



**TRIBUNAL SUPERIOR  
DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C.  
-SALA PENAL-**

Magistrado Ponente:  
**MARIO CORTÉS MAHECHA**

Radicación:	11001 60 00721 2018 01385
Contra:	Luis Roberto Vargas Villamil
Delito:	Actos sexuales con menor de catorce años
Motivo:	Niega prueba de referencia
Decisión:	Revoca
Aprobada:	Acta No. 120

Bogotá D. C., trece (13) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

**VISTOS**

Resuelve la Sala los recursos de apelación promovidos por la Fiscalía y la representación de víctimas en contra del auto proferido el 22 de agosto de 2022 por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Bogotá, mediante el cual negó en la audiencia de juicio oral la práctica de una prueba de referencia.

**ANTECEDENTES RELEVANTES**

1. El 13 de febrero de 2019 y ante el Juzgado Quince Penal Municipal, la Fiscalía formuló imputación en contra de **Luis Roberto Vargas Villamil** por el delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado.

Al aludido ciudadano se le atribuyó haber realizado tocamientos en el área genital de la menor I. M. V., su nieta, a lo largo de 2018 cuando la niña tenía apenas cinco años de edad.

2. El asunto correspondió al Juzgado Cuarto Penal del Circuito, que celebró audiencia de formulación de acusación el 4 de septiembre de 2019 y la preparatoria el 16 de octubre siguiente. El juicio oral lo instaló el 17 de enero de 2020 y en la sesión del 2 de agosto de 2022 la menor I. M. V. manifestó su deseo de acogerse al derecho de no declarar en contra de su abuelo.

Por tal motivo, la delegada del ente de persecución solicitó permitírsele convocar al juicio a la psicóloga que practicó la entrevista a la niña, advirtiéndole que su testimonio se decretó en la audiencia preparatoria de manera condicionada. Ante su petición, partes e intervinientes no manifestaron objeción alguna.

Sin embargo, el juez de primera instancia despachó negativamente la pretensión, distinguiendo para el efecto entre la situación acaecida en el curso de esa audiencia y los términos en los cuales la prueba se decretó en el curso de la preparatoria. Preciso que la declaración de la psicóloga se condicionó al evento de que la menor no compareciera, pero ella sí asistió, aun cuando optó por ejercer un derecho que se encuentra constitucionalmente amparado.

Advirtió que existe multiplicidad de criterios sobre ese particular. Incluso, reconoció que esta Corporación ha optado por avalar la postura de la Fiscalía. No obstante, en su concepto, no militan elementos que lleven a pensar que a la niña se le sometió a presión o injerencia indebida, por cuya razón su minoría de edad no debería apreciarse como suficiente para pasar por alto el ejercicio de su derecho fundamental.

Trajo a colación la providencia del 2 de septiembre de 2020, proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con el propósito de indicar que para desconocer la decisión del testigo de acogerse a la cláusula de inmunidad preciso resultaría establecer que esa determinación no fue libre, voluntaria, consciente e informada, por cuyo

motivo, considerando que lo acaecido en este asunto no se ajusta a esa descripción, decidió negar la práctica de la prueba.

3. La Fiscalía manifestó su desacuerdo con la posición del juez y, para ese efecto, predicó la imposibilidad de asegurar que la decisión de la menor haya sido libre, consciente y voluntaria, pues por su edad no tiene la capacidad jurídica para disponer de sus derechos de la manera como en este asunto se sugirió.

Recordó brevemente que, en el presente caso, el presunto agresor es un familiar cercano de la víctima, lo cual hace pensar que quienes tomaron la determinación de llevarla a acogerse a la cláusula de inmunidad fueron sus padres, en concreto, su progenitora, quien tuvo un nuevo acercamiento con el procesado, pese a la presentación de la denuncia.

4. En el mismo sentido, la representación de víctimas pidió revocar la providencia del juzgado, señalando que la menor pudo haber sido coaccionada para no dar su declaración y, además, resaltando que en la primera oportunidad en la cual se le citó al juicio se pudo observar cómo sus respuestas estaban dirigidas por alguien más. En su opinión, la decisión de la niña de no declarar avala la hipótesis de la práctica de la prueba de referencia.

5. El Ministerio Público se opuso al criterio de los recurrentes, pues no es cierto que la menor de edad sea una incapaz jurídica, por cuya razón el ejercicio de su derecho a no declarar se torna válido. De todas maneras, pidió no dar trámite al recurso de apelación, por cuanto lo decidido por el Juez Cuarto Penal del Circuito constituyó una orden, por ende, no susceptible de ser impugnada.

6. En línea similar, la defensa estimó que no hay una decisión respecto de la cual pueda interponerse recurso, pues el juez no negó la práctica de la

prueba, sino que emitió un pronunciamiento aclarando el sentido de la providencia emitida en audiencia preparatoria.

Con todo, consideró que la declaración de la psicóloga se decretó de manera alternativa, en el evento de que la menor víctima no compareciera a declarar, por cuyo motivo acoger la postulación de la Fiscalía supondría un cambio a las reglas de juego, en perjuicio de los intereses del procesado.

### **CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

1. No concuerda la Sala con las observaciones de la delegada del Ministerio Público y la defensa, en cuanto a la procedencia del recurso de apelación interpuesto en contra del auto del 2 de febrero de 2022.

Proponen los no recurrentes que la determinación mediante la cual el juzgado impidió la práctica de la prueba de referencia tiene el carácter de orden, a través de la cual, en palabras del extremo defensivo, se precisaron los alcances del decreto probatorio pronunciado en la audiencia preparatoria.

Al respecto, la delegada de la Fiscalía pidió permitírsele escuchar en el juicio a la psicóloga que entrevistó a la menor víctima durante la etapa de indagación, acudiendo, para ese efecto, a la decisión de ésta de no rendir testimonio y considerando que la incorporación de la manifestación previa se condicionó a que ella no asistiera a rendir declaración.

Sin embargo, el juez de primera instancia despachó negativamente la postulación del ente de persecución, por cuya razón pretender asimilar dicha determinación a una simple orden, no susceptible de impugnación, de un lado, significaría incumplir la obligación de dar prevalencia al derecho sustancial, por encima del procesal, en tanto, del otro, supondría desconocer que, a través de la providencia censurada, el fallador

efectivamente adoptó una determinación con efectos claramente severos para la pretensión punitiva del Estado.

En ese sentido, no puede pasarse por alto que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Penal, la apelación procede, en el efecto suspensivo, contra el “*auto que niega la práctica de pruebas en el juicio oral*”. Y, sin duda, la decisión del *a quo* reviste esa naturaleza.

Por consiguiente, la Sala procederá a estudiar de fondo la alzada promovida por la Fiscalía y la representación de víctimas.

2. El objeto concreto del disenso lo constituye la decisión del juez de negar la práctica de una prueba de referencia, pronunciamiento sustentado, primero, en la diferencia entre los términos del decreto probatorio y la pretensión del ente de persecución y, segundo, en el valor del derecho a no declarar en contra de los familiares cercanos, ejercido por la joven víctima en el curso de la audiencia del juicio oral.

De entrada, la Sala encuentra desatinada la primera postulación. Es cierto que, en diferentes providencias –y para el efecto puede consultarse la SP 934, 20 de mayo de 2020, rad. 52045- la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha considerado que, inclusive, tratándose de víctimas menores de edad de delitos contra la libertad, integridad y formación sexual, la prueba de referencia se mantiene como una herramienta excepcional, razón por la cual le corresponde al ente de persecución acreditar la necesidad de incorporar las entrevistas rendidas por éstos, dadas las particularidades de cada caso. Y si bien es factible que desde un principio se pongan de presente las circunstancias fácticas que demandan dar aplicación a la respectiva normatividad, lo cierto es que en algunos casos, como ocurrió aquí, la situación relativa a la indisponibilidad del testigo resulta ser sobreviniente.

Precisamente, en la audiencia preparatoria del juicio, la Fiscalía pidió permitírsele incorporar la entrevista de la menor I. M. V., en el evento de no comparecer a declarar, pretensión avalada en su momento por el juzgador. Empero, no podía anticiparse la delegada del ente de persecución a la decisión que, finalmente, tomó la niña, por cuya razón tampoco podría exigírsele considerar tal eventualidad durante su argumentación en la citada audiencia.

En ese sentido, dio el juez de primera instancia un alcance indebido a la intervención de la Fiscalía efectuada en la audiencia preparatoria, desconociendo el carácter sobreviniente de las hipótesis de indisponibilidad del deponente que llevarían a la viabilidad de acudir a la prueba de referencia. Ciertamente, en su momento, la judicatura avaló el medio de convicción bajo el condicionamiento de la inasistencia de la víctima. Sin embargo, ello de ninguna manera impedía que, ante la ocurrencia de una situación de índole distinta, el ente investigador pudiese en debida forma plantear su solicitud.

Tampoco comparte la Sala el criterio expuesto por el *a quo* en lo concerniente al efecto de la decisión de la menor de acogerse a la garantía contenida en el artículo 33 de la Constitución Política.

No pasa por alto el Tribunal que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, concretamente en las providencias AP1393 y SP3274 de 2020, ha estudiado asuntos de similar naturaleza, llegando, en la primera de ellas, a concluir que la decisión de la víctima de optar por el derecho a no declarar en contra de sus parientes “*impide que de manera indirecta se le fuerce a deponer, mediante la utilización y valoración de sus declaraciones previas*”. No obstante, el presupuesto fáctico y, consecuentemente, el jurídico, en este asunto son distintos.

En ambos pronunciamientos, la alta Corporación en cita decidió sobre la base de tratarse de testigos adultos, luego de ejercido el derecho a no

declarar en contra de sus parientes, con el agregado que en el segundo, la Corte estudió un evento de violencia intrafamiliar, por cuya razón, además de las disposiciones propias de la prueba de referencia, estuvo también llamada a considerar la perspectiva especial de género en el curso del análisis jurídico.

En ese sentido, cuando en el auto AP1393 del 24 de junio de 2020 la Corte Suprema rechazó considerar el ejercicio de la inmunidad constitucional como hipótesis para la práctica de la prueba de referencia, lo hizo estipulando que el legítimo goce de dicha garantía no puede asemejarse a lo descrito en el literal b) del artículo 438 del Código de Procedimiento Penal, esto es, a un “*evento similar*” a los delitos de secuestro o desaparición forzada. Sin embargo, I. M. V. tiene diez años y a **Luis Roberto Vargas Villamil**, su abuelo, le ha sido atribuida la eventual comisión del delito de actos sexuales con menor de catorce años, resultando entonces claro que la norma que debe reglamentar el caso es otra.

Obsérvese cómo el literal e) *ejúsdem*, adicionado por la Ley 1652 de 2013, determinó que sería admisible la prueba de referencia cuando el testigo “*Es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal*”. De allí que no corresponda a la judicatura determinar si la decisión del testigo de no incriminar a su pariente implica una hipótesis que se asemeje a un secuestro o desaparición forzada, debiendo entonces recurrir a criterios hermenéuticos distintos.

Para empezar, la decisión relacionada con la petición presentada por la Fiscalía requiere un ejercicio de ponderación constitucional, pues tal postulación confronta el derecho a no declarar en contra de sus familiares del que es titular I. M. V., con la prerrogativa del Estado de investigar las conductas que revistan las características de delito (artículo 250 de la

Constitución), así como el interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

Y, con tal propósito, crucial resulta recordar que la garantía en discusión no tiene carácter absoluto, pues aun cuando el artículo 33 de la Carta Magna establece que *“nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil”*, en sentencia C-848 de 2014 la Corte Constitucional, al estudiar la exequibilidad del artículo 68 del Código de Procedimiento Penal, encontró que los alcances del derecho a no autoincriminarse y a no declarar en contra de los parientes más cercanos son distintos. En efecto:

*“En el primer caso, por estar asociada indisolublemente al derecho de defensa, en los sistemas mundial y regional de derechos humanos ha sido reconocida unánime y uniformemente, como una salvaguardia que en principio no admite ningún tipo de excepción o salvedad. Por el contrario, la garantía de no incriminación de los parientes no constituye un estándar mínimo de los sistemas de protección de derechos humanos, y en el derecho comparado su consagración ha sido contingente. En otras palabras, mientras que la primera hace parte integral del sistema del “núcleo duro” del derecho de defensa y del derecho al debido proceso, la segunda no es un componente esencial de los referidos derechos”.*

Comprendida esa distinción, el conflicto propuesto por el ente de persecución dirigido a obtener la práctica de la prueba de referencia puede ser abordado desde la teleología de la norma sustento de la petición. Y, en ese sentido, es necesario reseñar que en la exposición de motivos del proyecto de ley Número 1 de 2011, que corresponde a la Ley 1652 de 2013, se indicó lo siguiente:

*“El presente proyecto de ley busca defender los derechos de los niños víctimas de abuso sexual. Es de vital importancia acomodar el proceso penal a las exigencias propias de los niños, pues es apenas evidente que por la etapa de desarrollo mental*

*en que se encuentran y por las nefastas consecuencias del abuso sexual, estos no se desenvuelven normalmente dentro de un proceso diseñado para adultos”.*

Y se agregó luego:

*“Existe una tendencia por parte de los abusadores de silenciar a los menores abusados. Esto obedece al desequilibrio de poder que existe entre el ofensor y el niño, así como a la relación de confianza y/o dependencia que hay entre ellos. Esto se manifiesta en palabras del abusador, quien convence al menor de la necesidad de mantener el secreto. El menor, a su vez, por temor a herir a sus seres queridos y a perder el afecto de ellos y también por la intimidación, el aislamiento y la autoculpación, no revela el abuso”.*

Como se observa, el legislador previó la posibilidad de que la complejidad de las estructuras familiares y relaciones sociales subyacentes al ilícito incidan en la disponibilidad de la víctima para rendir su declaración en el curso del juicio oral. Sin que esto constituya un prejuicio del comportamiento concretamente atribuido a **Vargas Villamil**, lo cierto es que las mismas presiones que eventualmente podrían llevar a un niño a sentir culpa asociada con la investigación o a temer al ostracismo por parte de su familia, válidamente conducirían a tomar la decisión de no declarar en el juicio, determinación que estaría amparada por el artículo 33 de la Constitución Política.

Por tanto, ajeno sería a la finalidad de la norma postular su inaplicabilidad en eventos en los cuales el vínculo de parentesco entre el presunto agresor y la posible víctima avala la decisión de no declarar en el juicio oral. Esta conclusión encuentra, de alguna forma, respaldo en el tratamiento que la Corte Suprema de Justicia ha dado a las entrevistas de niños, niñas y adolescentes en la investigación de delitos sexuales.

Así, pronunciamientos como el emitido el 20 de mayo de 2020 (SP934), han autorizado el uso de declaraciones previas en hipótesis de

disponibilidad relativa del testigo, esto es, cuando el menor sí comparece al juicio, pero por su edad o capacidad cognitiva *“no está en realidad disponible para ser interrogado y contrainterrogado”*.

Obsérvese cómo el alto Tribunal en cita ha estimado que ese escenario de disponibilidad relativa es suficiente para justificar la práctica de un tipo de prueba de admisibilidad excepcional, resultando entonces contrario a la lógica jurídica suponer que, en un caso en el cual el deponente no estaría dispuesto para ser sometido al interrogatorio cruzado, dicho medio de cognición se torna prohibido para la Fiscalía.

No se trata de que I. M. V. sea una incapaz jurídica y, por ende, que haya estado vedada para disponer de sus derechos, como lo hizo al manifestar su deseo de no declarar en contra del acusado, siendo este el argumento central de la Fiscalía en la sustentación del recurso. Ciertamente, postular que la mayoría de edad es el presupuesto para el ejercicio de los derechos, es ajeno a la Carta de 1991 y claramente confunde la dimensión patrimonial de las interacciones sociales con el reconocimiento de la dignidad humana inherente a la condición de ser persona.

Por el contrario, de la decisión de primera instancia sí se reprocha no considerar (i) cuál es el marco normativo para la práctica de la prueba de referencia en estos casos y (ii) cuál fue el propósito del legislador al incorporar las entrevistas de los niños presuntamente víctimas de delitos sexuales como hipótesis de admisibilidad de la prueba de referencia.

En consecuencia, la Sala revocará la providencia impugnada para, en su lugar, autorizar la práctica de la prueba de referencia pedida.

Por lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en Sala de Decisión Penal,**

## RESUELVE

**Primero. REVOCAR** el auto objeto de recurso. En su lugar, **AUTORIZAR** la incorporación de la entrevista de I. M. V., a través del testimonio de la investigadora María Fernanda Forero Cogoyo.

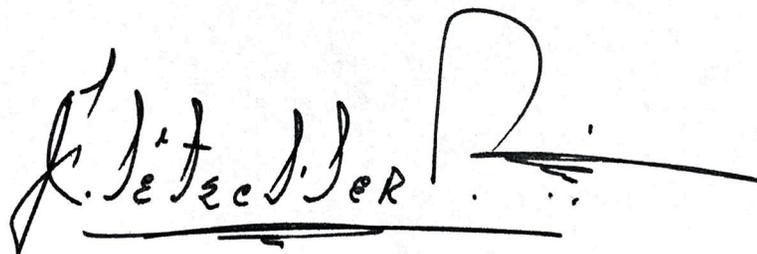
**Segundo. Ordenar** la devolución del proceso a la oficina de origen para lo de su cargo.

**Tercero.** Contra esta decisión no proceden recursos.

## NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MARIO CORTÉS MAHECHA  
Magistrado



**JAVIER ARMANDO FLETSCHER PLAZAS**  
Magistrado



**JUAN CARLOS GARRIDO BARRIENTOS**  
Magistrado