la defensa también presentó al mismo testigo LARRY JESÚS LUGO²⁸, con quien ingresó como prueba de referencia la entrevista FPJ 14 realizada a la menor de iniciales E.E.M.P., el 8 de febrero de 2018, que tenía como objeto la ampliación de su versión inicial para aclarar los hechos en principio denunciados y poner en conocimiento las condiciones mentales reales de la misma, según lo solicitado por la fiscalía 15 seccional de Pasto. La entrevista fue acompañada por el defensor de familia, en la que la entonces menor E.E.M.P., expresó:

²⁷ Anexo 41, Video Juicio Oral, 05 septiembre de 2023, minuto 32:27

²⁸ Anexo 41, Video Juicio Oral, 05 septiembre de 2023, minuto 47:31 a 54:54

*“Resulta que mi mamá denunció al señor RO por un abuso sexual, **en la primera entrevista que usted me hizo yo comenté todo lo que me había pasado con este señor.** Hoy quisiera mencionar que efectivamente estuve bajo los efectos del yhajé y que yo lo tomé porque quise, tenía la duda de saber qué se sentía y lo tomé. **Hoy no sé si lo que supuestamente pasó fue realidad o efectos del yhajé, si me sentí feo, pero estoy más segura que fue ese yhajé que me tome.***

*Respecto a las condiciones mentales, la verdad no sé, creo que se me alteró, sencillamente por el efecto del yhajé. **Tengo muchas dudas por eso no podría hablar con certeza.***

***La verdad no quiero sabe (sic) absolutamente nada en este asunto,** no me encuentro en condiciones de seguir colaborando o asistiendo a los llamados que me haga la fiscalía, si en algún momento me toca ir a medicina legal o a un juicio, no asistiré. Creo que nadie me puede obligar a estas cosas, porque hasta donde tengo conocimientos las diligencias que aquí se hacen son voluntarias. Le pido a la Fiscalía que no me llamen más, ni a mi mamá y que este asunto no siga más. Ya ni me acuerdo de esas cosas porque todo quedó superado y olvidado. Eso es todo”.*

Así mismo, el testigo da a conocer que realizó un informe de investigador de campo²⁹ en donde aplicó el protocolo SATAC y consigna las actuaciones adelantadas, un resumen de la entrevista y el análisis. En esa línea relata que la menor acudió de forma voluntaria a la fiscalía.

Frente a este punto, la Sala no tendrá en cuenta este elemento dado que la defensa lo ingresó junto con la entrevista sin antes realizar en debida forma su descubrimiento y solicitud probatoria, además que, en la audiencia preparatoria, sólo hizo referencia a la segunda entrevista realizada a la menor más no al informe. Igualmente, en medio del desarrollo del juicio oral para cuando presenta como su testigo a LARRY JESÚS LUGO, simplemente solicitó que se introdujera el informe, a lo cual

²⁹ Anexo 41, Video Juicio Oral, 05 septiembre de 2023, minuto 56:38 a 1:30:28

se accedió por parte de la judicatura, pero sin hacer ningún tipo de exposición probatoria en cuanto a pertinencia y menos se corrió traslado a la contraparte para que expresara si estaba o no conforme.

Ahora bien, retomando los argumentos de la defensa para apelar la decisión de primera instancia, y que debemos comparar con el anterior recuento jurisprudencial, expresa que las declaraciones anteriores al juicio que se vertieron a través del psicólogo de ICBF y la psiquiatra del establecimiento Perpetuo Socorro, representan afectación del derecho de confrontación como garantía judicial mínima del procesado; su incorporación solo era válida y admisible si se hubiera realizado bajo el estricto respeto del debido proceso probatorio; que para la *A quo* las opiniones de los peritos constituyen una base de lo que ellos presenciaron a través de su estudio y de la información suministrada por la víctima; y que la prueba practicada en el juicio por parte de la Fiscalía es prueba de referencia, aunado a que existe duda respecto de la existencia del delito.

Para determinar si la asiste o no la razón a la defensa, es necesario revisar lo que la Fiscalía aportó al juicio como respaldo de su teoría del caso:

En primer lugar, se encuentran los testimonios de ANA SOFÍA CALVACHE LÓPEZ, Psiquiatra del Hospital Perpetuo Socorro de Pasto; JAVIER HERNÁN ALMEIDA ESPAÑA y del Psicólogo del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, quienes dejaron claro que en sus valoraciones solo se limitaron a consignar lo que la víctima y la madre les informaron, por lo que no son testigos directos de los hechos sino receptores de lo que E.E.M.P les contó. Razón por la cual, respecto de este

componente relacionado con los fácticos, y dada su intervención, al enterarse de lo sucedido por lo que otros les expresaron, se constituyen en testigos de oídas de primer orden, porque acceden a ese conocimiento de la fuente directa, E.E.M.P. quien se presenta por la Fiscalía como víctima.

Ahora bien, de lo que sí dan cuenta de manera directa es de lo que percibieron en cuanto al comportamiento de la menor E.E.M.P. para el momento en que realizan su intervención, lo que se valora conforme a lo explicado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal mediante radicado 50637³⁰:

*“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; (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”.*

En ese sentido, la psiquiatra ANA SOFÍA CALVACHE LÓPEZ únicamente es testigo directo del trastorno de ansiedad que presentaba

³⁰ CSJ, SP2709-2018, 11 de julio de 2018 MP Patricia Zalazar Cuéllar

E.E.M.P. para esa época, porque cuando la atendió el 27 de febrero de 2014 observó directamente los síntomas de la niña, para determinar que sufría de ese trastorno, entre otros aspectos por lo siguiente: *“la niña cuando vino a consulta estaba ansiosa, no estaba durmiendo bien, estaba angustiada se había desescolarizado porque había visto a este señor al agresor se refería ella que lo había visto rondando por su colegio”*.

Dio a conocer también, que una de las posibles causas de ese trastorno podría ser aquellos episodios que la menor describió respecto de lo sucedido con el abuso sexual del que fue víctima. Aclaró sin embargo que su intervención se realizó para recomendar el tratamiento a seguir y la medicación que podía prescribir, con fines terapéuticos, como así lo hizo, más no con la finalidad forense que exige la aplicación de instrumentos científicos.

Vemos entonces, que, si bien los síntomas que detectó la especialista, para la fecha de la valoración eran reales, no permiten adquirir la certeza de que la causa esté fincada en los hechos de connotación sexual que la menor describió ya que no se cuenta con una base “técnico-científica” que se haya aportado al juicio.

Por su parte, en la valoración psicológica realizada por JAVIER HERNÁN ALMEIDA ESPAÑA Psicólogo del ICBF, es dable determinar que la menor, en cuanto a su actitud visual, verbal y no verbal, estaba acorde a su momento de desarrollo, y que su presentación correspondía al ciclo de desarrollo, a la vez que se mostraba alerta, orientada a nivel global y sin alteraciones en la parte sensorial. Prácticamente podemos conocer a través de este testimonio un componente de la sanidad mental de E.E.M.P.

En cuanto a la versión de E.E.M.P., se introdujo con respeto al debido proceso prueba de referencia a través del testigo LARRY JESÚS LUGO, quien fue el policía judicial que recogió las entrevistas realizadas el 23 de diciembre de 2013 y el 8 de febrero de 2018.

En la primera de las entrevistas la menor dio a conocer los hechos sucedidos en abril de 2012 suministrando los detalles que se exponen en el componente fáctico de la presente decisión. En la segunda básicamente, expresó que no quería saber nada del proceso y no acudiría a las citaciones que le realicen la fiscalía y el juzgado, dando a conocer sus dudas y atribuyendo como posible causa de su confusión al consumo de la bebida tradicional que le fue suministrada para la fecha de los hechos.

Aquí cabe aclarar que si bien la defensa, alegó que la segunda entrevista constituye una retractación, desde el punto de vista procesal no lo es, ya que esta se presenta cuando un testigo al comparecer a la audiencia de Juicio Oral cambia su versión inicial, en cambio lo que aquí ocurrió es que se conoce el relato de la menor a través de dos entrevistas que se presentan como declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, que, si bien se introducen como prueba de referencia, no son susceptibles de comparación con un testimonio que haya rendido la menor en juicio, simplemente porque no se logró su comparecencia.

De ahí que la Alta Corporación en materia penal, haya establecido reglas para afrontar este tipo de comportamientos procesales de los testigos, exigiendo que, para un verdadero ejercicio de valoración probatoria, se conozcan en juicio tanto la versión vertida en el mismo como

las versiones rendidas por fuera de él para confrontarlas. Por solo citar un ejemplo, acerca de la técnica que se exige al respecto, se tiene el fallo SP1875-2021, radicado No. 55959, del 12 de mayo de 2021, en el que se indicó lo siguiente respecto del testimonio adjunto que se debe incorporar para conocer la versión anterior:

“(i) El declarante debe retractarse en la vista pública de lo narrado antes, es decir, ofrece un relato sustancialmente diverso al que ya había expuesto.

(ii) El testigo debe estar disponible para declarar en el juicio ...

(iii) La declaración anterior debe ser incorporada a través de su lectura, a solicitud de la parte interesada, para que el juez, contando con las dos versiones, pueda valorarlas y definir la credibilidad de una y otra, o inclusive, de apartes de la anterior y fragmentos de la última, o descartarlas.

(...)

(iv) Es necesario que la parte interesada solicite en el desarrollo del juicio la incorporación de la declaración anterior, como prueba, al percatarse de la retractación del testigo o de la modificación sustancial de su atestación pretérita”.

Además de lo explicado, si aún se quisiera realizar un ejercicio comparativo similar al que se realiza frente a la retractación en juicio, de las versiones rendidas en las entrevistas, no se deduce indefectiblemente la inexistencia de los hechos narrados por la menor, ya que en la entrevista realizada el 23 de diciembre de 2013, E.E.M.P., da información de lo sucedido de forma clara, circunstanciada y detallada, lo que difícilmente se podría atribuir a la imaginación o la invención, lo que de alguna forma se corrobora con lo detectado por el psicólogo JAVIER HERNÁN ALMEIDA ESPAÑA respecto de su sanidad mental y sensorial. Y en la actuación del

8 de febrero de 2018 E.E.M.P. no niega por completo los hechos, sino que hace referencia a que no quiere saber más del asunto y que no desea comparecer a ninguna actuación judicial, demostrando más bien una actitud de resiliencia³¹ y de haber superado de alguna forma aquellas afectaciones que fueron detectadas en su momento por la psiquiatra ANA SOFÍA CALVACHE LÓPEZ.

De esa manera, más que dudas sobre la existencia del hecho, se encuentra certeza sobre la ocurrencia de lo narrado por la menor, en tanto se presenta coincidencia en lo relevante, en las diferentes versiones por ella suministradas tanto en su entrevista inicial como en las que rindió a la psiquiatra ANA SOFÍA CALVACHE LÓPEZ y al psicólogo JAVIER HERNÁN ALMEIDA ESPAÑA, independientemente de que no haya luego querido comparecer al juicio oral como lo expresó en su entrevista rendida el 8 de febrero de 2018.

No obstante, debe la Sala dar la razón a la defensa cuando expresa que la decisión condenatoria tuvo como fundamento prueba de referencia, ya que la versión sobre los hechos por parte de la víctima se conoce únicamente a través de las entrevistas rendidas al investigador LARRY JESÚS LUGO el 23 de diciembre de 2013 y el 8 de febrero de 2018. Y si bien la psiquiatra ANA SOFÍA CALVACHE LÓPEZ y el psicólogo JAVIER HERNÁN ALMEIDA ESPAÑA, pueden dar cuenta de algunos síntomas relacionados con ansiedad la primera y de sanidad mental el segundo,

³¹ <https://psicologiaymente.com/clínica/resiliencia>. “Resiliencia, entendida esta como “la capacidad para sobreponernos los malos momentos y experiencias traumáticas de la vida”.

<https://psicoglobal.com/blog/resiliencia>. “En psicología es la capacidad que tienen las personas para recuperarse y mantener una conducta adaptativa después de haber vivido un suceso estresante. También podría ser entendida como la habilidad para mantener una actitud adaptativa de las funciones físicas y psicológicas en situaciones críticas”.

sobre los hechos sólo se constituyen en testimonios de oídas que no fueron corroborados por su fuente primaria, es decir la menor E.E.M.P.

Estas pruebas así aportadas, que demuestran el hecho delictivo no permiten comprometer la responsabilidad penal del procesado, para respaldar una sentencia de tipo condenatorio.

Así lo ha expresado la CSJ entre muchos otros pronunciamientos en SP, casación 44056 de 28 de octubre de 2015, en el que se reitera que la prueba de referencia por sí sola no es suficiente para proferir condena, y que cuando la fiscalía utiliza este medio para sustentar su teoría del caso, debe contar con prueba complementaria directa o indirecta que permita (i) alcanzar los estándares de conocimiento requeridos para dictar un fallo de responsabilidad, y (ii) superar la prohibición consagrada en el artículo 381 inciso segundo de estatuto procesal penal.

Ese proceso de corroboración a través de prueba complementaria directa o indirecta, en el presente caso no se propició, y por ello la decisión emitida en primera instancia, será revocada.

- Otras disposiciones

Independientemente del resultado al que se arriba en el presente caso, debe la Sala, en aplicación de principios como el del interés superior del menor, y más cuando los niños, niñas y adolescentes son víctimas de delitos contra su libertad, integridad y formación sexuales, llamar la atención respecto de una situación evidenciada a través del testimonio rendido por el servidor de policía judicial LARRY JESÚS LUGO, ya que no

obstante ser un profesional de la psicología, debe ser instruido a fin de que diferencie su intervención dependiendo de sus funciones como policía judicial a través de las cuales debe limitarse a recibir las entrevistas a los menores, y cuando es requerido como psicólogo, puesto que los informes y formatos utilizados entremezclan una y otra función, de ahí que varias de las preguntas realizadas por la defensa, de manera muy acertada estaban dirigidas a esclarecer su papel en la investigación.

Lo anterior a fin de que se propenda por mejorar la técnica para el recaudo de las entrevistas o las valoraciones que se realicen a las víctimas de esta población vulnerable.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

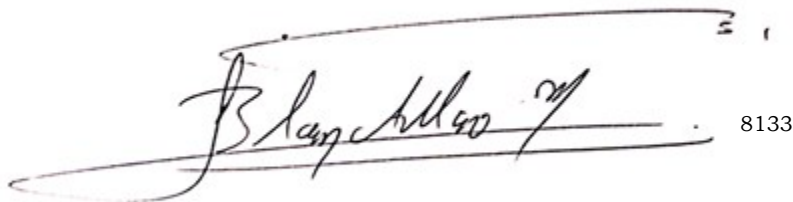
PRIMERO: REVOCAR la decisión de primer grado proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pasto, el 11 de diciembre de 2023, y en su lugar, **ABSOLVER** al señor **RJOL**, del delito de ACTO SEXUAL VIOLENTO, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: OFICIAR a la Dirección Seccional de Fiscalías para lo pertinente respecto de la labor desempeñada por el servidor de policía judicial LARRY JESÚS LUGO.

TERCERO: Una vez alcance ejecutoria esta sentencia, se librarán las comunicaciones de rigor ante las entidades e instituciones correspondientes, según lo dispuesto en el artículo 166 de la Ley 906 de 2004.

CUARTO: La presente decisión se notifica en estrados y se informa que, en contra de esta decisión, procede el recurso de casación a interponerse dentro de los 5 días posteriores a la notificación.

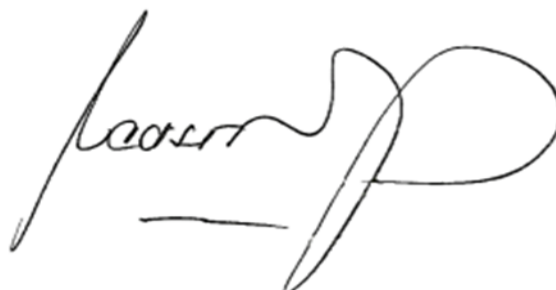
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



8133

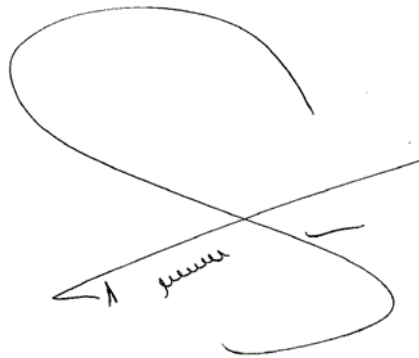
BLANCA LIDIA ARELLANO MORENO

Magistrada



SILVIO CASTRILLÓN PAZ

Magistrado

A handwritten signature in black ink, featuring a large, stylized 'S' that loops around and crosses itself, with a small 'P' and some scribbles at the bottom.

FRANCO SOLARTE PORTILLA

Magistrado

A handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping loops and a long, sweeping stroke at the end.

JUAN CARLOS ÁLVAREZ LOPEZ
Secretario

EL SECRETARIO DE LA SALA PENAL, EN USO DE SUS FACULTADES LEGALES,

HACE CONSTAR

Que teniendo en cuenta la Ley 2213 de 2022, las medidas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura, el Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño y aquellas propias emanadas de la Presidencia de la Sala Penal, de manera virtual se deja constancia del registro del proyecto presentado en el asunto arriba referenciado.

Pasto, 11 de marzo de 2024



JUAN CARLOS ÁLVAREZ LOPEZ
Secretario