

**NULIDAD POR FALTA DE DEFENSA TÉCNICA** – Cuando se alega afectación del derecho a la defensa técnica es indispensable presentar los datos objetivos del proceso que demuestren la inactividad, la negligencia de la asistencia letrada y cómo la torpeza o desconocimiento sobre la labor inherente a la función del abogado impidió alcanzar su cometido en pro de la defensa del acusado y el respeto por sus garantías.

No hay lugar a declarar la ineficacia procesal solicitada y por consiguiente no es posible retrotraer la actuación desde la audiencia de juicio oral, en tanto no existe vulneración del derecho a la Defensa Técnica, por cuanto el procesado durante todo el proceso estuvo debidamente asistido, incluso por varios defensores, quienes representaron sus intereses a cabalidad y los argumentos del ahora impugnante solo dejan ver una disparidad de estrategias de defensa.

**TESTIMONIO DE MENOR VÍCTIMA DE DELITOS SEXUALES – VALORACIÓN:** Este testimonio constituye una prueba esencial y como tal tiene un enorme valor probatorio al momento de ser analizado en conjunto con las demás que reposan en el expediente.

**TESTIMONIO DE MENOR VÍCTIMA DE DELITOS SEXUALES – VALORACIÓN:** Estudio de factores objetivos que permiten verificar periféricamente el asunto, para afirmar o disminuir su credibilidad.

**VALOR DE LOS TESTIMONIOS RENDIDOS POR PERITOS, EN DELITOS SEXUALES CONTRA MENORES** - El testimonio rendido por el perito médico o del experto en psiquiatría o psicología, no constituye prueba de referencia sino directa.

**IN DUBIO PRO REO – ANÁLISIS PROBATORIO:** El grado de certeza lo excluye de plano.

Teniendo en cuenta que de la apreciación conjunta de los elementos de conocimiento allegados al debate oral, conforme las reglas de la sana crítica y las que orientan la correcta valoración de los testimonios rendidos por menores que han sido víctimas de delitos sexuales, se llega al convencimiento más allá de la duda razonable acerca de la ocurrencia del delito de acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir y de la responsabilidad penal del acusado, al verificarse que la versión rendida por la víctima, merece total credibilidad, la cual se encuentra respaldada con otros medios de conocimiento, como las manifestaciones realizadas por su madre y de los testigos peritos, los cuales al manifestar directamente sobre sus percepciones y conclusiones periciales dentro del área particular en las que científicamente se desempeñan profesionalmente, se constituyen en testigos directos y no de referencia, aunado a la existencia de indicadores de corroboración periférica, haciendo procedente proferir sentencia condenatoria, y en tanto la defensa no logró demostrar su teoría del caso, obligación que le asistía conforme la carga dinámica de la prueba.

---

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



### TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PASTO - NARIÑO SALA DE DECISIÓN PENAL

<b>Sentencia Penal N°:</b>	01
<b>Radicación:</b>	520016099032201408722 NI. 14644
<b>Condenado:</b>	LHA
<b>Delito:</b>	Acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir.
<b>Acta de Aprobación:</b>	08del

**Magistrado Ponente: Dr. Silvio Castrillón Paz**

San Juan de Pasto, once (11) de febrero del dos mil veinte (2020)

#### ASUNTO A DECIDIR

Corresponde a la Sala desatar el recurso de apelación interpuesto por el doctor EDGAR MARINO BOLAÑOS MONTENEGRO, en su calidad de defensor, contra la sentencia proferida el día 14 de septiembre de 2018 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pasto – Nariño, a través de la cual se condenó a LHA como autor responsable del delito de ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL EN PERSONA PUESTA EN INCAPACIDAD DE RESISTIR, a título de dolo.

#### HECHOS Y ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

Los hechos objeto de investigación aparecen resumidos en escrito de acusación, de la siguiente manera:

*“A finales del mes de abril del 2014, en horas de la tarde, la menor L.Y.Z.A. fue hasta el mercado Potrerillo de la ciudad de Pasto, a comprar unos CDS de películas y al pasar por la caseta del Sr. LHA, persona conocida de sus padres, ella le solicitó agua, él se fue hasta la parte interna del segundo piso a traerle un vaso, ella termina de tomar el agua, pierde el conocimiento y luego se despierta dentro de la caseta de un segundo piso, acostada en una cama, miraba todo borroso y le pregunta al Sr. LHA el porqué estaba ella ahí, él le contesta que al recibir el agua se la tomó y ella se desmayó, ante lo cual no vio nada malo, pero dice que le dolía el cuerpo, la espalda, y la parte vaginal, meses después se percata de su estado de embarazo sin que para tal evento haya tenido relación sexual alguna diferente a lo narrado. La víctima señala al Sr. LHA como la persona que atentó contra su integridad sexual, colocándola en incapacidad de resistir y fruto de ese acto, nació una bebé”.*

### **ACTUACIÓN PROCESAL**

El día 2 de septiembre de 2015, el Juzgado Primero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Pasto ordenó la emisión de orden de captura en contra de LHA, como presunto autor de la conducta punible de acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir cometido en contra de la presunta víctima L.Y.Z.A.

Ante el Juzgado Segundo Penal Municipal de Pasto con Función de Control de Garantías, el 02 de septiembre de 2015 se celebraron audiencias preliminares concentradas que culminaron con la declaración de legalidad de la captura del señor LHA, así como la de formulación de imputación en la que se le atribuyó al filiado la comisión del delito de acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir contenido en el artículo 207 del Código Penal,

a título de dolo, y agravado por la circunstancia del numeral 6 del artículo 211 de la misma codificación; el Juez de Garantías resolvió no imponer medida de aseguramiento alguna hasta tanto se conocieran los resultados del examen genético de ADN al que el procesado accedió voluntariamente.

El día 26 de noviembre de 2015, la Fiscalía allegó escrito de acusación en contra de LHA, acusándolo como autor del delito de ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL EN PERSONA PUESTA EN INCAPACIDAD DE RESISTIR; no obstante, el día 03 de marzo de 2017, el representante de la Fiscalía solicitó la imposición de medida de aseguramiento en razón de los resultados obtenidos del precitado examen genético, esta solicitud fue acogida el día 05 de abril de ese mismo año por el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Función de Garantías, quien dispuso imponer al procesado medida de aseguramiento preventiva intramural.

Así, siguiendo con el trámite de rigor, ante el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pasto, se llevó a cabo audiencia de formulación de acusación en fecha 15 de agosto de 2017, manteniéndose los términos de la imputación.

La audiencia preparatoria se realizó el 28 de noviembre de 2017, allí el acusado se declaró inocente y no hubo objeciones frente al decreto de pruebas.

Posteriormente, el 21 de marzo de 2018 se dio inicio a audiencia de juicio oral, se practicaron las pruebas decretadas y se surtieron los alegatos conclusivos; luego, el día 13 de abril de ese mismo año se dio a conocer el sentido del fallo; y, finalmente el 14 de septiembre de

2018 tuvo lugar la audiencia de individualización de pena y lectura de sentencia la cual resolvió condenar a LHA en calidad de autor, a título de dolo, por la comisión del delito de ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL EN PERSONA PUESTA EN INCAPACIDAD DE RESISTIR.

Esta decisión fue impugnada por la defensa lo cual ha dado lugar al arribo del asunto a ésta instancia judicial.

### **FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

La doctora Nubia E. Jaramillo Vallejo, en su condición de titular del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pasto, inicia anunciando que la Ley penal adjetiva vigente establece como requisitos para proferir una sentencia condenatoria el conocimiento más allá de toda duda acerca del delito y la responsabilidad penal del procesado, resalta que ese conocimiento debe provenir de las pruebas legalmente recaudadas e incorporadas a juicio, y refiere que dicho convencimiento apunta a la consecución de una seguridad relativa o aproximada, dado que considera la verdad absoluta como un grado de conocimiento imposible de alcanzar.

Así, luego de describir el escenario fáctico que emana del caso entre manos, la mentada Funcionaria judicial pone de presente algunos hechos que fueron materia de estipulación entre las partes y que por tanto no serían sometidos a debate. Es así que tuvo como hechos ciertos que la menor Y.J.Z.A. con registro civil de NUIP 1.085.333.959, es hija de la víctima; que para la fecha de los hechos la menor víctima contaba con 15 años de edad; que el procesado se identifica plenamente como LHA portador de cédula de ciudadanía...; y, que del cotejo genético entre la menor Y.J.Z.A. y el filiado se obtuvo

que el señor LHA no se excluye como padre biológico de la citada menor, siendo 109 millones de veces más probable que sea el padre biológico, con una probabilidad de 99.99999%.

Refirió la Juez de Conocimiento, con sustento en una cita jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia, que el delito enrostrado a LHA se configura cuando el sujeto pasivo de la acción, por haber sido puesto en estado de inconsciencia o de inferioridad síquica, no alcanza a comprender la relación, o no cuenta con la capacidad cognitiva para asentirla. A partir de tal aseveración esgrime que dada la concepción de una hija biológicamente compatible con el procesado y la víctima, es patente la existencia de relaciones sexuales entre ellos dos, siendo el punto del debate si en dicha interacción concurrió o no la voluntad y el consentimiento de la menor víctima.

Al respecto, refirió que los estados que hallan causa en el sueño, la fiebre, la ebriedad, la sugestión hipnótica, y la intoxicación por drogas, son los que ostentan trascendencia para el derecho penal, sentado esto, se adentró en el estudio de las sustancias que pueden llegar a causar los efectos descritos por la aquí víctima, concluyó más adelante que existen sustancias de fácil acceso que pueden generar los efectos descritos por la menor víctima, en tal sentido, sostuvo que aún y cuando no se haya definido con especificidad cual fue la sustancia empleada, ello no restaba credibilidad a las manifestaciones hechas por la menor L.I.Z.A., quien aseguró fue sometida a los efectos de alguna sustancia que le provocó un desmayo, lo cual adujo aprovechó su agresor para accederle carnalmente, produciendo finalmente un estado de embarazo, señalando como el responsable directo de dichos insucesos a LHA, y resaltando que en ello nunca medió su consentimiento, así, de las

declaraciones vertidas en juicio tanto por ella como por su prima - Y.C.Z.C.-, la *A quo* encontró diáfano el rechazo que la víctima refería sentir respecto de su presunto agresor.

Lo anterior, aunado a las proposiciones económicas que la víctima expresó le fueron realizadas por el procesado para retractarse de la denuncia con la cual había iniciado el proceso penal en su contra; lo dicho por su madre; y a las declaraciones rendidas en juicio por el psicólogo forense VÍCTOR OSWALDO PEÑA HERNÁNDEZ, quien adujo encontrar en la menor un relato creíble de acuerdo a las condiciones puntuales de su caso, contribuyó a que el Juzgador de primer nivel se decantara por ubicar al procesado en el momento y en el lugar de los hechos.

Indicó más adelante que los elementos de prueba arrimados por la defensa no cuentan con la virtud suasoria necesaria para llevar al Juzgado al convencimiento sobre la tesis defensiva planteada por el abogado defensor, por el contrario, indicó que tales testimonios se advertían dirigidos a persuadir sobre la existencia de una relación sentimental entre la víctima y el procesado, que además eran contradictorios entre si, y reflejaban un escenario fáctico poco coherente de cara a la realidad.

Por lo anterior, la Juez de conocimiento consideró que el procesado es una persona que no solo desplegó sus deseos libidinosos sobre la menor L.I.Z.A., sino que además con sus comportamientos lascivos ofendió al sin número de mujeres que se encontraban en su entorno, situación que consideró refuerza la teoría de la acusación, la cual refirió es bastante sólida habida cuenta que la conducta del procesado también transgredió los “derechos reproductivos” de la menor víctima,

produciéndole un embarazo que en lo absoluto deseaba, y reflejando de contera certeza tanto en la existencia del punible, como en la responsabilidad del mismo en cabeza del señor LHA, de quien no dejó pasar la oportunidad para evidenciar el desvalor tanto de la acción, como del resultado de la conducta por él ejecutada.

Consideró además que por su premeditación, la conducta se tornaba evidentemente dolosa; por no hallar justificación alguna en su ejecución también lo era antijurídica; y culpable, por cuanto el filiado es una persona imputable, que reúne las condiciones físicas y mentales para comprender la ilicitud de sus acciones y determinarse de acuerdo a dicha comprensión. Así pues, concluyó la Juzgadora de primera instancia, que el acopio probatorio presentado por la Fiscalía no dejaba duda sobre la responsabilidad del procesado en el pluricitado injusto, siendo en esa medida merecedor de reproche penal.

Es así que en punto de determinación judicial de la pena, la citada Funcionaria judicial estableció que no concurrían circunstancias genéricas de agravación, así como tampoco se reportaba antecedente alguno, pero que no obstante la conducta en sí misma revestía enorme gravedad, lo cual en su criterio ameritaba la imposición de una pena de CIENTO NOVENTA Y OCHO (198) meses de prisión, así como la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena de prisión, y la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima y sus familiares.

En lo referente a los beneficios, sustitutos y subrogados penales dispuso negar dicha posibilidad por encontrarse su concesión expresamente proscrita por el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, así como el artículo 68 A de la Ley penal sustantiva.

## **ARGUMENTACIONES DEL IMPUGNANTE**

El doctor EDGAR MARINO BOLAÑOS MONTENEGRO, en su calidad de abogado defensor del procesado, interpuso y sustentó en extenso escrito el recurso de apelación, indicando primigeniamente que, contrario a lo esbozado por la juzgadora de primer nivel, los supuestos fácticos que motivan la sentencia nunca fueron claros sobre la fecha de ocurrencia de los hechos, así como tampoco el tipo de sustancia que refirió la víctima le había sido suministrada para ser puesta en incapacidad de resistir el evento sexual, consideró que la reiteración en las manifestaciones que hiciera la víctima no podía llevar de forma categórica al convencimiento del juez, siendo ello un error que atenta contra las reglas de la sana crítica, pues ataca que dichas aseveraciones son fruto de la inventiva de la menor, quien al encontrarse en una encrucijada debido a su estado de gravidez, decidió construir una historia que justificara su embarazo.

Expuso, remitiéndose a jurisprudencia de nuestro Órgano de cierre, que en casos de delitos que atentan contra la libertad sexual y la dignidad humana es menester asegurarse que no existan motivaciones de rencor o enemistades que induzcan a la víctima a promover un proceso penal injustificado; en ese sentido hizo saber que lo que motivó realmente a la víctima a denunciar penalmente al procesado fue el hecho de que su madre se percatase de su estado de gravidez, siendo que ella lo mantenía oculto así como otros aspectos de su vida íntima, lo que refiere el defensor da cuenta de la precaria confianza entre la víctima y su madre, y por tanto, de que la menor pudo haber construido una historia con episodios de amnesia y de abuso detrás de una relación sexual consentida, con quien en la privacidad mantenía una

relación sentimental, logrando así conservar una recta imagen moral frente a sus padres.

Acotó seguidamente que, en contravía a lo argumentado por el *a quo*, en el caso bajo examen se presentaban sustanciales inconsistencias entorno a las circunstancias de tiempo en el que tuvieron lugar los hechos, pues aseguró que las fechas descritas por la víctima, su madre, y los profesionales que atendieron su caso, son excluyentes entre sí y no reflejan claridad respecto de la fecha exacta de ocurrencia de la relación sexual, con lo cual pone de presente que el Juez de primer nivel no efectuó una labor adecuada de valoración probatoria, aceptando sin mayores reparos la historia que refiere fue ideada por la víctima con posterioridad al encuentro sexual.

Arguyó que la Fiscalía, como ente encargado de adelantar labores investigativas, tiene la carga de que estas se realicen de manera exhaustiva y atendiendo los ejercicios de corroboración periférica que requiere cada caso particular; adujo entonces que la Fiscalía no cumplió debidamente sus obligaciones de investigación, dice, incluso llevando al Juez de instancia al convencimiento de una idea no ajustada a la realidad y basada únicamente en la versión de la víctima, de quien además manifestó que el estado de depresión que según el psicólogo forense padece, encuentra causa solo en el embarazo no deseado vivido por ella, más no en algún vejamen sexual atribuible a su defendido.

Aseguró seguidamente la existencia de falencias en cuanto al ejercicio de adecuación típica realizado por el *a quo*, pues consideró que ante el desconocimiento de la sustancia supuestamente empleada por su prohijado para poner en estado de inconsciencia a la menor L.I.Z.A., la

Jueza de conocimiento optó alegremente por indagar a manera de ejemplo acerca de la escopolamina como el ingrediente supuestamente utilizado, lo que en sentir del defensor atenta contra las reglas de la sana crítica, el principio de legalidad, y tipicidad estricta; así mismo refirió que las declaraciones rendidas por la madre y prima de la menor víctima constituyen prueba de referencia que en modo alguno dan cuenta de los elementos estructurantes del tipo penal enrostrado, pero que sin embargo, señala la *A quo* valoró sin mayores consideraciones, pasando por alto las serias divergencias o contradicciones que considera entrañan tales testimonios. Es así, que estima que aquellas son circunstancias que contrarían los postulados que direccionan el proceso penal, y vulneran las garantías fundamentales del procesado.

En suma, consideró que la decisión de primera instancia se encuentra fincada de manera insular en la declaración de la víctima, atacando que en la misma concurren contradicciones e inconsistencias que no logran desvirtuar la presunción de inocencia de que goza su defendido; refuta así que no logró demostrarse más allá de toda duda la existencia de los hechos descritos por la víctima, y que en ese sentido lo que fuerza es la absolución de su defendido revocando, la sentencia condenatoria emitida por el Juzgador de primera instancia.

Subsidiariamente, el defensor deprecó sea decretada la nulidad y el trámite sea retrotraído desde la audiencia de juicio oral. Como fundamento de su petición esgrimió que la abogada defensora que le antecedió tuvo una actuación "*inocua e inane*" de cara a la defensa de los intereses de su prohijado, reprocha que aunado a la falta de destreza técnica en la audiencia de juicio oral, por parte de su antecesora, en el estadio probatorio se echaron de

menos importantes pruebas que pudieron direccionar de una manera diferente el proceso y crear la duda a favor del acusado.

### **ARGUMENTOS DEL NO RECURRENTE**

La doctora VIVIANA LUNA JURADO, en su calidad de Fiscal 15 Seccional Delegada ante Jueces Penales del Circuito de Pasto, plasmó en su escrito de sustentación de no recurrente las siguientes argumentaciones:

Señala que los argumentos esbozados por la defensa pretenden atacar tanto el aspecto fáctico de la acusación, como la valoración probatoria que hiciera la Juez de instancia, e incluso, dice, buscando sea decretada la nulidad por falta de defensa técnica, motivada únicamente en aspectos de índole subjetivo respecto de las estrategias defensivas llevadas a cabo por su antecesora. Refiere que tales circunstancias solo reflejan que el defensor, en aras de asolar la teoría del caso de la Fiscalía, presentó diversas hipótesis defensivas que siendo ajenas a su teoría del caso, aspira acertar en alguna para que sea bien recibida por el superior jerárquico.

Refiere que los asertos de la defensa, respecto de que los encuentros sexuales sostenidos entre el procesado y la víctima fueron consentidos, solo quedaron en un plano hipotético, dado que considera no obra prueba alguna que respalde tales afirmaciones. Expresó que incluso si los testimonios de los señores BERNEY RUIZ MARTÍNEZ y MARÍA ELMIRA DELGADO se hubieren practicado conforme al deseo del actual defensor, estos, por ser testigos de referencia, no habrían podido dilucidar más los hechos de cómo lo hicieron. Agrega que incluso la declaración del señor LHA no hubiese sido suficiente para desvirtuar

la teoría del caso planteada por el ente acusador, pues a su juicio las pruebas por ella incorporadas son lapidarias en el sentido de acreditar la materialidad y la responsabilidad del acusado en la conducta punible que le fue enrostrada.

Termina la Delegada de la Fiscalía aduciendo, con sustento en actual jurisprudencia, que el decreto de nulidad planteado por el defensor no puede ser admisible por la sola disparidad de criterios entre el defensor actual y el antecesor, pues en su sentir, además de ser un aspecto que debió plantearse ante el Juez de conocimiento, ello no comporta vulneración alguna al derecho constitucional de defensa técnica.

Bajo estos términos solicita sea confirmado en su integridad el fallo condenatorio proferido en contra de LHA el día 14 de septiembre de 2018 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pasto.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

### **1.- Competencia.**

De conformidad con lo establecido en el numeral 1 del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, ésta Corporación es competente para conocer del presente asunto.

### **2.- Problemas jurídicos a resolver.**

*¿Se ha incurrido en ineficacia procesal, con fuerza de nulidad, que permita retrotraer la actuación desde la audiencia de juicio oral por violación de la garantía fundamental a la Defensa Técnica del señor LHA?*

*¿Con el acervo probatorio recopilado legalmente es posible establecer, con la suficiencia exigida por los artículos 7 y 381 del Código de Procedimiento Penal la configuración del delito de acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir por el cual se procede, y la responsabilidad penal del señor LHA en el mismo?*

### **3.- Sobre la nulidad por ausencia de defensa técnica.**

Al respecto deben recordarse los parámetros fijados por la doctrina y la jurisprudencia nacionales para la procedencia de la nulidad por afectación del derecho a la defensa técnica, en desarrollo de la sistemática procesal penal acusatoria de la ley 906 de 2004 y sus normas complementarias.

Así pues, la primera fuente normativa es el artículo 29 de la Constitución Nacional, que consagra el derecho a la defensa como una garantía fundamental, al señalar que *“quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento”*. No solo por la ubicación de dicha garantía, dentro de la geografía normativa constitucional del Derecho al Debido Proceso, sino porque su contenido lo desarrolla sistemáticamente, se ha dicho con asegurada validez que *“... el derecho a la defensa no es sino un aspecto particular, de un concepto más amplio: el derecho a un debido proceso. El derecho a la defensa se protege observando la plenitud de las formas propias del juicio, y por ende se puede conculcar por medio de diversas actividades, sin que pueda reducirse a una perspectiva unilateral: estar asistido de un abogado que ejerza la llamada defensa técnica”*.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> BERNAL CUELLAR, Jaime. MONTEALEGRE LYNNET, Eduardo. *“EL PROCESO PENAL”*. Cuarta edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2002. Página 407. Se cita a GIAN DOMENICO PISAPIA. *“principios de derecho procesal penal”*, en texto *“problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho”*. Buenos Aires, Pannedille, 1970, página 663 y siguientes.

Los precedentes<sup>2</sup> superiores indican que la prerrogativa constitucional a la defensa técnica se ha asentado sobre tres (3) características esenciales: debe ser intangible, real o material y además permanente. La intangibilidad se relaciona con la condición de irrenunciable, de suerte que cuando un imputado o acusado no designa un defensor, debe garantizársele la presencia de uno de la Defensoría Pública. Por otro lado la realidad o materialidad de la defensa no debe entenderse por la sola existencia nominal de un defensor en el proceso, sino que se requieren actos positivos de gestión profesional. Finalmente, la permanencia de la defensa conlleva a que su ejercicio debe ser garantizado en todo el trámite procesal, sin interrupciones ni limitaciones; *“En consecuencia, la no satisfacción de cualquiera de estas características, por ser esenciales, deslegitima el trámite cumplido, y por lo tanto, se impondrá la declaratoria de nulidad, una vez comprobada su trascendencia”*.

De lo dicho dimana que a los Jueces no le es dable desarrollar labores evaluativas que le permitan justipreciar la eficiencia ni la eficacia de las estrategias que se asuman por los sujetos partes e intervinientes dentro del proceso, pues la llamada “*teoría del caso*” le compete a los sujetos litigantes, de suerte que no resulta posible discurrir que el derecho a la defensa técnica esté ligada con una perfecta e irreprochable labor jurídica del profesional del derecho, pues en primer lugar estos juicios valorativos están por fuera de la órbita de la judicatura, como que esta labor defensiva es ejercida por simples seres humanos, totalmente falibles, y como tales proclives o propensos al error.

En esta dimensión, cuando se alega afectación del derecho a la defensa técnica dentro del nuevo sistema de procedimiento penal es

---

<sup>2</sup> Corte Suprema de justicia. Sala de Casación Penal, sentencias del 22 de septiembre de 1998 y 22 de octubre de 1999.

indispensable presentar los datos objetivos del proceso que demuestren la inactividad, la negligencia de la asistencia letrada y cómo la torpeza o desconocimiento sobre la labor inherente a la función del abogado impidió alcanzar su cometido en pro de la defensa del acusado y el respeto por sus garantías. Es claro que no resulta admisible plantear violaciones de ese derecho con apoyo en estrategias defensivas o pruebas que el nuevo profesional del derecho que atiende el asunto, bien sea para la continuación del trámite en curso o para la interposición de la apelación o de la casación, le hubiera gustado proponer y menos con sustento en apreciaciones subjetivas edificadas a partir de construcciones hipotéticas.

En el caso que se tiene entre manos se advierte que el señor LHA ha estado debidamente asistido, en principio por la doctora XIMENA ACOSTA SANTACRUZ, quien fungiendo como defensora pública representó los intereses jurídicos del acusado en distintos estadios procesales hasta el día 6 de julio de 2017, cuando manifestó que renunciaba a la defensa en razón de que los familiares del procesado habían contratado los servicios profesionales de un abogado de confianza que ejercería su defensa técnica; luego por la doctora CATALINA RODRÍGUEZ PABÓN, abogada de confianza, quien ejerciere las labores defensivas hasta el día 09 de mayo de 2018; y luego por el señor defensor público EDGAR MARINO BOLAÑOS MONTENEGRO, hoy impugnante en el asunto de marras.

Así las cosas, es este último quien plantea que ante *“la falta de técnica de interrogatorio y constraint interrogatorio”* por parte de la defensora que le antecedió, y por no haber solicitado aquellas determinadas pruebas, es posible se decrete la nulidad por vulneración del derecho fundamental al debido proceso, en su componente de defensa técnica, pues considera

que de haberse ejercido de mejor manera las tareas defensivas era factible la producción de duda en favor de su defendido.

No obstante, en realidad de verdad la norma constitucional que se dice violada (artículo 29) entraña, respecto del derecho de defensa, criterios mucho más profundos, y así lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia en antiguos y recientes fallos, entre los cuales se extracta que:

*“...la garantía no llega hasta el extremo de comprender también el acertado ejercicio del derecho a la defensa, pues los abogados pueden cometer errores e incurrir en omisiones que afecten los intereses de sus poderdantes, sin que por ello pueda afirmarse válidamente que se ha violado algún derecho procesal. Una cosa es que a juicio de un mejor defensor se hubieran podido hacer mas diligencias y presentado mas peticiones de las que realizó su antecesor, y otra que no haya existido defensa técnica”.*<sup>3</sup>

En los mismos términos un preclaro procesalista nacional ha indicado sobre el tema:

*“Muchos han sido los procesos en donde los abogados de la defensa invocan la nulidad procesal, amparados en su mejor servicio, estudio u orientación del proceso penal, quejándose de la inactividad, poca eficacia, o falta de recursos jurídicos para ejercer una defensa real, por parte del defensor a quien desplaza”.*

*“Tal planteamiento carece de toda seriedad para hilvanar la máxima sanción procesal, primero, porque tal situación no ha sido prevista por el legislador como causal de nulitación; segundo porque la defensa técnica no puede hacerse descansar en una imaculada labor profesional del derecho, quien por razones apenas naturales, no queda exento de ejecutar irregularidades, informalidades u omisiones que por más que*

---

<sup>3</sup> Sala de Casación Penal. Sentencia del 9 de junio de 1992. MP. RICARDO CALVETE RANGEL. En el mismo sentido sentencias de julio 1 de 1992, MP, DIDIMO PAEZ VELANDIA y mayo 4 de 1993 MP. RICARDO CALVETE RANGEL.

*redundan en perjuicio de su cliente, no tienen la trascendencia para generar nulidad, siempre que de todos modos, hubiere tomado parte activa como defensor, esto es, siempre que ejerza las facultades que la ley le confiere a los abogados de la defensa; si se tratare de total inactividad, obvio, ya no se trata de una pura omisión, o de un simple yerro, sino del no ejercicio del derecho de defensa, lo que conlleva la nulidad”.<sup>4</sup>*

En vigencia del nuevo modelo acusatorio, la Corte<sup>5</sup> ha reconocido que aunque después de entrar a operar la Ley 906 de 2004 algunos profesionales no se han informado suficientemente sobre los principios y vicisitudes propias de cada una de las audiencias y actuaciones establecidas en dicha legislación, de suerte que “es *improcedente alegar violación del derecho de defensa por desconocimiento del sistema acusatorio*”<sup>6</sup>, porque no por ello puede afirmarse que su intervención en procesos adelantados conforme a este sistema comporta invalidación del trámite por violación del derecho a la defensa técnica; de suerte que

*“Será necesario, dijo la Sala en el mencionado antecedente, que en cada caso concreto se establezca si su desconocimiento o ignorancia tuvo o no injerencia cierta y efectiva en las decisiones cuestionadas, pues para conseguir la declaratoria de nulidad es preciso acreditar que la anomalía denunciada tuvo incidencia perjudicial y decisiva en la declaración de justicia contenida en el fallo impugnado (principio de trascendencia), dado que el recurso extraordinario de casación no puede sustentarse en especulaciones, conjeturas, afirmaciones carentes de demostración o en situaciones ausentes de quebranto”<sup>7</sup>*

---

<sup>4</sup> NOVOA VELASQUEZ, Néstor Armando. “NULIDADES EN EL PROCEDIMIENTO PENAL. ACTOS PROCESALES Y ACTO PRUEBA. Sistema MIXTO INQUISITIVO Y MIXTO ACUSATORIO”. Tomo II. Cuarta edición. Biblioteca Jurídica DIKE. Cuarta edición 2010. Página 1447.

<sup>5</sup> Sentencia de casación del 4 de febrero de 2009, radicado No. 30.363.

<sup>6</sup> Auto del 30 de mayo de 2012. radicado 39047. MP. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

<sup>7</sup> Corte Suprema de Justicia. Casación Penal, auto del 23 de mayo de 2012. Radicado 38810. MP. Sigifredo Espinosa Pérez.

En virtud de lo anterior, para esta Colegiatura es claro que los disentimientos que arguye el defensor respecto del proceder de su antecesora no comportan circunstancias que ameriten la máxima sanción procesal cual es la nulidad, pues como quedó advertido para que una pretensión de tal naturaleza prospere es necesario que en la actuación concurren circunstancias objetivas que configuren una flagrante vulneración de las garantías procesales del acusado, de suerte que tales irregularidades atribuibles al abogado defensor cuya negligencia e inactividad se ataca, ostenten la entidad suficiente para inferir que su conducta profesional derivó perjudicialmente en el proferimiento del fallo impugnado.

En el asunto *sub examine* se advierte que, diferente a lo planteado por el abogado defensor en su escrito de impugnación, las diligencias y actuaciones llevadas a cabo por la defensora que le precedía, en modo alguno pueden asumirse como una afrenta a las garantías fundamentales del procesado, nótese que a lo largo del proceso han sido diversas las solicitudes impetradas por la defensora cuya gestión se cuestiona: se solicitaron pruebas, se estipularon como ciertos algunos aconteceres facticos, se planteó en audiencia pública la llamada "*teoría del caso*", e incluso en una ocasión se solicitó el aplazamiento de la audiencia preparatoria a fin de recaudar elementos de prueba que sustentasen su tesis defensiva.

En este sentido encuentra la Sala por demás estrambótica la pretensión esgrimida por el abogado defensor, bajo la cual solicitó se decretara la ineficacia procesal y fuera retrotraído el trámite a la audiencia de juicio oral, pues las argumentaciones que plantea solo dejan ver una disparidad de estrategias de defensa que subyacen de la subjetividad del actor, que se estructuran en tesis hipotéticas, y que

–se *itera*– no pueden ser de recibo, dado que se trata de circunstancias en las que la jurisprudencia y la doctrina han dejado claro, son casos que no dispensan la trascendencia jurídica para viabilizar la nulidad, como quiera que los intereses jurídicos del procesado han estado siempre resguardados en la pericia de la profesional del derecho cuya gestión ahora cuestiona el impugnante.

En atención a lo anterior, se despachará desfavorablemente la petición de nulidad incoada por el recurrente, y en consecuencia se tendrán como válidas las actuaciones procesales hasta aquí surtidas.

#### **4.- Aspectos preliminares.**

La meticulosa revisión del expediente que integra el proceso seguido contra el señor LHA, que contiene los registros de las diferentes audiencias preliminares y del juicio oral, llevadas a cabo en su contra por la probable autoría material de delito de acceso carnal en persona puesta en incapacidad para resistir, del cual supuestamente fuera víctima la entonces menor de iniciales L.Y.Z.A, en hechos que se dicen ocurridos a finales del mes de abril de 2014, de cara a los cuestionamientos esbozados por el doctor EDGAR MARINO BOLAÑOS MONTENEGRO, dentro de los respectivos escritos de sustentación del recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia condenatoria proferida el 14 de septiembre de 2018, y una vez descartada la posibilidad de decretar la nulidad por las razones expuestas en precedencia, nos advierte que el aspecto jurídico a considerar no es diferente a establecer si el acervo probatorio recopilado legalmente establece, con la suficiencia exigida por el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal vigente (más allá de

toda duda), la configuración del delito sexual por el cual se procede y la responsabilidad penal que le pudiera caber al acusado.

Comoquiera que el recurrente reclama la revocatoria de la sentencia por la razón principal de que - en su sentir – las pruebas arrimadas al proceso fueron valoradas indebidamente por el Juzgador de primer nivel, nos corresponde revisar profunda y desapasionadamente el asunto en orden a establecer la veracidad de aquellas fundamentaciones. Con ese propósito, a la Sala, en esta ocasión, se le ofrece la oportunidad de precisar las dificultades que presenta la investigación de delitos sexuales, por el marco de intimidad en las que éstas prácticas se desarrollan; analizará entonces lo relacionado con el valor del testimonio de menores víctimas de abusos sexuales y de la importancia de encontrar evidencias objetivas de corroboración periférica para aumentar su verosimilitud; tratará el tema de cuándo y por qué los testimonios de los peritos psicólogos no constituyen prueba de referencia sino prueba directa y, una vez finalizado este examen, analizará el caso concreto, con el fin de establecer si la valoración que el Juez de primer grado hizo de la prueba se ajusta a la legalidad, o si como lo afirma el apelante, desconoce la realidad probatoria y la normatividad que la regula. Para tal efecto se debe considerar:

#### **4.1.- La complejidad propia de la investigación de delitos sexuales.**

a).- La práctica jurisdiccional nos ha permitido conocer que la demostración de un acontecimiento sexual tiene importantes dificultades judiciales, por aquello que presenta la característica fundamental de constituir “*actos de intimidad*”, motivo por el que generalmente se

observan encontradas las versiones incriminantes y de defensa, en la medida que la víctima tiende a afirmar la existencia del acto carnal en una modalidad concreta (en este caso bajo circunstancias de inconsciencia de la víctima) y el imputado a negarlos rotundamente; o, en algunos casos, a afirmar que existió el acto sexual pero con consentimiento o voluntariedad de la víctima; esto último en los eventos que “*el consentimiento*” constituye causal de ausencia de responsabilidad al destruir la tipicidad de la conducta que se le atribuye, por ejemplo, cuando se procesa por “*violación*” frente a personas mayores de catorce (14) años de edad, o bien para ubicarse en una tipología penal más benigna; esto es, para degradar la imputación de “*acceso carnal violento*” a la de “*acceso carnal abusivo*”, cuando el sujeto pasivo de la acción es un menor de 14 años de edad.

**b).-** Por la característica de intimidad que comporta el acto sexual, en cualquiera de sus manifestaciones, generalmente no se encuentran pruebas directas que establezcan los pormenores de la relación carnal, ni los antecedentes o circunstancias concomitantes al caso en particular. Es así como estas delictuosidades logran esclarecerse por vía indiciaria, gracias a inferencias lógicas emanadas de otras evidencias, debido a que – como se dijo - los sujetos en conflicto polarizan sus versiones incriminantes y de defensa.

Recordemos que las versiones orales de la víctima y del sindicado jurídicamente se encuentran en igualdad de condiciones, pues absolutamente nadie puede gozar del privilegio procesal que se le crea lo que dice por el simple hecho de sus manifestaciones o por la posición que ocupe dentro del proceso, circunstancia esta que no se demerita por el hecho que uno de los testimonios (el de la víctima), sea vertido bajo la fórmula de juramento y el otro (el del acusado,

cuando decide romper con su derecho al silencio), se encuentre desprovisto de juramento. Además, el secreto del proceso penal acusatorio está en que cada parte “pruebe más allá de su propia palabra”. En estas condiciones, la credibilidad de cada uno de ellos depende del examen que se haga conforme a los parámetros de la sana crítica, criterio según el cual *“Los testigos no se cuentan sino que se pesan”*, siendo suficiente uno para probar los hechos base de incriminación y la responsabilidad del sindicado, siempre que se haga un juicioso estudio o valoración del contenido de las exposiciones, porque desde hace mucho tiempo abandonamos los añejos criterios de la tarifa legal.

En estas condiciones, las controversias o tensiones que se presentan entre acusación y defensa solo pueden resolverse analizando las circunstancias antecedentes, concomitantes y subsiguientes que rodean el hecho; también debe explorarse la espontaneidad de las declaraciones iniciales, los motivos determinantes que pudiera haber tenido la víctima para acudir a la justicia y, en lo posible, establecer otras pruebas diferentes a las manifestaciones de los sujetos activo y pasivo, para verificar cuál de las tendencias testimoniales se acerca a la verdad.

#### **4.1.1.- Sobre la conducta punible enrostrada.**

Es preciso en este punto establecer que el delito que se le atribuye en calidad de autor a LHA encuentra regulación en el Código Penal Colombiano; Libro Segundo, Título IV “delitos contra la libertad, integridad, y formación sexuales”; Capítulo I “de la violación”; específicamente en el artículo 207 de ese aparte normativo que describe el delito de acceso carnal o acto sexual con persona puesta en incapacidad de resistir, bajo el supuesto de:

*El que realice acceso carnal con persona a la cual haya puesto en incapacidad de resistir o en estado de inconsciencia, o en condiciones de inferioridad síquica que le impidan comprender la relación sexual o dar su consentimiento, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años.*

*Si se ejecuta acto sexual diverso del acceso carnal, la pena será de ocho (8) a dieciséis (16) años.”*

Así pues, para la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con ocasión a la definición de estos delitos de índole sexual el legislador pretendió proteger “(i) la libertad que todo individuo ostenta para otorgar su consentimiento en la realización de un acceso carnal o de acto sexual con otro, o (ii) del derecho que le asiste de discernir acerca de la naturaleza de índole sexual de una acción que, en principio, ha contado con su aquiescencia.”<sup>8</sup>(Subrayas fuera del texto original).

Tratándose puntualmente de la conducta punible investigada, esa misma Corporación al pronunciarse respecto de las diferentes modalidades en las que se pueden presentar esta clase de supuestos ha expresado que:

*“En el primero de los casos, el bien jurídico se ve afectado cuando la víctima ha perdido, a instancias del comportamiento del agente, toda capacidad cognitiva para asentir de manera voluntaria la realización del acto o acceso carnal (lo que por lo general ocurre cuando éste la pone en un estado de inconsciencia o próximo al mismo). Y, en el segundo, el desvalor radica en el hecho de que el infractor conduce al sujeto pasivo a no comprender las connotaciones sexuales del acceso o acto sexual que llevan a cabo.”*<sup>9</sup>

<sup>8</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia 24 febrero de 2010. Rad. 32872.

<sup>9</sup> Ídem.

En otras palabras, para que se predique la configuración del reato sexual antedicho, se hace necesario que la víctima haya sido puesta en circunstancias en las que no cuente con la facultad para comprender el encuentro erótico sexual o prestar su consentimiento para ello, es decir someter o reducir al sujeto pasivo a "*incapacidad de resistir*" "*estado de inconsciencia*" o "*condiciones de inferioridad psíquica*", pues en esos eventos "*se enerva su libertad para "disponer de su cuerpo para la satisfacción de su sexualidad, con ocasión de la cual puede elegir con autonomía, sin interferencias de su voluntad, el momento, la persona y el placer que desea"*<sup>10</sup>. En efecto, en cualquiera de las formas señaladas en el tipo penal, en las cuales el agente coloca a la víctima para poder ejecutar el coito o el acto sexual ilícitos, se menoscaba la capacidad de autodeterminación de la víctima bien porque no alcanza a comprender la relación o porque no tiene capacidad cognitiva para asentir libremente en su realización.

En tratándose de eventos en los que la víctima ha sido puesta en circunstancias de inconsciencia ha dicho la jurisprudencia:

*"la puesta en estado de inconsciencia es la perturbación de los procesos síquicos internos, básicos o complejos, afectivos o intelectivos que impiden al destinatario de los agravios disponer, en un momento determinado, de las facultades provenientes de su conocimiento y de su contexto social, desquiciando su capacidad para asimilar estímulos y actuar de manera coherente con los mismos.*

*Desde la perspectiva estrictamente jurídica, la inconsciencia es despersonalización, aunque psicológicamente la víctima oponga relativa resistencia acorde con su inteligencia normal y su afectividad constante, a las agresiones físicas o que atentan contra los principios y virtudes forjados durante su existencia, es decir, para su configuración no se requiere que*

---

<sup>10</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia 24 febrero de 2010. Rad. 32872.

*quien entre en ese estado quede en el coma profundo, anterior a la muerte, sino que, simplemente, suficiente es la alteración de la capacidad cognitiva que le impida comprender lo que ocurre a su alrededor.*

*(...)*

*Así, los estados de inconsciencia que tienen importancia para el derecho penal son el sueño, la fiebre, la ebriedad, la sugestión hipnótica y la intoxicación por drogas, sin que su origen deba auscultarse en alteraciones patológicas, en cuanto apenas pueden constituir una etapa pasajera e incluso fugaz, padecida por una persona normal, su médula desde la perspectiva jurídica es la alteración que causan en el recto juicio y el influjo negativo en el proceso de autodeterminación y toma de decisiones.*

*De lo anterior se desprende, contrario a lo argumentado por los libelistas, que para la estructuración del tipo penal de acceso carnal o acto sexual con persona puesta en incapacidad de resistir no se exige que el sujeto pasivo llegue al estado de inconsciencia plena, suficiente es que a consecuencia de la bebida embriagante o sustancia tóxica suministrada se altere su proceso síquico al punto que no comprenda lo que ocurre a su alrededor aunque por acto reflejo, producto de su formación precedente, oponga resistencia al asalto sexual”.<sup>11</sup>*

Ahora bien, dado que en delitos de esta estirpe, por regla general no existen pruebas de carácter directo, la materialidad del punible y responsabilidad en el mismo, deben acreditarse a través de la reconstrucción histórica de los hechos que se realiza mediante la unión y correlación de los elementos de convicción arrimados al proceso. Sobre el particular ha dicho la Corte:

*“De esa manera...tanto la doctrina como la jurisprudencia han señalado ciertas pautas para llegar al grado de conocimiento de certeza, en torno a la existencia del hecho y la responsabilidad del infractor. Tales son:*

---

<sup>11</sup> Cfr. Corte Suprema de Justicia, SP 20 feb. 2008, rad. 23290.

a) *Que no exista incredibilidad derivada de un resentimiento por las relaciones agresor-agredido que lleve a inferir la existencia de un posible rencor o enemistad que ponga en entredicho la aptitud probatoria de este último.*

b) *Que la versión de la víctima tenga confirmación en las circunstancias que rodearon el acontecer fáctico, esto es, la constatación de la real existencia del hecho; y*

c) *La persistencia en la incriminación, que debe ser sin ambigüedades y contradicciones...<sup>12</sup>*

#### **4.2.-Sobre las evidencias de corroboración periférica (indicios y contra indicios de responsabilidad).**

En estos eventos se ha recomendado ancestralmente por la judicatura nacional y extranjera la verificación y acopio de elementos objetivos de corroboración periférica, que permitan hacer más o menos probable la versión de la víctima, dado que –como se indicó en precedencia- resulta posible en nuestro sistema de justicia penal que se dicte un fallo condenatorio con base en testimonio único, siempre y cuando con éste se lleve al fallador a un grado de conocimiento más allá de toda duda razonable sobre la existencia del delito y la responsabilidad penal del acusado. Para éste tipo de casos, la crítica o valoración de dicho testimonio debe ser juiciosa, profunda, dado que las consecuencias punitivas son graves y la historia judicial advierte casos de víctimas simuladoras, otras mitómanas, algunas que se acercan a denunciar inocentes por motivos espurios, razones de vindicta, etcétera.

---

<sup>12</sup> Corte Suprema de Justicia de Colombia. SP, abr. 11 de 2007, rad. 26128

Para purgar el testimonio de estas posibles falencias, sobre todo en los casos de los llamados “delitos de intimidad” (violencia y/o abusos sexuales, violencia intrafamiliar, acoso sexual, violencia de género, acoso laboral por ejemplo) resulta aconsejable el estudio de factores objetivos que permitan verificar periféricamente el asunto, para afirmar o disminuir la credibilidad del testigo único y, sobre todo, para que se pueda destruir la presunción legal de inocencia. Así lo ha dicho la doctrina:

*“Así, la verosimilitud del testimonio debe estar basada en la lógica de su declaración y el apoyo suplementario de datos objetivos lo cual supone varias cosas. Primero, que la declaración de la víctima ha de ser lógica en sí misma, ósea no contraria a las reglas de la lógica vulgar o de la común experiencia, lo cual exige valorar si su versión es o no insólita u objetivamente inverosímil por su propio contenido. Segundo, que la declaración de la víctima debe estar rodeada de corroboraciones periféricas de carácter objetivo<sup>13</sup> obrantes en el proceso, lo cual significa que el propio hecho de la existencia del delito está apoyado en algún dato añadido a la pura manifestación subjetiva de la víctima.”<sup>14</sup>*

Recuerda la Sala que **el principio de “Presunción de Inocencia”** tiene un rango constitucional innegable, y supone no solo el reconocimiento de la garantía en favor de toda persona, como que fija unas cargas y estándares probatorios que deben ser satisfechos en el proceso por el ente encargado de la persecución penal (Fiscalía General de la Nación) para destruir el amparo de inocencia; éste estándar no es el de una mínima actividad probatoria de cargo, sino que debe tener la capacidad o entidad suficiente para acreditar los hechos imputados más allá de toda duda razonable, y en el mismo

---

<sup>13</sup>GOMEZ COLOMER, Juan Luis. “VIOLENCIA DE GÉNERO Y PROCESO”. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia – España. 2007. 2002. “Podrá ser objeto de prueba en juicio la existencia de razones o motivos que hagan dudar de la veracidad de la declaración de la víctima, como la venganza o el deseo de obtener una ventaja procesal en el procedimiento de separación o divorcio”.

<sup>14</sup>RODRIGUEZ BOENTE, Sonia Esperanza. “LA PRUEBA EN LOS SUPUESTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO”. En “REVISTA IBEROAMERICANA DE ESTUDIOS UTILITARISTAS” – Universidad de Santiago de Compostela – España. 2011. XVIII/1-2: (Página 242). ISSN 1132-0877

nivel de conocimiento probatorio lo relacionado con la responsabilidad del imputado. Estos requerimientos están explicitados por el legislador en el artículo 381 adjetivo penal, y debe indicarse que el postulado de suficiencia o idoneidad de la prueba de cargo para fundamentar condena resulta ser particularmente sensible cuando se debe analizar la versión del agraviado en “*delitos de intimidación*”, por el vínculo o relación que tiene la víctima con el objeto mismo del proceso penal, esto es la conducta punible, de lo cual emerge un interés incriminatorio insoslayable.

Por estas potísimas razones, en términos similares a los que se presentó en acápites precedentes, la jurisprudencia española ha fijado algunas reglas o criterios de valoración al testimonio de la víctima, a efecto de establecer “*la virtualidad procesal de enervar la presunción de inocencia del imputado*”, criterios que no se pueden desdeñar por provenir del derecho comparado, *máxime* cuando estos han tenido acogida en la jurisprudencia nacional aconsejando verificar las siguientes razones objetivas:

*“a.- Ausencia de incredibilidad subjetiva: es decir, la ausencia de circunstancias subjetivas que afecten la imparcialidad del testigo, como el odio, resentimientos, enemistad u otras similares;*

*b.- Verosimilitud de la declaración el agraviado, que depende además de las corroboraciones periféricas que puedan realizarse; y,*

*c.- Persistencia de la declaración del agraviado”.*<sup>15</sup>

#### **4.3.- Sobre la naturaleza jurídica y el valor de los testimonios rendidos por peritos, en delitos sexuales contra menores.**

---

<sup>15</sup> Corte Suprema de Justicia de la República Española. Acuerdo Plenarios02-2005-CJ/116. Criterios reiterados en el Acuerdo Plenario número 1-2011-CJ/116

Recordemos que en el presente caso se ha recibido testimonio en juicio oral de la médico forense adscrita al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses doctora LILIANA CRISTINA HIDALGO BRAVO, quien interrogada de manera directa por la Fiscalía como testigo de cargo por haber examinado a la menor L.I.Y.A. el día 15 de octubre de 2014 para reconocimiento médico legal sexológico forense, y habiendo rendido un informe base de opinión pericial al respecto; señaló en su declaración cómo la menor hizo un recuento de los hechos vividos por ella, las condiciones de tiempo, modo y lugar de cómo estos ocurrieron, y los hallazgos y conclusiones a los que posteriormente arribó la profesional.

También se recibió el testimonio del psicólogo forense VÍCTOR OSWALDO PEÑA HERNÁNDEZ, quien como profesional adscrito al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses tuvo la oportunidad de entrevistar a la menor L.Y.Z.A. el día 16 de marzo de 2015. Indicó que en esta entrevista la menor contó que luego de recibir un vaso de agua de manos del señor LUIS HENRY ALFONSO, se desmayó, y perdió la consciencia hasta despertarse luego en una cama en un segundo piso del local de propiedad del acusado, ubicado en el mercado el Potrerillo de Pasto; dice que la menor refirió haber interrogado al procesado sobre el porqué se encontraba allí, señalándole éste que se había desmayado y él la había ayudado trasladándola hasta allí, que seguidamente relató cómo después de algunos meses empezó a notar cambios en su cuerpo y en su organismo, confirmando finalmente al acudir al Hospital La Rosa de Pasto que se encontraba en embarazo sin haber sostenido relación sexual consentida alguna. Seguidamente el profesional ilustró en la misma diligencia acerca de los síntomas, el análisis y las conclusiones obtenidas de dicha valoración psicológica.

Esta dupla de testimonios tienen en común que emanan de sujetos que no han podido presenciar directamente los hechos, pero que profesionalmente, dentro de sus roles funcionales, debieron entrevistar a la menor L.I.Y.A. como punto de partida para establecer si realmente había tenido ocurrencia el abuso sexual en el que aparece como víctima; a partir del relato de la menor el sexólogo forense dejó constancia de que *“la altura uterina de la víctima impresiona para un embarazo de aproximadamente 7 meses”*, refiriendo que tal situación no se encontraba acorde con lo manifestado por la menor quien había comentado que los hechos tuvieron ocurrencia a finales de mayo de 2014.

Por su parte el precitado psicólogo forense adujo haber encontrado una paciente cuyo lenguaje tanto verbal como no verbal dilucidaba un relato claro, coherente, consistente y congruente con el afecto de base, esto según lo explicó en la audiencia de juicio oral, es en armonía con lo *“que a ella pertenece, como ella es”*; adujo que sin embargo, su relato no dio a conocer datos pormenorizados del episodio de amnesia que manifestó haber sufrido previo al suceso de acceso carnal, refirió el profesional que ello puede ser producto de la omisión voluntaria que la menor realizó sobre los detalles del encuentro sexual, limitándose a relatar que después de levantarse *“sintió dolor de su cuerpo y de su parte genital”*, situación que lo llevó a establecer que no podía identificarse un sustrato clínico que diera cuenta del episodio amnésico que la menor había referido padecer, así como tampoco era posible establecer la naturaleza de la sustancia que le había sido suministrada a la menor para producir los efectos por ella descritos, toda vez que nunca se le practicó examen toxicológico alguno.

No obstante lo anterior, el profesional de la psicología fue enfático en señalar que de la valoración efectuada a la víctima se avizoraba la existencia de síntomas y signos clínicos compatibles con depresión, pues expresó que su narración era de por sí fluida, coherente, con estructura lógica, persistente y con lenguaje vivencial; que además transmitía (a través de comunicación tanto verbal como no verbal) sentimientos de rabia, dolor, angustia y frustración, los cuales arguyó dejan ver credibilidad en sus aseveraciones, dado que según él guardan correspondencia con la sintomatología propia de un trastorno depresivo, tales como la anhedonia y la angustia al recordar los hechos. Por otro lado, su declaración dilucidó acerca de aspectos que si bien no fueron plasmados en el informe pericial respectivo, si lograron advertirse en el discurrir de la audiencia de juicio oral, como que hay sentimientos y emociones negativos obrantes en la menor, que debido a lo profundo que radicaban en su psiquis, se tornaban evidentemente dificultosos en la tarea de ser transcritos y transmitidos en un lenguaje literal o semántico.

Es más, en esa oportunidad, ante la pregunta promovida por la defensora sobre cuáles son los medios e instrumentos que se utilizan en el campo de la psicología para determinar si una persona padece algún trastorno depresivo, el doctor VÍCTOR OSWALDO PEÑA aludió e hizo hincapié que en eventos de trastornos de depresión no siempre concurren comportamientos con tendencias hacia el suicidio, y que ello no implicaba que el episodio de depresión no existiera, pues mencionó que en estos eventos lo que se tiene en cuenta son los antecedentes comportamentales en círculos familiares, personales, sociales y escolares de la presunta víctima, para que en una labor de confrontación de cara al presente, advertir variación desfavorable en ellos; en ese sentido expresó que en la valoración psicológica

practicada a L.Y.Z.A se encontró con una adolescente con síntomas de un trastorno depresivo focalizado, es decir con reclusión en los hechos vivenciados, y sin interés en otros aspectos de su vida, de ello aseguró daban cuenta los sentimientos de rencor y hostilidad que la entonces menor expresaba respecto de LHA.

Pues bien, en armonía con lo anterior, la Corte Suprema de Justicia ha trazado la línea o precedente jurisprudencial de que no constituye prueba de referencia el testimonio del perito médico, ni el del experto en psiquiatría o psicología, porque éste medio de prueba de naturaleza científica que involucra conocimientos técnicos en su práctica y conclusiones, que son el resultado de la interrelación con personas determinadas las cuales – en casos como el presente – resultan ser víctimas de delitos sexuales. Al respecto se ha dicho:

*“Y aunque es cierto que el dictamen siquiátrico supone una entrevista al examinado, dentro de la cual el experto escucha, registra y analiza las manifestaciones de este último, ello no permite calificarlo como prueba de referencia, pues su esencia no es otra que el análisis de las manifestaciones y comportamientos del examinado bajo los preceptos de la ciencia que estudia el comportamiento humano, más no es su objeto ni su método científico el de deslindar o asignar responsabilidades según las manifestaciones del sujeto cuyo comportamiento es objeto de estudio por el perito forense.*

*Es así que el peritaje está encaminado a ofrecer un elemento de juicio de corte científico que, en todo caso, está sometido al tamiz de la sana crítica por parte del funcionario judicial.*

*Naturalmente, por las características de su intervención, al perito no le corresponde deponer sobre los hechos particulares del caso, pues evidentemente no le constan, pero su conocimiento sobre un tema particular –en este caso-, el comportamiento humano, en particular el de*

*los menores que han sido víctima de abuso sexual- le permite al funcionario judicial comprenderlos en su verdadero contexto. En consecuencia, no es acertado afirmar que el experto en psicología o psiquiatría deponga en el juicio oral sobre los hechos del caso particular, con fundamento en lo que el individuo explorado le ha referido”<sup>16</sup>.*

## **5.- Análisis del caso en concreto.**

Durante la sesión de audiencia pública de juicio oral celebrada el día 21 de marzo de 2018, la menor L.Y.Z.A. relató ante el Juez de conocimiento su versión de los hechos, narración que en lo sustancial es del siguiente tenor:

*“Denuncié al señor LHA por una violación que me hizo en el 2014 / el señor se encuentra aquí, viste una chaqueta amarilla / lo denuncié porque a mediados del mes de abril del año 2014, yo estaba pasándome del barrio La Minga al Doce de octubre, estábamos cansados del trasteo, le pedí dos mil pesos a mi papá para unas películas, le pedí permiso a mi mamá y ella no quiso, después mi mamá salió y le dije a mi papá y él dijo listo hija no se vaya a demorar, me recuerdo que fui corriendo hasta el mercado, las películas eran una de terror y la otra de Frozen, como era un día caluroso pasé por el mercado para ver si me ofrecían un vaso de agua porque tenía sed, me recuerdo que pasé por un negocio donde un señor estaba lavando unas canastas con una manguera, el señor dijo que esa agua era sucia, dijo por qué no pide donde el señor H, cuando yo pasaba con mis primas y le pedía decía “saquen de ahí” una caneca que él tenía afuera, el sacó un vaso de agua pero no del balde, no se de donde lo sacaría, tomé el vaso de agua y perdí el conocimiento, no sabía donde me había levantado, cuando me desperté con la vista borrosa y acostada en una cama, alrededor el televisor, armario, ropa, ahí yo me levanté y miré un hueco y baje una gradas de madera y le dije con rabia “yo que hago aquí” me dijo “le di un vaso de agua y usted se desmayó” se estaba secando las manos con una franela dijo “ yo te quise ayudar porque te*

---

<sup>16</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 3 de febrero de 2010, radicado 30612. M.P. JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS.

*habías desmayado”, yo no aceptaba que me hubiera hecho daño porque siempre que personas como él me molestan les hago entender que no me gustan, que son viejos, los trato mal / cuando pasábamos por ahí me decía “negrita linda, negrita hermosa” y yo lo trataba mal le decía viejo cochino morbosos / después de eso a mi no me llegaba el periodo, no me quería llegar la menstruación / yo tenía un novio a los 14 años pero lo deje para seguir con mis estudios, cuando tenía 15 fue que él me hizo el daño yo decía como si no he tenido relaciones sexuales, no tengo novio, por qué no me llega; yo le oculté el embarazo a mi mamá porque tenía miedo de que se decepcione de mi, ella era todo para mi entonces me quedé callada yo, sin embargo un día me llevó al medico porque sospechaba ahí le dijeron que estaba en embarazo, ahí me dijo “mija de quien esta embarazada” yo le dije que no sé de quien estaba embarazada yo por eso le preguntaba como podía estar sin haber estado con un hombre y ella me decía que eso no se podía que eso solo pasaba en la biblia. Ya en tratamientos de psicología me preguntaron sobre mi ultimo novio y yo le decía que lo único que me pasó fue cuando le pedí el vaso de agua a este señor y me desperté en ese segundo piso y que después ya quedé en embarazo, después mi mamá dijo “no, ese maldito me la violó a mi hija” y ahí decidimos poner la denuncia, me llevaron a mi y ahí ya no se podía interrumpir porque tenía como 6 meses y medio / yo no tengo necesidad de hacerme pasar como abusada, puedo estudiar, trabajar, tengo a mi mamá ella me da todo, no necesito recibir plata de un viejo, yo confiaba en él mi mamá y mi papá lo conocían, nos arreglaba la licuadora, la arrocera, nos vendió un computador, entonces como va a ser que yo me le voy a entregar si para mi era un viejo verde morbosos, como él me va a hacer ese daño / cuando tenía 6 meses intenté hasta suicidarme, me tomé una botella de límpido, me tomé media botella de límpido y mi hijo no se me salió / lo que mas me duele es que diga que no me conoce, que solo quiero quitarle plata, cuando mi mamá trabajaba para que no me faltara nada, soy pobre pero honrada nada me va a comprar mi dignidad de mujer / estoy aquí es porque sé que ese me hizo daño, si no lo supiera no lo hubiera denunciado, le decía a mi prima “dígame a su prima que nos encontremos en tal parte yo le ofrezco cosas para que quite la denuncia” / hasta los hijos de él que no mienten fueron a mi casa, una churosa y una de pelo largo, que le ofrecemos una casa, le ofrecemos negocios, si yo fuera interesada le hubiera recibido todo eso pero yo si tengo mi dignidad*

*de mujer, yo no me hice sobornar pero yo no quiero otra cosa sino que pague, porque la plata no es todo en la vida, yo no tuve ni quiero nada de ningún viejo / nosotros llevábamos a arreglar las cosas donde él porque cobraba barato las arreglaba normal pero cuando pasábamos por ahí con mis primas al señor le entraba la loquera de decir “negras bonitas, hermosas” picaba el ojo, silbaba, sacaba la lengua , todo eso / él va a decir que yo quise voluntariamente estar con él pero nunca fue así, si yo hubiera querido eso lo hubiera chantajeado con la denuncia pero yo lo denuncie porque nunca quise estar voluntariamente con él y nunca voy a querer estar con un viejo de esos, me da rabia es que es un irrespetuoso, grosero, morboso / (Preguntado: ¿Ibas con frecuencia al mercado?) - Si, mi mamá tenía un negocio de comida, yo iba por la parte de afuera a comprar el pescado, huevos, ya nos conocían, además mi prima y mi amiga que también son de Barbacoas vivían mas abajo del local de él, yo siempre pasaba porque es comercial, solo hablaba con él cuando llevaba algún electrodoméstico / (Preguntado: ¿recuerdas la hora y el lugar?) – tipo 2 o 3 de la tarde, estaba caluroso hacia buen sol, solo conocía el primer local tenía de todo tipo de electrodomésticos, el segundo local no lo conocí sino hasta ese día, obviamente uno no es ciego, desperté y miré que estaba en una cama, miré un tv, miraba borroso todo oscuro y desordenado, miré ese hueco y dije ahí ha de ser la salida, había unas gradas y como soy flaquita bajé como si nada, luego le hice el reclamo y me convencí de lo que me dijo porque era conocido, aunque me sentía rara, mi parte genital adolorida, yo ya había tenido relaciones no lo voy a negar, pero me sentía rara, incluso cuando llegué a mi casa me fui a revisar y normal, pero no quería aceptar lo que él me hizo / Preguntado: ¿Usted se desmayaba con frecuencia? – solo una vez, he sido muy saludable / Preguntado: ¿Él o su familia le hicieron ofrecimientos de algún tipo? – la hija de él me decía que me daba leche, pañales, cosas para la niña, unas señoras van a decirme que me daban casa, negocio, y mi mamá conmigo las enfrentamos, decían que él es un buen hombre, que tiene 9 hijos y cosas así, había mandado a decir con mi prima que negociemos que él me da cosas, cuando estaba libre, a un novio que tenía le había dicho que fue voluntario y que arreglemos / Preguntado: ¿Usted tenía algún gusto por él? – no, que voy a querer algo con ese señor que parece un abuelo, nunca le acepte nada al señor / Preguntado: ¿había tenido algún enfrentamiento con él? – nunca, éramos clientes de él y no*

*teníamos problemas / Preguntado: ¿las manifestaciones lascivas ocurrieron antes de los hechos? – si, antes. / Preguntado: ¿aún y con las manifestaciones morbosas usted le recibió el vaso con agua? – si”.*

Esta versión de la entonces menor L.Y.Z.A. resulta fundamental en el caso que se tiene entre manos, puesto que a partir de ella es que esta Sala de decisión puede discernir de manera amplia y precisa tanto sobre la existencia del hecho punible, como del aspecto subjetivo que se hace necesario para fundamentar los cargos, toda vez que lo que se ha venido investigando es un ACCESO CARNAL CON PERSONA PUESTA EN INCAPACIDAD DE RESISTIR, del cual ha quedado evidenciada la concepción y posterior nacimiento de una menor de iniciales Y.J.Z.A., nacida el día 9 de enero de 2015, siendo sus padres biológicos la víctima y el acusado LHA –hechos aceptados como ciertos, de acuerdo a las actas de estipulaciones probatorias No. 2 y 4 suscritas entre la defensa y la delegada de la Fiscalía<sup>17</sup>-. No obstante, en aras de posibilitar el reproche penal deprecado por el ente acusador, habrá que determinar el grado de certeza que le asiste a los dichos de la menor L.Y.Z.A., porque solo a partir de ello podrá establecerse la ocurrencia o no de la infracción que se le atribuye al procesado.

Con todo, a fin de corroborar las aseveraciones esgrimidas por la menor L.Y.Z.A., se cuenta otros medios de prueba testimoniales provenientes de la señora VGA, la menor Y.C.Z.C., y periciales de los doctores LILIANA CRISTINA HIDALGO BRAVO y VÍCTOR OSWALDO PEÑA HERNÁNDEZ, funcionarios del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

---

<sup>17</sup> Ver folios 70, 71, 72, 79 y 80 de la carpeta.

Así pues, una vez sometidas las anteriores probanzas al tamiz de la valoración probatoria, considera esta Sala en primer lugar, que no ha existido errónea valoración de los testimonios periciales rendidos por la médico forense LILIANA CRISTINA HIDALGO BRAVO, y por el psicólogo VÍCTOR OSWALDO PEÑA HERNÁNDEZ, porque se escinde lo referido por la víctima, de lo que cada uno manifiesta directamente sobre sus percepciones y conclusiones periciales dentro del área particular en la que científicamente se desempeñan profesionalmente. Pues precisamente frente a las últimas, que es el contenido mismo de los dictámenes periciales, los peritos se constituyen en testigos directos y no de referencia.

Siendo ello así, para esta Sala de decisión, resultan diáfanos las aserciones que esgrimen los profesionales tanto en sus informes base de opinión pericial como en el interrogatorio rendido en juicio oral, especialmente las del psicólogo VÍCTOR OSWALDO PEÑA quien, como ya se dejó anotado, evidenció en el relato de la menor una versión creíble y bien estructurada, expresada con fluidez y sin titubeos, dirigida por un lenguaje verbal y no verbal de carácter vivencial, con congruencia en “*el afecto de base*” de la menor, y sin percibir en su relato ilusiones o alucinaciones que pudiesen causar inverosimilitud en el mismo. En suma, para el profesional, la menor narró los hechos de los que aseguró ser víctima, con notable claridad, coherencia y consistencia en cada uno de los supuestos facticos que le dio a conocer, sin tergiversaciones, contradicciones, o exageraciones que afectasen su credibilidad; lo anterior aunado a la sintomatología de depresión focalizada consistente en sentimientos de angustia, anhedonia y hostilidad frente a su presunto agresor, llevó al psicólogo legista a establecer como causas del cuadro depresivo un posible abuso y el subsiguiente estado de gravedad.

Pues bien, para esta Sala de decisión dichas interpretaciones se hallan en armonía con las manifestaciones incriminatorias realizadas por víctima, de un lado porque existe persistencia en la descripción fáctica que la menor ha venido efectuando a lo largo del trámite, y de otro, porque el análisis y los hallazgos descritos por el profesional de la psicología se compaginan casi de manera perfecta con las máximas de valoración probatoria que connotados tratadistas han precisado en eventos que como el presente, tratan de testimonios vertidos por menores presuntamente víctimas de abuso sexual, veamos:

Estudiosos del tema de la valoración del testimonio del menor víctima de abuso sexual<sup>18</sup>, señalan que la revelación de actos libidinosos por menores de edad refieren que generalmente el primer abordaje los lleva a la negación del evento del cual ha sido víctima, por la crisis endógena o depresiva interna en la que entra el menor consigo mismo; también por el temor al rechazo, porque es posible que no se le crea lo que dice haber padecido, o por encontrarse en la imposibilidad de comprensión del acto sexual; posteriormente hay un conato o tentativa de revelación, en el cual puede haber aceptación apenas parcial de la actividad sexual abusiva, porque aún no se supera el temor a la retaliación familiar, debido a que la crisis mental del menor le impide establecer que es víctima de la situación y no culpable del acontecer; posteriormente hay una etapa de revelación activa, en la cual de manera lacónica se acepta o se admite por el menor haber sido objeto de prácticas erótico-sexuales. No son escasos los eventos en los que pueda presentarse retractación o

---

<sup>18</sup> SORENSON, Teena. Y SNOW, Bárbara. “¿CÓMO LOS NIÑOS DICEN? EL PROCESO DE REVELACIÓN EN LOS CASOS DE ABUSO SEXUAL DEL NIÑO”. Texto colectivo “ENTREVISTA FORENSE A NIÑOS Y SU PREPARACION PARA EL JUICIO”. Publicado por agencia ICITAP. Santafé de Bogotá. 2010.

negación en las manifestaciones del menor, cuando se presenta la crisis exógena y debe enfrentar a su familia y al entorno de vida. Finalmente, cuando el menor se libera de culpas y es ubicado como verdadera víctima de lo acontecido, viene la etapa de reafirmación o confirmación de lo revelado anteriormente sobre el abuso sexual de que fue objeto, evento en el cual puede relatar con claridad, amplitud y precisión todo el devenir fáctico vivenciado.

En el evento sometido a decisión se logra advertir que la menor L.Y.Z.A. atravesó por una primera etapa de “negación” causada por el estado de depresión en el que se encontró luego de haber sufrido el pluricitado vejamen sexual, pues como el acervo de pruebas ha dejado ver, la menor, luego de despertarse desorientada y dolorida en el segundo piso del local del acusado, a pesar del desconcierto que le causaba el haberse encontrado en esa situación tan extraña, y frente a una persona que en diversas y anteriores ocasiones le había realizado manifestaciones de tipo erótico sexuales, se rehusó en todo momento a concebir como posible que dicho sujeto, quien era una persona “conocida” para sus familiares, le hubiere suministrado alguna sustancia en el vaso de agua que le ofreció, para luego, encontrándose ella en estado de inconsciencia o letargo mental, procediera a accederla carnalmente; es aquí de donde subyacen en la menor sentimientos de angustia y turbación por no tener certidumbre de lo que le había acaecido, sentimientos que a la par de su embarazo, avanzaban con el trasegar del tiempo hasta convertirse en un cuadro de “*depresión focalizada*” que el doctor VÍCTOR OSWALDO PEÑA consideró acorde con el episodio de abuso sexual en cuestión.

Esa etapa de “*negación*” sin embargo no fue breve, por el contrario, permaneció en la menor incluso después de percatarse sobre su

estado de gravidez, así lo hizo saber la señora VGA, quien bajo gravedad de juramento manifestó: *“ella comenzó a cambiar, ya no quería jugar, no le gustaba salir, se acostaba arropada de pies a cabeza; pasó el tiempo y ella se volvió agresiva, le pegaba a sus hermanos pequeños, una vez me preguntó si una mujer que nunca se acuesta con un hombre podía embarazarse, yo le dije que no, nunca, y por qué la virgen María si, entonces le dije que eso era una cosa divina, pero que entre humanos no se podía embarazarse así (...), después escuché que ella andaba buscando un remedio para sacarse un bebe, me dijeron que estaba embarazada pero que no sabía quien era el papá, que no sabía como había quedado, y que le daba miedo contarme, yo le pregunté y no me dijo nada solo se puso furiosa”*.

Lo anterior, da cuenta de que encontrándose la menor enterada de su embarazo, insistía en negar que hubiera sido abusada sexualmente. Sin embargo, cuando le comentó a su prima lo acontecido, se había iniciado ya en la etapa de *“tentativa de revelación”*, pues aunque no había superado del todo la crisis mental causada por tal abuso, ya se ubicaba como víctima en el acceso carnal perpetrado por LHA, así se lo había hecho saber a su prima Y.C.Z.C. quien bajo declaración jurada manifestó: *“mi prima me contó que había sido violada, que una vez la mamá le mandó a comprar unos CDS al mercado, que ella tenía sed y pasó por la caseta de LHA, le pidió agua y él se la brindó en un vaso, que ahí se sintió mal, se desmayó y no supo más nada... si, ese día estaba llorando decía que se sentía muy mal y me causó tristeza, identificó a LHA como su agresor”*.

Luego la etapa de *“revelación activa”* no tuvo lugar sino hasta cuando la menor L.Y.Z.A. se hallaba en el sexto mes de gestación, momento en que ante sus evidentes demostraciones físicas y comportamentales, su madre decide llevarla al hospital donde confirman su embarazo y acto seguido le manifiestan que debe hablar con su hija porque le había ocurrido *“algo grave”*, es en este instante que la menor rompe su silencio y deja atrás el temor de *“decepcionar a su madre”* relatando el vejamen sexual del que fue víctima. Es más,

son varias las ocasiones en que narra con persistencia y sin contradicciones la manera como tuvieron lugar los hechos: primero, ante los funcionarios del Hospital La Rosa; luego con su madre, después al momento de instaurar la denuncia penal frente a los funcionarios de la Fiscalía, seguidamente, en examen sexológico practicado por la doctora LILIANA CHRISTINA HIDALGO el 15 de octubre de 2014, y así mismo ante el psicólogo legista VÍCTOR OSWALDO PEÑA HERNÁNDEZ en la valoración psicológica que le fue practicada el día 16 de marzo de 2015; en todas esas oportunidades señaló sin vacilación alguna a LHA como la persona que había abusado de ella, poniéndola en estado de inconsciencia, nótese como en este punto ya reconoce haber sido objeto de prácticas erótico sexuales, sin mostrar a partir de ahí intención alguna de retractación o arrepentimiento frente a sus afirmaciones incriminatorias.

Finalmente, a la etapa denominada “*reafirmación o confirmación*” se llega en la sesión de audiencia pública de juicio oral celebrada el día 21 de marzo de 2018, oportunidad en la cual la menor relata a detalle las circunstancias previas, concurrentes y posteriores a los hechos materia de investigación, dejando entrever en tal declaración algunos aspectos, que unidos a las demás probanzas, son de vital importancia para la resolución del presente caso.

Así las cosas, es menester de esta entidad Tribunalicia poner de presente que los asertos inculpatorios vertidos por la menor L.Y.Z.A. ostentan una notable virtud suasoria de cara al hecho delictivo investigado, puesto que además de la espontaneidad, coherencia, naturalidad y certidumbre con la que se refiere a los hechos, la Sala observa dicha versión desprovista de perplejidades, ambigüedades o invenciones que pudieran menguar su credibilidad; por el contrario, se

avizora que sus dichos, al ser valorados individual y conjuntamente con las demás pruebas, encuentran respaldo y congruencia en las declaraciones rendidas tanto por la señora VGA y la menor Y.C.Z.C, como por los peritos LILIANA CHRISTINA HIDALGO y VÍCTOR OSWALDO PEÑA. Tan así es que uno y otro de los relatos forman un epitelio o tejido coyuntural con la virtud incriminatoria suficiente para no ser resquebrajada por las tesis defensivas esgrimidas por el apoderado del señor LHA, de ello dan cuenta las fundamentaciones que a continuación se presentan:

No existe motivación, razón o causa debidamente acreditada que le permita a esta Colegiatura inferir que la menor L.Y.Z.A. hubiere fabricado falazmente una historia de abuso sexual para inculpar al señor LHA, pues si en gracia de discusión se admitiese el planteamiento de la defensa sobre un amorío de la menor con el acusado, surge el interrogante de *¿por qué someterse voluntariamente al revuelo público que conlleva el hecho de ser víctima de abuso sexual?*; sencillamente carece de lógica que la menor haya actuado de tal forma, pues como ha quedado advertido, lo pecuniario no es un aspecto que le parezca atractivo, menos lo es un romance con el procesado, así lo ha expresado en cada oportunidad mostrando su desagrado y desprecio frente a éste sujeto que por su avanzada edad y desatinado comportamiento lo refería como *“viejo verde, cochino y morboso”*; no en vano el Psicólogo Forense consideró esto como una señal del cuadro de depresión focalizada que adujo padecía la menor.

Por tanto, una vez justipreciadas las probanzas arrimadas al proceso, la única respuesta que encuentra la Sala es que tales afirmaciones fueron elevadas ante esta Corporación con el propósito inane de socavar la

versión de cargo de la víctima, quedando las mismas sin piso ante la fuerza demostrativa que dimana de las pruebas de la acusación. En suma, la aptitud suasoria de la declaración de L.Y.Z.A. no puede ser desdeñada por las simples conjeturas elevadas por la defensa, pues como se dijo, en ningún lugar de la foliatura aparecen acreditados tales señalamientos exculpatorios, quedando estos en un plano meramente especulativo o carente de elementos suasorios que los corroboren, cuando esas argumentaciones exigían a la defensa una importante actividad probatoria para demostrar los asertos más allá de su propia palabra o manifestación, dado que en eventos en los que se postula “defensa positiva” la carga probatoria se torna dinámica., siendo requisito para demostrar los supuestos de hecho que favorecerían a su representado.

Sobre el principio de “CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA” en el proceso penal acusatorio, valga recordar lo que ha sostenido la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en fallos del 25 de mayo de 2011 (Rad. 33660), del 25 de marzo de 2015 (Radicado 45310) y del 5 de agosto de 2015 (radicado 45699), en los cuales se ha indicado:

*“La carga de la prueba implica la necesidad de aportar el medio de convicción que acredita un hecho, obligación que recae sobre quien lo alega en su favor, de donde pueden derivarse consecuencias adversas por la actitud procesal de las partes en caso de que en el trámite se extrañe la prueba del hecho que beneficia a una de ellas, pudiendo ser aportada por aquel al que favorece, ante la demostración de lo perseguido por el adversario”.*

*“La carga de la prueba en el campo penal como manifestación del principio de presunción de inocencia y del derecho a la igualdad, no se torna absoluta como para que se avale la actitud pasiva de la parte acusada, pues en situaciones en las que emerge una dificultad en la parte acusadora para probar determinado hecho, pero la parte acusada cuenta con la facilidad de*

*aportar el medio necesario para ello, siempre que beneficie sus intereses, se hace necesario restablecer el equilibrio en procura que la prueba de la circunstancia controvertida, sea aportada por la parte que puede acceder al medio de convicción. Es lo que se conoce como la categoría de carga dinámica de prueba, inicialmente desarrollada en el derecho privado, pero ahora aplicable al derecho penal sin que se transgreda la presunción de inocencia”.*

Ahora bien, una vez analizado y confrontado el relato de la víctima con los demás medios de prueba, es menester de esta Sala de decisión exponer los motivos por los cuales su versión goza de credibilidad y verosimilitud frente a las tesis de descargo planteadas por el abogado defensor. Así, una vez efectuado el ejercicio de valoración probatoria, la Sala encuentra evidente la concurrencia de varios elementos de corroboración periférica que, vistos desde la *sindéresis* del derecho penal, patentizan la teoría de la acusación.

En primer lugar existe un hecho incontrovertible, como que la criatura nacida del vientre de la jovencita L.Y.Z.A. el 9 de enero de 2015 ha tenido como padre al acusado LHA, según lo pudo acreditar la prueba científica de tipo genético de comparación de *ácido desoxirribonucleico* o de ADN, que es el responsable de la transmisión hereditaria, estudio éste que en porcentajes cercanos al 100/100 pudo determinar dicho vínculo genético ascendente en primer grado en la línea paterna.

También existe un “INDICADOR DE MANIFESTACIONES POSTERIORES” de la conducta del procesado, el cual tiene como fuente de convicción la expresión de reparación y compensación por parte de éste; los ofrecimientos de carácter pecuniario y patrimonial que le hiciera a la víctima y a su familia el señor LHA comporta un hecho que refleja la conciencia de antijuridicidad con la que obró en la ejecución del punible,

pues consiente de que las acciones antijurídicas que desarrolló serían sancionadas por la Ley Penal, intentó mediante proposiciones onerosas disuadir a la víctima y a su familia de continuar con el proceso penal del que ahora es objeto, y así “arreglar” los agravios que sus impulsos libidinosos habían provocado y granjearse la impunidad de los mismos.

No fueron pocas las veces que el filiado intentó enervar o aplacar las ansias de justicia que la víctima y su familia habían promovido en su contra, así lo afirmó L.Y.Z.A. cuando manifestó que *“Él le decía a mi prima que nos miremos en tal parte para arreglar que yo le doy cosas y quite la denuncia; hasta las hijas de él que no mienten fueron a mi casa, una churosa y una de pelo largo, que le ofrecemos una casa, le ofrecemos negocios, pero yo no quiero otra cosa sino que pague porque la plata no es todo en la vida”, aseveraciones que no son insulares sino que fueron corroboradas por su madre VGA “en dos ocasiones fueron dos jóvenes y una mayorcita a mi casa, no sé si es la mamá o no se quien es, que me daban 10 millones de pesos para levantar la denuncia, para que saque adelante la niña, que tenía un hijo enfermo, que por dios y a llorar y a chillar, yo le dije que no porque eso estaba en la Fiscalía, que no quería plata, que yo trabajo y no necesitaba plata, sino que este señor pague y no le haga daño a niños inocentes”, y la menor Y.C.Z.C. quien aseguró “yo pasaba por el mercado, por la caseta de él, me llama, dice venga, fui y dijo dígame a su prima que arreglemos las cosas, que saque la denuncia y que él le pagaba el estudio a mi prima para que ella no lo denunciara, yo le dije a ella y dijo que no, que lo que quería es que él pague por lo que le hizo, que como se le ocurre”, no cabe duda entonces, que el procesado, en un intento desesperado por escapar de las manos de la justicia, y consciente del daño que había provocado en la libertad, integridad y formación sexuales de la menor L.Y.Z.A., pretendió hacerla desistir de seguir adelante con el proceso penal que había iniciado en su contra, prometiéndole a cambio todo tipo de beneficios económicos. Es lógico discernir que nadie, con buen criterio intenta hacerse cargo de la reparación de daños que no ha causado. Siendo ello así, surgen a la Sala las siguientes interrogantes:*

*¿Por qué el acusado buscaría la exculpación de su responsabilidad de esa forma, si en verdad el encuentro sexual que motivó el presente trámite se hubiere llevado a cabo con el consentimiento y voluntad de la menor?; así mismo, ¿Por qué intentaría resarcir un daño que él no ha provocado?*

Por otro lado, la Sala encuentra en el procesado, comportamientos que entrañan inclinación o propensión hacia lo lascivo, lujurioso o libidinoso, así lo dejó ver la menor en sus declaraciones que luego fueron corroboradas por el relato de su prima Y.C.Z.C. quien refirió “*conmigo se comportaba morboso siempre que pasaba por ahí, empezaba mamacita, venga, cuando va a venir a lo que sabemos, cosas todo feas, empezaba a sacar la lengua, que mamacita venga, cosita rica*”, y también fueron ratificadas por su madre la señora VGA, señalando que “*yo fui a comprar un vaso de la licuadora, él me miró de una forma extraña, sacó la lengua y me picaba el ojo, a mi no me gustó y le dije usted respete, respete a sus hijos*”.

Llegados hasta aquí, resulta imperioso que en punto de valoración probatoria esta Sala de decisión precise que los medios probatorios arrimados por el equipo defensivo del señor LHA, en modo alguno han sido pasados por alto; por el contrario, al igual que las pruebas incorporadas por la Fiscalía, estos fueron sometidos al tamiz definido por los postulados del sistema de valoración de la sana crítica, obteniendo de ello las conclusiones que a continuación se presentan:

Para esta Colegiatura los elementos materiales probatorios recaudados por la defensa no ostentan la virtud suasoria necesaria para mantener incólume la presunción de inocencia que recaía sobre el mentado, toda vez que los asertos esgrimidos por los testigos de esta bancada -como bien lo expuso la *a quo*- se advierten dirigidos a persuadir sobre una relación sentimental entre la víctima y el procesado, tan evidente es que sus dichos

solo arrojan datos fácilmente rebatibles como que según MED “había varias muchachas de color negro que visitaban el negocio del señor LH” las cuales, según ella lo visitaban todo el día, “se le sentaban en las piernas y lo besaban”, estas versiones sin embargo, se quedan sin fundamentación lógica puesto que son muchas las personas de color “negro” que pueden cohabitar o transitar por el sector de “EL POTRERILLO”, que bien pudieron arribar a la caseta del procesado puesto que se trataba de un establecimiento comercial abierto al público, así como las caricias que dice haber percibido, las cuales, no sería extraño que -de existir- devinieran de otra persona que hallara correspondencia en las proposiciones de tipo erótico sexual que el procesado elevaba con frecuencia hacia las mujeres que visitaban su negocio, pues no se encuentra información alguna que dé cuenta que la menor L.Y.Z.A. era verdaderamente la protagonista de dichos encuentros, habida cuenta que tanto la señora MED, como el señor BR nunca identificaron ciertamente a L.Y.Z.A.; pues la primera no confirmó que la persona que adujo observar en la caseta del acusado fuera la misma que luego miró el día anterior a la diligencia del 21 de marzo de 2018 en la sala de audiencias, dado que solo la miró “de espaldas”; y el segundo, manifestó “tener problemas para recordar a las personas”, lo que de contera enerva flagrantemente la entidad probatoria de sus aseveraciones.

Así pues, la credibilidad de los precitados testigos queda en un plano de notorio desvalor, comoquiera que además de lo señalado precedentemente, incurrieron en sendas contradicciones con respecto al reconocimiento que cada uno manifiesta haber realizado sobre la menor L.Y.Z.A. en la sala de audiencias el día que comparecieron a declarar, pues mientras el uno dice reconocerla por llevar puesto un vestido largo, el otro señala a la misma persona y en la misma oportunidad vistiendo un saco negro y un pantalón jean; siendo ello así, no es factible que esta entidad Tribunalicia le otorgue a estos testimonios más valor probatorio

que el que realmente merecen, siendo este insuficiente para desvirtuar la acusación de la causa.

Ocurre lo propio en lo relativo a la inspección al lugar de los hechos que la defensa incorporó en medio videográfico y fotográfico, pues considera la Sala que una revisión visual realizada tres años después de la ocurrencia de los hechos no demuestra en forma alguna que los mismos no tuviesen lugar; en cualquier caso, la fuerza demostrativa que dimana del tejido probatorio introducido por la Fiscalía no resulta afectada o menoscabada por una exigua probanza como ésta, cuyo contenido no demuestra más que el apiñamiento y desorganización de un espacio que tres años atrás pudo haber sido distribuido y utilizado conforme al albedrio de su propietario.

## **7.- Consideraciones finales.**

El apoderado del señor LHA atacó, en su escrito de sustentación del recurso de apelación, falencias en el juicio de tipicidad que hiciera la *A quo*; manifestó que en el presente caso nunca se conoció la sustancia que se dice empleada por el acusado para poner en estado de inconsciencia a la menor y luego accederla carnalmente, y que por tanto la decisión judicial proferida por tal funcionario resultaba contraria a los principios rectores del proceso penal. Al respecto, esta Sala de decisión considera que dicho planteamiento corresponde a un tema de valoración probatoria que la Honorable Corte Suprema de Justicia ya ha tratado en otras ocasiones, ha dicho sobre el particular:

*“...[El] sistema procesal colombiano de antaño abandonó la tarifa legal de la prueba como medio para demostrar la ocurrencia de algunos sucesos y dio preponderancia al método de la libre valoración, documentado en los*

*principios que orientan la sana crítica –leyes de la ciencia, reglas de la lógica y axiomas de la experiencia–, de modo que todo hecho jurídicamente relevante para el derecho penal puede ser demostrado a través de cualquier medio probatorio siempre que se haya incorporado al proceso con observancia de las formalidades legales.*

*La intoxicación por el uso de sustancias psicodislépticas no sólo se demuestra a través del análisis químico de la sangre y la orina, sino también con otros medios probatorios como el testimonio de quienes han tenido contacto con la víctima y que, por sus conocimientos, advierten en ella signos de haber sido envilecida con el uso de tales drogas; la declaración de ésta o la de quienes por el conocimiento precedente acerca de su forma de ser, le aprecian una actitud anormal...*<sup>19</sup> (subrayas fuera del texto original)

Así pues, a pesar de que en el presente caso se eche de menos la prueba toxicológica que refiere el defensor, la Sala considera que ello no es óbice para que se tenga como acreditado el elemento normativo del tipo penal enrostrado “*en persona a la que haya puesto en incapacidad de resistir o en estado de inconsciencia, o en condiciones de inferioridad síquica que le impidan comprender la relación sexual o dar su consentimiento*”, pues como atrás quedó advertido, las declaraciones vertidas por la menor L.Y.Z.A., por su madre VGA y su prima Y.C.Z.C., develaron que luego de aquella tarde de abril de 2014 en que tuvieron lugar los pluricitados insucesos, las conductas y comportamientos de la menor variaron sustancial y negativamente de cara a como era ella antes, llegando incluso a descuidar los estudios y otras actividades a las cuales les dispensaba abundante atención en el pasado, y sin tener otra causa acreditada más que lo que pasó luego de recibir el vaso de agua de manos del señor LHA.

Lo anterior aunado a los razonamientos esbozados por el Juzgador de conocimiento sobre que “*existen sustancias de fácil acceso que*

---

<sup>19</sup> Cfr. Corte Suprema de Justicia, SP 20 feb. 2008, rad. 23290.

*perfectamente pueden ser suministradas por vía oral y que causan los efectos de los que ha dado cuenta la menor*” –los cuales acoge esta Colegiatura-, permite concluir que la tesis de atipicidad que la defensa plantea respecto del fallo de primera instancia, no sea de buen recibo frente al lapidario acervo probatorio arrimado por la Fiscalía en su tarea de titular de la acción penal.

Por otra parte, en lo relativo a los supuestos facticos que la *a quo* tuvo en cuenta para proferir el fallo ahora impugnado, la defensa resaltó algunos datos con los que pretendió infructuosamente menoscabar la credibilidad de las aserciones elevadas por la menor; en primer lugar refirió “*inconsistencias*” en cuanto a la fecha de la ocurrencia de los hechos señalada por los testigos de cargo, luego, expuso que la depresión que le fuere diagnosticada a la menor se debía al embarazo, y al ocultamiento del mismo que la menor vivió luego de sostener una relación sentimental con el acusado, y así mismo destacó la falta de confianza y transparencia de la menor para con su madre.

Pues bien, las acotaciones que esgrime la defensa, vistas a la luz de la realidad probatoria, considera la Sala no pueden detentar mérito suasorio alguno, pues como en anteriores oportunidades lo ha manifestado esta honorable Corporación, el secreto del derecho penal está en que los sujetos procesales reconocidos como partes e intervinientes prueben sus hechos más allá de su propia palabra, circunstancia que brilla por su ausencia en el caso de marras dado que lo que comenta el defensor no cuenta con respaldo evidencial alguno; en efecto, la Sala no encuentra que los dichos de la menor L.Y.Z.A., su madre, su prima, y los funcionarios del Instituto Nacional de Medicina Legal, sometidos a una labor de confrontación y verificación, sean excluyentes entre sí y por tanto dejen entrever

inverosimilitud en sus declaraciones, pues si bien no existe una estricta articulación temporal sobre la fecha de ocurrencia de los hechos, sí se avizora una precisa ilación y cohesión entre los supuestos facticos descritos en sus testimonios; por tanto, no es dable pensar que los acontecimientos libidinosos atribuibles al señor LHA nunca ocurrieron, solamente porque las fechas descritas por los declarantes no logran conjugarse a la perfección, planteamiento por demás difícil de cuestionar si en cuenta se tiene que del comportamiento ominoso del procesado se obtuvo el nacimiento de una bebé, y a partir del momento del parto, ocurrido el día 9 de enero de 2015 (Ver a folio 79 de la carpeta el registro civil de nacimiento) es factible discernir el momento probable de la concepción; de ahí surge como presunción civil admisible, hoy de carácter legal que admite prueba en contrario, que una fecha de finales del mes de abril de 2014, que es la que se indica por la víctima como de ocurrencia de los hechos (concepción), cabe dentro de la probabilidad establecida en el artículo 92 del Código Civil Colombiano<sup>20</sup>.

Similar suerte corren los esfuerzos defensivos del recurrente al poner de presente que la menor L.Y.Z.A. es una persona proclive a la

---

<sup>20</sup> **Presunción sobre la concepción.** De la época del nacimiento se colige la de la concepción, según la regla siguiente: Se presume (de derecho) que la concepción ha precedido al nacimiento no menos que ciento ochenta días cabales, y no más que trescientos, contados hacia atrás, desde la media noche en que principie el día del nacimiento.

En la sentencia C-004 de 1998 fue declarada inexecutable la expresión (...de derecho), de suerte que esta presunción es simplemente legal. Al respecto la Corte Constitucional dijo: “*La duración de la gestación no es ya un factor definitivo en la prueba de la filiación. La filiación, fuera de las demás pruebas aceptadas por la ley civil, se demuestra ahora, principalmente, por el experticio sobre las características heredo-biológicas paralelas entre el hijo y su presunto padre, y por la peritación antro-po-heredo-biológica, medios de prueba expresamente previstos por el artículo 7º de la ley 75 de 1968. Se declarará la inexecutable de la expresión "de derecho" contenida en el artículo 92 del Código Civil, y, en consecuencia, la presunción establecida en esta norma será simplemente legal, que admite prueba en contrario. La presunción del artículo 92, en síntesis, es la base de diversas normas del Código Civil relacionadas con la familia o con el parentesco. Como presunción simplemente legal, que admite prueba en contrario, en nada vulnera la Constitución. Es claro que si se abre la posibilidad de desvirtuarla, por medio de las pruebas pertinentes, ella no constituirá en adelante un obstáculo insalvable e injusto para las pretensiones de algunos. Todas las normas que se refieran directa o indirectamente a la presunción del artículo 92, deberán interpretarse teniendo en cuenta que ésta es simplemente legal y no de derecho, y que, por consiguiente, es admisible la prueba en contrario*”.

mentira, que la misma diseñó una historia de abuso en aras de mantener una imagen moralmente recta frente a sus padres, y que ocultó a su madre tanto el embarazo, como que ya había iniciado su vida sexual; pues para la Sala estas no son más que conjeturas edificadas con base en datos aislados, los cuales en lo absoluto reflejan lo realmente acaecido, siendo lo verdadero que para librarse de la sanción penal, el procesado debió aplicar los frenos inhibitorios cuando sus ímpetus libidinosos eran aún incipientes y radicaban solo en su psiquis, antes de desplegarlos ominosamente –como lo hizo– sobre una adolescente de escasos 15 años de edad, infundiéndole con dicho comportamiento graves consecuencias negativas de índole personal, familiar, psicológico y hasta social. Todo lo anterior redundaba en la confirmación de la sentencia impugnada.

Sin otras consideraciones, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pasto, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** en todas sus partes la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pasto Nariño el día 14 de septiembre de 2018, en contra del señor LHA por el delito de ACCESO CARNAL CON PERSONA PUESTA EN INCAPACIDAD DE RESISTIR.

**SEGUNDO:** Esta decisión queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso extraordinario de casación.

#### **CÚMPLASE**

**SILVIO CASTRILLÓN PAZ**  
**Magistrado**

**FRANCO SOLARTE PORTILLA**  
**Magistrado**

**HÉCTOR ROVEIRO AGREDO LEÓN**  
**Magistrado**

**JUAN CARLOS ÁLVAREZ LÓPEZ**  
**Secretario**