



SALA DE DECISIÓN PENAL

APROBADO ACTA 124

(Sesión del 23 de mayo de 2024)

Radicado: 05-129-61-00305-2018- 00047
Sentenciado: Hugo Andrés Osorio Fernández
Delito: Acto sexual abusivos en concurso homogéneo y sucesivo
Asunto: Apelación sentencia condenatoria
Decisión: Revoca y Absuelve
M. Ponente: José Ignacio Sánchez Calle

Medellín, 27 de mayo de 2024

(Fecha de lectura)

1. OBJETO DE DECISIÓN.

La Sala resuelve el recurso de apelación que instauró la Defensa contra la sentencia del 20 de septiembre de 2021, por la cual el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Itagüí (Ant) condenó a Hugo Andrés Osorio Fernández por el delito de Actos sexuales con menor de 14 años Agravados en concurso homogéneo y sucesivo.

2. HECHOS.

En el municipio de Caldas (Ant), vereda La Miel, en el año 2017, convivían el procesado Hugo Andrés Osorio Fernández y su compañera Mónica Patricia Mejía Colorado con la que procreó un hijo, E.O.M. El otro hijo de la mujer S.M.C.¹, de cuatro años, residía con la familia materna, con la que Mónica

¹ Se omite identificar al menor por respeto a su dignidad y a su derecho a un nombre de acuerdo con la Declaración de los Derechos 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 No. 40/34 del 29 de noviembre de 1985) al contemplar

Patricia había conciliado en la Comisaría de Familia, el pago de una cuota alimentaria para el menor, su abuela Silvia del Socorro se encargaría de su cuidado y acordaron que el niño visitaría a su madre, los fines de semana, en la casa donde residía con su compañero.

La acusación afirmó que, durante esas visitas, el acusado sometía al menor a tocamientos libidinosos en el pene y en los glúteos, cuando se encontraba en la habitación durmiendo o en el baño, aprovechando que la madre desprevenidamente realizaba las labores domésticas. También dijo que el 9 de octubre de 2017 el menor regresó a la casa de su abuela materna Silvia del Socorro Colorado con lesiones en el rostro y en los glúteos, al ser interrogado sobre la causa de las lesiones, relató que era Hugo Andrés quien lo había golpeado, ante lo cual su abuela decidió acudir al Hospital San Vicente de Paul de Caldas (Ant) y a la Comisaría de Familia del mismo municipio para presentar denuncia por un presunto caso de violencia intrafamiliar y solicitar ayuda sanitaria. El menor se ubicó en un hogar sustituto del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, durante el restablecimiento de derechos. Cuando se proyectaba su regreso a casa, el niño le manifestó a la madre sustituta, Aida Montoya Londoño, que no quería regresar porque Hugo Andrés le tocaba su pene, sus nalgas y el ano, y que le dolía.

3. ACTUACIÓN PROCESAL.

3.1 Actuación procesal relevante.

3.1.1 El 15 de junio de 2018 la Fiscalía solicitó y el Juzgado Promiscuo Municipal de Heliconia (Ant.) ordenó captura en contra de Hugo Andrés Osorio Fernández.

3.1.2 El 19 de septiembre de 2018 ante el Juzgado Primero Penal Municipal de Angelópolis (Ant.) se realizaron las audiencias de legalización de captura y formulación de imputación por el delito de Actos sexuales con menor de 14

que los procedimientos judiciales y administrativos deben adoptar medidas para evitar nuevamente su victimización, en concordancia también con lo normado en los artículos 47.8 y 193.7 de la ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia).

Radicado: 05-129-61-00305-2018-00047
Sentenciado: Hugo Andrés Osorio Fernández
Delito: Acto sexual abusivos en concurso homogéneo

años Agravados (artículos 209 y 211 # 5° del Código Penal), en concurso homogéneo y sucesivo, imputación que no fue aceptada por Osorio Fernández. No se impulsó medida de aseguramiento y se ordenó la libertad del imputado.

3.1.3 La delegada de la Fiscalía apeló la decisión y el 6 de noviembre de 2018 el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Caldas (Ant.) la revocó, decretó medida de aseguramiento intramuros y expidió para el efecto, orden de captura.

3.1.4 El 10 de septiembre de 2019 el Juzgado Primero Penal Municipal con función de control de garantías de Itagüí (Ant) legalizó el procedimiento de captura, de Osorio Fernández quien se presentó en la Estación de Policía de Amagá (Ant)

3.1.5 El 23 de octubre de 2019 ante Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Itagüí (Ant.) se acusó por el mismo delito imputado a Osorio Fernández, en calidad de autor.

3.1.6 El 14 de enero de 2020 se verificó la audiencia preparatoria.

3.1.7 Los días 13 de febrero, 26 de marzo y 1° de julio de 2021 se llevó a cabo la audiencia de juzgamiento que terminó con sentido del fallo condenatorio.

3.2 Sentencia impugnada.

El 20 de septiembre de 2021 el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Itagüí (Ant.) profirió sentencia condenatoria en la que, después de resumir los hechos jurídicamente relevantes y la actuación procesal, pasó a resumir las alegaciones finales de las partes e intervinientes y las estipulaciones, para luego entrar a hacer la valoración probatoria. Así, afirmó la *a quo* que los testimonios de cargos están revestidos de sinceridad, se mostraron veraces y coherentes entre sí, que sometidos a contradicción no lograron ser impugnados, ni se les restó valor suasorio, que de lo relatado por los testigos y de su actitud en el juicio no es posible desprender intención

dañina ni aversión infundada, solo describieron lo que percibieron. Afirma que la contundencia de la prueba es tal que ubican a la víctima y el victimario en el mismo espacio y demuestra que Hugo Andrés sí ejecutó el comportamiento por el que fue acusado.

Adujo que la entrevista del menor S.M.C., en la que señala directa y consistentemente a Osorio Fernández de los vejámenes de contenido sexual, ingresó como prueba de referencia, con corroboración periférica que el niño hizo ante la investigadora en la entrevista y ante el médico legista en la anamnesis, hechos corroborados plenamente con los testimonios de la abuela del menor y la madre sustituta, con los cuales se establecieron las circunstancias de tiempo, modo y lugar y las circunstancias concomitantes de la agresión sexual. A pesar de que los tocamientos no dejaron huellas materiales sí dejaron afectación del menor, que se demostró a través de la corroboración periférica cuando la abuela, la tía y la madre sustituta, dan cuenta en el juicio de manera coincidente, coherente y verosímil, que el niño contó lo acontecido. Para sustentar su tesis, la primera instancia resume la prueba practicada, la que afirma da el contexto de la conclusión, así:

El testimonio de la psicóloga Catalina Duque Oquendo, de la Fundación de Atención a la Niñez, declaró que valoró al menor mediante entrevista semiestructurada, recuerda que la atención inició porque la madre sustituta informó que el menor posiblemente era víctima de violencia sexual, aclaró que la remisión se realizó por la verbalización que el niño hizo respecto de juegos bruscos donde dijo que le daban en sus partes íntimas, porque se tocó sus genitales e indicó que *“por detrás dolía mucho, por eso no me gusta”* Afirmó que durante las sesiones en la que lo atendió, el menor no le hizo ningún relato relacionado con el motivo de ingreso. Dijo que no encontró sintomatología asociada al motivo de consulta, que entre otras era determinar la posible afectación del niño por un presunto evento traumático. que atendió al niño en nueve sesiones y no pudo identificar abuso sexual, pero que no descartaba la ocurrencia de algún evento.

El testimonio de la investigadora adscrita a la Fiscalía General de la Nación, abogada y psicóloga, especialista en valoración del daño en salud mental,

Sandra Yolima Torres Rúa, quien labora entrevistando niños víctimas de delitos sexuales y violencia intrafamiliar, declaró que realizó entrevista utilizando los protocolos básicos de Policía Judicial y el SATAC, relata lo que escuchó del menor, “.....el esposo de mi mamá me tocó el pene y la nalga, él se llama Andrés, mi mamá estaba en la cocina haciendo el desayuno, creo que fue cuatro veces, le conté a mi mamá, yo estaba en la sala viendo televisión, él estaba durmiendo en la cama y después vio y me tocó la nalga y el pene, tenía la pijama el me tocó con la mano, me dolió la mano y el pene” Asegura que el relato fue coherente, no influenciado, que por la edad era normal que el menor no pudiera decir el número de veces que ocurrieron los hechos, descartó la implantación del relato en el menor, dio lectura al informe de investigador de campo y reconoció el C.D. que contiene el video, que se reprodujo en el que el menor relata que Andrés le tocaba, por lo menos en cuatro ocasiones, el pene y la nalga y que le dolía. Dijo que el menor no estaba acompañado de su progenitora y que desconocía las razones.

Argumentó la *a quo* que en lo que ingresó como prueba de referencia se aprecia la descripción de los hechos que el menor hizo ante la investigadora que se mantuvo consistente con lo que le dijo a la abuela, a la tía, a la madre sustituta y al médico legista, afirma que fue un relato firme, descriptivo, preciso, suficiente y coherente, pormenorizado, contundente y creíble, que según la experiencia es una narración de vivencias y no de fantasías, agrega que con mayor razón si se tiene en cuenta que se probó que los abusos le produjeron agresividad. Concluye que esta prueba de referencia tuvo suficiente corroboración periférica como para que ninguna duda quede.

El testimonio del médico legista Eugenio Sierra Martin, quien declaró que realizó el examen sexológico, que el menor relató que el papá de Emiliano le tocaba el penecito, dice que fue evasivo al preguntarle por la lesión que tenía en el glúteo izquierdo y en la cara, no quería decir exactamente qué había pasado. Recordó que el menor en la valoración se rascó los genitales para explicar la manera en que el procesado le tocaba el pene. Como hallazgos presentó laceración frontal derecha del párpado inferior y en el glúteo izquierdo como consecuencia de las laceraciones, estableció incapacidad de cinco días. No encontró lesiones externas en los genitales, ni signos de manipulación reciente, aunque no descarta lo dicho por el menor, dado que este tipo de

tocamiento no suelen dejar huellas, dijo que el relato del niño fue coherente y apropiado, que conforme a lo que vio y escuchó la versión del pequeño fue consistente y no tuvo giros relevantes ni contradicciones.

El testimonio de la madre del menor, Mónica Patricia Mejía Colorado y compañera permanente del procesado, quien declaró que el niño estuvo en proceso de restablecimiento de derechos en noviembre de 2017 y vivía con la madre sustituta Aidé, que ella vivía con Hugo Andrés y que el niño los visitaba los fines de semana. Afirmó que el niño no le contó nunca nada sobre el abuso, dijo también que mantenía conflictos con su madre y sus hermanas porque ellos se oponían a la relación con Hugo Andrés, que en la Comisaría quedó constancia de que el niño lloraba cuando tenía que regresar a casa de Silvia. Dijo que lloraba cuando tenía que regresar a casa de su abuela Silvia, que fue ella la que presentó la denuncia, que su madre amenazaba al niño para que dijera que Hugo Andrés lo tocaba, que el niño le dijo que *“si no decía que Hugo Andrés lo tocaba, lo castigaban y le pegaban muy duro”*. Consideró la *a quo* que la testigo pretende hacer quedar bien al procesado y fraguar una coartada para exculparlo, no tuvo en cuenta que la abuela denunció fue por violencia intrafamiliar y que los abusos quedaron en evidencia fue ante la madre sustituta, momento en el que no estaba bajo el arropo de Silvia ni en riesgo de ser castigado si no acudía aquel relato.

El testimonio de Silvia del Socorro Colorado Colorado, abuela del menor, declaró que el niño vivía con ella por decisión de la Comisaría de Familia, que el menor contó que el procesado lo maltrataba y que llegaba con moretones en la cabeza y en el cuerpo, por eso lo llevó dos veces al hospital, que el niño contó las agresiones a una de sus hijas y a ella misma. Dice que el niño lloraba cuando tenía que ir a casa de Mónica Patricia su progenitora, pero no decía por qué no quería ir. Dijo que en julio de 2017 interpuso la denuncia por violencia intrafamiliar, que la relación con Hugo Andrés estaba muy deteriorada. Respecto del abuso sexual dijo que su nieto no le comentó en qué momento o lugar se daban los tocamientos, que solo decía que Hugo Andrés le tocaba el pene, que se dio cuenta porque cuando lo llevó al hospital el niño le contó al médico. La *a quo* calificó esta declaración de sincera y sin emociones que permitan cuestionar la veracidad del relato. Dice que es prueba

directa en unos aspectos y de corroboración en otros, que el menor pasaba los fines de semana en casa de Hugo Andrés y Mónica Patricia, que cuando regresaba llegaba con lesiones en su cuerpo, se tornaba irritable y lloraba, que el niño contó de manera espontánea que el acusado le tocaba el pene; admite que la relación con el procesado fue conflictiva.

El testimonio de la tía materna del menor Milena Mejía Colorado, dijo que su sobrino fue víctima de malos tratos por parte de Mónica Patricia y de abuso sexual por parte de Hugo Andrés. Que el niño llegaba de las visitas con comportamientos extraños, con el ano colorado, con dolor en el cuerpo, golpeado, que el niño le contó que Andrés le tocaba el pene pero que no le dio detalles, que el niño fue enviado a un hogar sustituto, para investigar sobre lo que ocurría, sin que los familiares intervinieran. Relata los conflictos entre el acusado y su familia y los cambios comportamentales del menor a raíz de los agravios sexuales que sufrió que el niño después de llegar de la casa de Mónica, se tornaba rebelde y lloraba mucho, que manifestaba que no quería ir a casa de su madre. La *a quo* consideró el testimonio como sincero, coherente y concordante sin interés de perjudicar al procesado y admitiendo una familia conflictiva.

El testimonio de la madre sustituta del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Aidé Montoya Londoño, indicó que el niño ingresó al hogar mientras se realizaban investigaciones para determinar si se quedaba con la madre o con la abuela. Que cuando le informaron el regreso a casa manifestó que quería vivir con su hermanito y con su madre, pero no con Hugo Andrés, porque este le tocaba el ano y el pene y esto le generaba dolor. Detalló que tras las visitas de su familia el estado de salud del menor se alteraba, le daba fiebre y vomitó. Describió que el niño demostraba gran cariño por su abuela, que nunca la rechazó. Para la *a quo* esta testigo es clara respecto de lo que escuchó del menor de manera directa cuando reiteradamente le decía que no quería vivir con Hugo Andrés y percibió que, cuando era visitado por sus familiares su estado de ánimo se alteraba produciéndole incluso vomito.

Concluye la primera instancia que la valoración de las pruebas en su conjunto permite afirmar, sin temor a incurrir en error judicial, que se configuró el tipo

penal por el que se acusó. Que en relación con el principio de que la duda razonable se resuelve a favor del reo, la hipótesis defensiva debe ser plausible, de manera que ponga al Juez en la dicotomía que en este caso no se presenta, pues la coartada que se trató de construir dejó incólume el principio. Cita la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal en la que se define el concepto de conocimiento más allá de toda duda, para concluir que se presenta en el *sub judice*.

Afirma la *a quo* que, aplicados los criterios de análisis de las pruebas conforme al método de valoración probatorio de la sana crítica, lo importante en este caso es que no existe testigo presencial diferente al menor víctima, toda vez que el procesado aprovechó que estaban solos en su casa, y que pese a que se ingresó como prueba de referencia la entrevista de S.M.C. se pudo determinar que el relato del menor es contundente, que mantuvo su relato firme, claro, elocuente y coherente, sin dudas o ambigüedades, respecto de los hechos de los que fue víctima, y las supuestas falencias observadas por la Defensa, no son de fondo, son absolutamente superficiales.

Pese a estar frente a estos contundentes medios de convicción, la Defensa ha argumentado que: (i) No existió prueba directa de los hechos (ii) La prueba fue exclusivamente de referencia, sin la existencia de corroboración periférica (iii) Los dichos del menor S.M.C. fueron implantados por la abuela materna para vengarse de Hugo Andrés, así que su relato ante la investigadora careció de coherencia (iv) La razón de la implantación de los hechos en el menor se deben a los conflictos de Hugo Andrés con Silvia, su abuela materna. Para dar respuesta a estos interrogantes la *a quo* valoró las siguientes pruebas:

El testimonio de María Eugenia Córdoba Molina quien da cuenta de que Andrés tenía muy buena relación con los dos niños y les daba excelente trato a ambos, que los enfrentamientos verbales de la familia materna del niño y el procesado, según ella porque se oponían a la relación con Mónica Patricia, que le escuchó decir al papá de esta respecto de Hugo que “estaba bueno para matarlo” y que Hugo Andrés le dijo marihuanero a uno de los hijos de Silvia del Socorro. Sobre los hechos en concreto nada pudo decir.

El testimonio de Norman Alberto Colorado Córdoba, primo de Mónica Patricia, quien conocía al procesado por la relación que este tenía con Mónica y la familia, afirmó que la relación con la familia era mala y conflictiva, que cumplía el rol de padre del menor y le daba muy buen trato. Que después de la captura de Hugo Andrés tuvo la oportunidad de hablar con el menor S.M.C. quien le contó que quiere mucho a Andrés y que la tía Aidé y la abuela Silvia lo obligaron a decir que Hugo Andrés lo tocaba, aunque en el contrainterrogatorio admitió que no le consta que obligaran al niño a decir que el procesado le realizaba tocamientos libidinosos. Consideró la *a quo* que no aporta nada al juicio.

El testimonio de Sandra Milena Colorado Córdoba, quien dijo que conoce a Hugo Andrés por su relación con su prima Mónica Patricia, refiere una relación muy conflictiva entre la familia de su prima y el procesado, incluso con la intervención de la Policía, afirma que la relación de Hugo Andrés y los niños estaba basada en el amor y el respeto, que veía al niño todos los días y nunca le manifestó que fuera víctima de abusos sexuales que, por el contrario, le preguntaba por Hugo Andrés y le decía que la tía Aidé y la mamita Silvia lo obligaban a decir que el procesado lo tocaba. La Juez critica el testimonio afirmando que su relato parecía acordado para que coincidiera con lo dicho por Norman Alberto Colorado Córdoba.

El testimonio de Cruz Elena Colorado Colorado, dijo que conoció al procesado porque era el compañero permanente de Mónica Patricia, dijo que él tenía muy buena relación con los niños, pero no con la familia de Mónica Patricia, quienes se oponían a la relación, que presenció altercados hasta con la intervención de la policía, que sobre los hechos nada le consta.

El testimonio de Nancy Janeth Congote Hernández, quien fue madre sustituta del menor por 33 días, dijo que mientras lo cuidó no recibió visitas de sus familiares, que hablaba él de su familia, que se expresaba bien de Hugo Andrés, que nunca refirió haber sido objeto de abuso sexual por su parte, que lo quería y lo extrañaba, que nunca mencionó a la abuela.

El procesado Hugo Andrés Osorio Fernández declaró en el juicio y relató que conoció a Mónica Patricia porque trabajaban juntos en una empresa, que al principio la relación fue buena con la familia de ella, pero que cuando quedó en embarazo se deterioró, que se oponían a que se fueran a vivir juntos, que una vez le dijo marihuanero a un hermano de Mónica y que su suegra Silvia le advirtió que iba a pagar las consecuencias, que tuvo reiterados altercados con su suegro y cuñados. Que Silvia del Socorro golpeó y echó de la casa a Mónica Patricia estando en embarazo, que luego se encargaron del niño mientras Mónica conseguía un hogar, pero después se negaron a devolverlo aduciendo que él no era el papá y no tenía derecho. Agregó que la denuncia por el delito sexual fue una artimaña de su suegra Silvia, que quería al niño como un padre y nunca abusaría de él, que su sexualidad está muy bien definida.

Después de referirse a los testimonios, pasa la primera instancia a dar respuesta a los interrogantes planteados por la Defensa. Respecto de la no existencia de prueba directa de los hechos, afirma que la entrevista del menor, de acuerdo a decisión de la Fiscalía para evitar su revictimización, se ingresó como prueba de referencia; es una conjetura de la Defensa afirmar que se trató de una estrategia para que la Fiscalía, a como diera lugar, demostrara su teoría del caso. Cita jurisprudencia de la Sala de Casación Penal sobre la eficacia probatoria menguada de la prueba de referencia y que requiere complementación probatoria, aunque no establece qué clase de pruebas debe complementarla, ha dicho que la misma puede tener una naturaleza ratificatoria o complementaria, en la medida en que proporcione nuevos elementos trascendentes para el objeto del proceso o corrobore lo que por el camino de la prueba de referencia ya existente.

Argumenta que la versión del menor, rendida por fuera del juicio oral es admisible como prueba de referencia, y que escuchada se observa relevante que en ella el niño estuvo acompañado, no de un familiar sino de la comisaria de familia de Caldas y es indiscutible que se percibe claro, coherente, hilado y con buena capacidad de recordación. Agrega la *a quo* que la investigadora repite lo que contestaba el menor, debido al tono de voz baja del infante lo que no implica una implantación del relato o una inducción a las respuestas. Después de resumir lo dicho por el menor, encuentra que su relato no es

descabellado, ni implantado, ni exagerado, ni parecía producto de su imaginación. Agrega que las preguntas de la investigadora estuvieron acordes con la edad evolutiva del niño, no estuvieron encaminadas a sugerir ni a implantar falsas memorias y, en definitiva, no fueron insinuadas.

Respecto de los testimonios de Silvia del Socorro Colorado Colorado, Diana Mejía Colorado y las estipulaciones, afirma la *a quo* que dan crédito a que (i) en el 2017 el menor visitaba los fines de semana la casa de su madre y del procesado (ii) que cuando regresa a su casa le observaron en una oportunidad el ano rojo, moretones en la nalga y en el rostro y ante la pregunta de qué había pasado, contestó que su padrastro le había tocado el pene y las nalgas con la mano; así también se lo dijo al médico que lo revisó en octubre de 2017 (iii) el procesado y el menor ostentaban una buena relación familiar. Concluye que tales premisas se ajustan al relato uniforme, ilustrativo y espontáneo que rindió el menor acreditando la existencia de unos hechos libidinosos de los cuales fue víctima.

Argumenta que la anterior conclusión no se respalda en una valoración aislada y única de la prueba de referencia, también existe prueba de corroboración periférica que en este caso hace más creíble la versión del ofendido. Luego cita la jurisprudencia de la Corte suprema de Justicia al respecto, para luego afirmar que resulta útil destacar los medios de conocimiento que apoyan este caso, prueba de referencia de los cuales se predica relación directa, así:

El menor contó los hechos en el lugar donde se sintió cómodo, es decir lejos del victimario. Los vejámenes sexuales de los que fue víctima afectaron su vida cotidiana, su abuela materna, su tía y la madre sustituta lo notaron enojado y retraído cuando regresaba de casa de Mónica Patricia. En el 2017 visitaba los fines de semana la casa de su madre, donde vivía con Hugo Andrés y Emiliano. No existía entre el agresor y la víctima una relación de animadversión. La persistencia en la incriminación se mantuvo en el relato dado a su tía, a su abuela, al médico legista, a la médica del hospital de Caldas y a la investigadora de la Fiscalía. Los testigos de cargos, si bien son testigos de oídas en relación con los actos libidinosos que padeció el infante son, en definitiva, también testigos directos del señalamiento que este hizo del autor.

El médico legista dejó claro que el niño fue evaluado tiempo después, y es normal que el tocamiento libidinoso no deje rastro, pero no descartó la manipulación y dijo que la narración de S.M.C. fue coherente y clara.

Respecto del testimonio del menor dijo la *a quo* que no se le puede restar valor suatorio por el hecho de que no recordara algunos detalles pues no puede exigírsele a un menor de cuatro años que recuerde con exactitud detalles, máxime que describió con precisión el lugar y la forma de la agresión, haciéndolo en el lenguaje de un niño de esa edad, concluyendo que el relato fue coherente y las manifestaciones verosímiles, que las supuestas divergencias observadas por la Defensa no son de fondo y por tanto no pueden sembrar dudas.

Respecto del argumento defensivo de que los hechos no existieron pues, la médico del hospital de Caldas, Juliana Alexandra Giraldo Martínez, concluyó que el examinado no presentaba signos de violencia física o sexual; la psicóloga Lenny Beatriz Londoño Jiménez no observó rastros de afectación psicológica de abuso sexual y, en el juicio, Catalina Duque Oquendo psicóloga de la fundación de Atención a La Niñez dijo que no presentaba al momento de la valoración, sintomatología de abuso sexual; afirma la *a quo* que si algunos dictámenes no evidencian afectación al estado emocional, no quiere decir que el delito no ocurriera, tomando como referencia la corta edad del menor quien puede no ser consciente de los alcances del abuso sexual.

Respecto de la tesis defensiva de que los hechos narrados por el menor fueron implantados por su abuela Silvia con el fin de vengarse de Hugo Andrés, argumenta la primera instancia que es cierto que entre ellos existía un conflicto porque el procesado llamó a uno de sus cuñados marihuanero, la familia se oponía a la relación con Mónica Patricia, la abuela Silvia concilió en la Comisaría el cuidado del menor, Mónica y Silvia discutieron la custodia del menor que finalmente fue otorgada a Mónica Patricia y, ante los constantes altercados y ataques sufridos por el procesado de parte de la familia de Silvia, este solicitó orden de protección ante la Inspección Tercera de Policía de Caldas.

Adujo que no basta para sustenta la tesis defensiva que los testigos dijeran que el procesado tenía buen comportamiento familiar y trataba al niño como a un hijo y que Silvia y su familia le guardaban animadversión, pues era obligación del defensor brindar datos ciertos, probabilísticos, respecto de la presunta influencia del menor y que entonces este mintió. Citó a la Corte Suprema de Justicia respecto de lo que es un enunciado probabilístico, para concluir que la probabilidad de que el menor S.M.C. hubiera actuado bajo la influencia innegable de Silvia del Socorro no se encuentra sustentada en datos. Insistiendo que en todos los escenarios en los que relató los actos libidinosos lo hizo en idénticas condiciones y sin contradicciones, lo que sumado a que los testimonios de la abuela, la madre sustituta y la tía que fueron sinceros al admitir las controversias familiares, no dejan sin sustento la ocurrencia del hecho.

Resaltó el informe pericial del médico legista Javier Villa Machado de que no se encontraron elementos indicativos de que la víctima al relatar lo que se investiga, haya sido sugestionado, obligado o presionado a dar una versión falsa sobre hechos inexistentes. Tampoco se encuentran indicaciones de que lo relatado corresponda a una confusión entre la fantasía y realidad.

Concluyó la *a quo* que la tesis de la Defensa no es creíble, que no logró demostrar que entre S.M.C. y el procesado existiera un móvil de venganza, enfrentamiento, resentimiento que llevara al menor a mentir, pues no existían conflictos anteriores y se probó que sostenían una buena relación, además la posibilidad de que el niño actuase bajo la influencia de su abuela en lo dicho en la entrevista no está soportado por ninguna prueba técnica, afirma que es insostenible que un menor de esa edad haga un relato consistente y coherente en diferentes momentos y escenarios sin contradicción siendo producto de lo implantado por su abuela meses atrás. Los cuestionamientos de la Defensano lograron restar el poder suasorio de las pruebas de la Fiscalía por lo que se tiene conocimiento más allá de toda duda sobre la real ocurrencia del delito de

actos sexuales con menor de catorce años agravado y de la responsabilidad penal del justiciable.

3.3. Del recurso.

3.3.1 Apelación de la defensa.

La defensora de confianza del procesado solicitó la revocatoria de la sentencia condenatoria y en su lugar pide proferir sentencia absolutoria con fundamento en los siguientes argumentos:

Afirmó que desde el juicio la Defensa quiso demostrar la animadversión en contra del procesado por parte de la abuela del menor, Silvia Colorado, teoría que no fue acogida por la sentencia de primera instancia. De haber analizado todas las pruebas, específicamente las documentales que fueron objeto de estipulación probatoria, y los testimonios llevados por la Defensa, la sentencia sería absolutoria en aplicación del principio *in dubio pro reo*. En la valoración probatoria no se hizo pronunciamiento alguno respecto de lo solicitado por la Defensa en sus alegatos y sobre la prueba admitida.

Critica que se le diera completa credibilidad al testimonio de la policía judicial adscrita a C.T.I. que realizó la entrevista, argumentando la censura que la investigadora induce las respuestas en el menor, siendo sugestiva respecto de lo que debía decir y el señalamiento a una persona en específico. Critica también la explicación que ofrece la entrevistadora a las contradicciones en la declaración del menor de que las agresiones no fueron cuatro o que solo ocurrió una vez, cuando afirma que el menor por su edad no sabía contar lo que no es cierto según se observa de la misma entrevista.

Afirma que la madre del menor nunca dijo que no quería que declarara para evitar la revictimización, en su testimonio afirmó que quería que el niño declarara, pero la Fiscalía no lo permitió. Arguye que la admisión de la entrevista como prueba de referencia admisible sin la debida sustentación, viola el debido proceso, sin embargo este acto fue aceptado por la Judicatura y por la Defensa de aquel entonces -que no desarrolló ninguna acción para

que la decisión se ajustara a derecho-, lo cual la lleva a considerar que se equivoca la primera instancia cuando indica que esta prueba de referencia fue corroborada periféricamente por el testimonio de la abuela, la tía Milena Mejía y la madre sustituta Aidé Montoya, testigos de los que dice se demostró la animadversión hacia el procesado.

Alega que tampoco se tuvo en cuenta la prueba documental estipulada. Se estipuló el hecho contenido en el acta del 17 de octubre de 2017, en la cual se entregó el menor por Bienestar Familiar a la abuela y ella firmó el recibido donde se deja constancia de que el menor no presentaba ningún daño físico, pero extrañamente lo llevó a urgencias del hospital. Afirma que resulta evidentemente contrario a la prueba practicada y se equivoca la *a quo al* considerar que en el testimonio de la abuela no se evidencia animadversión alguna contra el procesado, pues esta situación puede observarse en los testimonios de la Defensa y en la prueba estipulada, especialmente en las estipulaciones 3, 7, 8, 10 y 11, lo que obviamente va más allá de que el procesado llamará a uno de los hijos de su suegra “marihuanero”.

Afirma que en la estipulación 21 se dio como hecho probado que el médico legista no solo indica que no hay elementos suficientes para establecer la validez del relato vertido por el niño, sino que dijo que quien narró primero los hechos fue la abuela y que luego el niño indica que es cierto, solicita la apelante se valore el hecho en el contexto de las actitudes de Silvia de querer perjudicar al procesado. Y cita textualmente “*el niño expresa: “yo no quiero vivir con ella (abuela Silvia) ella me trataba mal (...) me tocaba partes que no debía tocar (...) la mamita me pegaba mucho” agrega que con respecto a su madre dice: “ella me trata bien (...) me lleva a paseos (...) todos en la casa (donde vive con su madre) me quieren”*

Afirma que al valorar las estipulaciones se va tejiendo una duda fundamental y no una coartada, como calificó la primera instancia a los testigos de la Defensa, y cita la estipulación 14 como prueba de la radicalización de Silvia para que ninguna persona fuera de su círculo íntimo, se encargue del cuidado del menor. Cita la estipulación 18 para afirmar que Silvia mintió afirmando que Hugo todavía vivía con Mónica Patricia y por ello el niño no podía vivir con ella,

por lo que el área social de la Comisaría verificó que era falso. Afirma que las estipulaciones 6, 12, 13 y 15 dan cuenta de la lucha de Mónica Patricia ante la justicia, por recuperar a su hijo dados los reiterados actos de incumplimiento de Silvia, siendo esto por lo que el menor terminó en hogares sustitutos.

Argumenta que tampoco se valoró la afirmación de Silvia en el juicio respecto a que la razón por la que inicialmente tuvo la custodia de su nieto fue por el supuesto abuso sexual, hecho falso, pues la razón es porque Mónica estaba embarazada de su segundo hijo y ella la echó de la casa, y como Mónica no tenía trabajo dejó al menor allí en custodia provisional.

Critica que se tenga como prueba de corroboración el testimonio de la madre sustituta Aidé, pues dice que le impugnó credibilidad en el testimonio pues no reconoce lo dicho ante el investigador en la entrevista y afirma que, de ser verdad lo dicho por la testigo, cuando el menor le informó ya tenía implantada la versión por la abuela Silvia, sin dejar de valorar que minutos antes el niño había estado con el psicólogo de la Comisaría de Familia y no le reveló absolutamente nada, según la prueba.

Arguye que la primera instancia no tuviera en cuenta aspectos que ponen en duda el testimonio de la tía del menor Milena Mejía Colorado pues en el juicio indicó que el niño llegaba con comportamientos extraños, los mismos que sirvieron para que la sentencia indicara que el niño se mostraba rebelde por los abusos, hecho que la censora califica de falso y fundamenta su afirmación en la estipulación número 8 en la que se indica que al momento de ser entregado por Mónica a su madre y abuela del niño, este lloraba manifestando que quería quedarse con su progenitora y con su hermano biológico y que el niño mostraba repulsa por la abuela. De igual manera critica que la testigo afirmara que el niño le contó que Hugo lo había golpeado en la boca y que se lo contó al médico cuando lo llevaron a revisión, observando que el soporte de la estipulación 2, historia clínica del 9 de octubre de 2017, lo que se refiere es que quien golpea al menor es Mónica y que Hugo lo abusa, también genera dudas el hecho de que no fue Milena quien llevó al niño al médico sino su tía Diana a quien supuestamente le revela los abusos.

Concluye parcialmente que la prueba introducida como de referencia no cumplía con los requisitos de sustentación respecto de la victimización del menor, hecho desmentido por la madre y sobre lo que, a pesar de ser solicitado por la Defensa, la primera instancia no se pronunció; prueba de referencia que fue corroborada por tres testimonios tachados por su clara animadversión en contra del procesado de la abuela y la tía, y por incoherencia, por parte de la madre sustituta Aidé.

Califica de infundada la conclusión de la Juez de primera instancia de que los testimonios de la Defensa son una coartada para hablar bien del procesado, pues los conflictos están probados con la estipulación 19, donde se observa que desde julio de 2018 existía orden de protección para Hugo, dice que debió valorarse que casi todos los testigos de descargos son familiares de Silvia y que todos, al unísono, indicaron las malas intenciones de esta, incluso que le exigiera a Mónica que dejara a Hugo para devolverle al niño.

Por último, considera la Defensa apelante que la Juez de primera instancia debió valorar de manera equilibrada el testimonio de la psicóloga Catalina Duque Oquendo, quien también indicó que realizó 9 sesiones y que en ninguna de ellas relató el abuso sexual, y la estipulación 21 donde el legista Javier Villa Machado indica que no hay cómo soportar el dicho del menor, aunado a que el menor antes de estar en el hogar de paso de Aidé estuvo en el hogar de Nancy Congote quien dijo que él nunca le manifestó ni abusos ni violencia; entonces, la primera instancia solo valoró lo indicado por el médico Sierra Martín y la investigadora Sandra Torres.

Afirma que a partir de la estipulación número 3 no está claro si lo que se estipula es un hecho en concreto y soportado con cada documento, o si el hecho estipulado es que todo el documento se da por cierto, con fundamento en la falta de claridad propone una petición subsidiaria de que se decrete la nulidad por falta de defensa técnica frente a la inacción del anterior defensor para hacerle conocer al Juez toda la información contenida en las estipulaciones o valorarlas en su conjunto, dando por cierto todos y cada uno de los hechos en cada documento en su totalidad, lo que conforme a su criterio

hará cambiar la decisión conforme a su solicitud y absolver a su prohijado con fundamento en el *in dubio pro reo*.

3.3.2 El apoderado judicial de la víctima, Mónica Patricia Mejía Colorado, madre del menor, como sujeto procesal no recurrente.

Advirtió que se presentaba al recurso para referirse única y exclusivamente a la afirmación de la Fiscalía de que la madre del menor no permitía que declarase en aras de no revictimizarlo y, por tanto, se admitió como de referencia la declaración anterior del menor. No es cierto que la madre no permitiera que el menor declarase, es mentiras, es todo lo contrario, como lo manifestó Mónica Patricia en el juicio oral. No le permitieron ni a ella ni a su hijo ingresar al juicio y después se sorprendió con la declaración de la Fiscal que decía que la madre del menor no le permitía el interrogatorio. Deja constancia de que la declaración del menor era de vital importancia para todos los involucrados, toda vez que la denuncia se interpuso por parte de la abuela del menor, y su representada Mónica Patricia quiere que su hijo declare para que se establezca la verdad de lo ocurrido,

Cita segmentos de la audiencia del juicio² en la que la Fiscalía pide admitir el video de la entrevista realizada al menor por la psicóloga de la Fiscalía, misma que es objetada por la Defensa, argumentando que no se han explicado las razones para no traer al menor a juicio, ante lo que la Fiscalía adujo que el motivo era que la madre no consideraba pertinente que el menor sea revictimizado. Luego cita el testimonio de la madre del menor³ cuando, ante la pregunta de si estaba de acuerdo con que el menor no declarara para no revictimizarlo contestó: *“pues la verdad yo le insistí a ella mucho, pero ella me dijo que no, y yo ahí que podía hacer si ella era la autoridad”*. Señala que no está abogando por la absolución pues es un asunto que no le compete, pero lo que pretende como representante de la víctima, es que sea garantizado el derecho a la verdad.

Afirma que no entiende por qué la Fiscal mintió ante el estrado judicial, que entiende el argumento de la revictimización, pero no la mentira sobre el querer

² Sesión del juicio oral del 26 de marzo de 2021.

³ Sesión del juicio oral del 09 de abril de 2021.

de la víctima, su representada no estuvo realmente asesorada y el abogado de víctimas de la Defensoría sólo la asistió en los alegatos de conclusión y no realizó gestión alguna para que la madre del menor ingresara al juicio y entonces debió permanecer en las afuera de las instalaciones mientras se desarrollaba el juicio. Arguye entonces que su poderdante no estuvo representada por un abogado en forma real pues la representante de víctimas de la Fiscalía no la acompañó de manera real ni la asesoró sobre el desarrollo del proceso y cuáles eran sus derechos al interior del mismo. Para el efecto cita las constancias dejadas por la Juez respecto de las audiencias del 26 de marzo y 9 de abril de 2021 donde da cuenta que la abogada de la Defensoría Johana Marcela Lopera Narváez se excusó de asistir al juicio oral, asunto que no entiende el no impugnante, en especial por tratarse de la defensa de los derechos superiores del menor.

Concluye reiterando que su poderdante lo único que pretende es saber la verdad, para actuar en consecuencia, que se averigüe la verdad, pero no con pruebas con mentiras como lo hizo la Fiscal.

4 CONSIDERACIONES DE LA SALA

4.1 Competencia.

Esta Sala es competente para resolver el asunto según lo dispone el numeral primero del artículo 34 de la Ley 906 de 2004⁴

4.2. Problema jurídico.

La Sala determinará si la Fiscalía probó que Hugo Andrés Osorio Fernández en varias ocasiones realizó tocamientos a las partes íntimas del menor S.M.C., o si, como lo solicita la apelante, debe revocarse la condena en aplicación del principio *in dubio pro reo*.

⁴ Artículo 34. De los Tribunales Superiores de Distrito. Las Salas Penales de los Tribunales Superiores de Distrito judicial conocen:

1. De los recursos de **apelación** contra los autos y **sentencias** que en **primera instancia profieran los jueces del circuito** y de las sentencias proferidas por los municipales del mismo distrito. (Negrillas de la Sala de Decisión).

Antes de dar respuesta al problema principal, y como dilemas previos, deberá determinarse: (i) si la Fiscalía estaba facultada para no hacer comparecer a la audiencia del juicio oral al menor y, en su lugar, llevar como prueba una entrevista, y si esta fue introducida con el cumplimiento de los requisitos legales; (ii) si existe prueba que conduzca a la certeza de la autoría y responsabilidad del acusado, superando la prohibición del artículo 381 del Código de Procedimiento Penal de condenar solo con prueba de referencia; y (iii) si la teoría conspirativa presentada por la Defensa tiene en el contexto la fuerza suficiente para generar la duda probatoria legal, como fundamento para absolución.

4.3. Valoración y solución del problema jurídico.

4.3.1 La decisión no hacer comparecer al juicio oral al menor como testigo directo y la incorporación de la entrevista como prueba de referencia.

El primer problema planteado consiste en determinar si en el *sub judice* debió o no tenerse en cuenta la entrevista del menor como prueba de referencia admisible, unido a que la nueva representación de víctimas ha objetado el hecho de que la Fiscal decidiera no llevar directamente al menor a juicio, argumentando que la madre no estaba de acuerdo con ello y que fue dejada por fuera de las audiencias. El asunto deberá valorarse partir de dos interrogantes: (i) ¿La Fiscalía dejó por fuera del juicio a la madre del menor y le está mintiendo a la Judicatura al decir que la madre no quería que su hijo declarara en juicio? y (ii) ¿La entrevista realizada al menor con anterioridad al juicio, que fue incorporada al plenario como prueba de referencia, cumplió con los estándares establecidos para ser admitida?

A lo largo del proceso la madre del menor, en su calidad de víctima, ha sido representada por dos abogados diferentes, el primero, de la Defensoría Pública quien apoyó la tesis de que la prueba, en especial la entrevista del menor y la de corroboración, son suficientes para condenar. De otro lado, el segundo, apoderado contractual que, aunque afirma que no está abogando

por la absolución, a renglón seguido dice que lo que pretende es que sea garantizado el derecho a la verdad y que presenta el recurso para referirse única y exclusivamente a que la madre del menor nunca dijo que no quería que declarara para evitar la revictimización, que en su testimonio afirmó que quería que el niño declarara pero la Fiscalía no lo permitió, que no es cierta la afirmación de que la madre del menor no permitía que declarase en aras de no revictimizarlo y, por tanto, se admitió de forma equivocada la declaración anterior del menor, como de referencia.

4.3.1.1 ¿La Fiscalía dejó por fuera del juicio a la madre del menor y le está mintiendo a la Judicatura al decir que la madre no quería que su hijo declarara en juicio?

La nueva representación de víctimas, como apoderado de la madre del menor, afirma que no le permitieron ni a su prohijada ni a su hijo ingresar al juicio y después se le sorprendió con el dicho de la Fiscal de que la madre del menor no le permitía el interrogatorio, que ella nunca dijo que no quería que declarara para evitar la revictimización, pues en su testimonio afirmó que quería que el niño declarara, pero la Fiscalía no lo permitió. Argumenta que es todo lo contrario como lo manifestó Mónica Patricia en su testimonio en el juicio oral, cuando ante la pregunta de si estaba de acuerdo con que el menor no declarara para no revictimizarlo contestó: *“pues la verdad yo le insistí a ella mucho, pero ella me dijo que no, y yo ahí qué podía hacer si ella era la autoridad”*

Visto en su integridad el testimonio de Mónica Patricia, madre del menor, resulta claro que no compartía la visión de la Fiscal respecto de que este no debía ir a juicio y que así se lo manifestó a la delegada del Ente Acusador, consideración que fue discutida por esta, pero de su afirmación en el juicio no puede desprenderse sin mayores miramientos, como pretende la representación de las víctimas, que no lo autorizó. Lo que puede leerse razonablemente es que el asunto estaba en discusión y la Fiscal impuso su criterio, argumentando la protección de los derechos superiores del menor y para evitar su revictimización. Este hecho se hace evidente al citar de manera literal lo declarado por la madre en donde dice que le insistió, pero que como ella era la autoridad no tenía nada que hacer; de esta cita, que es la misma mencionada por la nueva representación de víctimas, infiere la Sala

razonablemente que el criterio de la madre cedió ante el criterio de la Fiscal, por lo que resulta una interpretación sesgada y acomodada del representante de víctimas afirmar que la madre del menor fue excluida del juicio oral y público, lo que deviene en que tampoco puede afirmarse que la Fiscal le está mintiendo a la Judicatura al decir que la madre no quería que su hijo declarara en juicio, lo dicho por la delegada de la Fiscalía es resultado de la tensión entre lo querido por la madre y lo decidido por ella, que finalmente impuso, pero que lejos está de ser una actuación mal intencionada de la delegada del Ente Acusador.

De otro lado encontramos que en la discusión entre la madre del menor y la Fiscal, sobre cómo manejar el testimonio del menor, era deber de la última, si su criterio lo aconsejaba, proteger los derechos superiores del menor establecidos en el artículo 44 de la Constitución Política, en la jurisprudencia y en la Ley 1098 de 2006⁵; ha sido reiterativo el sentido de que en los procesos por delitos sexuales, cuando la víctima es menor de edad, se debe evitar su revictimización, teniendo en cuenta por parte del funcionario, el interés superior que los cobija y la prevalencia constitucional de sus derechos. En este marco consideramos que la Fiscalía tiene el privilegio de decidir si lleva al niño a declarar al juicio o si introduce la información mediante prueba anticipada o de referencia admisible, como se hizo en este caso, y de que el argumento esgrimido por la Fiscalía es suficiente como razón para no llevar al menor a declarar en el juicio, como efectivamente fue aceptado por la *a quo*.

⁵ **Artículo 42. Numeral 34.** Asegurar la presencia del niño, niña o adolescente en todas las actuaciones que sean de su interés o que los involucren cualquiera sea su naturaleza, adoptar las medidas necesarias para salvaguardar su integridad física y psicológica y garantizar el cumplimiento de los términos señalados en la ley o en los reglamentos frente al debido proceso. Procurar la presencia en dichas actuaciones de sus padres, de las personas responsables o de su representante legal. 35. Buscar y ubicar a la familia de ori

Artículo 192. Derechos especiales de los niños, las niñas y los adolescentes víctimas de delitos. En los procesos por delitos en los cuales los niños, las niñas o los adolescentes sean víctimas el funcionario judicial tendrá en cuenta los principios del interés superior del niño, prevalencia de sus derechos, protección integral y los derechos consagrados en los Convenios Internacionales ratificados por Colombia, en la Constitución Política y en esta ley.

Artículo 193. Criterios para el desarrollo del proceso judicial de delitos en los cuales son víctimas los niños, las niñas y los adolescentes víctimas de los delitos. Con el fin de hacer efectivos los principios previstos en el artículo anterior y garantizar el restablecimiento de los derechos, en los procesos por delitos en los cuales sean víctimas los niños, las niñas y los adolescentes la autoridad judicial tendrá en cuenta los siguientes criterios específicos: (...) 2. Citará a los padres, representantes legales o a las personas con quienes convivan, cuando no sean éstos los agresores, para que lo asistan en la reclamación de sus derechos. Igualmente, informará de inmediato a la Defensoría de Familia, a fin de que se tomen las medidas de verificación de la garantía de derechos y restablecimiento pertinentes, en los casos en que el niño, niña o adolescente víctima carezca definitiva o temporalmente de padres, representante legal, o estos sean vinculados como autores o partícipes del delito.

196. Funciones del representante legal de la víctima. Los padres o el representante legal de la persona niños, niñas y adolescentes, están facultados para intervenir en los procesos penales en que se investigue o juzgue un adulto por un delito en el cual sea víctima un niño, niña o adolescente como representante de éste, en los términos establecidos en el Código de Procedimiento Penal y para iniciar el incidente de reparación integral de perjuicios. **Los niños y niñas víctimas tendrán derecho a ser asistidos durante el juicio y el incidente de reparación integral por un abogado (a) calificado que represente sus intereses aún sin el aval de sus padres y designado por el Defensor del Pueblo.** (negrilla agregada)

Establecido se encuentra que, dentro de los estándares legales y jurisprudenciales que la Fiscalía pueda decidir *motu proprio* e imponiendo su criterio sobre el de la madre de niño, abstenerse de llevar al menor a declarar en el juicio oral, argumentando que se evitaría su revictimización y solicitar la incorporación de la declaración que rindió en entrevista ante la psicóloga de la Fiscalía, introduciéndola a título de prueba de referencia

4.3.1.2 ¿La entrevista realizada al menor con anterioridad al juicio, que fue incorporada al plenario como prueba de referencia, cumplió con los estándares establecidos para ser admitida?

Al resolver el anterior interrogante de manera indirecta resolvemos el segundo planteado por el apoderado de la víctima, porque se ha establecido que no se corresponde con la realidad procesal que la madre del menor fuera excluida de las decisiones por la Fiscal constituyéndose este en su ataque fundamental a la admisión de la prueba, pues admite como válido el argumento de evitar la revictimización para que el testimonio fuera admitido como prueba de referencia.

Superada esta arista del problema debemos enfrentar la glosa del defensor apelante en la arguye que la admisión de la entrevista como prueba de referencia, sin la debida sustentación, viola el debido proceso.

Considera esta Sala que la solicitud de incorporación al juicio de la declaración anterior del menor sí se sustentó conforme a la exigencia legal, pues se trataba de un niño posible víctima de un delito sexual, por lo que no se requiere más que su descubrimiento y la argumentación por parte de la Fiscalía, solicitándola y exponiendo las razones. Es un asunto regulado por La ley 906 de 2004 que, en el acápite destinado a establecer las reglas relativas a la prueba de referencia prescribe, en el artículo 437 que: *“Se considera como prueba de referencia toda declaración realizada fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio”* A su vez el artículo 438, que regula la admisión excepcional de la prueba de referencia, establece los casos en

que el declarante puede no oírse directamente en el juicio y autoriza a que pueda admitirse un testimonio de manera excepcional como prueba de referencia, regulando en el ordinal E, que fue adicionado por la ley 1652 de 2013, artículo 3º, en el que se establece que únicamente es admisible la prueba de referencia cuando el declarante: “e) *Es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la integridad, libertad y formación sexuales...*”

El asunto ha sido tratado ampliamente en varias decisiones de la Sala de Casación Penal del Corte Suprema de Justicia⁶:

“Este tema fue desarrollado ampliamente en las decisiones 44056 de 2015 y 43866 de 2016. En esta última se concluyó que:

[c]on la expedición de la Ley 1652 de 2013 se consolidó lo que jurisprudencialmente se había planteado en torno a la necesidad de evitar que los niños sean doblemente victimizados, lo que puede suceder con su comparecencia al juicio oral⁷. Así, es posible que en muchos casos la Fiscalía deba apelar a la presentación de estas declaraciones a título de prueba de referencia, como expresamente lo permite el artículo 3º de la ley en mención, y, en consecuencia, se vea avocada a asumir las cargas derivadas de lo estatuido en el varias veces citado artículo 381, lo que necesariamente obliga a realizar una investigación mucho más exhaustiva.”

La Fiscalía en el contexto de la obligación constitucional de protección de los derechos superiores de los menores, tiene el privilegio de escoger si el niño en estos casos, en los que regularmente es el único testigo directo de los hechos, es llevado o no al juicio a fin de evitar revictimizarlo. Considera esta Sala que la Fiscalía tiene el privilegio de decidir no presentar al menor como testigo directo en el juicio para evitar su doble victimización y que el argumento esgrimido es suficiente para que el Juez permita la introducción al juicio de la entrevista como prueba de referencia admisible, como se hizo en este caso, en especial porque la Ley y la jurisprudencia así lo han establecido, tal y como lo explica la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia⁸:

*“En este orden de ideas, consideró **[La Corte Constitucional]** ajustado a la Constitución Política lo establecido en los tres primeros artículos de la Ley 1652 de 2013⁹, donde se regula la forma como debe tomarse la entrevista a*

⁶ Radicación n°. 50637, once (11) de julio de dos mil dieciocho (2018) SP2709-2018 Magistrada ponente Patricia Salazar Cuéllar

⁷ CSJ SP, 28 octubre 2015, Rad. 44056; CSJ SP, 18 mayo 2011, Rad. 33651; CSJ SP, 10 Mar. 2010, Rad. 32868; CSJ SP, 19 agosto 2009, Rad. 31959, entre otras

⁸ Sentencia con radicación n°. 50637, del once (11) de julio de dos mil dieciocho (2018) SP2709-2018 Magistrada ponente Patricia Salazar Cuéllar:

⁹ Artículo 1º. Adiciónese el artículo 275 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, con el siguiente párrafo: También se entenderá por material probatorio la entrevista forense realizada a niños, niñas y/o adolescentes víctimas de los delitos descritos en el artículo 206A de este mismo código.

los menores y se dispone que las versiones entregadas por éstos por fuera del juicio oral pueden ser admitidas como prueba de referencia, con lo que se evita su presencia en la fase de juzgamiento y, con ello, que el trámite procesal se convierta en otro escenario de victimización. (texto en negrillas agregado)

Además, la Corte Constitucional reseña las normas de carácter interno orientadas a garantizar los derechos de los niños víctimas de delitos sexuales, entre las que destaca la Ley 1098 de 2006 (Ley de Infancia y Adolescencia) y la Ley 1652 de 2013, y a renglón seguido resalta que “bajo tales supuestos, la Constitución y la ley especializada en la protección de menores de edad, imponen a la autoridad judicial tener presentes tales criterios, entre otros, de modo que se garantice la satisfacción de sus intereses y se evite ponerlos en riesgo frente a eventuales nuevos actos de agresión”.

Consideramos que el procedimiento de admisión de la entrevista del menor, que no fue tachado por ninguna de las partes e intervinientes que participaron en la audiencia preparatoria y que es tachado de ilegal por la nueva Defensa, cumplió con los requisitos para ser admitido como prueba de referencia. Así pues, respecto del trámite que debe imprimírsele a la solicitud probatoria, ha explicado la Sala de Casación Penal¹⁰, citando su propio precedente judicial, que:

Artículo 2º. Adiciónese un artículo nuevo a la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, numerado 206A, el cual quedará así: Artículo 206A. Entrevista forense a Niños, Niñas y Adolescentes Víctimas de Delitos tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, relacionados con violencia sexual. Sin perjuicio del procedimiento establecido en los artículos 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199 y 200 de la Ley 1098 de 2006, por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia, cuando la víctima dentro de un proceso por los delitos tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo código sea una persona menor de edad, se llevará a cabo una entrevista grabada o fijada por cualquier medio audiovisual o técnico en los términos del numeral 1 del artículo 146 de la Ley 906 de 2004, para cuyos casos se seguirá el siguiente procedimiento: d) La entrevista forense de niños, niñas o adolescentes víctimas de violencia sexual será realizada por personal del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación entrenado en entrevista forense en niños, niñas y adolescentes, previa revisión del cuestionario por parte del Defensor de Familia, sin perjuicio de su presencia en la diligencia. En caso de no contar con los profesionales aquí referenciados, a la autoridad competente le corresponde adelantar las gestiones pertinentes para asegurar la intervención de un entrevistador especializado. Las entidades competentes tendrán el plazo de un año, para entrenar al personal en entrevista forense. En la práctica de la diligencia el menor podrá estar acompañado, por su representante legal o por un pariente mayor de edad; e) La entrevista forense se llevará a cabo en una Cámara de Gesell o en un espacio físico acondicionado con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva de la víctima y será grabado o fijado en medio audiovisual o en su defecto en medio técnico o escrito; f) El personal entrenado en entrevista forense, presentará un informe detallado de la entrevista realizada. Este primer informe deberá cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 209 de este código y concordantes, en lo que le sea aplicable. El profesional podrá ser citado a rendir testimonio sobre la entrevista y el informe realizado. Parágrafo 10. En atención a la protección de la dignidad de los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales, la entrevista forense será un elemento material probatorio al cual se acceda siempre y cuando sea estrictamente necesario y no afecte los derechos de la víctima menor de edad, lo anterior en aplicación de los criterios del artículo 27 del Código de Procedimiento Penal. Parágrafo 2º. Durante la etapa de indagación e investigación, el niño, niña o adolescente víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual, tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo código, será entrevistado preferiblemente por una sola vez. De manera excepcional podrá realizarse una segunda entrevista, teniendo en cuenta en todo caso el interés superior del niño, niña o adolescente.

Artículo 3º. Adiciónese al artículo 438 de la Ley 906 de 2004, un literal del siguiente tenor: e) Es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo código.

¹⁰ Radicación n°. 50637, once (11) de julio de dos mil dieciocho (2018) SP2709-2018 Magistrada ponente Patricia Salazar Cuellar

“En la decisión CSJSP, 28 Oct. 2015, Rad. 44056 la Sala analizó el trámite que debe surtir para la solicitud e incorporación de una declaración rendida por fuera del juicio oral a título de prueba de referencia. Señaló:

Los pasos que deben seguir las partes para la incorporación de la prueba de referencia y la consecuente actuación del Juez

El artículo 441 de la Ley 906 de 2004 dispone expresamente que la prueba de referencia, en lo pertinente, debe regularse “en su admisibilidad y apreciación por las reglas generales de la prueba y en especial por las relacionadas con el testimonio y lo documental”. Así, la parte que pretende aducir como prueba una declaración anterior al juicio oral, a título de prueba de referencia, debe agotar todos los trámites correspondientes a cualquier prueba, sin perjuicio de los requisitos específicos para la admisión de este tipo de declaraciones.

En consecuencia, deberá: (i) realizar el descubrimiento probatorio en los términos previstos por el legislador; (ii) solicitar que la prueba sea decretada, para lo que deberá explicar la pertinencia de la declaración rendida por fuera del juicio oral, sin perjuicio de los debates que puedan suscitarse frente a su conducencia y utilidad; (iii) demostrar la causal excepcional de admisibilidad de la prueba de referencia (iv) explicitar cuáles medios de prueba utilizará para probar la existencia y contenido de la declaración anterior al juicio oral, y (iv) incorporar la declaración anterior al juicio oral durante el debate probatorio.”

Conforme al marco teórico establecido, para el *sub iudice*, la introducción de la entrevista del menor como prueba de referencia cumplió con los requisitos de admisión, pues se descubrió en forma oportuna, al solicitarla se explicó su pertinencia, conducencia y utilidad y, como ya se explicó en este mismo ítem, se argumentó como *causal excepcional de admisibilidad de la prueba de referencia* la evitación de la doble victimización del niño, que como se ha explicado, es un deber y a la vez un privilegio de la Fiscalía con miras a cumplir con la protección de los derechos superiores del menor establecidos en la Ley la Constitución y en los Tratados Internacionales.

4.3.2 ¿Se incorporó prueba que conduzca a la certeza de la autoría y responsabilidad del acusado, superando la prohibición del artículo 381 del Código de Procedimiento Penal de condenar solo con prueba de referencia?

Como ha sido expuesto en los anteriores apartados, la Fiscalía en el contexto de la obligación constitucional de protección de los derechos superiores de los menores, tiene el privilegio de escoger si el niño víctima de delitos contra la libertad, integridad o formación sexual, casos en los que regularmente es el

único testigo directo de los hechos, es llevado o no al juicio a fin de evitar su doble victimización; en cada caso particular deberá valorar cuidadosamente para armonizar los derechos de la víctima y del acusado, si la víctima menor ve comprometidos sus derechos en el “cara a cara” con el procesado y si su participación en el juicio genera doble victimización. En el *sub judice* la Fiscalía al considerar la grave afectación a los derechos de la víctima, decidió no presentar al niño, presunta víctima, como testigo directo y en su lugar introducir la declaración anterior como prueba de referencia la información relevante. En general no existe tarifa probatoria, pero las pruebas, cuando se adopta la decisión de que el único testigo directo no comparezca, tienen una mayor exigencia demostrativa, porque las de referencia por sí solas no tienen la capacidad suasoria para condenar, conforme a una excepcional tarifa legal negativa. En este caso, en el que no se presenta como testigo directo y sea la entrevista la que se introduce como prueba de referencia, deberá desfilarse en el juicio prueba testimonial, pericial o indiciaria o de cualquier otra índole que permita, con un estándar probatorio más alto, llegar al conocimiento sobre autoría y responsabilidad del procesado, superando la exigencia legal del artículo 381 del Código de Procedimiento Penal¹¹

Debe resaltarse que además de proteger los derechos del menor, también es función principal del proceso garantizar los derechos de todas las partes e intervinientes fundamentalmente los del acusado, a quien debe asegurársele el derecho a defenderse en principio y no por principio, y esto implica el derecho de confrontar la prueba en su contra.

Ante la imposibilidad del interrogatorio cruzado al testigo por su “indisponibilidad”, la declaración tendrá carácter de prueba de referencia y deberá valorarse bajo los parámetros, requisitos y limitaciones establecidos para ella y, además, debe considerarse la prohibición de fundamentar la sentencia condenatoria exclusivamente en pruebas de referencia, es por ello que la Fiscalía tenía la posibilidad de hacerlo, pero no es aconsejable en todas las ocasiones prescindir del mismo. Luego entonces, deberá considerarse si

¹¹ Artículo 381 del C.P.P segunda parte. CONOCIMIENTO PARA CONDENAR “... La sentencia condenatoria no podrá fundarse exclusivamente en pruebas de referencia”

se cuenta o no con otras pruebas que hagan más probable sacar adelante su pretensión, así lo ha enseñado la Sala de Casación Penal¹²:

“Si bien la jurisprudencia ha sostenido que, en procesos por delitos sexuales cuando la víctima es menor de edad, se debe evitar su revictimización, lo cierto es que ello no puede llevar al extremo de que, en todas las ocasiones, se prescindiera de su testimonio en juicio. Es más, puede incluso acudir a la prueba anticipada que garantiza principio de confrontación. El ente fiscal debe ponderar en cada caso la necesidad de usar la declaración del menor para soportar su teoría del caso, dependiendo si cuenta o no con otros medios que sean suficientes para el cabal ejercicio de la acción penal. Con ese propósito, tiene la carga de diseñar y ejecutar un programa metodológico adecuado que «permita la obtención de pruebas que sirvan de complemento a la versión de quien comparece en calidad de víctima» (cfr. CSJ SP2709-2018, rad. 50637).

Al respecto, en CSJ SP3332-2016, rad. 43866, se señaló:

La Ley 1652 de 2013 estableció que el ente investigador debe sopesar en cada situación la necesidad de utilizar la declaración del menor para soportar la teoría del caso, especialmente cuando se cuenta con otros medios de conocimiento que puedan ser suficientes para el cabal ejercicio de la acción penal.

La Fiscalía debe analizar las consecuencias que se derivan de este tipo de decisiones. Así, por ejemplo, si opta por presentar como prueba de referencia la declaración anterior del menor, está en la obligación de adelantar una investigación especialmente minuciosa, orientada a obtener otros medios de conocimiento que permitan superar la prohibición consagrada en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, según el cual la condena no puede estar basada exclusivamente en prueba de referencia. Ello no significa que en los casos en que no se enfrente la problemática de la prueba de referencia la Fiscalía no tenga la obligación de corroborar la versión de quien comparece en calidad de víctima; lo que se quiere resaltar es que la tarifa legal negativa consagrada en el artículo 381 en cita le impone al ente acusador cargas adicionales.

La Fiscalía tiene la posibilidad de optar, cuando lo considere procedente, por la figura de la prueba anticipada, que generalmente le permite al procesado el ejercicio del derecho a la confrontación y, en consecuencia, evita que la declaración anterior del menor sea considerada prueba de referencia. En todo caso, deben tenerse en cuenta las previsiones consagradas en las leyes 1098 de 2006 y 1652 de 2013, orientadas a evitar que el niño sea objeto de una nueva victimización.

Según se indicó en el apartado 2.5.3.2.1, la práctica de prueba anticipada no sólo resulta útil para evitar la limitación excesiva del derecho del acusado a interrogar o contrainterrogar a los testigos de cargo. También puede favorecer los intereses de la víctima en la medida en que el medio de conocimiento no estará sujeto a la restricción de que trata el artículo 381 atrás citado, a lo que debe sumarse que el juez de conocimiento contará con mejores elementos de juicio para valorar la declaración, según se ha indicado a lo largo de este proveído.

¹² AP 3254-2019, rad 54369, M.P Eyder Patiño Cabrera

La Fiscalía debe tomar todas las medidas a su alcance para que las entrevistas tomadas a los niños por fuera del juicio oral sean adecuadamente documentadas, bien para que la defensa pueda ejercer de mejor manera sus derechos, ora para que el juez tenga mejores elementos de juicio para valorar el testimonio del menor. Al efecto, debe considerarse que ello no sólo es una tendencia a nivel internacional, según se indicó en el apartado 2.5.2., sino que además resulta imperativo a raíz de la entrada en vigencia de la Ley 1652 de 2013.”

Cuando la Fiscalía decide no presentar en el juicio oral al testigo y presentar como prueba la declaración anterior argumentando que pretende evitar la doble victimización del menor, está en la obligación de considerar que su decisión limita la posibilidad del acusado de confrontar la prueba principal de cargos, al no poder estar cara a cara con el testigo y, por tanto, el valor suasorio de estas declaraciones, pues el acusado no pudo confrontarlas de manera directa, lo que trae como consecuencia que la prueba de corroboración deba ser muy robusta.

La Fiscalía tenía la obligación, de cumplir con la carga procesal vinculada a su pretensión, de demostrar su teoría del caso y el propósito o finalidad perseguida con ella, de lo contrario, deberá sufrir las consecuencias adversas ligadas a ese incumplimiento. Al respecto ha dicho la Corte que *“las cargas procesales provienen de disposiciones legales que las consagran y tienen por finalidad procurar la colaboración de las partes del proceso para promover o realizar determinadas actuaciones o actividades que redundarán en su propio beneficio y que en caso de no satisfacerlas, les acarrearán consecuencias adversas a sus propósitos o intereses”*.¹³

Así pues, ante la pregunta de si la protección de los derechos de los niños puede justificar la eliminación de las garantías judiciales mínimas del procesado, la jurisprudencia ha sido reiterada en el sentido de que en los procesos por delitos sexuales, cuando la víctima es menor de edad se debe evitar su revictimización, pero también es función principal del proceso garantizar los derechos de todas las partes e intervinientes entre los que es fundamental el acusado, a quien debe asegurársele el derecho a defenderse en principio y no por principio y esto implica el derecho de confrontar la prueba en su contra, en cada caso particular deberá el Juez valorar cuidadosamente

¹³ SP427 del 27 de septiembre de 2023, Radicado 63292

para armonizar los derechos de la víctima y el acusado, saber si la víctima ve comprometidos sus derechos en el cara a cara con el procesado y si su participación en el juicio genera revictimización del menor. En el *sub judice* la Fiscalía al considerar la grave afectación a los derechos de la víctima decidió traer las declaraciones anteriores como prueba de referencia admisible, a pesar de que sabía que la prueba era precaria frente a las exigencias del artículo 381 del Código de Procedimiento Penal.

Frente a la precariedad de la prueba para condenar y frente a la particularidad de los delitos en los que corresponde juzgar hechos delictivos de carácter sexual donde están involucrados menores como presuntas víctimas, es necesario recordar que en un derecho penal liberal cuando se observa duda sobre autoría y responsabilidad, debe resolverse en favor del acusado y que la protección de los derechos de los niños puede justificar la limitación, mas no la eliminación de las garantías judiciales mínimas del procesado, así lo ha enseñado la Sala de Casación Penal en la ya citada decisión con radicado 50637, analógica al *sub judice*:

“ 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. Al respecto, en la decisión CSJSP, 16 Mar. 2016, Rad. 43866 se hizo alusión a algunos ejemplos de armonización de los derechos de las víctimas y las garantías del procesado:

En España, por ejemplo, recientemente el Tribunal Supremo –Sala Penal-, en un caso por abuso sexual a un menor de edad¹⁴, hizo un análisis pormenorizado de la jurisprudencia interna y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la forma de armonizar los derechos de los niños que comparecen al proceso en calidad de presuntas víctimas de delitos sexuales y los derechos del procesado.

Inicialmente, cabe resaltar que la norma en torno a la cual gira el análisis de la jurisprudencia española relacionada a continuación (Art. 6º del Convenio Europeo de Derechos Humanos¹⁵) tiene un contenido semejante al de los artículos 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a que se hizo alusión en

¹⁴ Tribunal Supremo de España –Sala de lo Penal-, sentencia 459 del 4 de febrero de 2015.

¹⁵ (...)

3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:

(...)

d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra y a obtener la citación e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra.

precedencia, lo que la reviste de mayor utilidad para el estudio de la temática que ocupa la atención de la Corte.

En primer término, el Tribunal Supremo se refirió a la importancia de esclarecer este tipo de delitos y de imponer a los responsables las sanciones que correspondan:

[L]os delitos contra la libertad sexual, máxime cuando afecten a menores de edad, merecen un especial reproche moral y social que impone una contundente reacción penal, proporcionada a su acentuada gravedad, a la especial relevancia del bien jurídico contra el que atentan y a la reforzada tutela que dichas personas merecen como víctimas de los mismos.

Pero a renglón seguido aclara que para lograr dichos fines no es posible degradar las garantías judiciales de los procesados:

Pero siendo todo ello cierto (la gravedad de los delitos sexuales y la obligación estatal de salvaguardar los derechos de los niños), en ningún caso puede aceptarse que el carácter insidioso de los hechos denunciados determine una degradación de las garantías propias del proceso penal y especialmente del derecho constitucional a la presunción de inocencia, que constituye un derecho fundamental y presupuesto básico de todas las demás garantías del proceso...

En el ámbito del derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo (Art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos), el Tribunal Supremo concluyó que, por regla general, los menores de edad deben ser interrogados en el juicio oral, con las salvaguardas necesarias para proteger su integridad psíquica. Agregó que de ser necesario reemplazar la declaración en el juicio oral por la vertida por fuera de este escenario, deben garantizarse los derechos del procesado:

Esta Sala ha estimado (SSTS 96/2009 de 10 de marzo, 743/2010, de 17 de junio, 593/2012, de 17 de julio y 19/2013, de 9 de enero, entre otras) que la previsión de "imposibilidad de practicar una prueba testifical en el juicio oral, exigible para justificar la práctica anticipada de la prueba durante la instrucción, incluye los riesgos de victimización secundaria, especialmente importantes en menores de muy corta edad, cuando sea previsible que dicha comparecencia pueda ocasionar daños psicológicos a los menores. Serán, pues, las circunstancias del caso las que, mediante un razonable equilibrio de los derechos en conflicto, especialmente la defensa del interés del menor y el derecho fundamental del acusado a un juicio con todas las garantías, aconsejen o no la ausencia del menor en el juicio, valorando las circunstancias concurrentes. Es evidente que no se puede, ni se debe, sustituir la regla general de la presencia del testigo en el acto del juicio oral por la regla general contraria cuando se trate de menores.

(...)

Cuando existan razones fundadas y explícitas (informe psicológico sobre un posible riesgo para los menores en caso de comparecer), puede prescindirse de dicha presencia en aras de la protección de los menores. Pero ha de hacerse siempre salvaguardando el derecho de defensa del acusado, por lo que tiene que sustituirse la declaración en el juicio por la reproducción video gráfica de la grabación de la exploración realizada durante la instrucción judicial de la causa, en cuyo desarrollo haya sido debidamente preservado el derecho de las partes a introducir a los menores cuantas preguntas y aclaraciones estimen necesarias, y ordinariamente practicadas en fechas próximas a la ocurrencia de los hechos perseguidos.

Posteriormente, el Tribunal Supremo resalta que atendiendo los tratados internacionales orientados a la protección de los niños, especialmente cuando han sido víctimas de delitos sexuales, “es posible, ya desde la fase de instrucción, dar protección a los intereses de las víctimas, sin desatender el derecho de defensa, acordando que la exploración de los menores se realice ante expertos, en presencia del Ministerio Fiscal, acordando su grabación para una posterior utilización y asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes”, siempre bajo las medidas necesarias para evitar la afectación psíquica del menor.

Resalta, además, que son tres aspectos claves de la contradicción: (i) “conocer la existencia de la exploración” (interrogatorio); (ii) “acceder a su contenido mediante la grabación audiovisual”, y (iii) “tener la posibilidad procesal de cuestionarla, durante su realización o un momento posterior, indicando aquellos aspectos adicionales sobre los que la defensa considera deben ser interrogados”.

(...)

Luego, en el mismo proveído se hizo hincapié en que el ordenamiento jurídico le otorga a la fiscalía general de la Nación diferentes opciones frente al manejo de los testimonios de menores que comparecen a la actuación penal en calidad de víctimas, pero debe ser consciente de los límites que implica cada una de ellas. Al respecto, en la decisión CSJSP, 16 Mar. 2016, Rad. 43866, luego de analizar varias legislaciones extranjeras sobre la armonización de los derechos de las víctimas y las garantías judiciales mínimas de los procesados, se resaltó lo siguiente:

Es sabido que en el sistema procesal implementado con el Acto Legislativo 03 de 2002 y desarrollado en la Ley 906 de 2004 la Fiscalía tiene a su cargo el ejercicio de la acción penal. Esta función implica, entre muchas otras cosas, la posibilidad de seleccionar los medios de conocimiento que podrá utilizar para demostrar su teoría del caso ante los jueces, según los límites constitucionales y legales de la práctica de la prueba en el ámbito penal.

Según se indicó en los anteriores apartados, el ordenamiento jurídico consagra varias posibilidades para el manejo de las declaraciones de menores de edad que comparecen a la actuación penal en calidad de probables víctimas de abuso sexual o de otros delitos graves. Las normas en mención deben interpretarse a la luz de los tratados internacionales sobre derechos humanos y las normas del ordenamiento interno que consagran los derechos de los niños probables víctimas de delitos graves y los derechos del acusado, sin perjuicio del legítimo interés de la comunidad en que los delitos sean esclarecidos y los responsables sancionados. Además, debe considerarse la jurisprudencia de la Corte Constitucional y los pronunciamientos de esta Corporación, según las reglas del precedente en el ordenamiento jurídico nacional.

La Fiscalía, al tomar las decisiones sobre el manejo de las declaraciones de los niños que comparecen a la actuación penal en la calidad ya indicada, debe evaluar con detenimiento cada evento en particular. En todo caso, debe considerar aspectos como los siguientes:

La Ley 1652 de 2013 estableció que el ente investigador debe sopesar en cada situación la necesidad de utilizar la declaración del menor para soportar la teoría del caso, especialmente cuando se cuenta con otros medios de conocimiento que puedan ser suficientes para el cabal ejercicio de la acción penal.

La Fiscalía debe analizar las consecuencias que se derivan de este tipo de decisiones. Así, por ejemplo, si opta por presentar como prueba de referencia la declaración anterior del menor, está en la obligación de adelantar una investigación especialmente minuciosa, orientada a obtener otros medios de conocimiento que permitan superar la prohibición consagrada en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, según el cual la condena no puede estar basada exclusivamente en prueba de referencia. Ello no significa que en los casos en que no se enfrente la problemática de la prueba de referencia la Fiscalía no tenga la obligación de corroborar la versión de quien comparece en calidad de víctima; lo que se quiere resaltar es que la tarifa legal negativa consagrada en el artículo 381 en cita le impone al ente acusador cargas adicionales.

La Fiscalía tiene la posibilidad de optar, cuando lo considere procedente, por la figura de la prueba anticipada, que generalmente le permite al procesado el ejercicio del derecho a la confrontación y, en consecuencia, evita que la declaración anterior del menor sea considerada prueba de referencia. En todo caso, deben tenerse en cuenta las previsiones consagradas en las leyes 1098 de 2006 y 1652 de 2013, orientadas a evitar que el niño sea objeto de una nueva victimización.

Según se indicó en el apartado 2.5.3.2.1, la práctica de prueba anticipada no sólo resulta útil para evitar la limitación excesiva del derecho del acusado a interrogar o contrainterrogar a los testigos de cargo. También puede favorecer los intereses de la víctima en la medida en que el medio de conocimiento no estará sujeto a la restricción de que trata el artículo 381 atrás citado, a lo que debe sumarse que el juez de conocimiento contará con mejores elementos de juicio para valorar la declaración, según se ha indicado a lo largo de este proveído.

La Fiscalía debe tomar todas las medidas a su alcance para que las entrevistas tomadas a los niños por fuera del juicio oral sean adecuadamente documentadas, bien para que la defensa pueda ejercer de mejor manera sus derechos, ora para que el juez tenga mejores elementos de juicio para valorar el testimonio del menor. Al efecto, debe considerarse que ello no sólo es una tendencia a nivel internacional, según se indicó en el apartado 2.5.2., sino que además resulta imperativo a raíz de la entrada en vigencia de la Ley 1652 de 2013.”

Tal como se observa, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo, citado y acogido por nuestra Sala de Casación Penal, en el *sub judice* enfrentamos un conflicto entre los derechos del procesado garantizados por los tratados internacionales en los artículos 8 y 14 de la CADH y el PIDCP, respectivamente y reglamentados en el ordenamiento interno en las normas rectoras 8, 15 y 16 de la Ley 906 de 2004 y, de otro lado, los derechos del niño, garantizados con el principio *pro infans*. El conflicto planteado deberá resolverse estableciendo un marco en el que debe garantizarse la aplicación de la confrontación en la práctica de la prueba testimonial así lo enseñó la Sala de Casación Penal de

la Corte Suprema de Justicia en decisión del 16 de marzo de 2016 con Radicado 43866:

“..... esta Corporación, basada en sus propios precedentes y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, hizo las siguientes precisiones sobre la consagración, el sentido y el alcance del derecho a la confrontación como garantía judicial mínima en el ámbito de la prueba testimonial:

A manera de resumen, la Sala estima conveniente resaltar los siguientes aspectos: (i) el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo, la posibilidad de controlar el interrogatorio, el derecho a estar frente a frente con los testigos de cargo y la posibilidad de lograr la comparecencia de los testigos, aun por medios coercitivos, constituyen las principales expresiones del derecho a la confrontación; (ii) este derecho está consagrado en la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 8, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles, artículo 14, como una garantía judicial mínima del acusado, que fue desarrollada a lo largo de toda la Ley 906 de 2004; (iii) las normas internas, incluyendo el artículo 29 de la Constitución Política, deben interpretarse a la luz de lo dispuesto en los tratados internacionales en mención; (iv) la posibilidad de ejercer el derecho a la confrontación no es sólo una garantía del procesado; también es un mecanismo de depuración de la prueba, que incluso puede favorecer los derechos de las víctimas a la verdad, justicia, reparación y no repetición, en la medida en que permite contar con mejor evidencia para decidir sobre la responsabilidad penal y, además, evita la aplicación de la tarifa legal negativa prevista en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, y (v) el Estado tiene la obligación de garantizar, en la mayor proporción posible, el derecho a la confrontación, o, visto de otra manera, sólo puede limitarlo en cuanto resulte estrictamente necesario para desarrollar otros aspectos constitucionalmente relevantes.”

Así pues, frente a la decisión de no hacer desfilar el testimonio del menor de manera directa sobre la ocurrencia de los hechos, este se reduce a prueba de referencia en las condiciones en que fue introducida la entrevista sumado a que no se introdujo prueba directa ni indiciaria que lo corrobore y, si bien es cierto que en el estado actual del concepto de la valoración probatoria, un testimonio único puede ser suficiente para proferir sentencia condenatoria, esto solo es cierto a condición de que el mismo sea soporte suficiente por sí mismo, valorado intrínseca y extrínsecamente y lleve al convencimiento más allá de toda duda razonable sobre la autoría y responsabilidad del acusado.

Ha dicho la Jurisprudencia de la Sala de Casación Penal¹⁶ que la Fiscalía está en la obligación de procurar la mejor evidencia sobre la existencia y el contenido de la declaración rendida por fuera del juicio oral:

¹⁶ Radicado 50637, del 11 de julio de 2018 SP2709-2018 M.P Patricia Salazar Cuellar

“De otro lado, la Sala ha resaltado que la Fiscalía tiene la obligación de presentar la **mejor evidencia** en lo que concierne a la existencia y el contenido de la declaración rendida por los menores por fuera del juicio oral. Ha dicho:

Si una parte pretende aducir como prueba de referencia una declaración anterior al juicio oral, asume la carga de demostrar que esa decisión existió y que su contenido es el que alega según su teoría del caso. Frente a este aspecto también opera el principio de libertad probatoria, según lo indicó la Sala en la decisión CSJ SP, 28 de oct. 2015, Rad. 44056, donde además se analizó todo el proceso de incorporación de una declaración anterior a título de prueba de referencia.

Como suele suceder con cualquier aspecto incluido en el tema de prueba, frente a la existencia y contenido de la declaración anterior puede debatirse, por ejemplo, si el documento representa de manera fidedigna el relato o si el testigo percibió con exactitud lo expresado por el declarante por fuera del juicio oral, el contexto en el que se hizo la declaración, la intención del declarante, la forma de las preguntas que dieron lugar a las respuestas del testigo, etcétera¹⁷. En consecuencia, frente a esta temática también deben aplicarse los criterios de valoración de la prueba, bien los consagrados para cada medio en particular (Artículos 404, 420, 432, entre otros, de la Ley 906 de 2004), o los criterios generales atinentes a la sana crítica.

Aunque, según se dijo, la demostración de la existencia y contenido de la declaración anterior está regida por el principio de libertad probatoria, entre otras cosas porque en ocasiones la documentación del relato se puede dificultar por las circunstancias que rodean la declaración (verbigracia, cuando una persona moribunda declara sobre la identidad de quien le ha causado las heridas mortales, o cuando la declaración se hace ante un particular), la Fiscalía debe tomar las medidas necesarias para lograr el mejor registro posible de las declaraciones anteriores al juicio oral, principalmente cuando de antemano se sabe que podrán ser aducidas al juicio oral a título de prueba de referencia, porque con ello se favorece el ejercicio de la contradicción por la contraparte y la valoración que debe realizar el juez para decidir sobre la responsabilidad penal.

En este sentido, la Ley 1652 de 2013 que, valga aclararlo de una vez, no estaba vigente para cuando se adelantó el proceso en contra del procesado GS, en su artículo 2º establece que la entrevista forense de niños, debe ser “grabada o fijada por cualquier medio audiovisual o técnico en los términos del numeral 1 del artículo 146 de la Ley 906 de 2004”, que, a su turno, dispone que en las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación o la Policía Judicial serán registradas y reproducidas “mediante cualquier medio técnico que garantice su fidelidad, genuinidad u originalidad”.

Aunque las omisiones sobre el particular no conducen inexorablemente a la inadmisión de la declaración anterior, como quiera que se trata de un problema probatorio (la demostración de la existencia y contenido de la declaración anterior), regido, según se dijo, por el principio de libertad probatoria, el adecuado registro de las entrevistas de menores puede generar efectos favorables para la prontitud y eficacia de la justicia, entre otras cosas porque (i) pueden disminuirse los debates sobre la existencia y contenido de la declaración anterior, que es el tema central de la demanda de casación que se analiza, (ii) la defensa tendrá mejores oportunidades

¹⁷ En el mismo sentido, CHIESA APONTE, Ernesto. Reglas de Evidencia de Puerto Rico. Ed. Luiggi Abraham Pag. 231

para ejercer los derechos del acusado, no obstante los límites que para la confrontación implica la admisión de prueba de referencia, y (iii) el juez tendrá mejores elementos de juicio para valorar la declaración anterior al juicio oral, presentada a título de prueba de referencia.

Lo anterior, se insiste, bajo el entendido de que la jurisprudencia (CSJ AP, 28 Oct. 2015, Rad. 44056 y la que allí se relaciona) estableció la admisión de las declaraciones rendidas por los niños y niñas por fuera del juicio oral a título de prueba de referencia, para evitar que sean nuevamente victimizados, lo que coincide con lo establecido en la Ley 1652 de 2013 en el sentido de que será prueba de referencia admisible la declaración rendida por fuera del juicio oral por una persona que “es menor de dieciocho años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo código”.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que los casos tramitados antes de la Ley 1652 de 2013 deben ser analizados a la luz de la legislación vigente para ese momento y su desarrollo jurisprudencial.

En síntesis, considera la Sala que la demostración de la existencia y contenido de una declaración anterior al juicio oral se rige por las siguientes reglas: (i) se trata de un problema probatorio y, en consecuencia, está regido por el principio de libertad probatoria que inspira toda la actuación penal; (ii) La Ley 906 de 2004, en sus artículos 206 y 146, establece la obligación de documentar de la mejor manera posible las actuaciones de la Fiscalía y la Policía Judicial, lo que fue reiterado en la Ley 1652 de 2013; (iii) la Fiscalía tiene la obligación de procurar el mejor registro posible de las entrevistas o declaraciones juradas, principalmente cuando tienen clara vocación de ser incorporadas en el juicio oral a título de prueba de referencia, para facilitar el ejercicio de los derechos del acusado, reducir los debates frente a este aspecto y brindarle mejores elementos al juez para la valoración del medio de conocimiento, y (iv) en cada caso debe evaluarse si se demostró o no la existencia y contenido de la declaración anterior al juicio oral que pretende aducirse como prueba de referencia, según las reglas generales y específicas de valoración probatoria (ídem).”

4.3.2.1 Valoración de la prueba en concreto.

Desde la perspectiva intrínseca, y respecto de su contenido, el testimonio del menor no admite mayores críticas. En todas las ocasiones, que los testigos de referencia lo mencionan, esto es, la policía judicial que recibió la entrevista la tía, la abuela, una de las madres sustitutas, la psicóloga del instituto, y el médico legista, se observa consistente y persistente en la descripción de las agresiones, sin giros relevantes, ni contradicciones apreciables y esa descripción fáctica ha sido repetida por los testigo pero lo declarado por todos

ellos no es más que derivaciones del mismo testimonio; al respecto la Sala de Casación Penal¹⁸ ha explicado:

“Tras resaltar que la incorporación de declaraciones a título de prueba referencia activa la restricción prevista en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, la Sala hizo énfasis en la importancia de una adecuada investigación y de la relevancia que en estos casos tiene la prueba de corroboración. Se indicó:

Es claro que no es posible, ni conveniente, hacer un listado taxativo de las formas de corroboración de la declaración de la víctima, porque ello dependerá de las particularidades del caso. No obstante, resulta útil traer a colación algunos ejemplos de corroboración, con el único propósito de resaltar la posibilidad y obligación de realizar una investigación verdaderamente exhaustiva: (i) el daño psíquico sufrido por el menor; (ii) el cambio comportamental de la víctima; (iii) las características del inmueble o el lugar donde ocurrió el abuso sexual; (iv) la verificación de que los presuntos víctima y victimario pudieron estar a solas según las circunstancias de tiempo y lugar incluidas en la teoría del caso; (v) las actividades realizadas por el procesado para procurar estar a solas con la víctima; (vi) los contactos que la presunta víctima y el procesado hayan tenido por vía telefónica, a través de mensajes de texto, redes sociales, etcétera; (vii) la explicación de por qué el abuso sexual no fue percibido por otras personas presentes en el lugar donde el mismo tuvo ocurrencia, cuando ello sea pertinente; (viii) la confirmación de circunstancias específicas que hayan rodeado el abuso sexual, entre otros.”

En búsqueda de pruebas de corroboración periférica o hechos indicadores de los que pueda desprenderse la responsabilidad del procesado se escucharon los siguientes testimonios del personal sanitario que atendió al menor, tanto los médicos peritos, como los tratantes, pero encuentra la Sala que ninguna de ellas corrobora lo dicho por el menor, veamos:

La psicóloga Catalina Duque Oquendo de la Fundación de Atención a la Niñez. Función acompañamiento psicológico entrevista semiestructurada a la madre sustituta Aidé Montoya, se admite como prueba documental el informe de la testigo, quien atendió al menor en 9 sesiones entre abril y junio de 2018 y dijo que no tuvo contacto con los padres del menor porque estaba en poder de una madre sustituta. Concluye en el documento, que lee, que no se identifica sintomatología relacionada con el motivo de remisión, es decir con abuso sexual y dice que el menor nunca lo refirió. Al contestar en el redirecto cuál era la causa de la conclusión, contestó “los niños y niñas frente a un abuso

¹⁸ SP2709-2018 del 11 de julio de 2018, Radicado 50637, M.P Patricia Salazar Cuellar.

dependiendo de muchos factores puede o no dejar sintomatología, lo que no lleva a descartar el abuso". Dijo que no encontró sintomatología asociada al motivo de consulta, que entre otras era determinar la posible afectación del niño por un presunto evento traumático, que atendió al niño en 9 sesiones y no pudo identificar abuso sexual, pero que no descartaba la ocurrencia de algún evento. Consideramos que este testimonio nada aporta pues manifestó que no pudo identificar abuso sexual, aunque tampoco lo descarta.

El testimonio del médico legista Eugenio Sierra Martin, a quien el menor relató que el papá de Emiliano le tocaba el penecito, y quien dijo que el niño se rascó los genitales para explicar la manera en que el procesado le tocaba el pene. Dictaminó como hallazgos laceración frontal derecha del párpado inferior y en el glúteo izquierdo no encontró lesiones externas en los genitales, ni signos de manipulación reciente, aunque no descarta lo dicho por el menor, dado que este tipo de tocamiento no suelen dejar huellas. La declaración del perito Sierra Martin, al igual que el anterior nada aporta a la corroboración de los hechos pues no encontró ningún tipo de lesiones externas en los genitales del niño.

En el mismo sentido se encuentra la estipulación probatoria en la que se da por probado el hecho de que el 2 de agosto de 2017 el menor fue atendido en el hospital San Vicente de Paul de Caldas por supuestos maltratos físicos y abuso sexual, la médica Juliana Alexandra Giraldo conceptuó que el menor no presentaba signos de violencia física ni maltrato evidente.

Se cuenta con la estipulación probatoria que da como un hecho cierto que el 12 de septiembre de 2017 se conciliaron nuevas visitas frente a la Comisaría de Familia de Caldas y se consignó que, de acuerdo con las constancias emitidas por la psicóloga Lenny Beatriz Londoño Jiménez, no se evidenciaron rastros o características de afectación de abuso sexual del menor S.M.C.

Lo mismo ocurre con la estipulación probatoria donde se da como un hecho probado que el 21 de agosto de 2019 se profirió dictamen pericial de Medicina Legal por el médico legista Javier Villa Machado, quien después de examinar al menor concluyó que no presentaba secuelas médico legales por los hechos denunciados en la esfera de salud mental, sin suficientes elementos para establecer la validez del relato del menor.

La sentencia condenatoria cita las declaraciones de los profesionales de la medicina y la psicología que al examinar el niño no encontraron secuelas, signos o evidencia alguna de daño psicológico o físico derivados de agresiones sexuales y, luego argumenta con fundamento en citas de la jurisprudencial de la Sala de Casación Penal sobre la eficacia probatoria menguada de la prueba de referencia, que esta requiere complementación probatoria, y que la misma puede tener una naturaleza ratificatoria o complementaria, en la medida en que proporcione nuevos elementos trascendentes para el objeto del proceso o corrobore lo que por el camino de la prueba de referencia ya existente. Lo que puede leer la Sala es que, la conclusión valorativa no refleja el acogimiento del marco teórico citado, en términos simples, la primera instancia comprende y cita el estado actual de la teoría jurídica sobre el asunto a resolver, pero no lo aplica al caso concreto.

Lo que probatoriamente se ha establecido es que el relato sobre la ocurrencia de los hechos ingresó al juicio como prueba de referencia admisible y, a pesar de que es cierto que el menor mantuvo la persistencia en lo narrado ante su tía, su abuela, el médico legista, la médica del hospital de Caldas y la investigadora de la Fiscalía, y los declarantes así lo hayan referido, esto hace el testimonio fiable intrínsecamente pero no hace que el relato mute en prueba directa. Se equivoca la primera instancia cuando afirma que los testigos de cargos, si bien son testigos de oídas en relación con los actos libidinosos que padeció el infante, son, en definitiva, también testigos directos del señalamiento que éste hizo del autor. Se equivoca porque el testimonio ingresado como prueba de referencia y lo narrado por los testigos sobre lo que les dijo el niño, no son dos pruebas testimoniales, es la misma prueba, se trata del mismo relato del menor como prueba de referencia, ya sea el introducido con la entrevista o con lo relatado en la anamnesis. Al respecto, ha explicado la Sala de Casación Penal:

“si el perito es presentado con el único fin de demostrar la existencia y el contenido de la declaración anterior, no existe, en estricto sentido, una prueba adicional a la de referencia, pues en esos casos funge como el “vehículo” para llevar esa versión al juicio oral, lo que también podría lograrse a través de un documento o de un testigo que no tenga la calidad de experto; (ii) cuando la opinión del perito recae sobre una declaración rendida por la víctima por fuera del juicio oral y la parte pretende que la

misma sea tenida como fundamento de la condena, debe agotar los trámites pertinentes para su solicitud y práctica; (iii) lo anterior sin perjuicio de que el dictamen se oriente al análisis de lo que la víctima declaró en el juicio oral; (iv) cuando se pretende llevar al perito en calidad de “testigo directo”, la parte debe especificar cuáles son los hechos o datos que este presenció, como sucede, por ejemplo, con los síntomas de la afectación psicológica, las laceraciones en el cuerpo, etcétera; (v) igualmente, debe especificarse si la opinión tiene una relación directa con el hecho jurídicamente relevante, o si se refiere a un dato o “hecho indicador” a partir del cual puede inferirse que el hecho encaja en la respectiva norma penal; y (vi) además de los requisitos analizados en el numeral 6.2, debe existir suficiente claridad sobre la información que se aporta con la prueba pericial, en los ámbitos atrás referidos, pues ello se erige en requisito indispensable para determinar si la prueba de referencia verdaderamente está acompañada de información que trascienda el contenido mismo de la declaración rendida por fuera del juicio oral, al punto que pueda darse por cumplido el requisito previsto en el artículo 381.”¹⁹

Consideramos que la primera instancia interpreta de manera equivocada cuando afirma que los tocamientos no dejaron huellas materiales, pero sí dejaron afectación del menor, que se demostró a través de la corroboración periférica cuando la abuela, la tía y la madre sustituta, dan cuenta en el juicio de manera coincidente, coherente y verosímil, que el niño contó lo acontecido. Ello porque lo que, según los testigos, escucharon decir al niño es también prueba de referencia y no se trata de una prueba diferente a la ya introducida con la psicóloga investigadora de la Fiscalía y por supuesto no es prueba de corroboración alguna. Lo que sí es prueba directa, es lo conceptualizado por los profesionales sanitarios que atendieron al menor como tratantes o como legistas, y qué se observa cristalinamente en sus testimonios o en las estipulaciones, y de ello se desprende que no hay ninguna prueba de agresiones sexuales derivadas de las observaciones de los médicos de sus valoraciones físicas o psicológicas.

La primera instancia argumenta que no se encontraron huellas materiales de las agresiones sexuales, asunto que se comparte, pues si bien el perito Sierra Martín describió que como hallazgos una laceración frontal derecha del párpado inferior y en el glúteo izquierdo, la primera encuentra explicación en que fue ocasionada jugando con su hermano menor, según afirma el propio niño y ambas no fueron consideradas por el perito de medicina legal como relacionadas con abuso sexual.

¹⁹ Óp. Cit.

Aunado a lo anterior, puede inferirse razonablemente que los testimonios solo dan cuenta respecto de los hechos por lo que les dijo el menor o por el motivo de remisión, de dónde podemos concluir que la fuente de la información sigue siendo la misma versión que entrega el menor y que consta en la entrevista que fue ingresada como prueba de referencia y que ninguno de los profesionales afirmó que hubiere encontrado huellas de las que se desprendiera la ocurrencia del abuso sexual.

Respecto de lo que el niño narró en la anamnesis, definida esta como la información que el médico u otro profesional de la salud obtiene mediante preguntas formuladas al paciente o a un tercero con el fin de formular un diagnóstico o para sentar las bases fácticas del dictamen cuando se trata del médico legista, iteramos que en el *sub judice* el menor no fue llevado a juicio para que declarara con el argumento de evitar su doble victimización, entonces la anamnesis contentiva del relato de la víctima, no tiene la fuerza suasoria que pretende darle la sentencia de primera instancia, pues es pacífica la jurisprudencia en que ese relato no hace parte de la prueba pericial en cuanto no pierde su naturaleza testimonial, no se integra a él y por tanto debe aportarse y valorarse como prueba de referencia y deben agotarse los tramites legalmente establecidos para el descubrimiento, incorporación y valoración de declaraciones rendidas por fuera del juicio oral. Insistimos pues que, en el *sub judice* no aporta nada distinto a la entrevista introducida por la Fiscalía como prueba de referencia y, al respecto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia²⁰ ha enseñado;

*“En esa dirección, a fin de que esas declaraciones previas, en este caso las que constituyen la anamnesis, puedan tener aptitud probatoria, como lo ha sostenido de manera pacífica y reiterada esta Sala en relación principalmente con las pericias sexológicas, psicológicas y psiquiátricas en menores de edad víctimas de delitos sexuales, deben ser aportadas como prueba de referencia, siempre que se encasillen en alguna de las circunstancias previstas en el artículo 438 ibídem para su admisión excepcional, cumpliendo, además, con el correspondiente debido proceso probatorio, valga decir, habiendo sido enunciadas en el escrito de acusación, descubiertas, solicitadas y decretadas una vez acreditada su utilidad, conducencia y pertinencia, **y teniendo presente el contenido del artículo 381 de la misma codificación, en cuanto a que este tipo de prueba no puede sustentar de forma exclusiva una sentencia condenatoria.** (negrillas fuera de texto)*

²⁰ A.P. 2075-2021, Rad. 58295, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya.

Así, en CSJ SP4179, sep. 26 de 2018, Rad.47789, esta Sala indicó:

“En las anotadas condiciones, resultaba claro que las versiones suministradas por la menor (...) en la denuncia y en la anamnesis del examen sexológico, que fueron retomadas después por la sicóloga en el examen de valoración mental, sobre la existencia de las agresiones de orden sexual, constituían declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, y que si las partes pretendían utilizarlas para probar la existencia del hecho, era necesario, en primer lugar, solicitar su incorporación como prueba de referencia, con indicación del medio que se utilizaría para su aducción al juicio, y en segundo término, contar con prueba de corroboración que permitiera superar la prohibición consagrada en el inciso segundo del artículo 381 del estatuto procesal penal”.

Más recientemente, en SP791-2019, rad. 47140, se reiteró que la anamnesis contentiva del relato de la víctima no hace parte de la prueba pericial, en cuanto no pierde su naturaleza testimonial, y que, por lo tanto, debe aportarse como prueba de referencia, siguiendo la línea consistente trazada por la Corporación:

*“Esta conclusión, en la que los relatos de la persona examinada se integran a la prueba pericial, es contraria a la jurisprudencia de la Sala, según la cual los relatos sobre la conducta investigada que los menores suministran a los peritos en las valoraciones médicas o psicológicas, no son hechos que el experto perciba directamente, razón por la cual estas versiones se han de llevar al juicio como prueba de referencia, en caso de que la persona **no** pueda concurrir al juicio oral (artículo 437 de la Ley 906 de 2004).*

Así, en la SP del 26 de septiembre de 2018, Radicado 47789, que sintetizó lo expresado, entre otras, en la SP del 11 de julio de 2018, Radicado 50637, la Sala definió que cuando el peritaje estaba compuesto, además de hechos que el perito percibe directamente, por información fáctica suministrada por otros medios de prueba, como declaraciones de testigos, es necesario incorporar dichas declaraciones rendidas por fuera del juicio oral a la manera de prueba de referencia, si lo que se pretende es utilizarlas como tal.

Esto señaló la Corte:

“... Pero si la base fáctica estaba conformada en todo o en parte por declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, que informaban sobre la ocurrencia de los hechos investigados, como acontecía con la anamnesis en las pericias sexuales, psicológicas o psiquiátricas, y la parte pretendía utilizar su contenido para probarlos hechos jurídicamente relevantes, no bastaba el testimonio del perito, sino que era necesario agotar los trámites legalmente previstos para la incorporación de declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, si lo buscado era utilizarlas a título de prueba de referencia...”
(Subrayas de la Sala)

Así pues, podemos concluir que los declarantes son testigos directos de que el menor no presentaba ninguna huella física o psicológica de abusos sexuales, por lo tanto, no tenemos en esta arista del problema, prueba de que S.M.C. presentara el síndrome del niño abusado y, como consecuencia, no contamos

con el insumo para hacer inferencias sobre responsabilidad; tal y como lo ha explicado la Corte:

“[...] (ii) si, por ejemplo, el psicólogo, en ejercicio de su función, percibe síntomas en el paciente, a partir de los cuales pueda dictaminar la presencia del “síndrome del niño abusado”, será testigo directo de esos síntomas, de la misma manera como el médico legista puede presenciar las huellas de violencia física; y (iii) a la luz del ejemplo anterior, si el perito dictamina sobre la presencia del referido síndrome, su opinión se refiere, sin duda, a un hecho indicador de que el abuso pudo haber ocurrido.»

Los testigos o peritos citados lo son, de manera directa, de lo que observaron en el cuerpo o la psiquis del menor o de que efectuaron una entrevista y esta existe y cuál es su contenido y que circunstancias que la rodearon, pero no en el sub iudice no aportan prueba que permita colegir la existencia de síntomas compatibles con la situación traumática narrada por el menor y que permitan inferir la existencia del abuso a través de las huellas observadas.”²¹

La jurisprudencia ha establecido las diferencias conceptuales entre la prueba indirecta y la prueba de referencia, explicando que la primera puede ser suficiente para llegar al estándar probatorio exigido por el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal para proferir sentencia condenatoria:

“... frente a la restricción consagrada en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, deben tenerse en cuenta aspectos como los siguientes: (i) la prueba de referencia no puede asimilarse automáticamente a prueba indirecta; (ii) así como la responsabilidad penal puede estar basada en prueba indirecta, la prohibición de basar la condena únicamente en prueba de referencia puede ser superada con este tipo de pruebas (indirectas); (iii) la Fiscalía tiene el deber de realizar lo que esté a su alcance para lograr la corroboración de la versión de la víctima, incluso a través de las denominadas corroboraciones periféricas; y (iv) una cosa es la prohibición legal de que la condena este basada exclusivamente en prueba de referencia, y otra que las pruebas plurales –algunas pueden ser de referencia- sean suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia, según el estándar de conocimiento establecido por el legislador”.²²

Ahora la prueba de corroboración puede hacer más creíble lo que afirma alguna prueba directa, pero ante su ausencia, y en lógica, solo se puede corroborar lo que ya se conoce y la ley prohíbe el uso únicamente de prueba de referencia para condenar, por tanto si no contamos con ninguna prueba directa sobre la autoría y responsabilidad, no es posible dar aplicación a los criterios de corroboración establecidos por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en desarrollo de la Jurisprudencia Española.

²¹ Corte Suprema de Justicia, en decisión del 11 de julio del año 2018, con Radicado 50637

²² Sentencia SP-3332 del 16 de marzo de 2016, con Radicado 43866

La declaración de la víctima no presenta mayores tachas respecto de la verificación de credibilidad intrínseca, con la obvia limitación de que es una prueba de referencia, donde sí desfallece su capacidad de convencimiento es cuando se pretende constatar su valor extrínseco a través de identificar si esa versión, además de creíble, encuentra corroboraciones periféricas sobre los aspectos esenciales de la misma, que fortalezcan tal credibilidad. La Sala de Casación Penal ha recogido la jurisprudencia española donde hace referencia a que la corroboración periférica se usa para referirse a cualquier dato externo que pueda hacer más creíble la versión de la víctima, entre ellos: (i) el daño psíquico sufrido por el menor; (ii) el cambio comportamental de la víctima; (iii) las características del inmueble o el lugar donde ocurrió el abuso sexual; (iv) la verificación de que los presuntos víctima y victimario pudieron estar a solas según las circunstancias de tiempo y lugar incluidas en la teoría del caso; (v) las actividades realizadas por el procesado para procurar estar a solas con la víctima; (vi) los contactos que la presunta víctima y el procesado hayan tenido por vía telefónica, a través de mensajes de texto, redes sociales, etcétera; y (vii) la explicación de por qué el abuso sexual no fue percibido por otras personas presentes.

Al verificar los elementos enunciados en precedencia, solo los que son aplicables al caso concreto, y que deben acreditarse para hacer más creíble la declaración del menor, encontramos que los peritos y personal médico no encontraron daño psíquico en el menor, no se probó de manera fehaciente que tuviera cambios comportamentales atribuibles de manera directa a los presuntos abusos, no se probó específicamente que el acusado estuviera a solas con el menor o que realizara alguna acción para procurar esta condición.

Los testimonios de los peritos, policías judiciales y del personal sanitario que atendió al menor y las estipulaciones probatorias no permiten elaborar inferencias para construir indiciariamente pruebas indirectas que, partiendo del hecho indicador de encontrar huellas físicas de abuso sexual o psicológicas por haberse observado el síndrome del niño abusado en el menor examinado para, con alta probabilidad, predicar el hecho indicado, es decir el abuso, en el asunto que nos concita brilla por su ausencia, el único con el que se cuenta

es el indicio de presencia en la casa de habitación, el que se observa único y contingente.

Otras pruebas que servirían de corroboración serían los testimonios de las dos madres sustitutas del ICBF que tuvieron a su cargo el cuidado del niño en el proceso de restablecimiento de sus derechos, pero aunado a que son –al igual que las declaraciones del personal sanitario atrás citadas- reiteración de lo dicho por el menor ante al investigador judicial y, por tanto, no son prueba nueva ni diferente; se tiene que respecto de lo que dicen haber observado en el comportamiento del menor, ambas resultan absolutamente contradictorias. Mientras Aidé Montoya Londoño afirma que cuando al niño le informaron el regreso a casa manifestó que quería vivir con su hermanito y con su madre, pero no con Hugo Andrés, porque este le tocaba el ano y el pene y esto le generaba dolor; Nancy Janeth Congote Hernández, quien fue madre sustituta por 33 días, dijo que mientras lo cuidó no recibió visitas de sus familiares, que el niño hablaba de su familia, que se expresaba bien de Hugo Andrés, que nunca refirió haber sido objeto de abuso sexual por su parte, que lo quería y lo extrañaba, nunca mencionó a la abuela. Así las cosas, parecen anularse mutuamente, porque la pregunta es ¿a quién le creemos? y no encontramos una evidente respuesta, pues el juicio no aporta elementos suficientes para hacerlo.

Resulta entonces que no tenemos prueba de corroboración directa ni indirecta o indiciaria y, la prueba que se pretende corroborar es prueba de referencia, por lo que podemos afirmar que no se superó la tarifa legal negativa que prohíbe condenar solo con prueba de referencia, al respecto la pluricitada decisión de la Sala de Casación Penal ha explicado:

La prohibición de basar la condena exclusivamente en prueba de referencia

En la decisión CSJSP, 16 Mar. 2016, Rad. 43866 la Sala hizo precisiones como las siguientes: (i) la prohibición de basar la condena únicamente en prueba de referencia es una expresión de la garantía judicial mínima analizada en el numeral 6.3.1; (ii) para decidir si se reúne o no el requisito previsto en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, es necesario tener claridad sobre lo que debe entenderse por “*prueba directa*” y “*prueba indirecta*”; (iii) por las circunstancias en que suelen rodear los delitos sexuales, es determinante el diseño y ejecución de un programa metodológico adecuado, que permita la obtención de pruebas que sirvan de complemento a la versión de quien comparece en calidad de víctima; y (iv) en este ámbito puede ser determinante la denominada prueba de corroboración, incluso la de carácter “periférico”. Dijo:

El artículo 381 de la Ley 906 de 2004 establece que “la sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en prueba de referencia”.

En estricto sentido, se trata de una garantía para el procesado, íntimamente relacionada con el derecho a la confrontación, toda vez que, según se indicó en el apartado 2.2., la reglamentación de la prueba de referencia es una manera de regular el ejercicio de la confrontación, en la medida en que se consagran parámetros para establecer cuándo una declaración anterior al juicio oral puede comprometer dicho derecho (cuando es usada como medio de prueba sin que el testigo esté disponible en el juicio oral, según lo dispone el artículo 437); determina el carácter excepcional de la admisibilidad de la prueba de referencia (Art. 438) y establece la prohibición de que trata el artículo 381.

De hecho, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Superior de España, cuando se analiza la garantía judicial consagrada en el artículo 6º del Convenio Europeo de Derechos Humanos²³, cuya semejanza con los artículos 8º y 14 de la CADH y el PIDCP es evidente, se articulan el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo, la admisión excepcional de declaraciones anteriores al juicio oral (**con las particularidades de esos modelos procesales**) y la prohibición de que la condena se funde exclusivamente en declaraciones frente a las cuales el acusado no ha podido ejercer este derecho:

[A]simismo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que la incorporación al proceso de declaraciones que han tenido lugar en la fase de instrucción no lesiona en todo caso los derechos reconocidos en los párrafos 3d y 1 del art. 6 CEDH, siempre que exista una causa legítima que impida la declaración en el juicio oral, y que se hayan respetado los derechos de defensa del acusado; esto es, siempre que se dé al acusado una ocasión adecuada y suficiente de contestar los testimonios de cargo e interrogar a su autor bien cuando se prestan, bien con posterioridad (SSTEDH de 20 de noviembre de 1989, caso Kostovski; 15 de junio de 1992, caso Lüdi; 23 de abril de 1997, caso Van Mechelen y otros. Como el Tribunal de Estrasburgo ha declarado (STDH de 27 de febrero de 2001, caso Lucá), “los derechos de defensa se restringen de forma incompatible con las garantías del artículo 6º del Convenio cuando una condena se funda exclusivamente o de forma determinante en declaraciones hechas por una persona que el acusado no ha podido interrogar o hacer interrogar ni en la fase de instrucción ni durante el plenario”²⁴.

En la práctica judicial, la Sala ha advertido que existen algunas imprecisiones, que impiden aplicar el artículo 381 en toda su dimensión, entre ellas: (i) la confusión entre prueba de referencia y prueba indirecta; (ii) la posibilidad de demostrar cualquier aspecto del tema de prueba a través de prueba “indiciaria” o “indirecta”; (iii) la forma de corroborar las versiones sobre delitos que suelen ocurrir en la clandestinidad, como es el caso del abuso sexual; y (iv) la diferencia entre la restricción consagrada en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004 y la valoración de las pruebas aportadas en cumplimiento de dicha prohibición.

²³ (...) 3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: (...)

d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra y a obtener la citación e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra.”

²⁴ Tribunal Supremo de España, STS 459/2015, del cuatro de febrero de 2015.

Al margen de las diferentes posturas teóricas en torno a lo que debe entenderse por prueba directa o indirecta, la Sala estima conveniente aclarar que los aspectos relevantes de la prueba de referencia no tocan necesariamente con esta temática, por lo menos no de forma diferente de lo que acontece con los testimonios rendidos en el juicio oral. Si se adopta como criterio diferenciador de la prueba directa e indirecta su conexión con el hecho que integra el tema de prueba, la primera categoría la tendrán, por ejemplo, el testigo que dice haber visto disparar o el video donde aparece el procesado cometiendo el hurto, mientras que la segunda se podrá predicar, verbigracia, del testigo que dice haber visto al procesado salir corriendo de la escena de los hechos, de la huella dactilar del procesado hallada en la escena del crimen, etcétera.

La declaración anterior al juicio oral, que pretende aducirse como prueba de referencia, puede tener el carácter de prueba directa o indirecta, según el criterio establecido en el párrafo anterior. Así, por ejemplo, es posible que el testigo antes de morir declare que una determinada persona fue quien le disparó (prueba directa), o también lo es que asegure que luego de recibir el disparo vio a un viejo enemigo suyo salir corriendo del lugar donde ocurrieron los hechos (prueba indirecta).

Otra cosa es que ante la muerte del testigo, o la ocurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el artículo 438 de la Ley 906 de 2004, su declaración deba ser llevada a juicio a título de prueba de referencia, por lo que será necesario presentar pruebas de su existencia y contenido, según los parámetros analizados en el numeral anterior, sin perjuicio de la obligación de agotar todos los trámites para su aducción (CSJ SP, 28 Oct. 2015, Rad. 44056, entre otras).

De otro lado, la Sala ha aclarado que la responsabilidad penal puede establecerse a través de inferencias, a pesar de que en la Ley 906 de 2004 no se incluyó la “prueba indiciaria” como un medio de conocimiento, supresión que, sin duda, constituye un avance conceptual, por las razones expuestas en pasadas decisiones (CSJ SP 30 Mar. 2006, Rad. 24468, entre otras).

En esta línea de pensamiento, no existe duda de que la prueba que acompañe la de referencia, en orden a superar la prohibición consagrada en el artículo 381, puede ser indirecta, porque si la condena puede estar basada exclusivamente en este tipo de pruebas²⁵, a fortiori puede afirmarse que las mismas pueden ser suficientes para superar la restricción objeto de análisis.

En el ámbito de los delitos sexuales, concurren dos situaciones trascendentes frente al análisis del sentido y alcance de la parte final del artículo 381: (i) la tendencia, cada vez más marcada, a evitar que los niños víctimas de abuso sexual concurren al juicio oral, y (ii) la clandestinidad que suele rodear el abuso sexual.

Frente a lo primero, con la expedición de la Ley 1652 de 2013 se consolidó lo que jurisprudencialmente se había planteado en torno a la necesidad de evitar que los niños sean doblemente victimizados, lo que puede suceder con su comparecencia al juicio oral²⁶. Así, es posible que en muchos casos la Fiscalía deba apelar a la presentación de estas declaraciones a título de

²⁵ CSJ SP, 30 Mar. 2006, Rad. 24468, CSJ SP, 24 Ene. 2007, Rad. 26618, entre otras.

²⁶ CSJ SP, 28 octubre 2015, Rad. 44056; CSJ SP, 18 mayo 2011, Rad. 33651; CSJ SP, 10 Mar. 2010, Rad. 32868; CSJ SP, 19 agosto 2009, Rad. 31959, entre otras

prueba de referencia, como expresamente lo permite el artículo 3º de la ley en mención, y, en consecuencia, se vea avocada a asumir las cargas derivadas de lo estatuido en el varias veces citado artículo 381, lo que necesariamente obliga a realizar una investigación mucho más exhaustiva.

Pero, de otro lado, la clandestinidad que suele caracterizar estos delitos generalmente impide que la prueba de referencia esté acompañada de otras pruebas “directas”, lo que no significa la imposibilidad práctica de realizar actos de investigación que permitan obtener prueba de hechos o circunstancias de los que pueda inferirse que los hechos ocurrieron tal y como los relata la víctima.

*Así, por ejemplo, el examen sexológico puede corroborar lo atinente al acceso carnal, la presencia en la víctima de una enfermedad venérea, que también padece el procesado, puede confirmar que hubo entre ambos un contacto de carácter sexual, lo que también puede inferirse de la presencia de fluidos del procesado en el cuerpo o la ropa de la víctima, e incluso en el lugar donde ocurrió el abuso sexual. **Esto último requiere de la oportuna y cuidadosa intervención de la Policía Judicial, pues este tipo de evidencias pueden ser eliminadas o alteradas fácilmente.***

4.3.4 ¿La teoría conspirativa presentada por la Defensa tiene en el contexto, la fuerza suficiente para generar la duda probatoria legal como fundamento para la absolución?

La Defensa ha presentado una hipótesis alternativa derivada de una teoría conspirativa en el sentido de que la abuela del menor pretende enlodar con una acusación falsa a Hugo Andrés para no “devolver” al niño, debido a que existe un grave conflicto entre la familia materna de un lado, y Mónica y Hugo Andrés del otro, respecto de la custodia y cuidado del menor. Verificamos pues que sobre este tópico hay abundante prueba. Todos los testigos narran el conflicto, basta revisar tanto los de cargos como los de descargos y, además, las estipulaciones probatorias lo confirman. Todos se refirieron a los gravísimos conflictos de la pareja con la familia de Mónica y a su motivación. La *a quo* descartó esta teoría, pero la evaluación racional de la prueba nos conduce a una conclusión contraria.

La hipótesis alternativa presentada por la Defensa conforme al baremo elaborado por la jurisprudencia encuentra apoyo en la prueba válidamente introducida al juicio, ha dicho la Corte Suprema de Justicia²⁷ que la hipótesis defensiva debe ser plausible, de manera que ponga al Juez en la dicotomía de decidir frente a la duda y debe ser racionalmente demostrada:

²⁷ Sentencia del 1 de octubre de 2021, rad SEP 00119-2021, 35691, M.P. Ariel Augusto Torres Rojas.

“[...] Es posible argumentar teorías conspirativas, bien sea como fundamento de una hipótesis acusatoria, o de una estrategia de defensa. Esto es, pueden constituirse, dentro de la Ley 600 de 2000, en tema de prueba, solicitud probatoria, alegato, etc., o en lo que la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal vigente para el sistema acusatorio) se denomina teoría del caso.

No obstante, para su prosperidad, quien la plantea no debe limitarse a la sola proposición, ya que tiene la carga procesal de sustentar de manera razonable los fundamentos de su postura (esto es, mediante elementos de convicción pertinentes y conducentes, así como con argumentos de hecho o de derecho, relacionados con la aserción fáctica –atinente al complot– que se pretende demostrar) ...

En síntesis, como no es un imposible empírico que algunos hechos obedezcan a las maquinaciones ocultas de terceros, quien plantea la teoría conspirativa, ya sea como hipótesis acusatoria o como medio de defensa, tiene la carga procesal de sustentar los fundamentos de su explicación.

Toda conspiración, entonces, debe ser racionalmente demostrada²⁸.

Las relaciones entre Hugo Andrés y Silvia del Socorro, abuela del niño, no eran buenas, de eso dan cuenta los testimonios que desfilaron bajo la solicitud tanto de la Fiscalía como de la Defensa y las estipulaciones probatorias. Ninguna de las partes discute que Silvia llevó a S.M.C. en varias ocasiones al Hospital del Municipio de Caldas, aun después de recibirlo con la constancia de que estaba en buenas condiciones. Es un hecho no discutido por las partes en la audiencia pública que el proceso penal por el delito sexual se presentó en el contexto de un conflicto, es relevante recordar que Silvia expulsó a Mónica de la casa materna en el momento en que se enteró que estaba embarazada de su segundo hijo fruto de la relación con el hoy procesado, y que ante la imposibilidad de Mónica de cuidar al menor porque tenía que trabajar, la abuela quedó al cuidado, lo que posteriormente generó la demanda por alimentos, y el desarrollo del conflicto en el Hospital, en la Comisaría, en la Inspección de Policía, en la Fiscalía y hasta en los Juzgados con jurisdicción en el municipio de Caldas.

La tesis defensiva de que todo se trata de un plan de la abuela del menor para acusarlo falsamente tiene asidero en las estipulaciones que a continuación se

²⁸ CSJ. SP del 23 de mayo de 2012, Radicado 30682

enlistan y que describen claramente el conflicto permanente entre la familia materna del menor, liderada por la abuela Silvia de un lado, y su hija Mónica y el procesado del otro, así se estipuló:

1. Que el 28 de agosto y el 09 de octubre de 2017 el menor fue atendido en el Hospital San Vicente Paul de Caldas para identificar posibles maltratos físicos y abuso sexual.
2. Que el 31 de marzo de 2016 se llevó a cabo audiencia de conciliación entre la abuela del menor Silvia y la madre Mónica Patricia, donde la primera se compromete con el cuidado del menor y Mónica a pagar mensualmente \$260.000 por alimentos, se regulan visitas del menor los fines de semana. soporte acta 4137 de la Comisaria de Familia de Caldas.
3. Que el 5 de mayo de 2016 Mónica Patricia acudió a la Comisaria para pedir el cambio de las condiciones de la conciliación por el incumplimiento de Silvia que no le permitía ver el niño.
4. Que el 24 de junio de 2017 Mónica Patricia presentó denuncia en contra Silvia por el delito de ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad, por incumplimiento de la conciliación y negarle acceso a ver al menor, consta en denuncia ante la Inspección segunda de policía de caldas
5. Que el 02 de agosto de 2017 el menor fue atendido en el hospital San Vicente de Paul de Caldas por supuestos maltratos físicos y abuso sexual, la médica Juliana Alexandra Giraldo conceptuó que el menor no presentaba signos de violencia física ni maltrato evidente. Se anexa historia clínica.
6. Que el 11 de septiembre de 2017 se emitió constancia, por la Comisaria de Familia de Caldas, en la que se indica que al momento de ser entregado el menor por Mónica a su Madre y abuela del niño este lloraba manifestando que quería quedarse con su progenitora. y con su hermano acta firmada por la comisaria y la psicóloga.

7. Que el 12 de septiembre de 2017 se conciliaron nuevas visitas frente a la Comisaria de Familia de Caldas y se consignó que de acuerdo con las constancias emitidas por la psicóloga Lenny Beatriz Londoño Jiménez no se evidenciaron rastros o características de abuso sexual del menor SMC
8. Que el 25 de septiembre de 2017 la Comisaria de Familia hizo constar que Mónica Patricia entregó al menor en buenas condiciones físicas y de todo orden y que fue recibido por la abuela Silvia.
9. Que el 02 de octubre de 2017 la Comisaría de Familia hizo constar que Mónica Patricia entregó al menor SMC en óptimas condiciones se describió un pequeño morado en la pierna izquierda.
10. Que el 09 de octubre de 2017 la Comisaría de familia hizo acta de que Mónica Patricia entregó al menor SMC en buenas condiciones a la Señora Silvia haciendo constar que presentaba un arañón en un ojo, según informó el niño se lo produjo su hermano Emiliano.
11. Que los días 28 de agosto y 9 de octubre de 2017 el menor fue llevado a urgencias el primero día por Diana Mejía Colorado y el segundo día por Silvia Colorado para ser revisado por maltratos físicos y sospechas de abuso sexual historia clínica 1026153707 se anexa copia
12. Que, en noviembre de 2017, mediante informe suscrito por la Psicóloga Lenny Beatriz Londoño Jiménez, se inició intervención psicológica al menor y se recomendó iniciar proceso de restablecimiento de derechos y valoración médico legal
13. Que el 08 de noviembre de 2017 Mónica Patricia inició acción de tutela en contra de la Comisaría de Familia del municipio de Caldas reprochando el actuar evasivo de la entidad frente al incumplimiento de los acuerdos conciliatorios por parte de Silvia Colorado.

14. Que el 06 de diciembre de 2017 Mónica Patricia presentó recurso contra el fallo de tutela del Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Caldas. ante el Juzgado del Circuito de Caldas quien le concedió la tutela.
15. Que el 08 de febrero de 2018 La Comisaría de Familia del Municipio de Caldas profirió fallo declarando la situación de vulnerabilidad de SMC y conformó medida de restablecimiento del derecho en el sentido de ubicarlo en un hogar sustituto.
16. Que el 04 de abril de 2018 Mónica Patricia frente a la decisión promovió Acción de tutela contra la Comisaria de Familia de Caldas
17. Que en fallo del 20 abril de 2018 el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Caldas Antioquia ordenó garantizar el derecho de Mónica Patricia y del Menor a tener una familia y como consecuencia ordenó a la madre sustituta Aidé Montoya Londoño que le entregara a Mónica Patricia el menor.
18. Que el 22 de mayo de 2018 la Comisaria de Familia del Municipio de Caldas Antioquia dejó constancia de la entrega del menor a Sandra Milena
19. Que el 16 de julio de 2018 Hugo Andrés Osorio Fernández solicitó ante la Inspección Municipal de Caldas Antioquia, por los posibles ataques de Iván Mejía Soto y Mauricio Mejía Colorado Padre y hermano de Mónica Patricia. Consta en oficio del inspector
20. Que el 09 de octubre de 2018 la Comisaria de Familia del Municipio de Caldas Antioquia mediante resolución concedió el derecho de los cuidados personales del menor a su madre Mónica Patricia y amonestó a Silvia la abuela por sus comportamientos.

Para conformar la teoría conspirativa, resulta importante resaltar que el conflicto entre las partes era de tal magnitud que las funcionarias encargadas de proteger al menor decidieron enviarlo a un hogar sustituto, que Silvia no dijo toda la verdad en sus declaraciones, que tenemos como estipulación el hecho de que el 11 de septiembre de 2017 al entregar al menor en la

Comisaría, S.M.C. Iloraba y le hacía repulsa a su abuela manifestando que quería irse con su mamá y con su hermano -acta firmada por la comisaria y la psicóloga- pero, que desconociendo esa estipulación, Silvia declaró que el niño Iloraba cuando tenía que ir a casa de Mónica Patricia su mamá, sin que dijera por qué no quería ir, afirmación que evidentemente desprestigia su testimonio. Pero también Silvia mintió cuando afirmó que Hugo Andrés todavía vivía con Mónica Patricia y que por eso el niño no podía vivir con ella, por lo que el área social de la Comisaría verificó que ello era falso, otra evidente declaración mal intencionada de la testigo para ganar la custodia del menor.

Se estipuló el hecho contenido en el acta del 17 de octubre de 2017, donde el ICBF entregó al menor a la abuela y ella firmó el recibido donde se deja constancia de que el menor no presentaba daños físicos, pero la abuela lo llevó a urgencias del hospital, ¿por qué lo hizo? ¿qué intenciones tenía?, son dudas que desdibujan su testimonio.

Aunado a lo anterior, las reiteradas actas de entrega del menor frente a la Comisaría de Familia, cuando pasaba tiempo de visitas en casa de su madre y volvía a casa de la abuela materna, las denuncias penales presentadas por la primera en contra de su madre y abuela del menor, lo único que dejan claro es el grave conflicto que existía entre madre e hija, y las profundas discrepancias y desconfianzas respecto de la situación y manejo del menor. Circunstancia de tal conflictividad escaló al punto de que Mónica Patricia interpuso en contra la Comisaría de Familia de Caldas, una acción de tutela, la decisión del Juzgado Promiscuo Municipal fue impugnada.

Se tiene, además, que el menor fue llevado varias veces al hospital por su abuela para ser atendido por el personal sanitario porque encontraba que en las visitas era golpeado, la tía dice que el menor contó que el procesado lo maltrataba y que llegaba con moretones en la cabeza y en el cuerpo; empero, en las estipulaciones se da por probado que en las actas de entrega siempre aparecía en buen estado físico. Esto en tanto, después de las visitas, el menor era llevado, no la casa de la abuela materna sino a la Comisaría y allí se dejaban constancias del estado en que era devuelto, lo que da cuenta de la crispación de las relaciones y el grado de enfrentamiento entre la abuela y la

madre, lo que conduce a la decisión extrema de la autoridad administrativa de ordenar que el menor fuese enviado a un hogar sustituto del ICBF, para que no esté bajo el cuidado de ninguna de las dos partes.

Se estipuló que el 9 de octubre de 2018 la Comisaría de Familia del municipio de Caldas, mediante resolución concedió el derecho de los cuidados personales del menor a su madre Mónica Patricia y amonestó a Silvia, la abuela, por sus comportamientos.

Pero, además, los conflictos fueron más allá de Silvia y también involucraron a otros familiares suyos tal como se estableció mediante estipulación de que el 16 de julio de 2018, Hugo Andrés Osorio Fernández solicitó Orden de Protección ante la Inspección Municipal de Caldas, por los posibles ataques de Iván Mejía Soto y Mauricio Mejía Colorado, padre y hermano de Mónica Patricia. Consta en oficio del inspector

Las estipulaciones son prueba prolija del intenso conflicto entre las partes, en especial entre Mónica Patricia y el procesado, con la familia materna del menor, encabezada por su abuela Silvia Colorado; enfrentamiento confirmado por el testimonio de la propia Mónica Patricia Mejía Colorado, madre de S.M.C. y compañera permanente del procesado, quien declaró que el niño estuvo en proceso de restablecimiento de derechos en noviembre de 2017 y que tenía un conflicto con su madre Silvia Colorado por la relación que sostenía con Andrés y por la custodia de su hijo. De este intenso conflicto también dan cuenta los testimonios de Norman Alberto Colorado Córdoba, Sandra Milena Colorado Córdoba y Cruz Elena Colorado Colorado. No puede entonces soslayar la Sala esta información, obtenida durante la práctica probatoria y que no fue impugnada.

De especial importancia resulta la estipulación en la que se da como probado que el 12 septiembre de 2017 se emitió constancia por la Comisaría de Familia de Caldas, en la que se indica que, al momento de ser entregado el menor por Mónica a su madre y abuela del niño, este lloraba manifestando que quería quedarse con su progenitora, hecho que también fue mencionado en el testimonio de Mónica Patricia. La *a quo* descalificó el testimonio de Mónica

Patricia argumentando que la declarante pretendía hacer quedar bien al procesado y fraguar una coartada para exculparlo. Y si bien esto puede entenderse como cierto, en consideración a la relación que la une con Hugo Andrés, no puede desconocerse que su dicho respecto al conflicto familiar con su madre y abuela del menor y su referencia a que el niño lloraba cuando tenía que regresar a casa de su abuela Silvia, está corroborado en las estipulaciones, lo mismo el hecho de que la abuela llevó en múltiples ocasiones al menor al Hospital para ser revisado por presunta violencia intrafamiliar, aun cuando se dejaba constancia en la Comisaría de que el menor era entregado por su madre después de las visitas, sin afectaciones. Para esta Sala entonces no parece razonable descartar de tajo y sin mayores miramientos este testimonio en relación con el hecho de que Silvia amenazaba al niño para que dijera que Hugo Andrés lo tocaba.

Al igual que a la Defensa, llama la atención el hecho de que el 9 de octubre de 2017 se dejó constancia en la Comisaría de Familia que Mónica Patricia entregó al niño en buenas condiciones, empero Silvia lo llevó al hospital; donde sugirió que el niño había sido tocado libidinosamente por su defendido. Siendo importante en este punto resaltar que se estipuló que Lenny Beatriz Londoño Jiménez, psicóloga, no evidenció rastros o características de abuso sexual, y en igual sentido la psicóloga de Jugar para Sanar.

Conforme a la prueba relacionada en precedencia, puede concluirse razonablemente que es plausible la teoría de la defensa de que como consecuencia de las malas relaciones entre la familia materna de un lado y Osorio Fernández y Mónica Patricia del otro, se trenzaron en una lucha jurídica por la custodia del menor y que al menor le implantaron recuerdos, y que la tía y la abuela establecieron un plan macabro para retener al infante, que Silvia, la abuela materna, tenía interés en perjudicar al procesado y que elaboró toda una oscura maquinación para quedarse con la custodia de S.M.C. sin reparar en las consecuencias negativas que su falso montaje pudiese derivar para la vida del acusado.

4.4 ¿Deberá revocarse la condena en aplicación del principio *in dubio pro reo*?

Valorada la prueba, la Sala puede afirmar que la Fiscalía optó por no hacer comparecer al menor, teniendo como lo ha explicado la Corte en la sentencia que viene citándose de manera extensa²⁹, la posibilidad de haber practicado prueba anticipada o presentar al testigo, recurriendo a todos los mecanismos establecidos por la ley para evitar su revictimización, y esa decisión en el caso concreto ha tenido las consecuencias de dificultar la defensa, al no permitir la confrontación y, por tanto, le resta valor suasorio a lo dicho por el menor en la entrevista introducido como prueba de referencia. La Fiscalía debe asumir las consecuencias de que el testimonio así introducido al acervo probatorio del juicio tenga un valor suasorio disminuido y, entonces, la otra prueba tendría que poseer la contundencia suficiente para llevar al convencimiento al Juez de la autoría y responsabilidad del procesado, superando los baremos impuestos por el artículo 381, so pena de que su pretensión acusatoria no prospere.

Sobre la ocurrencia de los hechos solo tenemos el testimonio del menor en las condiciones en que fue introducida la entrevista como prueba de referencia, y si bien es cierto que en el estado actual de la jurisprudencia sobre la valoración probatoria de un testimonio único, se entiende que puede ser suficiente para proferir condena, eso es a condición de que el mismo sea soporte suficiente *per se*, valorado intrínseca y extrínsecamente y lleve al convencimiento más allá de toda duda razonable sobre la autoría y responsabilidad del acusado.

Iteramos pues que el testimonio del menor introducido como prueba de referencia, valorado desde la perspectiva intrínseca y respecto de su contenido mismo, no admite mayores críticas, pero no pudo ser corroborado por otras pruebas directas, ni indirectas, mediante la construcción de indicios que aparecen apenas contingentes, brillan por su ausencia las pruebas directas sobre autoría y responsabilidad. Si tratáramos de construir prueba indiciaria no se contaría con más que el contingente indicio de presencia en el lugar de los hechos, elemento suasorio que por sí solo es demasiado débil para construir una inferencia razonable exigida por la ley. Luego, la pregunta refulge nítida y la respuesta emana contraria a la conclusión de la *a quo*, ¿cuáles fueron esos “*nuevos elementos trascendentes para el objeto del proceso que corrobore lo*

²⁹ 50637 con ponencia de la Magistrada Patricia Salazar Cuellar.

que por el camino de la prueba de referencia ya existe” a que se refiere la primera instancia?; y la respuesta a la que llega esta Sala es que no se observan, en la prueba que desfiló en el juicio.

Se equivocó la *a quo* en la interpretación de la ley y de la jurisprudencia cuando afirmó que es prueba para condenar, además de la declaración recibida por la psicóloga Sandra Torres a quien el niño le narró los hechos, la anamnesis del legista Eugenio Sierra Martin, ante quien el menor señaló a Hugo como autor y describió las agresiones, por lo que este testimonio cuenta como prueba directa de lo que vio el legista de la descripción de los hechos. Es errada la tesis porque la entrevista introducida con la investigadora judicial es prueba de referencia, tampoco la anamnesis es prueba directa y tiene el mismo origen de la anamnesis.

Lo que sí puede calificarse como prueba directa en el *sub judice* es el dictamen, y el doctor Sierra Martin en el presentado conceptuó hallazgos, laceración frontal derecha del párpado inferior y en el glúteo izquierdo, como consecuencia de las laceraciones estableció incapacidad de 5 días y, lo relevante, no encontró lesiones externas en los genitales, ni signos de manipulación reciente. Por lo que, en consonancia con la citada Jurisprudencia debemos resaltar que la tarifa legal negativa consagrada en el artículo 381 establece la prohibición de basar la condena exclusivamente en prueba de referencia, lo cual le impone al ente acusador cargas adicionales, que resulta evidente no cumplió.

De otro lado la teoría conspirativa presentada por la Defensa se muestra plausible, en el sentido de que se probó el conflicto entre los acusadores liderados por Silvia Colorado Colorado y Hugo Andrés Osorio Fernández, igualmente conflictivas lo eran con Mónica Patricia, madre del menor, quien mantuvo una lucha jurídica en la Comisaría de Familia por la custodia de su hijo, dejando la duda de si al menor le implantaron recuerdos, y que la tía y la abuela establecieron un plan macabro para retener al infante, pero más importante en la presentación de esta tesis, es el probado actuar insidioso de Silvia del Socorro en contra del acusado con el fin de perjudicarlo.

Radicado: 05-129-61-00305-2018-00047
Sentenciado: Hugo Andrés Osorio Fernández
Delito: Acto sexual abusivos en concurso homogéneo

Así las cosas, frente a un testimonio de valor menguado como el del menor, sumado a la falta de prueba directa, solo dudas dejan sobre la autoría, si es que no se acogiere la posición de que no se superó la prohibición establecida en el artículo 381 respecto de condenar sólo con prueba de referencia y aun en este punto de la valoración suasoria enfrentamos una nueva barrera, consistente en una teoría conspirativa sobre la cual se escucharon testigos y se introdujeron estipulaciones que la hacen plausible. Nos quedamos entonces sin prueba para condenar, por lo que no podría confirmarse la decisión de primera instancia sin soslayar las exigencias del artículo 381 del Código de Procedimiento Penal, pues la protección de los derechos de los niños puede justificar la limitación, más no la eliminación de las garantías judiciales mínimas del procesado, por lo que al responder el dilema inicialmente planteado, la Sala afirma que la Fiscalía no hizo desfilar en la audiencia del juicio prueba que superara el baremo impuesto por la ley a efectos de probar su teoría del caso respecto de que Hugo Andrés Osorio Fernández en varias ocasiones realizó tocamientos a las partes íntimas, al menor S.M.C., y por tanto deberá revocarse la condena, como lo solita la apelación, en aplicación del principio *in dubio pro reo*.

Con fundamento en lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA DE DECISIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **REVOCA** la sentencia proferida el 20 de septiembre de 2021 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Itagüí-Antioquia que condenó a Hugo Andrés Osorio Fernández por el delito de Actos sexuales con menor de 14 años Agravados en concurso homogéneo y sucesivo. En consecuencia, **SE ABSUELVE** del cargo formulado y **SE ORDENA** su libertad inmediata.

Esta providencia se notifica en estrados y contra ella procede casación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Radicado: 05-129-61-00305-2018-00047
Sentenciado: Hugo Andrés Osorio Fernández
Delito: Acto sexual abusivos en concurso homogéneo

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE

NELSON SARAY BOTERO

(Con Salvamento de Voto)

HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA

Firmado Por:

Jose Ignacio Sanchez Calle
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 014 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Hender Augusto Andrade Becerra
Magistrado
Sala Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Nelson Saray Botero
Magistrado
Sala Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **a815d7bb20bedeedd5a0a5facc43ddda5969af2187753dc5e98264df292dfa81**

Documento generado en 23/05/2024 04:48:54 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>