



SALA PENAL

FICHA DE REGISTRO	
Radicación	05 001 60 00 207 2009 00330
Acusado	Martín Ovidio Posada Ossa
Hechos	Desde el año 2008 hasta el año 2009 en Medellín
Delito	Actos sexuales abusivos con menor de 14 año, agravado (Arts. 209 y 211-5 CP)
Víctima y Denunciante	Menor EDP, con cuatro años para la época de los hechos. Denunciante, Yadira Andrea Pérez Posada, madre.
Juzgado <i>a quo</i>	Trece (13) Penal del Circuito de Medellín
Asunto	Se dicta sentencia de segunda instancia por apelación de condena de 28 marzo 2019 (f. 101-117)
Consecutivo	SAP-S-2020-15
Aprobado por Acta	Nº 080 de 23 junio de 2020
Audiencia de exposición	Viernes 26 de junio de 2020; Hora 9:00 am
Decisión	Se confirma sentencia de condena
Magistrado Ponente	NELSONSARAY BOTERO

Medellín, Antioquia, junio veintiséis (26) de dos mil veinte (2020)

1.- ASUNTO

Se dicta sentencia de segunda instancia en el proceso adelantado en contra del ciudadano MARTIN OVIDIO POSADA OSSA.

2. DERECHOS A LA INTIMIDAD DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS DE DELITOS

Como medida de protección de los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos, y en especial de delitos sexuales, se suprime de esta providencia y de toda futura publicación de la misma, por cualquier medio, el nombre de la víctima¹.

¹ En CSJ SP, 13 febrero 2008, rad. 28.742, se expresó: “La Sala omite el nombre de la víctima por la prevención natural de no divulgar datos que la identifiquen o puedan conducir a su identificación. En el Código del menor existía la prohibición expresa de no publicar esos datos en las providencias judiciales (artículo 301 del Código del Menor, Decreto 2737 de 1989); sin embargo, el artículo 301 del C. del M. fue derogado por el artículo 217 de la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y Adolescencia) que rige a partir del 8 de mayo de 2007./Con todo, la Sala Penal de la Corte continúa con esa línea de pensamiento (no publicar el nombre del menor víctima de delitos sexuales) en razón a que estima que la determinación contribuye con la finalidad del código de la Infancia y la Adolescencia relativa a garantizar a niños, niñas y adolescentes su pleno y armonioso desarrollo en la comunidad (art. 1 de la Ley 1098 de 2006)”. Así mismo, en CSJ AP, 24 marzo 2010, rad. 33.433, dijo la alta Corporación: “Se omite identificar a la menor y a su progenitora por respecto a su dignidad y a su derecho a un nombre de acuerdo con la *Declaración de los Derechos*

Para efectos de la redacción de esta providencia se utilizará las iniciales del nombre².

3. IDENTIFICACION DEL ACUSADO

Es el ciudadano MARTIN OVIDIO POSADA OSSA, de mayoría, identificado con la cédula de ciudadanía N° 3'572.823 de San Andrés, Antioquia, nacido el 14 mayo de 1960; hijo de GUILLERMO y MARÍA, oficial de construcción, casado con RUBY QUINTERO, con estudios hasta quinto año de primaria, residente en la calle 88 N° 96-30, Barrio Robledo Aures, Medellín, Tel. 436-09-70.

4. HECHOS

Durante los años 2008 y 2009 mientras la menor EDP, con cuatro años de edad para la época de los hechos, permanecía en casa de MARTÍN OVIDIO POSADA OSSA y su esposa RUBY QUINTERO, el varón realizaba en su cuerpo tocamientos libidinosos.

La menor era dejada allí porque su madre, YADIRA ANDREA PEREZ POSADA, tenía que realizar prácticas laborales, y el implicado, a su vez tío de la niña, se encontraba sin trabajo, y con ese dinero que les pagaba podían solventar sus necesidades más básicas.

Cuando la niña jugaba con SEBASTIAN, su primo de cinco años, le pedía que se desnudara y se tocara el miembro viril, lo cual alertó a la madre de SEBASTIAN, señora DORYS EDITH PEREZ POSADA, tía de la niña y a su vez sobrina del procesado, quien le pidió a YADIRA ANDREA que hablara con EDP.

Concretamente, en una ocasión vio a la niña con los calzones abajo, acostada, el primito encima dándole besos, jugando “*al papá y a la mamá*”. Se estableció que el tío OVIDIO le realizaba tocamientos de índole sexual.

5. ACTUACION PROCESAL, FALLO IMPUGNADO DE PRIMERA INSTANCIA E IMPUGNACION

La sentencia de condena se adoptó por el Juzgado 13 Penal del Circuito de Medellín en la data de 28 marzo 2019 (f. 101-117).

El señor abogado defensor interpuso y sustentó el recurso de apelación (f. 120-128). El ataque va dirigido a (i) errónea valoración probatoria y (ii) existencia de duda razonable (*in dubio pro reo*).

del Niño y en acatamiento a los *Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y Abuso de Poder* (Asamblea General de la ONU, Resolución N° 40/34 del 29 de noviembre de 1985) al contemplar que los procedimientos judiciales y administrativos deben adoptar medidas para evitar nuevamente su victimización, en concordancia también con lo previsto en los artículos 47, numeral 8°; 192 y 193, numeral 7° de la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia)”; reiterado en CSJ SP, 16 marzo 2011, rad. 32.685; CSJ AP, 7 abril 2011, rad. 35.179.

² Corte Constitucional, Sentencia T-510 de 2003.

En los apartados siguientes se dará respuesta a los cuestionamientos defensivos.

6. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala dará respuesta puntual a los argumentos presentados por el abogado defensor impugnante (f. 120-128).

7. SOBRE LA ERRÓNEA VALORACIÓN PROBATORIA. PETICIÓN PARA QUE LA ENTREVISTA DE LA MENOR SE DEJE SIN EFECTOS

El abogado defensor sustenta la errónea valoración probatoria según las reglas de la experiencia y la sana crítica (f. 120). El fallo se sustenta en la entrevista de la menor aceptada como prueba de referencia; se dice que *“en múltiples oportunidades la funcionaria que la lleva a cabo influye notablemente en las respuestas”*, lo cual debe dejar sin efectos la entrevista misma. Pasa el censor, seguidamente a descartar en varios literales las *“incongruencias”* que se presentan en la entrevista (f. 130 vt.).

Adicionalmente, con respecto a las *“incongruencias”*, dice el censor:

Uno: Que, en gran parte de la entrevista, la niña se muestra dispersa; pero sabe diferenciar las partes del hombre y de la mujer.

Para la Sala, lo que se indica, precisamente, es que se está entrevistando forensemente a una niña de escasos cuatro años de edad, una menor de cinco años, su compartimiento es acorde a su edad cronológica y mental. A través de los diagramas descubiertos a modo de evidencia ilustrativa la niña muestra las partes del cuerpo, y en su caso, colorea la *“cola”* del hombre, señalando así el miembro viril del que dice que el tío rozaba en su cuerpo.

Dos: La menor, en principio, nada dice de que alguien la toque, no obstante, la insistencia de la entrevistadora.

Para la Sala, como ya se dijo, se trata de entrevista forense a una niña de escasos cinco años, con un comportamiento acorde a su edad, y precisamente se necesita de una persona con especiales conocimiento para orientar la entrevista.

La entrevista forense a menores de edad víctimas de delitos sexuales no necesariamente debe tomarla o practicarse por psicólogo titulado. Basta testigo de acreditación con alguna experiencia y aptitud para orientar adecuadamente la conversación.

En efecto,

“(...) los psiquiatras, los psicólogos, los estudiantes que ya poseen alguna formación que los hace idóneos, los profesionales de la salud, los peritos, los policías judiciales capacitados en derechos humanos y de infancia y adolescencia, las madres comunitarias, en fin, personas que puedan concurrir al proceso penal como testigo, cuya aptitud e idoneidad les permita obtener la información

mediante procedimientos éticamente aceptables, válidos, lícitos, limpios, respetuosos de los derechos humanos”³.

Lo esencial es que se utilicen “*procedimientos éticamente aceptables, válidos, lícitos, limpios, respetuosos de los derechos humanos*”, como lo aconseja la jurisprudencia, y como sucedió en la entrevista de EDP. Ninguna objeción se ha presentado por este aspecto.

De otra parte, no hay insistencia de la entrevistadora. Simplemente se limita a preguntar por los tíos de la niña. Una vez se obtiene la respuesta con tres nombres de los tíos, se pregunta por los tocamientos, esto es, si alguno de ellos la ha tocado en sus partes íntimas, en último lugar se le pregunta por el tío OVIDIO, el aquí procesado.

Tres: Dice que no le gusta las caricias del padre.

Lo que Sala observa y escucha es que la niña dice que no le gusta que el padre le toque “*la capul*” haciendo referencia a la parte del cabello que cubre la frente; en modo alguno dice que no le guste que el padre la levante o le haga cosquillas.

Cuatro: En los minutos 14:21 y 14:31 dice la niña que la han tocado.

Para la Sala, en efecto así es. Pero todo hace parte de una entrevista forense a niña de escasos cinco años de edad. No se trata de entrevista forense a persona adulta, razón por la cual es menester paciencia y adecuada dirección de la entrevista para evitar traumatizar a la niña entrevistada. Apenas, en los primeros minutos, está logrando confianza con la entrevistadora.

Cinco: En el minuto 16:42 “*luego de mucho insistir*” la niña menciona a MARTIN OVIDIO como el tío.

La Sala lo que observa del video es lo siguiente: se pregunta por la composición de la familia nuclear, nombres de la madre, del padre, de los hermanos; luego se pasa a la familia más extensa, se pregunta por los tíos y las tías, a medida que se pregunta, la niña responde.

No observa la Sala ninguna inadecuada insistencia de la entrevistadora para que se mencione a determinada persona.

Seis: En el minuto 17:32 la niña menciona que el tío MARTIN OVIDIO la tocó en la vagina y el estado de ánimo es insegura y dispersa.

Para la Sala, con respecto a la dispersión es la propia de una niña de su edad, sin que se pueda llegar a calificar como de ausencia o desinterés. Es una niña concentrada en las preguntas sencillas y elementales que le hace la entrevistadora. Por ejemplo, si le pregunta por el nombre de primos, da respuesta de personas y no de animales, lo cual indica que está prestando atención; cuando se le pregunta por los tíos, da los nombres de los tíos y nos los confunde con los nombres de los padres, etc.

³ CSJ AP rad. 32.595 de 09-11-09.

Cuando llega al tocamiento de la vagina por parte del tío MARTIN OVIDIO lo que se observa es una niña que en ese momento siente como pena y vergüenza, solo superable gracias a la dirección profesional de la entrevistadora.

Es más, llega un momento en que pone ambas manos contra la mesa y con movimientos de la pelvis muestra cómo es que el tío le rozaba la cola en la vagina, en muestra evidente y clara de un movimiento de intento de penetración sexual, aspecto esencial que parece pasó desapercibido para el juez y las partes. Fue una manifestación espontánea de la niña. Esa imagen retrata en toda su magnitud el hecho sexual.

Siete: Que en el minuto 18:05 relata la forma en que el tío le tocó con la “cola”, que le ponía la “cola” en la vagina cuando estaba acostada; que RUBY estaba en la casa haciendo comida; que RUBY no vio nada; que ello no es posible, lo cual genera duda.

Para la Sala, la comprensión de la manifestación debe ser la más exacta posible: que simplemente la señora RUBY no observó nada, Así de sencillo. Decir que sí observó es la simple apreciación de la defensa.

Adicionalmente, según lo adviera YADIRA ANDREA PEREZ POSADA, para la época también vivían en dicha casa los hijos de la pareja, jóvenes con edades de 10, 15 o 16 años; y siguiendo el mismo razonamiento del abogado defensor, debieron entonces observar algo anormal. Sencillamente nada vieron, pues en esos momentos no se encontraban en la vivienda. Esa es la explicación más sencilla.

Es que *“en igualdad de condiciones, la explicación más sencilla suele ser la más probable”*. Esto implica que, cuando dos teorías en igualdad de condiciones tienen las mismas consecuencias, la teoría más simple tiene más probabilidades de ser correcta que la compleja. Es lo que se conoce como la navaja de Ockham (a veces escrito Occam u Ockam), principio de economía o principio de parsimonia (*lex parsimoniae*)⁴.

Siempre deberá escogerse la teoría o conjetura más simple entre todas aquellas que en igualdad de condiciones puedan explicar un mismo acontecimiento. Cada teoría en pugna debe contar con un mínimo de respaldo probatorio dentro de la actuación⁵.

Ocho: En el minuto 20:32 dice que MARTIN OVIDIO no le quitaba nada de ropa pero que él estaba desnudo, lo cual es contradictorio e ilógico, pues la esposa se encontraba en el sitio, y que la ropa de MARTIN OVIDIO *“se la embolató”* RUBY.

Para la Sala, no hay ninguna cuestión ilógica ni contradictoria.

⁴ Es un principio metodológico y filosófico atribuido al fraile franciscano, filósofo y lógico escolástico Guillermo de Ockham (1280-1349). En ciencia, este principio se utiliza como una regla general para guiar a los científicos en el desarrollo de modelos teóricos, más que como un árbitro entre los modelos publicados. En el método científico, la navaja de Ockham no se considera un principio irrefutable, y ciertamente no es un resultado científico. “La explicación más simple y suficiente es la más probable, mas no necesariamente la verdadera”, según el principio de Ockham. En ciertas ocasiones, la opción compleja puede ser la correcta. Su sentido es que, en condiciones idénticas, sean preferidas las teorías más simples. Otra cuestión diferente serán las evidencias que apoyen la teoría. Así pues, de acuerdo con este principio, una teoría más simple, pero de menor evidencia no debería ser preferida a una teoría más compleja, pero con mayor prueba. CSJ SP 3006-2015, rad. 33.838 de 18 marzo 2015.

⁵ CSJ SP, 5 marzo 2014, rad. 41.778.

No es contradictoria pues la niña ha dicho que estaba con MARTIN OVIDIO y no con ningún otro de los dos tíos que menciona. No es ilógica en la medida que ese siempre ha sido su relato, en palabras propias de una niña de su edad. La señora RUBY no pudo observar pues no estaba con ellos en esos precisos instantes, quizás podría estar en la casa, pero no con ellos en los instantes que aprovechaba en tío para los tocamientos libidinosos. En cuanto a que la ropa “*se la embolató*” RUBY es una simple explicación de porqué el tío estaba en desnudez total.

Nueve: En el minuto 21:40 dice que OVIDIO le ponía la cola en la vagina a pesar de negar con la cabeza.

Para la Sala, son los movimientos propios de la menor, quien se encuentra en un espacio muy cerrado, pero afirma de viva voz que el tío OVIDIO le ponía la “*cola*” en la vagina. Ese movimiento no se puede interponer como una negación.

Diez: En el minuto 22:37 dice que OVIDIO no le daba besitos en el cuerpo, que le daba besitos en la mejilla.

Para la Sala, en efecto, así es.

Once: En los minutos 22:45 y 22:48 dice que no le vio la cola a OVIDIO; en el minuto 23:00 se le pregunta que si de la cola le salía algo y responde que “*leche*” que botaba en la calle.

Para la Sala, el relato de la menor es espontáneo y resalta que OVIDIO ejerció sobre ella tocamientos libidinosos que ella, por supuesto, en su inocencia, no entendía, por eso la dirección especializada en la entrevista amigable para que poco a poco relate lo verdaderamente sucedido.

De otra parte, no es posible que la niña diga que del pene salga leche si nunca lo ha observado, y si lo afirma fue porque vio que de “*la cola*” de su tío OVIDIO salía leche y ella no se explica cómo lo hacía.

8. CONTRADICCIÓN ENTRE DECLARACIONES DE MADRE Y TÍA

En comentarios a la declaración de la madre de la niña, señora YADIRA ANDREA PEREZ POSADA, dice el censor que no se explica cómo es que cambie la narrativa si el hecho es muy traumático; que explica que indagaba más con la hija y ella le proporcionaba nuevos datos de los que no conocía al momento de la denuncia penal, después ya no volvieron a tocar el tema para no afectar a la menor

Con respecto a DORYS EDITH PEREZ POSADA, tía de la menor, y a quien se hizo en primer lugar el relato, dice que por la época la esposa del implicado trabajaba en un restaurante escolar o en uno de la tercera edad, lo que es contrario a lo que dice YADIRA ANREA, quien dice que no trabajó sino que iba al culto y al culto se va los días sábados y no entre semana, y que no volvieron a hablar del tema para no generar traumas, lo cual es contradictorio, pues la madre indagaba para obtener nuevos datos.

➤ **La Sala responde:**

Una **contradicción** *stricto sensu* se presenta cuando alguien afirma y niega algo al mismo tiempo y bajo el mismo respecto⁶.

Lo demás son discordancias, divergencias o imprecisiones, propias de todos los testimonios.

DORYS EDITH PEREZ POSADA, tía de la víctima y sobrina del implicado, dice que le constan los hechos porque convivían en la misma casa de la niña, que cuando vio el juego de “*papá y mamá*” donde el niño estaba sobre la niña desnuda, empezó a preguntarle y allí salió el nombre de OVIDIO como el tío que le tocaba la vagina y que “*le salía leche*”, por esa época RUBY, esposa del implicado, era quien trabajaba, mientras que MARTÍN OVIDIO estaba desempleado, RUBY iba al culto y OVIDIO se quedaba a cargo de las niñas, lo que ocurrió por espacio de unos diez meses. En ningún momento afirmó que, durante esos diez meses, todos los días la señora RUBY iba al culto, simplemente que iba al culto y que también laboraba, no recuerda, sin en un restaurante escolar o de la tercera edad; en todo caso, la niña permanecía al cuidado del tío MARTÍN OVIDIO, y no de otra persona, por la época de los hechos.

Ya después de que se conocen los detalles de los hechos y son denunciado para que se investigue es que dejan de indagar a la niña como medida de sentido común a efectos de no generarle traumas innecesarios.

Es enfática en señalar que la niña llegó a quedar a solas con OVIDIO, precisamente porque RUBY trabajaba y MARTIN OVIDIO estaba desempleado, no estaba laborando

Por su parte, YADIRA ANDREA PEREZ POSADA, madre de la niña y sobrina del implicado y hermana de DORYS EDITH PEREZ POSADA, confirma que MARTIN OVIDIO, para la época, se encontraba sin trabajo, y por esa razón llevaba allí a la niña para que la cuidaran y con el dinero en pago pudieran solventar en algo la difícil situación económica, propia de un hogar con el varón cesante y donde solo trabaja la mujer. Que empezó a llevar la niña para el cuidado del tío desde el 14 agosto de 2008, época de sus prácticas laborales. Que allí cuidaban a dos de sus hijas.

Si bien es cierto que en conainterrogatorio dice que no recuerda cómo fueron los actos de tocamiento denunciados, sí recuerda que con el pene le sobaba la vagina, lo cual en modo alguno revela alguna contradicción sino más bien un olvido, común y corriente en actuaciones judiciales; aunque luego con el texto de la denuncia, coincide en que le sobaba el pene en la vagina de la niña.

En el redirecto aclara que al comienzo le preguntaba a la niña, denunció y luego de la denuncia la niña le describió movimiento de arriba abajo con la mano en el pene, que así lo hacía el tío OVIDIO, cuestión que, como es apenas natural no quedó consignado en la denuncia primera porque se lo dijo después

Sobre estos agregados debe indicarse que cuando se está en presencia de **hechos altamente traumáticos y complejos**, cargados de situaciones de distinta índole, como los delitos sexuales violentos, es muy frecuente que la víctima en sus primeros relatos omita aspectos o detalles del acontecer delictivo, que luego

⁶ CSJ AP 3159-2019, rad. 50.767 de 5 agosto 2019.

revela en nuevos interrogatorios, o que habiéndolos inicialmente incluido, posteriormente los omite u olvide⁷.

Pero esto no significa que el testigo esté mintiendo, porque lo que ocurre en estos casos, es que quien ha vivido o percibido el hecho, tiende a evocar las situaciones que considera más relevantes de cada episodio, o las que le han causado mayor impacto, y solo cuando el investigador profundiza en los interrogatorios, salen a flote nuevos detalles o nuevos pormenores, que el testigo no consideró trascendentes⁸.

Después de obtener toda la información, se repite, ya la Fiscalía está investigando, es ese el momento es que se deja de interrogar a la niña para evitar ocasionarle daños a nivel psíquico.

9. LOS TOCAMIENTOS QUE MENCIONA DORA EDITH SUCEDIDOS EN EBÉJICO

Para el abogado defensor la señora DORA EDITH manifiesta que tocamientos indebidos también los tuvo con ella en Ebéjico en el año 1996, así que no es un tío protector sino manoseador; que de ese evento no se le advirtió a su hermana; que es ilógico e imperdonable que no advirtiera de esos hechos para evitar situaciones como la sucedida, no hay justificación para decir que no se imaginó que eso pudiera pasar con una menor y no es posible que hayan dejado los niños con el tío no obstante ese antecedente.

➤ La Sala responde:

Los hechos de Ebéjico son del año 1996.

Los hechos que aquí se investigan son del año 2008 y 2009.

Es decir, que transcurrieron doce (12) años. Doce años en los que el hecho se olvidó y todo quedó en una desagradable anécdota entre personas mayores de edad.

DORA EDITH jamás le comentó el hecho a la hermana, razón por la cual no había ninguna prevención al respecto.

Así pues, ese hecho es intrascendente para la averiguación de lo sucedido luego de 12 años.

10. SOBRE LA INTERVENCIÓN DE LA INVESTIGADORA LUCELLY VELEZ MUÑOZ

El abogado defensor dedica espacio muy amplio a criticar la actuación de la investigadora LUCELLY VELEZ MUÑOZ; que sugestionó a la menor, que la menor “no dice que quedó en estado de congelamiento o que el tiempo se detuviese” (f. 122 vt.); que no se cumplió el protocolo SATAC, la profesional se va por la premisa de la credibilidad, se debieron aplicar los criterios del CBCA; a partir del folio 122 vt hasta el folio 126 realiza comentarios sobre dichos sistemas..

⁷ CSJ SP rad. 47.909 de 13 mayo 2020.

⁸ CSJ SP rad. 47.909 de 13 mayo 2020.

➤ **La Sala responde:**

En el escrito de acusación de 29 diciembre 2017 (f. 44-47), la señora fiscal seccional de Caivas, doctora MARIA VICTORIA SALAZAR GONGOTE, dentro de los medios cognoscitivos relaciona en el punto número 5: “Informe de investigador de campo FPJ-11 sobre la entrevista de la menor presunta víctima”, y en el punto número 6: “Un CD contentivo de la entrevista de la menor presunta víctima” (f. 46). Adicionalmente, en la relación de prueba en el número 9 se relaciona: “Como testigo de acreditación, la psicóloga e investigadora LUCELLY VELEZ MUÑOZ, se ubica en la carrera 44-A N° 3-156” (f. 47, co-1).

En audiencia preparatoria de 24 mayo 2018 (f. 68), en un auto bastante confuso, se logra establecer que LUCELLY VELEZ MUÑOZ actuará como testigo de acreditación en caso de que en juicio se acepte la declaración de la niña como prueba de referencia.

En audiencia de juicio oral de 26 septiembre 2018 (f. 81), la señora Fiscal 99 Seccional solicita como prueba de referencia la entrevista de la menor, y así es aceptado por el juez con anuencia de las partes: La psicóloga LUCELLY VELEZ MUÑOZ actúa como testigo de acreditación de dicha entrevista.

Así las cosas, LUCELLY VELEZ MUÑOZ no actuó en este proceso como perito psicóloga, sino como testigo de incorporación de la entrevista realizada a modo de acto de investigación o **entrevista forense**.

La prueba pericial está regulada en el Art. 405 y siguientes del CPP. El perito no ha presenciado los hechos. Realiza un análisis *ex post* de la situación de hecho investigada. Hace deducciones e inferencias expertas. Si es un resultado verificable se llama **conclusión**.

Las entrevistas, declaraciones e informes de policía que se anexaron al escrito de acusación y los similares que haya descubierto la defensa en la audiencia preparatoria no son prueba documental y como tal no se pueden solicitar ni decretar por el juez en esa dirección.

Sin embargo, se puede dejar en claro por la parte (fiscalía y defensa), que dichos anexos no serán en ningún momento introducidas como prueba documental, **sino que eventualmente servirán para los específicos efectos que consagra el Código de Procedimiento Penal**⁹, esto es, el refrescamiento de la memoria del deponente y la impugnación de su credibilidad, razón por la cual serán utilizados, mas no incorporados físicamente a la actuación¹⁰, excepcionalmente podrá ser **prueba de referencia** en los términos del Art. 438 del CPP, cuando se presenten los supuestos de la norma en momento posterior a la audiencia preparatoria (*vr. gr.*, el testigo fallece, pierde la memoria, es secuestrado, etc.).

No es necesario practicar entrevistas a los testigos en cuyo caso es suficiente la mención del declarante, pero en caso de realizarla se debe descubrir.

⁹ CSJ SP rad. 31.001 de 21 octubre 2009.

¹⁰ CSJ SP 6361-2014, rad. 42.864 de 21 mayo 2014.

La entrevista es un acto de investigación que no tienen vocación de prueba por sí misma dentro del proceso penal, a diferencia de las declaraciones rendidas bajo la gravedad de juramento en la audiencia de juicio oral¹¹.

No se entrevista a cualquier persona, sino a aquella frente a quien pueda pensarse fundadamente que tiene información útil, sin perjuicio claro está, de las primeras indagaciones que deben hacer los investigadores al llegar a la escena de los hechos y de las denominadas “**labores de vecindario**”, que, aunque no constituyen, en principio la recepción de entrevistas propiamente dichas, sí pueden servir para motivar su realización¹².

Se debe recibir “*observando las reglas técnicas pertinentes*” y empleando los medios idóneos para registrarla, según lo ordenan los artículos 205 y 206 del CPP, pues de ello puede depender que este acto de investigación produzca los efectos esperados.

La entrevista es acto formal de investigación, debe realizarse respetando los derechos constitucionales y legales que pueden ser afectados con este tipo de actuación, especialmente lo relacionado con el derecho a no auto incriminarse ni incriminar a los parientes en los grados establecidos por la ley y evitando cualquier forma de manipulación de la información; lo que puede ocurrir, por ejemplo, si se utilizan preguntas sugestivas o capciosas¹³.

Es necesario que quien la práctica tenga en cuenta los criterios para la apreciación del testimonio establecidos en el artículo 404 del Código de Procedimiento Penal, por las siguientes razones: (i) porque si este tipo de información va a ser utilizada antes del juicio oral para fundamentar decisiones o solicitudes que impliquen la afectación de derechos o garantías, es necesario recopilar los elementos suficientes para establecer la fiabilidad y el poder suasorio de la información suministrada por el testigo, (ii) porque la Fiscalía tiene la carga de demostrarle al juez las razones por las que los testigos que presenta merecen credibilidad y ello implica considerar este aspecto desde las primeras etapas de la actuación; sobre todo si se tiene en cuenta la posibilidad de que, bajo ciertas circunstancias, la entrevista pueda ser valorada para determinar el sentido de la sentencia¹⁴.

Es claro entonces que **se realizó una entrevista forense y no una pericia psicológica**. La psicóloga LUCELLY VELEZ MUÑOZ fue testigo de incorporación.

Testigo de acreditación es el que va unido a la prueba documental, real o física, como fuente indirecta de conocimiento de los hechos (Arts. 383-404 CPP)¹⁵, así

¹¹ CSJ SP 17660-2017, rad. 44.819 de 25 noviembre 2017.

¹² Bedoya Sierra, Luis Fernando. *La prueba en el proceso penal colombiano*. Fiscalía General de la Nación. 2008, pp. 85-87.

¹³ Al respecto, en el Manual de Policía Judicial, p. 26, en el acápite destinado al desarrollo de la entrevista, recomienda en primer lugar invitar al entrevistado a que “*relate libremente la información que posea del hecho*”, y luego “*realizar preguntas concretas que permitan aclarar dudas, plantear y descartar hipótesis, teniendo la precaución de no inducir la respuesta con la formulación de dichas preguntas*”. Bedoya Sierra, Luis Fernando. *La prueba en el proceso penal colombiano*. Fiscalía General de la Nación. 2008, pp. 85-87.

¹⁴ Bedoya Sierra, Luis Fernando. *La prueba en el proceso penal colombiano*. Fiscalía General de la Nación. 2008, pp. 85-87.

¹⁵ CSJ SP rad. 32.595 de 19-11-11; CSJ AP rad. 36.784 de 17-09-12; CSJ SP 1850-2014, rad. 43.002 de 19-02-14.

como la prueba de referencia, en especial cuando va unida a un soporte material (documento, audio, video, etc.)¹⁶.

Se requiere este testigo a efectos de establecer las bases necesarias de **admisibilidad** del elemento material, pues de lo contrario la evidencia será inadmisibile.

El testigo de acreditación, por lo general, es la persona que no presenci6 los hechos objeto de investigación, pero que en el juicio oral da cuenta de circunstancias relacionadas con los elementos físicos de prueba.

Es quien, por ejemplo, acude a la escena del crimen y detecta, levanta, recoge, embala y da cuenta de la cadena de custodia, los elementos materiales probatorios y evidencia física; **es quien recibe o percibe la declaración, entrevista o declaración jurada (en escrito, audio y/o video)**, etc. Serán testigos de acreditación con relación a esas específicas evidencias.

Por intermedio de dicho testigo se presenta y acredita la evidencia en juicio oral y público.

La autenticación de evidencias físicas y documentales no es otra cosa que demostrar que *“una evidencia, elemento, objeto o documento es lo que la parte que lo aporta dice que es”*¹⁷.

Para la Corte es claro que la autenticación de evidencias físicas y documentales tiene un claro contenido factual; y que *“cuando la parte estructura su teoría sobre los hechos, puede incluir objetos o documentos que adquieren un determinado significado según las cargas probatorias que esté dispuesta a asumir. Por ejemplo, si la Fiscalía pretende que se decrete como prueba una huella dactilar del acusado hallada en el sitio de los hechos, para demostrar la presencia de éste en ese lugar, en el juicio oral deberá demostrar los dos referentes fácticos que hacen pertinente dicho elemento: (i) que se trata de una huella encontrada en el lugar de los hechos, y (ii) que esa huella corresponde al acusado”*¹⁸.

No se pueden confundir los conceptos de testigo de oídas con el testigo de acreditación. En el ámbito de la Ley 600 de 2000, se precisó que los denominados *“testigos de oídas”* no pueden dar fe de los hechos que integran el tema de prueba, sino de las versiones que otras personas hayan entregado frente a los mismos¹⁹. El testigo de oídas es aquel que narra lo que otra persona le relató; acredita apenas la existencia del relato que una persona le hizo sobre unos hechos. Es fuente indirecta de conocimiento. Lo único que puede acreditar el testigo de oídas es la existencia de un relato que otra persona le hace sobre unos hechos, pero no, como sucedería con un testigo presencial, la verificación de los acontecimientos objeto de investigación²⁰.

¹⁶ CSJ SP 606-2017 de 25 enero 2017, rad. 44.950; CSJ AP, 30 septiembre 2015, rad. 46.153; CSJ AP 690-2017, rad. 49.405 de 8 febrero 2017.

¹⁷ CSJ SP, 21 febrero 2007, rad. 25.920; CSJ AP, 3 septiembre 2014, rad. 41.908; CSJ AP 5785-2015, rad. 46.153 de 30 septiembre 2015.

¹⁸ CSJ AP 5785-2015, rad. 46.153 de 30 septiembre 2015.

¹⁹ CSJ SP, 21 mayo 2009, rad. 22.825.

²⁰ CSJ SP, 21 mayo 2009, rad. 22.825; CSJ SP, 21 abril 1998, rad. 10.923; CSJ SP, 29 abril 1999, rad. 12.966; CSJ SP, 29 julio 1999, rad.10.615; CSJ SP 2 octubre 2001, rad. 15.286; CSJ SP, 11 abril 2002, rad. 11.356; CSJ SP, 7 noviembre 2002, rad. 16.330.

El testigo de acreditación también es una **fuentes indirecta del conocimiento de los hechos**, pero en la sistemática acusatoria se refiere al sujeto procesal responsable de la recolección, aseguramiento y custodia de una determinada evidencia²¹.

Si se tiene en cuenta que es la parte quien tiene mejores elementos para decidir con cuál testigo de acreditación puede cumplir más fácilmente y de mejor forma su propósito probatorio, cuando solicite varios se han de decretar los medios de prueba, bajo el entendido de que, cumplido el objetivo propuesto con uno de ellos, no será necesario practicar el restante²².

Finalmente, no es regla de la experiencia que cuando la niña es tocada en su cuerpo quede paralizada, pues todas las personas reaccionan de manera diversa ante eventos excepcionales.

11. LA SUGESTIONABILIDAD EN EL INTERROGATORIO DE LA NIÑA

Insiste el censor en criticar la conducción del interrogatorio por parte de la psicóloga LUCELLY VELEZ MUÑOZ y que hay dudas sobre la responsabilidad penal.

➤ La Sala responde:

La Ley no brinda una definición de pregunta sugestiva.

Según el DRAE: sugestivo o sugestiva (Del lat. *suggestus*, acción de sugerir), significa²³:

1. adj. Que sugiere.
2. adj. Que suscita emoción.
3. adj. Que resulta atrayente.

La pregunta sugestiva es aquella que lleva el dato de la respuesta en su formulación.

En la pregunta lleva la respuesta, y el testigo simplemente confirmará o negará su contenido. El testigo afirma o niega lo que se le pregunta.

La interrogación sugestiva es *“aquella en la que se hace una aseveración, la cual el testigo acepta o rechaza”*²⁴.

Así mismo, *“Las preguntas sugestivas son aquellas que incorporan su propia respuesta. Es decir, son aquellas en que la respuesta está contenida en la propia formulación de la pregunta. Son, pues, las preguntas más cerradas de todas, pues sólo permiten al testigo confirmar o negar su contenido”*²⁵.

²¹ CSJ AP rad. 36.832 de 28 septiembre 2011.

²² CSJ AP 690-2017, rad. 49.405 de 8 febrero 2017.

²³ En: <http://lema.rae.es/drae/>

²⁴ Fontanet Maldonado, Julio E. *Principios y técnicas de la práctica forense*, Tercera edición. San Juan de Puerto Rico, 2010, p. 81.

²⁵ Baytelman A., Andrés y Duce J., Mauricio. *Manual de litigación en juicios orales*. Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Chile, p. 87. Se puede consultar en:

También se ha dicho que es aquella que “*dentro de la misma interrogación está insinuado o sugerido el hecho o circunstancia que en la contestación el declarante debe reconocer o no mediante una respuesta sólo afirmativa o negativa*”.

Pregunta sugestiva es la que sugiere al testigo la respuesta deseado por la parte que interroga.

Es aquella que “*dentro de la misma interrogación está insinuado o sugerido el hecho o circunstancia que en la contestación el declarante debe reconocer o no mediante una respuesta sólo afirmativa o negativa*”²⁶.

En el *sub lite* se trata de una situación de pregunta conductora u orientadora (***leading questions***). La pregunta orientadora o conductiva, planteada correctamente, sitúa al testigo ante la mera alternativa **entre el sí y el no** ²⁷, o simplemente confirmar o negar la interrogación.

La niña mencionó a tres tíos. Luego se le pregunta si el tío X le tocó los senos y la vagina y responde que no. En segundo lugar, se le pregunta si el tío Y le tocó los senos y la vagina, responde que no. Finalmente, se le pregunta si el tío MARTIN OVIDIO le tocó los senos y la vagina, responde que SI.

12 SOBRE LA DUDA RAZONABLE

Se tiene la versión de la niña que ingresó como prueba de referencia legalmente admisible.

Como prueba de corroboración, se tiene el comportamiento de la niña quien junto con su primo SEBASTIAN, de cinco años de edad, estaba ella acostada boca arriba con los calzones abajo, y encima el niño quien le daba *piquitos*.

Adicionalmente, la niña menciona que de la cola del tío le sale una leche.

El comportamiento altamente sexualizado fue visto *in situ* por la tía DORIS EDITH PEREZ POSADA.

Así mismo, fue ella y la madre de la niña quienes escucharon el relato de que de la cola del tío OVIDIO salía una leche.

Descripción que solamente podía hacer si antes observó tal situación, como en efecto así fue.

Esta prueba de corroboración se une a la prueba de referencia para llegar al estándar de prueba suficiente para la condena, como lo dedujo el *a quo*.

www.udp.cl/publicaciones. Quiroz Salazar, William Fernando. *El interrogatorio y el contrainterrogatorio en el nuevo Código Procesal Penal*, Gaceta penal y proceso penal, primera edición junio 2013, Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L., Lima, Perú, p. 87.

²⁶ Jauchen, Eduardo. *Estrategias de litigación oral (Sistema acusatorio adversarial. Teoría y práctica)*. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 2014, p. 461.

²⁷ Carofiglio, Gianrico. *El arte de la duda*, Editorial Marcial Pons, Barcelona, España, 2010, p. 107. DeShazo, Andrea. *Una guía práctica para Defensores Penales*, Defensoría Penal Pública, Chile, primera edición, 2007, p. 176.

La Sala comparte la argumentación de condena del juzgador de instancia.

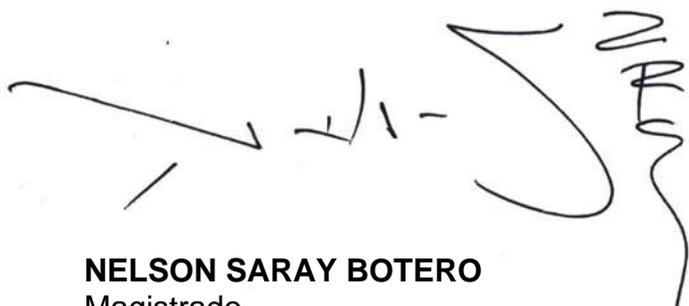
13. CONCLUSIÓN

Se ha de confirmar la sentencia de condena.

14. DECISION

EL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN, SALA DE DECISION PENAL, administrando Justicia en nombre de la República y autoridad de la ley, **(i) CONFIRMA** en su integridad la sentencia de condena objeto de confutación en contra de MARTIN OVIDIO POSADA OSSSA, de condiciones civiles y naturales conocidas, por las razones expuestas; **(ii)** contra esta decisión que se notifica en estrados procede casación.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE



NELSON SARAY BOTERO
Magistrado



HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA
Magistrado



SANTIAGO APRÁEZ VILLOTA.
Magistrado