

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, veintiséis (26) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

Radicado: 050016000206201823760
Procesado: Dairo de Jesús Holguín Granados
Delito: Actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravados.
Asunto: Apelación de Sentencia –ordinaria-
Sentencia: No. 26 Aprobada por acta No. 168 de la fecha
Decisión: Confirma la sentencia apelada
Lectura: Jueves, 2 de diciembre de 2021

Magistrado Ponente

Dr. LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

1. ASUNTO A DECIDIR

Se apresta esta Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa, en contra de la sentencia del 17 de junio de 2020, proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Caldas, Ant., que condenó al señor **Dairo de Jesús Holguín Granados** en calidad de autor de la conducta punible de actos sexuales abusivos con menor de 14 años, imponiéndole una pena principal de 108 meses de prisión e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

2. CUESTIÓN FÁCTICA

El 19 de agosto de agosto de 2018 en una vivienda ubicada en zona rural del municipio de Angelópolis, el señor **Dairo de Jesús Holguín Granados** sacó su pene y comenzó a realizar actos masturbatorios en presencia de las menores D.B.B., de 12 años, y de A.I.B de 17 años, de quien se dice sufre de una discapacidad mental.

3. DESARROLLO PROCESAL

El 20 de agosto de 2018, el Juzgado Treinta y Cinco Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías celebró las audiencias preliminares, legalizándose su captura en flagrancia y formulándose imputación por los delitos de acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir y actos sexuales abusivos con menor de 14 años (207 y 209 del C.P.), cargos que no fueron aceptados por este, imponiéndosele medida de aseguramiento privativa de la libertad, de carácter intramural ¹.

La Fiscalía presentó escrito de acusación el 26 de noviembre de 2018², correspondiéndole el conocimiento por reparto al Juzgado Primero Penal del Circuito de Caldas, Ant., el cual presidió la audiencia de formulación oral de la acusación el 25 de febrero de 2019³; la audiencia preparatoria se realizó los días 18 de marzo y 5 de abril de 2019⁴.

¹ Archivo PDF denominado "0607202009004504902", folio 4

² Ibidem, folio 25.

³ Archivo en PDF con nombre "0607202009055704903", folio 47.

⁴ Ibidem, folios 53 y 61.

El juicio oral comenzó el 21 de mayo de 2019, se continuó en 4 sesiones más adelantadas los días 4 de julio, 13 de agosto, 17 de septiembre y 26 de noviembre de 2019, fecha última en la que se realizaron las alegaciones de conclusión por las partes; el 20 de febrero de 2020 la judicatura emitió sentido de fallo de carácter condenatorio y se llevó a cabo la audiencia de individualización de la pena.

El 17 de junio de 2020 se dio lectura a la sentencia, en la cual se decidió condenar al señor **Dairo de Jesús Holguín Granados** a una pena de 108 meses de prisión e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término, sin derecho a la concesión de ningún beneficio punitivo por el delito de actos sexuales con menor de 14 años y se le absolvió por el reato de actos sexuales con persona puesta en incapacidad de resistir.

Frente a la sentencia condenatoria el defensor del procesado interpuso el recurso de apelación que hoy se resuelve.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Adujo el fallador de primera instancia que la prueba practicada en el juicio oral era suficiente en calidad y cantidad para convencerse más allá de toda duda de la responsabilidad que le asiste al señor **Dairo de Jesús Holguín Granados** en el acto sexual del que fue víctima la menor D.B.B.

Consideró que la declaración previa rendida por la menor ante la Comisaría de Familia de Angelópolis, que fue introducida al juicio oral como prueba de referencia ante la negativa de esta de comparecer como testigo directo en el juicio, se realizó siguiendo los formatos y protocolos previstos por la policía judicial y se rindió en presencia de la madre de la menor y de la comisaria. Así

mismo indicó que esa declaración previa fue lo suficientemente clara y tuvo corroboración en los otros testimonios lo cual fortalecía la versión previa rendida por D.B.B. por ser esta consistente, persistente y coherente para estructurar un fallo de condena.

De otra parte, indicó que de los restantes testimonios traídos a la vista pública por la fiscalía, se podía corroborar que estos vieron al acusado con su pene en la mano, lo que indicaba que el hecho sí existió pese a las inconsistencias que se presentaron a la hora de narrar la ocurrencia del mismo.

La judicatura de primer nivel le restó valor suasorio al peritaje allegado al juicio por la defensa por considerar que la evaluación psicológica practicada al encartado no determinó si el acusado tenía o no conciencia de los actos realizados, aunado a que esa valoración no fue obtenida directamente de la historia clínica del procesado y que la información arrojada pudo basarse en respuestas falsas del entrevistado. Indicó que ese perito se fundó en un estudio de los lóbulos frontales, aspecto del cual no se demostró que el psicólogo tuviera conocimiento, lo que daba como resultado una experticia con conclusiones de probabilidades y no de certeza.

Señaló que la defensa no pudo restarles credibilidad a los testimonios de la menor y la madre, ni mucho menos a la entrevista forense, quedando desvirtuada la presunción de inocencia, cumpliéndose así con los requerimientos para dictar sentencia de condena por lo que decidió sancionarlo con la pena de 108 meses de prisión, sin derecho a la concesión de ningún beneficio ni subrogado penal.

Con base en un análisis de todo el acervo probatorio, en especial de la prueba de referencia que consideró como directa y de sus corroboraciones periféricas, el *a quo* concluyó que el acto sexual si existió y que el responsable era **Dairo**

de Jesús, condenándolo a una pena de 108 meses de prisión sin lugar a la concesión de beneficios y subrogados.

Con ocasión al punible de actos sexuales con persona puesta en incapacidad de resistir, el juez de primer nivel absolvió al acusado de este cargo por cuanto así se lo solicitó la Fiscalía al considerar que no se arribó al juicio elementos que pudieran sostener su tesis acusatoria en este aspecto.

5. ARGUMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

El defensor del procesado interpuso recurso de alzada contra la sentencia de primera instancia por considerar que la declaración previa de la menor y que fue arribada al juicio como prueba de referencia, no fue introducida en debida forma, por cuanto la misma no se solicitó en sede de la audiencia preparatoria y con las ritualidades que exige la ley, además de que la testigo con la cual se introdujo dicha entrevista no cumplió con la carga de acreditar tal documento en debida forma.

Así mismo se quejó el recurrente de la valoración que la primera instancia efectuó de la prueba pericial arribada a instancia de la defensa y con la cual claramente pretendió aducir una inimputabilidad del encartado, considerando que el TDAH padecido por el encartado había hecho tránsito a comorbilidad por el consumo de alcohol y sustancias psicotrópicas. De igual manera indicó que esa pericia gozaba de plena credibilidad por haberse seguido los lineamientos que rigen la materia, lo que otorgaba científicidad y alta certeza a la pericia, sin que fuera posible consultar la historia clínica del encartado por cuanto este jamás ha recibido atención médica por su dolencia o por la adicción a sustancias y que el perito controló las variables de falsedad en la entrevista del acusado.

En consecuencia, solicitó se revocara la decisión de primera instancia.

6. LOS NO RECURRENTES

De conformidad con la constancia secretarial obrante a folio 198 del plenario el representante de la víctima allegó su alegato de forma extemporánea.

7. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

7.1 Competencia.

Esta Sala de Decisión es competente para conocer del recurso de alzada propuesto por la defensa en contra de la sentencia del Juzgado Primero Penal del Circuito de Caldas (Ant.), de acuerdo con lo prescrito en el numeral 1 del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

A tono con las previsiones del artículo 179 y siguientes de la Ley 906 de 2004, estatuto que rige este juzgamiento, la Sala limitará su decisión a los puntos centrales de impugnación y las cuestiones inescindibles a ellos, determinando si le asiste la razón al censor o si, por el contrario, la sentencia proferida por el funcionario judicial de primera instancia debe ser confirmada.

7.2. Problema Jurídico

De cara a los planteamientos que hace la defensa, corresponde a la Sala analizar tres problemas jurídicos:

- ¿La prueba de referencia consistente en la entrevista rendida por la menor D.B.B. ante la Comisaría de Familia de Angelópolis fue introducida al juicio en debida forma?
- ¿Las pruebas practicadas válidamente incorporadas en el juicio, tienen la suficiente entidad para llevar al conocimiento más allá de duda razonable sobre la materialidad del delito de actos sexuales con menor de 14 años y la responsabilidad del señor **Dairo de Jesús Holguín Granados** en estos hechos?
- ¿Recae sobre el señor **Holguín Granados** un estado de inimputabilidad que no le permitió conocer la ilicitud de su comportamiento?

Para un mejor análisis de lo expuesto, la Sala comenzará por hacer un breve exordio sobre las formas de introducción de los dichos de los menores víctimas de delitos sexuales al juicio oral, para luego adentrarse al estudio del caso en concreto.

Analizados los aspectos antes mencionados, a continuación, la Magistratura se ocupará de la culpabilidad al punto del alegato de inimputabilidad que está haciendo la defensa.

7.2.1. Formas de introducción a juicio de las versiones de los menores víctimas en delitos sexuales:

En tratándose de delitos sexuales cometidos en contra de menores de edad, la responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación en materia investigativa tiene una connotación especial, de un lado, por la protección constitucional reforzada que le otorga nuestro ordenamiento jurídico a los sujetos pasivos de

este tipo de reatos, en especial para evitar su revictimización y lograr efectivizar sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación; pero, de otro, para la preservación de las garantías procesales del acusado.

Esto implica un delicado ejercicio de equilibrio y ponderación no solo por parte del legislador sino también de los jueces para tratar de encontrar el justo medio, en donde los derechos de los unos no avasallen a los de los otros y, por el contrario, dentro del proceso convivan de la manera más armónica posible, para que las decisiones que se tomen se ajusten en lo posible al valor justicia.

Fruto de esa sesuda ponderación, la Sala de Casación Penal, ya de algunos años atrás, ha habilitado cuatro posibilidades para que las versiones rendidas por los menores sean introducidas a la audiencia de juicio oral, todas ellas girando en torno al principio *pro infans* y con el claro propósito de prevenir su revictimización.

La primera -- y la evidente dentro de un sistema de justicia regido por la publicidad, la oralidad y la inmediación—consiste en **la práctica del testimonio** directamente en el juicio oral, eso sí con todas las garantías hacia el menor para evitar una afectación sensible de sus derechos.

Ahora bien, en caso de que en el juicio oral haya una retracción sustancial de la versión que la víctima rindió extraprocesalmente, con la debida técnica y ritualidad, establecida con toda precisión por la Sala de Casación, se podrá incorporar en su integralidad el dicho anterior, como **testimonio adjunto** para que el juez al momento de dictar sentencia pueda valorar en su totalidad las dos versiones confrontadas. Dígase que esta es la segunda forma.⁵

⁵ CSJ, Rad 52.045 del 20 de mayo de 2020.

Una tercera manera de introducir a juicio la versión del menor es **como prueba anticipada** con fundamento en el canon 274 procesal. Obviamente en este caso le corresponde a la Fiscalía la carga argumentativa frente al juez de garantías de demostrar con suficiencia que puede existir hacia futuro una alteración del testimonio, para evitar una victimización secundaria del menor o por la pérdida de la memoria, por diversos factores, entre ellos, debido a la superación del daño psicológico causado o por el simple paso del tiempo. En este tipo de eventos, ineluctablemente debe garantizarse a la contraparte el derecho de contradicción y ejercerse la práctica en presencia de un juez, así como también surge la necesidad de que la misma goce de registro fidedigno para una mejor valoración del juez de conocimiento al momento de adoptar una decisión con base en ese elemento.

No obstante, debe tenerse en cuenta que si al momento de iniciarse el juicio oral, la circunstancia que motivó la práctica de la prueba anticipada no se cumplió o desapareció, el juez podrá ordenar la repetición del testimonio del menor en la vista pública.

La última opción que tiene la Fiscalía es la posibilidad de arribar los dichos del menor rendidos con antelación al juicio como **prueba de referencia**, aun cuando esté disponible físicamente para comparecer a la vista pública. Las tres últimas opciones llevan implícita la necesidad de la no victimización secundaria de la víctima.

En menester señalar que, si bien se encuentra habilitado que el delegado fiscal aduzca en juicio las declaraciones previas del menor víctima, ello al igual que el testimonio adjunto no opera de forma automática, pues al constituirse la prueba de referencia una práctica excepcionalísima de los sistemas penales con tendencia acusatoria y que va en contra del principio de inmediación, su inclusión en juicio debe obedecer a puntuales eventos en los que se debe

demostrar la indisponibilidad completa del testigo -cuando este no comparece a juicio por las razones expuestas en el 438 procesal- o su indisponibilidad relativa -que estando el testigo presente en el juicio, por cualquier situación se le imposibilite o dificulte declarar de manera adecuada.-

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SP1790 – 2021, fue categórica al referirse a esta forma de introducción del testimonio anterior del menor, señalando como un claro parámetro de procedibilidad la ocurrencia de circunstancias particulares que pongan al testigo en indisponibilidad relativa, aunado al cumplimiento de los siguientes requisitos que extrajo de la línea jurisprudencial en la materia:

(i) la identificación de la declaración anterior que pretende ser introducida en esa calidad, (ii) la explicación de la causal excepcional de admisión de ese tipo de pruebas, y (iii) la solicitud expresa al juez, en orden a que este, con plena garantía del contradictorio, tome la decisión que considere procedente, lo que, además, genera seguridad sobre las pruebas que podrán ser tenidas como fundamento de la sentencia y facilita a los interesados el ejercicio de la contradicción y la confrontación.

Ahora bien, se tiene que por regla general el escenario propicio para la solicitud de dicha incorporación de la declaración previa como prueba de referencia es la audiencia preparatoria; no obstante, existen eventos donde la causal de indisponibilidad del testigo es sobreviniente en la audiencia de juicio oral. Ante estos eventos, la Máxima Corporación ha previsto que se debe cumplir de igual forma con la ritualidad antes reseñada al interior de la audiencia de enjuiciamiento, donde la parte que pretende aducir la entrevista previa debe identificar la misma, acreditar la causal excepcional de admisión, efectuar una solicitud expresa al funcionario judicial que preside la diligencia, quien indefectiblemente debe correr traslado a la contraparte y Ministerio Público para que se pronuncie sobre la circunstancia sobreviniente y la

admisibilidad del medio de prueba y, con base en ello, adoptar una decisión motivada sobre la inclusión de esa evidencia al debate probatorio⁶.

Véase como la Corte, de forma por demás acertada, ha dictado parámetros específicos para la aducción de las declaraciones previas del menor víctima de delito sexual en la audiencia de juicio oral, debiéndose ceñir tal pretensión probatoria a estrictos parámetros de argumentación de las circunstancias de indisponibilidad del testigo -sea plena o relativa-, así como a la necesidad de estructurar un *petitum* en tal sentido, el cual indefectiblemente y con miras a materializar las garantías de su contraparte debe ser sometido a contradictorio, debiéndose decidir la cuestión por el funcionario por medio de providencia sobre la cual procedan los recursos a que haya lugar dependiendo la orientación de la determinación adoptada.

Solo con el cumplimiento de estos estrictos parámetros, puede allegarse a la actuación las declaraciones previas del menor víctima de delitos contra la integridad, libertad y formación sexuales como prueba de referencia, siendo la consecuencia de la inobservancia de estas directrices, la exclusión del acervo probatorio de las entrevistas que se pretenden aducir en esa calidad y la imposibilidad que el juez pueda valorarlas al momento de edificar su decisión de instancia.

De otra parte, es menester aclarar que la incorporación excepcional de una declaración previa como prueba de referencia en casos de abusos sexuales contra menores, no significa una excepción a la tarifa legal negativa del artículo 381 del C.P.P. en el entendido de la imposibilidad de estructurar sentencias de condena con pruebas de este tipo.

⁶ Cfr. Sentencias con radicados 52.045 del 20 de mayo de 2020, 51535 y 49360 del 12 de mayo de 2021, 53239 del 2 de junio de 2021.

Ahora bien, estudiadas estas maneras de introducción de los dichos del menor a la audiencia de juicio oral para ser valorados como prueba, se tiene que de cara a la discrecionalidad que le asiste al Fiscal para aducir en juicio las versiones de los menores víctimas de reatos sexuales, la máxima Corporación en la sentencia del 20 de mayo de 2020, fue clara en advertir:

2.3 Es una facultad de la Fiscalía elegir cuál de los mecanismos referenciados utilizará para llevar al Juez el conocimiento de los hechos y, particularmente de la narración de la persona ofendida. Para tal fin, el funcionario, en la estructuración del caso y de su estrategia de litigio, debe considerar las variables que puedan incidir en la probabilidad de éxito de la pretensión acusatoria, entre ellas, (i) las circunstancias particulares de la víctima y la mayor o menor probabilidad de su revictimización en caso de concurrir al juicio; (ii) la existencia de pruebas, distintas de la narración del ofendido, que puedan demostrar su teoría del caso; (iii) la previsibilidad de que la víctima se retracte de su dicho en la vista pública.

A modo de ejemplo, si se puede avizorar que no existen pruebas que puedan corroborar, aun periféricamente, el dicho de la menor, la alternativa de comunicar su versión de los hechos como prueba de referencia aparece inconveniente, en tanto la viabilidad del fallo de condena quedará truncada por la tarifa legal negativa de que trata el artículo 381 de la Ley 906 de 2004; en similar sentido, si la víctima ha cumplido la mayoría de edad para el momento del trámite judicial y exhibe menor riesgo de sufrir revictimización de concurrir al juicio, se presentaría como una alternativa más plausible convocarla como testigo a esa diligencia para que rinda testimonio.

En todo caso, cualquiera que sea el mecanismo probatorio que, en últimas, elija la Fiscalía para sacar adelante su pretensión, resulta irrefutable que debe agotarse con el cumplimiento de los requisitos formales y sustanciales que la legislación procesal prevé para cada uno de ellos. La prevalencia del interés superior de niños, niñas y adolescentes y la aplicación del precitado principio *pro infans* no comporta la supresión de las garantías de la persona investigada ni la reversión de los principios nucleares del debido proceso probatorio:

«Es cierto que los derechos de los niños son, por mandato constitucional, prevalentes (artículo 44), y que los menores víctimas de delitos sexuales tienen derecho a que, dentro del proceso penal respectivo, se adopten en su favor medidas de protección efectivas que garanticen sus intereses, no obstante, esa salvaguarda no puede llegar al extremo de hacer nugatorias las garantías del procesado y menos a la obligatoriedad de emitir una sentencia condenatoria en su contra.

(...)

Ello... “...negaría la razón de ser del proceso, entendido como escenario dialéctico al que comparecen las partes con el propósito de demostrar las teorías factuales que han estructurado en la fase de preparación del juicio oral, según las reglas definidas previamente por el legislador, que abarcan, entre otras cosas, los requisitos para que una prueba sea admitida, el estándar de conocimiento que debe lograrse para la imposición de la sanción penal, e incluso algunas prohibiciones, como la de basar la condena exclusivamente en prueba de referencia” (Cfr. CSJ SP2709-2018, rad. 50637)».

Así las cosas, deviene diáfano que cualquiera que sea la opción que utilice la Fiscalía para aducir los dichos del menor, siempre debe haber un respeto por su interés superior, sin que ello pueda constituir un avasallamiento a los derechos del procesado ni al desconocimiento de las formas propias del enjuiciamiento criminal en Colombia. La anulación de los principios probatorios establecidos en el código de procedimiento penal ni mucho menos, tal como se dijo en precedencia, el desconocimiento de la prohibición de estructurar sentencias de condena solo con prueba de referencia, como manifestación de una errónea y desfazada política represiva en materia de delitos sexuales.

7.2.2. Análisis probatorio del caso concreto

Traídos los anteriores conceptos al caso en concreto, deberá la Sala determinar, en un primer momento, si la declaración previa rendida por D.B.B. ante la Comisaría de Familia de Angelópolis Antioquia, fue debidamente introducida a juicio oral para que fuera valorada por el juez de primera instancia al momento de proferir la respectiva sentencia.

Una vez definido esto, se analizará todo el acervo probatorio para determinar si existe en el caso particular certeza sobre la materialidad del delito y la responsabilidad del acusado

7.2.2.1. Exclusión de evidencia.

Lo primero que se debe señalar es que en la audiencia preparatoria adelantada el día 18 de marzo de 2019 la Fiscalía solicitó como testigo a la menor D.B.B. para que compareciera a la audiencia de juicio oral, medio de prueba que fue debidamente admitido por el juez que presidió esa diligencia.

No obstante, el 4 de julio de 2019 fecha en la cual se debía practicar el testimonio de D.B.B. en la respectiva audiencia de juicio oral, el delegado del ente persecutor decidió no llamar a declarar en la vista pública a la menor y optar por la inclusión de su declaración a través de una entrevista previa que le fue tomada en la Comisaría de Familia del municipio de Angelópolis. Tal petición fue del siguiente tenor⁷:

Señor juez el suscrito fiscal y el señor representante de la víctima hemos dialogado en este instante con la señora madre de la víctima y con ella misma y es preferencia de ellos que realmente la niña no comparezca al juicio por que tiene temor ella misma y la madre que se le revictimice volviéndola a recordar y a tratar el tema; no tiene, según nos dice ella misma, buenas condiciones anímicas para hacerlo. En ese caso la fiscalía invoca, dando lo que dispone el artículo 437 y 438 del Código Procedimiento penal literal E, le pido tan amablemente señoría que se autorice que ingrese la entrevista forense que a través de la Comisaria de Familia de Angelopolis se le recibió a la menor como una prueba de referencia de acuerdo con lo estipulado en las normas ya citadas.

Ante ese *petitum* del delegado fiscal, el juez de primer nivel emitió al interior de esa audiencia el siguiente pronunciamiento⁸:

Toda vez que la audiencia preparatoria se había decretado el testimonio de la menor víctima, a quien previamente la Fiscalía General de la Nación le había realizado entrevista, es del caso en los términos de la ley 1752 del año 2013 (sic) en su artículo tercero que diseñó el artículo 438 en el entendido que los menores de 18 años si han sido víctima de algún tipo de delito contra la integridad y formación sexual, se puede incorporar su entrevista como prueba de referencia, en consecuencia se accede al pedimento del doctor Londoño.

⁷ A partir del minuto 00:41:08 del audio de la audiencia del 4 de julio de 2019.

⁸ A partir del minuto 00:42:12.

Ante la anuencia del juez, el delegado de la fiscalía comenzó a interrogar a Andrómaca Builes Cadavid en su calidad de Comisaria de Familia del municipio de Angelópolis, con la finalidad de introducir la entrevista que ante esa dependencia y en presencia de esa funcionaria rindió D.B.B. el 29 de noviembre de 2018.

Obsérvese como en el decurso de la audiencia de juicio oral, si bien supuestamente sobrevino una causal de admisibilidad de la incorporación de la entrevista previa, para ser valorada como prueba de referencia, (y se dice supuestamente porque tal circunstancia ya era previsible desde la audiencia preparatoria) lo cual fue argumentado de manera muy básica por el delegado fiscal y que la declaración previa había sido descubierta en sede de acusación, el actuar del juez de primer nivel no cumplió a cabalidad con los presupuestos que han sido decantados con suficiencia y categoría por parte de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en los pronunciamientos citados y enunciados en la parte motiva de este fallo.

Véase como el juez inobservando los parámetros establecidos por la jurisprudencia, admitió la introducción de la entrevista tomada a D.B.B. en la Comisaría de Familia de Angelópolis como una prueba de referencia sin darle traslado a la defensa y al Ministerio Público para que se pronunciara respecto de la causal de admisibilidad sobreviniente alegada por la fiscalía, lo que de facto permite a la Sala avizorar que tal introducción de ese elemento se realizó impidiendo el derecho a contradicción que le asistía a la contraparte.

En este estado, la defensa nunca tuvo la oportunidad de controvertir en ese momento procesal la inclusión de esa evidencia documental como prueba de referencia, ni mucho menos efectuar un pronunciamiento sobre si la carga argumentativa que le asistía a la fiscalía para propender por su aducción fue la

correcta o no, quedando así en suspenso esa posibilidad de oposición propia del sistema con tendencia acusatoria que le asistía, lo que indefectiblemente va en detrimento de las garantías procesales del acusado en este asunto.

De cara a los criterios expuestos con suficiencia en el cuerpo de esta decisión, se tiene que el *a quo* obvió el deber que le asistía de garantizar en debida forma el contradictorio con ocasión a esa condición de indisponibilidad sobreviniente del testigo, la cual se presentó en la audiencia de juicio oral y de la cual se le debió garantizar a la contraparte la posibilidad de pronunciarse sobre la admisibilidad de ese medio de prueba, situación que no ocurrió en este evento.

Por último, la decisión que tomó el juez aceptando como prueba de referencia la declaración anterior de la menor, se debió hacer por medio de un auto frente al cual procedía el recurso de reposición al tenor de lo dispuesto en los artículos 176 y 177 de la Ley 906 de 2004; pero así no se hizo porque el funcionario *a quo* tomó su decisión prácticamente mediante una orden.

Así las cosas, si bien el argumento principal expuesto por el censor para oponerse en la apelación a la valoración de esta prueba de referencia, en tanto no había sido decretado en la audiencia preparatoria, no fue el correcto, pues esa posibilidad de introducción puede ser sobreviniente en el juicio oral, lo cierto es que en este asunto jamás se respetaron los parámetros propios para la aducción de este tipo de probanzas.

Pero eso no es todo, al analizar las razones dadas por el *a quo* para permitir el ingreso de la evidencia se encuentra que este es excesivamente escueto con ocasión a la petición planteada por la Fiscalía, donde nunca entró a analizar con suficiencia si en verdad se daba o no la causal de admisibilidad invocada. Por el contrario, la argumentación del juez fue mecánica y lacónica limitada a

referirse a los artículos del código procesal que desarrollan las pautas de admisión de dichos medios de prueba, sin que para nada se analizara si se cumplía ciertamente con los presupuestos legales y jurisprudenciales para su admisión.

Por estos motivos, la solución a este asunto no es otra que excluir del acervo probatorio la entrevista rendida por D.B.B. ante la Comisaria de Familia de Angelópolis el 28 de noviembre de 2018, por no garantizarse el debido proceso ni el derecho de contradicción a la defensa para pronunciarse respecto de su admisibilidad; pero, además, por la ausencia de una argumentación suficiente del *a quo* con ocasión a la verificación del cumplimiento de las circunstancias que habilitaban la aducción de esa evidencia como prueba de referencia para poder ser valorada en sede de primera instancia y ser fundamento de una sentencia de condena.

En esa misma línea de pensamiento, observa la Sala que hay otros contenidos de referencia que se introdujeron con distintos testimonios de los arribados a la audiencia de juicio oral, siendo menester que en este punto se realice un ejercicio de depuración con miras a elucidar concretamente los medios que deben valorarse en este juicio

Es así como se llevó a la vista pública a Carlos Eduardo Conde Rúa, Subintendente, de la Policía Nacional y quien fue el funcionario que capturó en flagrancia a **Holguín Granados** en razón a la llamada que la madre de la menor efectuó a la policía indicando los hechos materia de investigación. De las declaraciones de este testigo, varios de los aspectos que trajo a colación son los dichos de la madre de la menor, aspectos que constituyen prueba de referencia inadmisibles. Dicho en otras palabras, este policial es un testigo *ex auditu* al que no le consta de manera directa la ocurrencia de los sucesos denunciados y que su labor se circunscribió únicamente a la aprehensión del

acusado, momentos después de que la señora Ana María Bermúdez Ramírez solicitara la intervención de la Policía Nacional, siendo lo valorable de su testimonio la descripción que hizo de la vivienda donde se presentaron los acontecimientos y la forma en que realizó el procedimiento de aprehensión del acusado, lo que se abordará más adelante.

Similar situación ocurre con Ana María Bermúdez Ramírez, madre de la víctima, quien en sus atestaciones entregó aspectos que atenían a manifestaciones que le hizo D.B.B. en esencial lo que refirió sobre el hecho de que el procesado se acercó a la habitación de la menor y le mostró el pene. Esta situación constituye contenido de referencia inadmisibles que no puede ser valorado ni servir como mecanismo de corroboración por situación análoga a la entrevista de la víctima ante la Comisaría de Familia.

7.2.2.2. Valoración de la prueba legalmente aducida

Superado el análisis de esta primera cuestión, ahora la Sala se adentrará en el estudio del resto del acervo probatorio con miras a establecer si los mismos pueden llevar al estándar de conocimiento exigido para estructurar un fallo de condena en contra del acusado.

Sea lo primero indicar que en el juicio no existió debate sobre la identidad plena del acusado, la minoría de edad de la víctima, ni mucho menos sobre la existencia de sentencias condenatorias previas en contra del encartado. Estos hechos se estipularon.

Ahora bien, respecto de la responsabilidad del procesado, al juicio compareció la señora Ana María Bermúdez Ramírez⁹, madre de D.B.B., quien manifestó que residía hace 8 años en la vivienda donde se presentaron los hechos y que conocía al acusado porque le prestaba el servicio de alimentación en razón a que el encartado laboraba en una obra civil cercana a su vivienda.

Esta deponente contó en el interrogatorio directo la forma en que ella se dio cuenta que el encartado estaba realizando actos masturbatorios en su vivienda, así:

Bueno en ese momento estábamos almorzando; don Dairo ya había estado desde las horas de la mañana ese día y pues llegaron los otros trabajadores del transcurso de la una y media, llegaron los otros trabajadores a almorzar y el señor Dairo ya estaba ahí desde las horas de la mañana, se le volvió a repetir el almuerzo porque era sancocho de cola; y resulta pues que, si para mí fue sorpresivo lo que vi, por qué en el momento llegó mi yerno Nicolás y me pregunta que si yo sabía que era lo que estaba haciendo el señor Dairo ahí porque yo le estaba dando la espalda y yo estaba detrás de él; yo le dije no pues viendo televisor, entonces me dijo no ese señor se está masturbando, yo le dije no creo estaba ahí D. estaba ahí y todo, cuando me dijo él se está masturbando, entonces yo me pare sin que él se diera de cuenta cuando él voltio a mirar para ver a mi hija él se chocó con mi mirada y entonces en el momento que él se chocó con mi mirada se guardó el miembro de una, yo le metí un grito, porque yo le metí un grito.

Posteriormente, a instancias del mismo interrogatorio de la Fiscalía la testigo cuando se le indagó sobre la ubicación del encartado respecto de la menor D.B.B. esta deponente indicó:

Con relación a D., D. ya estaba pues en la pieza ya lo había visto; igual ya D. le había dicho organice tu mami la cocina y entonces en ese momento don Dairo seguía ahí en la silla y D. seguía al lado de la cocina.

⁹ Récord del audio de la audiencia del 4 de julio de 2019. Minutos 00:07:52 – 00:39:40.

En la siguiente pregunta, se le inquirió dónde estaba D. cuando su yerno Nicolás le avisó de los actos masturbatorios que realizaba **Holguín**, señalando esta testigo que la menor se encontraba parada en la cocina y que la visibilidad del lugar permitía que se viera lo que estaba haciendo el acusado.

Esta testigo puso de presente situaciones de tiempo, modo y lugar de la ocurrencia de los hechos, así como la percepción directa que tuvo del comportamiento del procesado, tales como verlo con su miembro viril en la mano y su inmediata huida al ser sorprendido. De igual forma es importante insistir en que la testigo indicó que en ese momento D.B.B. estaba presente en la cocina cuando **Holguín Granados** realizaba los actos de masturbación y que, por tanto, ella pudo lo pudo observar con toda claridad.

Es cierto que, en otro aparte de su declaración, tal como se evidenció en la cita textual que se hizo del mismo, señaló que D. se encontraba en su habitación; pero que en el momento en que su yerno le puso de conocimiento la situación, la menor se encontraba parada en la cocina.

En sede de contrainterrogatorio, la testigo manifestó que pasó un tiempo prolongado entre el momento en que D. le contó a Nicolás sobre los actos que realizaba **Dairo de Jesús** y el momento en que ella se enteró de lo sucedido. Indicó, además, que en el instante que ella observó al encartado realizar los actos masturbatorios su hija se encontraba presente y que precisamente cuando él la volteó a mirar se topó de frente con la mirada de esta declarante.

De esta prueba testimonial, se extrae que la testigo sí tuvo una percepción directa de los sucesos y pudo dar fe en el juicio que la menor se encontraba presente al momento en que se presentaron los hechos lúbricos objeto de la investigación ubicando a la menor en un lugar donde perfectamente podía observar el comportamiento del procesado, así como que este la miraba

mientras se masturbaba, aspecto sustancial de su declaración que fue puesto de presente cuando manifestó que al momento del procesado dirigir su mirada hacia la menor se topó de frente con la de la testigo, quien procedió a gritarle “degenerado, depravado” y el encartado emprendió la huida del sitio de los hechos.

La posición de esta deponente en la locación donde se dieron los eventos materia de investigación fue privilegiada y pudo obtener información de primera mano y describir ese sitio de forma precisa, lo que permite a la Sala colegir que el hecho sí ocurrió y que fue en presencia de la menor D.B.B., así como que el procesado era plenamente consciente de ello, pues la misma se encontraba en la cocina junto a la sala que fue el sitio en donde el procesado se estaba autoestimulando sexualmente mientras observaba a la niña.

Los dichos de la señora Ana María Bermúdez Ramírez, estudiados bajo los presupuestos del artículo 404 del C.P.P, tienen una clara solidez interna, pese a las vaguedades presentadas en la determinación de la hora de acaecimiento de la conducta, pues la dama fue categórica al manifestar en qué consistieron los actos desplegados por el encartado, el lugar donde se presentaron y que efectivamente la niña observó los actos masturbatorios que el procesado realizaba intencionalmente delante de ella.

También compareció al juicio oral el señor Nicolás Ortiz Acevedo¹⁰, cuñado de la menor D.B.B. quien refirió conocer a la víctima, debido a la relación sentimental que sostenía con su hermana, y al procesado por cuanto era su compañero de trabajo en una obra civil en el municipio de Angelópolis, Antioquia.

¹⁰ Ibidem, del minuto 01:21:33 – 02:02:49.

Este testigo refirió que cuando llegó a la casa de D.B.B. a almorzar, esta le manifestó que el acusado se estaba masturbando y que le ayudara a contarle lo sucedido a su mamá, pero que él no lo hizo de inmediato porque esta última se estaba bañando y que él procedió a irse hasta su casa.

Indicó que posteriormente la señora Ana Bermúdez, la menor D. y él observaron al acusado masturbarse y que el tiempo transcurrido entre el momento en que la menor le manifestó lo ocurrido y cuando él lo observó directamente fue de aproximadamente hora y media.

Cuando se le indagó sobre lo que directamente observó, este testigo refirió lo siguiente:

Pues yo lo que directamente vi, yo me senté al lado del mueble para notar si veía algo y yo por un rincón logre ver que él estaba haciendo el movimiento de la mano.

Ósea, tenía su mano puesta acá y veía que él movía su mano, entonces logré ver algo, ahí fue que le dije a Ana que nos paráramos a mirar y cuando nos paramos nos paramos frente a él y vemos que tenía su pene en la mano por fuera, y entonces ahí fue cuando miramos ya ella comenzó a gritarle de que se saliera, le dijo no sea degenerado, cochino algo así le dijo.

Luego, se le preguntó sobre la presencia de D. en el sitio y este señaló que la menor se encontraba parada en la cocina para ese momento y que esta sí alcanzó a ver las acciones del señor **Dairo de Jesús** y que era imposible que este no la viera por las características propias del lugar.

En sede de conainterrogatorio, la defensa intentó minar la credibilidad del testigo usando una declaración previa en la cual existía una inconcreción en las horas referidas para la ocurrencia de los hechos.

Al analizar este testimonio a la luz de los presupuestos del artículo 404 del C.P.P. se tiene que el testigo tiene una buena capacidad de rememoración, una coherencia en su discurso que guarda una relación directa con los hechos materia de investigación.

Este testigo también refirió la circunstancia de que él y la anterior declarante observaron al señor **Holguín Granados** masturbarse en la sala de la vivienda donde tomaba los alimentos, así como la presencia de D. en ese momento y lugar, lo que permite a la Sala verificar que los hechos sí ocurrieron y que ellos se generaron en presencia de la menor.

También fue claro que este declarante fue la primera persona a la que la niña denunció el hecho erótico que realizaba **Holguín Granados**, el impacto que esta acción generó y la llamada a la policía para que procediera con su captura.

La cuestión de la no recordación clara de las horas no es un sustento determinante para restarle valor suasorio al testimonio que rindiera en la vista pública el deponente, pues se tiene que en los demás detalles entregados fue claro y conciso, además de correspondiente con el relato que entregara la madre de la menor afectada en punto de la presencia de D.B.B. en el momento en que ellos, de manera directa, observaron al acusado realizar actos masturbatorios y que este miraba a la menor y que esta también lo miraba a él.

Otra testigo de la fiscalía fue la señora Adriana María Bonilla Henao¹¹, tía paterna de la menor D.B.B. quien acudió a la vista pública para manifestar que residía en el municipio de Angelópolis y que conocía a la familia de la menor;

¹¹ Record de la audiencia del 18 de agosto de 2019. Del minuto 00:05:28 -

así mismo, señaló que había oído hablar del señor **Dairo de Jesús Holguín Granados** en razón al servicio de alimentación que su cuñada le prestaba.

Esta testigo solo sirvió como base para corroborar que el procesado sí frecuentaba la vivienda donde residía D.B.B. con sus hermanos y su madre en razón a los alimentos que este le compraba a la última de las mencionadas.

Carlos Eduardo Conde Rúa, Subintendente, de la Policía Nacional y quien fue el funcionario que capturó en flagrancia a **Holguín Granados** sirvió para conocer la distribución de la vivienda donde el señor **Holguín Granados** realizó los actos masturbatorios; del mismo modo, permitió conocer que al momento de ser capturado el ciudadano se encontraba huyendo del sitio de los hechos.

En este estado, conviene entonces hacer un análisis de la consistencia externa y la concatenación de los testimonios de los testigos directos de los hechos, esto es, la señora Ana María Bermúdez Ortiz y Nicolás Ortiz Acevedo.

Ambos testigos coincidieron en la forma en que se dieron cuenta de los actos lascivos que practicaba el encartado y el sitio donde este los estaba realizando. En la misma medida dieron cuenta que en el sitio se encontraba la menor D.B.B. y que era imposible que esta no se percatara de lo ocurrido y mucho menos que el acusado no observara su presencia en el lugar de los hechos.

En igual sentido, ambos deponentes fueron claros en señalar que el señor **Holguín Granados** dirigía su mirada hacia D. cuando estaba realizando los actos de masturbación que se le endilgaron. En la misma forma ambos declarantes señalaron al procesado como la persona que se estaba masturbando al interior de la vivienda de la señora Ana María y en presencia de la menor de 12 años para la época de los hechos.

Estos testimonios, por demás esclarecedores, permiten a la Sala fundar su conocimiento de la existencia de los hechos materia de investigación, esto es, la realización de actos de masturbación en presencia de una niña menor de 14 años, así como que esta última pudo presenciar estas acciones lascivas desplegadas por el acusado.

En ninguno de los declarantes se evidencia un patrón de mendacidad, ni mucho menos un ánimo de perjudicar al procesado, por cuanto este era cliente frecuente del negocio de la señora Ana María Bermúdez Ortiz en la venta de almuerzos y compañero de trabajo de Nicolás Ortiz Acevedo en la obra civil en la cual ambos laboraban. Nunca se pudo establecer que existiera una relación problemática entre los testigos de cargo y el encartado, por el contrario, el trato entre ellos era cordial y ameno, basado en relaciones del servicio de restaurante y en el ámbito laboral, esferas en las cuales se mantuvo un trato cordial.

Por ello, si bien se excluyó del debate probatorio la declaración previa rendida por D.B.B. ante la comisaria de familia de Angelópolis, a la que la primera instancia le otorgó un valor suasorio sustancial, ello no desdibuja la cuestión de que los hechos sí ocurrieron y que el responsable directo es el señor **Dairo de Jesús Holguín Granados**, pues los demás medios de prueba de cargo fueron demasiado contundentes en elucidar acerca de la real ocurrencia de los acontecimientos, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrollaron y la presencia de la menor en el sitio, así como la posibilidad innegable de que esta fuera espectadora de la acción realizada por el encartado, que atenta de modo flagrante y ostensible contra la libertad, integridad y formación sexuales de una niña de escasos 12 años de edad para la fecha en que ocurrió tal evento.

Aclarada de manera suficiente esta primera cuestión, se ocupa la Sala de analizar la prueba practicada a instancias de la defensa, para determinar si esta tiene la entidad suficiente para desvirtuar los elementos de convicción que fueron arrimados al juicio por el ente persecutor, de cara a la tipicidad y antijuridicidad del comportamiento endilgado.

Para este aspecto principal, se tiene que la defensa del señor **Holguín Granados**, trajo a juicio como testigo al señor Pedro Nel Zapata Laverde¹² quien es pensionado de la Policía Nacional y para la fecha de los hechos fungía como Comandante de Guardia en el municipio de Angelópolis, Antioquia, en las instalaciones policiales de esa municipalidad. Señaló este testigo que para el mes de agosto de 2018 el señor **Dairo de Jesús** se encontraba detenido en la estación de policía de Angelópolis.

En lo esencial de su declaración, este testigo señaló que la señora Ana María Bermúdez Ortiz se acercó hasta la estación de policía a visitar al encartado y que escuchó cuando esta dama le manifestó su deseo de retirar la denuncia que se había interpuesto por los hechos aquí juzgados, al parecer por un error que sentía que había cometido.

Sobre este tema giró también parte del contrainterrogatorio efectuado por la fiscalía.

Esta prueba, en criterio de la Sala, no cuenta con la entidad suficiente para desacreditar los testimonios de cargo, pues el hecho de la supuesta intención de la madre de la víctima de retirar la denuncia, no desvirtúa en lo absoluto la real ocurrencia de los sucesos aquí juzgados ni mucho menos tiene la connotación de restarle un valor probatorio a los dichos de la testigo en su

¹² Record de la audiencia del 17 de septiembre de 2019. Minuto 00:06:55 – 00:40:13.

incriminación en juicio, toda vez que esta fue lo suficientemente categórica en su declaración en señalar a **Holguín Granados** como el sujeto que se masturbó en presencia de su hija menor de 14 años y la fecha en que ocurrió tan penosa situación.

Para abundar en razones, si bien la defensa, a través de su confusa estrategia defensiva, pretendió minar la credibilidad de las incriminaciones de cargo a través de la declaración del señor Zapata Laverde, atinente al supuesto ánimo de retracción de la madre de D.B.B., lo cierto es que se quedó demasiado corta al no ahondar más en preguntas puntuales sobre estos al momento de enfrentar a la testigo de cargo, pues se observa claramente que la señora Bermúdez Ortiz si aceptó en su interrogatorio que visitó al procesado en su lugar de reclusión, pero que ello ocurrió porque este la llamó con la finalidad de pedirle perdón por los acontecimientos que aquí se investigan.

Lo cierto en este punto es que la versión rendida por la señora Ana María Bermúdez Ortiz es tan sólida que no alcanza a ser afectada con los dichos de este testigo, por cuanto su relato es demasiado categórico en manifestar la forma en que ocurrieron los hechos, sin que los que refirió el declarante de la defensa logren menguar la real ocurrencia de los acontecimientos.

Por lo anterior, queda plenamente acreditado en este punto que el señor **Dairo de Jesús Holguín Granados** realizó un acto erótico en presencia de la menor D.B.B. y que con esa actuación afectó el bien jurídico de la integridad, libertad y formaciones sexuales de esta.

7.2.3. análisis de culpabilidad

El otro reparo del censor obedece a la valoración de un dictamen pericial que se encamina a una solicitud de reconocimiento en su prohijado de un estado

de inimputabilidad que le impedía conocer la ilicitud de su actuar o de determinarse de acuerdo con tal comprensión.

Es importante comenzar por resaltar en este acápite la posición ambivalente de la defensa, porque si bien de un lado se esforzó para tratar de demostrar que el acusado no abusó sexualmente de la menor ofendida, de otra, al parecer si lo acepta y trata de justificar la conducta en una supuesta inimputabilidad, frente a lo cual erróneamente también pide absolución.

De todas maneras, como esta es la otra arista de la defensa que fue formulada en la apelación, la Sala se ocupará en este momento de analizar de fondo el punto.

El legislador contempló que es inimputable “quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares.”¹³

Aquí lo importante de advertir es que sea cual fuere la naturaleza o características del trastorno mental, de la inmadurez psicológica, de la anomalía psíquica o de la situación de diversidad sociocultural, la misma debe ser de tal entidad que le impida al agente el comprender la ilicitud de su actuar o de determinarse de acuerdo con esa comprensión.

Obviamente como en este caso se trata de una defensa afirmativa, el procesado y su apoderado estaban en la obligación de demostrar con las pruebas del caso, más allá de cualquier duda razonable, que la afectación

¹³ C.P., art. 33

mental, permanente o transitoria, incidió de tal manera en el aspecto cognitivo y volitivo del sujeto, que, como ya se señaló, no le permitió comprender la ilicitud de su acción o de autodeterminarse de acuerdo con esa comprensión, por lo que se lo debe declarar inimputable.

Al igual que en el resto de las cosas, frente a la inimputabilidad no existe prueba tarifada, aunque siempre se ha entendido que es de gran ayuda para comprender a cabalidad el caso en concreto, el apoyo de especialistas en la materia, advirtiéndose desde ya que como la inimputabilidad es una categoría jurídica, quien la determina, con fundamento no solo en las pericias allegadas al juicio sino con base en todo el acervo probatorio, es el juez.

Respecto del dictamen de inimputabilidad, la ley y la jurisprudencia han establecido, al igual que para las demás pruebas periciales, una serie de parámetros que se deben tener en cuenta tales como: la idoneidad técnico-científica y moral del perito, la claridad y exactitud de sus respuestas, su comportamiento al responder, el método en que apoyó su trabajo, el grado de aceptación de los principios científicos, técnicos o artísticos usados, los instrumentos utilizados y la consistencia del conjunto de sus respuestas, para que la valoración de la prueba se pueda hacer de manera racional y sujeta a los parámetros de la sana crítica, la persuasión racional y los parámetros legales, y no de manera acrítica, irreflexiva o mecánica.¹⁴

También precisó ese alto Tribunal que el objeto de valoración por parte del juez en una prueba pericial no es realmente la conclusión del perito, sino el procedimiento que sustenta sus afirmaciones, pues si ello no fuera así, estaríamos ante una especie de tarifación de la prueba pericial.¹⁵

¹⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Radicado 39565 del 10 de diciembre de 2013.

¹⁵ *Ibidem*.

Así las cosas, frente a cada caso en particular, es claro que la sola manifestación del perito no constituye elemento suficiente para fundar la determinación de inimputabilidad, pues es el funcionario judicial quien, con base en la valoración de toda la prueba en su conjunto, deberá entrar a determinar esta especial condición jurídica, tal como ya se había advertido.

Por otro lado, también es claro para la Sala que a partir de que un individuo arriba a la mayoría de edad, la imputabilidad se presume, y será la defensa en desarrollo de su actividad probatoria quien tendrá la carga de demostrar lo contrario, si es que decide utilizar esta categoría jurídica en cualquiera de sus variantes, para lo cual el legislador de manera expresa prescribió que en ese caso aquella deberá obligatoriamente desde la misma audiencia de acusación poner de presente este hecho y descubrir desde ya las pericias que tenga para respaldar dicho aserto, si es que pretende utilizar tal tipo de prueba dentro del proceso.¹⁶

Obviamente, para que dicha prueba técnica pueda introducirse al juicio y ser debidamente valorada por el juez tiene que cumplir con todas las ritualidades previstas en los artículos 405 y siguientes de la Ley 906 de 2004, entre los cuales resulta muy importante resaltar que, por expresa disposición legal, el informe preliminar, que está en la obligación de descubrir la parte aportante, no se puede considerar como prueba, pues la única que tiene tal connotación es la declaración del perito en el juicio oral (art. 415 *idem*).

Es por ello por lo que el perito no sustituye la labor del juez en estos eventos, por cuanto la noción de inimputabilidad es una categoría jurídica que le

¹⁶ Ley 906 de 2004, art. 344

corresponde determinar al funcionario judicial que conoce de la actuación, mientras que la labor del experto se circunscribe al informe atinente a las pautas mismas del peritaje realizado.

7.2.3.1. Análisis de la prueba de este aspecto.

Como prueba pericial, la defensa arribó al juicio al psicólogo Tobías Mesa Taborda¹⁷, encargado de realizar un análisis de conducta del acusado de forma previa y posterior a los hechos por los que se le acusa, con lo cual buscaba demostrar un estado de inimputabilidad por trastorno mental.

Conviene, entonces, analizar en detalle esa peritación traída a la vista pública por la defensa:

La defensa arribó al juicio un informe de base de opinión pericial denominado análisis de la personalidad de **Dairo de Jesús Holguín Granados** para relacionarlo con la probabilidad de este de realizar actos pedófilos con consciencia y voluntad, el cual fue practicado por el psicólogo Mesa Taborda. Este testigo perito fue claro en manifestar que la peritación realizada no tiene grado de certeza sino de probabilidad, ello debido a la naturaleza propia de la psicología como ciencia.

En el desarrollo del interrogatorio practicado al perito, este fue conteste en señalar los métodos técnicos que utilizó y el derrotero que siguió para efectuar la evaluación en comento , la cual tuvo como hipótesis que “el señor Dairo de Jesús Holguín granado manifestó un comportamiento anormal antes durante y después del delito a él imputado”.

¹⁷ Del minuto 01:18:21 -

Al indagársele sobre las conclusiones a las que arribó su peritaje, el experto indico:

(...) las conclusiones doy la explicación porque ello su señoría, porque él ha padecido trastorno de atención con hiperactividad sin tratamiento en las fases iniciales, ni actualmente. A ese trastorno de atención con hiperactividad, desde la pre adolescencia él tuvo el biconsumo de alcohol y marihuana. Entonces ese cuadro comórbido de trastorno de atención con hiperactividad más el biconsumo le afectó los lóbulos y el consumo de sustancia le afectó los lóbulos prefrontales que son los encargados de la voluntad. Por lo anterior, a él se le disminuyó la capacidad de autocontrol conductual.

Entonces concluye que el señor Dairo de Jesús Holguín Granado a nivel social familiar laboral académico y disciplinario derivado de alteración psicológica, si manifestó un comportamiento anormal a nivel social, familiar, laboral, académico (el solo ahora está terminando bachillerato) y disciplinario, antes y después de los hechos a él imputado.

Ante la pregunta al perito si el acusado tuvo capacidad de autodeterminarse para la realización de esa conducta a él endilgada, señaló que no le quedó claro si el sujeto podía o no determinarse, pero entregó explicaciones sobre la función de los lóbulos prefrontales del cerebro y la afección que estos sufren con ocasión a un déficit de atención y de hiperactividad ligado al consumo de marihuana y alcohol de forma asidua, tal como era el caso del encartado, preceptuando que en ese tipo de eventos se pierde esa capacidad de planeación y autocontrol.

Al indagársele en el contrainterrogatorio sobre el aspecto del conocimiento y autodeterminación para la realización de los actos masturbatorios en presencia de la menor, este profesional reafirmó que no podía determinar si para ese momento el sujeto actuaba o no con conciencia plena; así mismo, fue claro que el estudio de los lóbulos prefrontales obedece al campo de la neuropsicología y que él no ostenta esa especialidad y que lo dicho sobre esa afección de los lóbulos en el acusado obedece a una valoración y no a un diagnóstico.

Tampoco se tuvo en la base de opinión pericial las cantidades de marihuana y alcohol que el señor Dairo de Jesús consumía diariamente, mucho menos se consignó hasta dónde y en qué grado estaba afectado el lóbulo prefrontal del acusado; así mismo, fue insistente que la capacidad volitiva del acusado se encontraba afectada para el momento de los hechos, situación que fundamentó en la literatura científica, aunado al biconsumo y a la hiperactividad del procesado.

Con base en el análisis del testimonio del perito psicólogo, encuentra la Sala que la cuestión de la falta de consciencia sobre la conducta antijurídica o la ausencia de autodeterminación del encartado para realizar o no el hecho por el que se le adelantó este proceso penal y que fue la tesis subsidiaria de la defensa para sacar adelante la absolución de su defendido, no fue satisfecha a cabalidad con la prueba pericial practicada en juicio.

En efecto, para la Magistratura deviene diáfano que este perito carece de experticia en el campo de la neurología y que no le era dable realizar dictámenes como el que aquí planteó respecto de la afección de los lóbulos frontales del acusado, y que su peritación no es para nada idónea por los motivos que se pasan a exponer:

En primer lugar, al carecer este profesional de la psicología de estudios dentro del campo de la medicina, ningún valor suasorio podría otorgársele a las apreciaciones que realizó en el ámbito neurológico y funcional del cerebro del acusado, diagnosticando un TDHA que no tiene una base médica previa y que, tal como él mismo lo corroboró, nunca ha sido atendido por parte de un profesional de la salud en esa área.

Quedó claro con la declaración del testigo perito que este no ostenta la calidad de neuropsicólogo que le permitiera realizar un análisis de ese daño a los lóbulos prefrontales y muchas de sus respuestas en este campo fueron por demás ambiguas al quedarse muchas en el ámbito de respuestas subjetivas carentes fundamento en su base de opinión pericial, dado el carácter especulativo de la pluricitada pericia.

Dicho en otras palabras, el perito no ostenta estudios de especialización que lo acrediten como experto en neuropsicología y su pericia se plaga de una serie de especulaciones que carecen de un fundamento sólido que permita darle un valor suasorio adecuado con miras a establecer una ausencia de determinación o desconocimiento de la ilicitud en cabeza del procesado para el momento de los hechos.

En segundo término, el perito realizó un estudio académico que derivó en una serie de conclusiones que no se compadecen en lo absoluto con la realidad factual enseñada en estas diligencias y que ostensiblemente se desliga del caso concreto.

Toda la peritación realizada toma como base una serie de entrevistas realizadas tanto al acusado como a personas cercanas a él, sin que se tenga como base una atención clínica contenida en una epicrisis por ese presunto TDHA que data desde muchos años atrás y del cual no hay un diagnóstico o vestigio médico o científico. Lo anterior convierte la peritación traída por la defensa en una prueba con conclusiones meramente especulativas y no concluyentes, que poco valor suasorio tienen para fundar una ausencia de autodeterminación del procesado.

En tercer lugar, el hecho de que el procesado sea consumidor asiduo de licor y marihuana no conlleva a la presencia de un estado permanente de inimputabilidad en los términos planteados por la defensa, por cuanto si bien la Sala no desconoce que el señor **Holguín Granados** pueda llegar a ser un adicto a estas sustancias, lo cierto es que no se pudo demostrar plenamente que ello haga mella en su capacidad de comprensión o de autodeterminación, al punto de llevarlo a un estado de inimputabilidad.

Así, la Sala puede predicar que ese dictamen pericial, se itera, es especulativo por cuanto no hay una ilación o nexo sólido entre un supuesto TDHA que nunca ha sido diagnosticado, el consumo de alcohol y marihuana con la incapacidad de discernir sobre sus actos por parte del acusado.

El peritaje aducido por la defensa tiene su base netamente en 3 testigos abiertamente interesados y parciales que ningún soporte fiable le pueden otorgar a este.

Como si fuera poco, esta peritación deviene contraevidente con la realidad enseñada sólidamente por la prueba de cargo, por cuanto se pudo establecer con toda claridad que el señor **Holguín Granados** en el momento en que fue sorprendido por la madre de la menor masturbándose en presencia de esta última, optó por agarrar sus lentes y salir corriendo del lugar de los hechos, lo que de facto permite colegir con rotundidad que sí tenía plena conciencia de la antijuridicidad de su actuar.

Todo lo expuesto en precedencia, se acentúa aún más con la evaluación de los testimonios de Luis Gonzalo Arango Marín¹⁸, amigo del señor **Holguín Granados** y que lo conoce hace más de 20 años, así como el de María Romelia Ruiz Vera¹⁹, esposa del procesado, quienes no son más que testigos de conducta que se limitaron a referir que, pese a las adicciones con el alcohol y la marihuana, el comportamiento del encartado fue siempre bueno y que no era una persona que presentara comportamientos sociales problemáticos.

Ninguno de estos testigos, ni los entrevistados por el perito, fueron categóricos en manifestar problemas de comprensión o de autodeterminación del procesado a raíz de su consumo de sustancias psicotrópicas; por el contrario, siempre enseñaron al encartado como una persona que, pese a sus vicios, tenía un comportamiento social aceptable y respetuoso para sus congéneres.

Así las cosas, no otra cosa puede concluir la Sala que la imputabilidad más que demostrada del acusado.

En ese orden de ideas y pese a la exclusión de la evidencia que se reseñó al principio del abordaje del caso concreto y que fue valorada para soportar la sentencia de condena que fue apelada, encuentra la Magistratura que de la prueba llevada a juicio, especialmente de los testimonios rendidos en la vista pública por la señora Ana María Bermúdez Ortiz y el señor Nicolás Ortiz Acevedo, quedó plenamente acreditada la materialidad de la conducta y la responsabilidad en cabeza del enjuiciado respecto al núcleo central de la imputación, que no es otra cosa que el acto sexual del que fue víctima D.B.B.

¹⁸ Ibidem, del minuto 00:43:39 – 00:58:30.

¹⁹ Ibidem, del minuto 01:03:24 – 01:14:31

consistente en actos de masturbación en presencia suya sin que se estableciera un estado de inimputabilidad del procesado.

En consecuencia, la Sala confirmará la condena impuesta al señor **Dairo de Jesús Holguín Granados**, pero específicamente por los motivos aquí explicitados.

8. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Constitución Política,

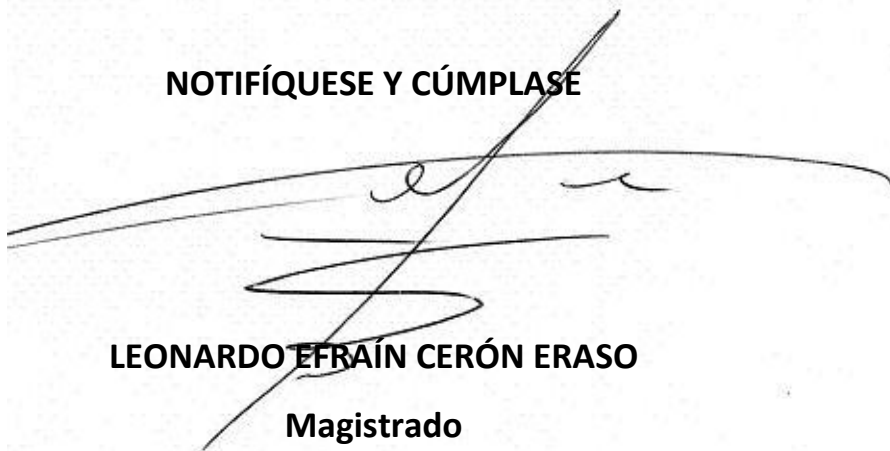
8.1. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR íntegramente la sentencia del 17 de junio de 2020, proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Caldas, Ant., que condenó al señor **Dairo de Jesús Holguín Granados** en calidad de autor del delito de actos sexuales abusivos con menor de catorce años, imponiéndole una pena principal de 108 meses de prisión e inhabilidad, pero por las razones que se expusieron en las consideraciones de la presente decisión.

SEGUNDO: La presente decisión es susceptible del recurso de casación en los términos de ley.

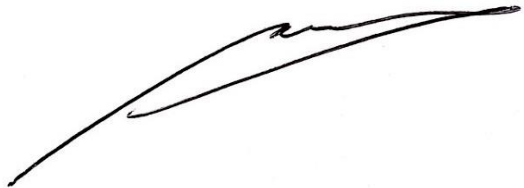
TERCERO: Ejecutoriada la presente decisión remítase al juzgado de origen para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

Magistrado



RICARDO DE LA PAVA MARULANDA

Magistrado



RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ

Magistrado