

Magistrado Ponente: JOSÉ DE JESÚS CUMPLIDO MONTIEL

Número de Radicación: 13-001-6001128-2018-06456. I: G 13 N°0013 de 2020.

Tipo de decisión: Confirma sentencia

Fecha de la decisión: 31 de agosto de 2020.

Clase y/o subclase de proceso: ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL CON INCAPAZ DE RESISTIR.

PRUEBA DE REFERENCIA/Se puede catalogar como prueba de referencia a toda declaración realizada por fuera del juicio oral, que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención del mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto de debate, cuando no sea posible practicarla en juicio.

PRUEBA DE REFERENCIA /Admisión e incorporación.

PROTOCOLOS SATAC/ENTREVISTAS/Las entrevistas realizadas o practicadas bajo este protocolo carecen de cualquier soporte técnico o científico, ya que no realizan valoración de orden psicológico, ni se aplican pruebas para establecer la coherencia interna o externa del relato de la declarante, pues la entrevistadora, solo se limita a obtener la versión de los hechos, sin realizar un estudio psicológico serio y fundado.

FUENTE FORMAL/ Artículos 381, 379, 437 de la Ley 906 de 2004,

FUENTE JURISPRUDENCIAL/ CSJ SP, Rad. 44950, CSJ AP-2770-2015, 25 may. 2015, rad.45578, CSJ AP5785-2015, 30 sep. 2015, rad. 46153; CSJ SP14844-2015, 28 oct. 2015, rad. 44056 y CSJ SP606-2017, 25 ene. 2017, rad. 44950.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR



TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
SALA PENAL

Cartagena de Indias, D. T. y C, treinta y uno [31] de agosto dos mil
Cartagena de Indias, D. T. y C, xxx [xxx] de xxx dos mil veinte [2020].
veinte [2020].

JOSÉ DE JESÚS CUMPLIDO MONTIEL
JOSÉ DE JESÚS CUMPLIDO MONTIEL
MAGISTRADO PONENTE

RAD. No	:	13-001-6001128-2018-06456
RAD. No	:	13-001-6001128-2018-06456
RAD. INT. No	:	G 13 N° 0013 de 2020
RAD. INT. No	:	G 13 N° 0013 de 2020
PROCEDENCIA	:	JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL
PROCEDENCIA	:	JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL
	:	CIRCUITO DE CARTAGENA
	:	CIRCUITO DE CARTAGENA
PROCESADO	:	OMAR MARTÍNEZ PEREIRA
PROCESADO	:	OMAR MARTÍNEZ PEREIRA
DELITO	:	ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL
DELITO	:	ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL
	:	CON INCAPAZ DE RESISTIR
	:	CON INCAPAZ DE RESISTIR
APROBADO ACTA N°	:	XXX
APROBADO ACTA N°	:	148

1. MOTIVO DE PRONUNCIAMIENTO

Corresponde a la Sala Pronunciarse sobre el recurso de apelación interpuesto por el defensor del señor **OMAR MARTÍNEZ PEREIRA** contra el auto proferido el día 6 de mayo de 2020 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cartagena, a través del cual se admitió *“como prueba de referencia admisible la declaración rendida por la psicóloga del CTI, Dolly Stella Arcila Vásquez.”*

2. HECHOS

Los hechos jurídicamente relevantes extraídos del Escrito de Acusación, se sintetizan de la siguiente manera:

El día 5 de junio de 2018, la joven YULIANIS MARÍA TOVAR MORA, a la sazón de 24 años de edad, se acercó a la tienda administrada por el señor OMAR MARTÍNEZ PEREIRA, en el barrio 11 de noviembre de la ciudad de Cartagena. Estando en



ese sitio, el señor Martínez Pereira, “le quitó la ropa, comenzó a morbosearla por las partes de ella, le tapó la boca para que no gritara” y la “penetró”.

Se expuso igualmente en la acusación, que la joven YULIANIS MARÍA TOVAR MORA, presenta una discapacidad, la cual la hace actuar como una menor de 3 años.

3. ANTECEDENTES PROCESALES PERTINENTES

3.1. Previa solicitud de orden de captura, en audiencias preliminares celebrada los días 8 de julio de 2019 ante el Juzgado Cuarto Penal Municipal de Cartagena se impartió legalidad al procedimiento de captura y formuló imputación por el delito de **ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL ABUSIVO CON INCAPAZ DE RESISTIR** a **OMAR MARTÍNEZ PEREIRA**. El imputado no se allanó a los cargos.

Por petición de la Fiscalía a los imputados se le impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario.

3.2. La Fiscalía radicó el escrito de acusación el 1/11/2019, y la audiencia de Formulación de Acusación se realizó el 16 de enero de 2020 ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cartagena, diligencia en la que se formuló Acusación contra el imputado **OMAR MARTÍNEZ PEREIRA** por el delito de **ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL CON INCAPAZ DE RESISTIR (Art. 210 del C.P.)**.



3.3. La audiencia preparatoria se desarrolló el día 6 de mayo de 2020, estadio procesal en donde las partes descubrieron, enunciaron y realizaron las solicitudes probatorias.

Cumpliendo el trámite procesal pertinente, el juez cognoscente emitió auto interlocutorio, a través del cual admitió unos medios probatorios e inadmitió otros. Referente a lo que es objeto de apelación, el *a quo* resolvió no acoger la solicitud de exclusión presentada por el defensor frente a la petición probatoria de la fiscalía. Por tanto, admitió *“como prueba de referencia admisible la declaración de la psicóloga del CTI, DOLLY STELLA ARCILA VÁSQUEZ”*

El defensor del señor Omar Martínez Pereira, no conforme con la decisión anterior, interpuso el recurso de apelación.

4. DE LA SOLICITUD DE EXCLUSIÓN DEL MEDIO PROBATORIO

En su intervención el defensor del procesado manifestó que la declaración que podrá brindar la funcionaria del CTI, Dolly Stella Arcila Vásquez, quien realizó entrevista a la presunta víctima Yulianis María Tovar Mora, es ilegal de conformidad a lo preceptuado en el artículo 360 de la Ley 906 de 2004, toda vez que ella no es la persona idónea para realizar tal acto de investigación, ya que la joven padece un trastorno mental.

Precisó el defensor que, según la Organización Mundial de la Salud (en adelante OMS), la persona idónea para realizar ese tipo de entrevistas debe ser un psicólogo general sanitario o un psicólogo especialista en psicología clínica, y dentro del proceso de la referencia,



la fiscalía no acreditó las calidades profesionales y la formación académica de la Dra. Dolly Arcila Vásquez.

Con fundamento en lo anterior, afirmó que la prueba es ilegal y debe ser excluida, toda vez que *“el rito predeterminado para su recaudo, aducción o aporte”* no se ciñó a los parámetros establecidos, máxime si ya la fiscalía conocía que la presunta víctima es una persona que tenía una discapacidad mental marcada.

5. LA PROVIDENCIA RECURRIDA

Como argumentos empleados para no acceder a la solicitud de exclusión presentada por el defensor del procesado, adujo el juez de primer grado que la Dra. Dolly Arcila Vásquez, funcionaria del CTI de la Fiscalía, es una psicóloga que si puede traer a juicio la entrevista forense que realizó.

En primer lugar, se indicó en la decisión que el defensor cuando se realizó la formulación de acusación, tenía la posibilidad de solicitarle a la fiscalía que aparte del descubrimiento probatorio realizado, se le descubriera las calidades de la Dra. Dolly Arcila, sin embargo, en esa oportunidad procesal optó por guardar silencio.

Como segundo criterio, advierte el *a quo* que, la psicóloga forense solicitada por la fiscalía, ésta preparada para escuchar a la víctima de la agresión sexual, sin importar que ésta presente o no problemas de discapacidad mental. Aunado a que dicha funcionaria, ha declarado en múltiples juicios en ese estrado judicial, en donde ha expuesto sus formación académica, la cual no fue solicitada en la oportunidad procesal pertinente por parte del defensor.



Finalmente, precisa que el defensor no argumentó con suficiencia cual sería la ilegalidad del medio probatorio, ya que la funcionaria tiene el aval para atender las entrevistas forenses de las víctimas de abuso sexual.

Por lo dicho, se admitió como elemento de la fiscalía, la declaración de DOLLY STELLA ARCILA VÁSQUEZ, como “*prueba de referencia admisible*”, de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 438 literal e) de la Ley 906 de 2004.

6. DEL RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado del señor **OMAR MARTÍNEZ PEREIRA** no conforme con la decisión, interpuso el recurso de apelación, argumentando que la entrevista practicada por DOLLY ARCILA VÁSQUEZ es ilegal o irregular, ya que en su producción se desconocieron los presupuestos legales básicos del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal, al no tener aquella las calidades o la idoneidad para realizar la entrevista.

Sostiene que no se acreditó por parte del ente acusador la idoneidad de Dolly Arcila, como la persona capacitada para recepcionar entrevista a la joven que padece de una discapacidad mental, la cual de acuerdo a los protocolos establecidos por la OMS, ha debido ser recaudada por un psicólogo especialista en psicología clínica, en cambio la Dra. Arcila Vásquez es una psicóloga forense.

Advierte que la OMS en el “Manual de recursos de la OMS sobre salud mental, derechos humanos y legislación”, ha indicado que los únicos funcionarios que “*están en la capacidad de realizar un tipo de entrevista donde se determine su efecto y su capacidad de juicio (...)*”



una declaración realizada por una persona fuera del juicio oral, (ii) que verse sobre aspectos que en forma directa o personal haya tenido la ocasión de observar o percibir, (iii) que exista un medio o modo de prueba que se ofrece como evidencia para probar la verdad de los hechos de que informa la declaración (testigo de oídas, por ejemplo), y (iv) que la verdad que se pretende probar tenga por objeto afirmar o negar aspectos sustanciales del debate (tipicidad de la conducta, grado de intervención, circunstancias de atenuación o agravación punitivas, naturaleza o extensión del daño causado, entre otros)»³.

La admisión de la prueba de referencia es excepcional por estar sometida a las particulares situaciones contempladas en el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal⁴, lo cual obedece a los riesgos propios de la valoración probatoria producidos por: i) la ausencia de intermediación objetiva y subjetiva; ii) la imposibilidad de confrontar al testigo; y iii) la falta de análisis por parte del juez de los procesos de percepción, rememoración y sinceridad del deponentes.

En cuanto a la incorporación de la prueba de referencia, se tiene que: (i) deben ser objeto de descubrimiento la declaración anterior y los medios que se pretenden demostrar en el juicio oral para demostrar su existencia y contenido; (ii) en la audiencia preparatoria la parte interesada debe solicitar el decreto de la declaración que pretende incorporar como prueba de referencia y los medios que utilizará para demostrar su existencia y contenido; (iii) se debe acreditar la circunstancia excepcional de admisibilidad de prueba de referencia, en

³ CSJ AP-2770-2015, 25 may. 2015, rad.45578.

⁴ Cuando el declarante: a) manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y se corrobora pericialmente dicha afirmación; b) es víctima de secuestro, desaparición forzada o evento similar; c) padece de una grave enfermedad que le impide declarar; d) ha fallecido; y e) es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d del mismo código.

⁵ Cfr. CSJ. SP. de 2 de Julio de 2014, Rad. 34131.



los términos previstos en el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal del 2004; y, (iv) en el juicio oral la declaración anterior debe ser incorporada según los medios de prueba que para tales efecto haya elegido la parte.

Además, si la circunstancia excepcional es sobreviniente, esto es, ocurre después de haberse realizado la audiencia preparatoria o durante el trámite del juicio oral, se deben acreditar los presupuestos legales con el fin que el juez decida su procedencia⁶.

Precisado lo anterior, se puede afirmar que el sistema procesal penal acusatorio se edifica sobre la regla general de que solo pueden ser valoradas las pruebas practicadas en el juicio oral, con inmediación, contradicción, confrontación y publicidad. No obstante, dicha regla general, admite unas excepciones para la admisión de las declaraciones anteriores como medios de prueba⁷, como es el caso de la prueba anticipada, la prueba de referencia y las declaraciones anteriores inconsistentes con lo que el testigo declara en juicio –testigo adjunto–.

8.4. Del caso en concreto

8.4.1. La Sala, de entrada advierte que una vez observado y escuchado el desarrollo de la audiencia preparatoria, sobresale el hecho de que existen múltiples imprecisiones técnicas en torno al manejo que surgió de la solicitud de la prueba de referencia pretendida

⁶ CSJ AP5785-2015, 30 sep. 2015, rad. 46153; CSJ SP14844-2015, 28 oct. 2015, rad. 44056; CSJ SP606-2017, 25 ene. 2017, rad. 44950.

⁷ Los usos de declaraciones anteriores, orientados a refrescar la memoria del testigo o a impugnar su credibilidad, en tanto son herramientas para facilitar el interrogatorio y/o la impugnación de la credibilidad del testigo o de su relato, no constituyen excepciones a aquella regla. (CSJ SP-606-2017, 25 ene. 2017, rad. 44.950.)



por la Fiscalía. En ese sentido, y antes de entrar a resolver el asunto que concita la atención, resulta imperioso señalar que de acuerdo a los hechos jurídicamente relevantes planteados en la formulación de imputación y reafirmados en la verbalización de la Acusación, se evidencia que la presunta víctima dentro del caso de marras, es una persona femenina mayor de edad, 24 años, la cual, de acuerdo a lo expuesto por el ente acusador, tiene una disminución cognitiva que la hace actuar como una niña de tres (3) años.

En similar sentido, se destaca que el juicio de imputación o la calificación jurídica de la conducta, fue adecuada por el ente acusador bajo el punible descrito en el artículo 210 del Código Penal (Acceso Carnal o Acto sexual abusivo con incapaz de resistir).

Referida la anterior precisión, fulge nítido sostener que la causal por la cual el ente persecutor solicitó en la audiencia preparatoria la admisibilidad de la prueba de referencia, no se adecua a la consagrada en el literal e) del artículo 438 de la ley 906 de 2004⁸, adicionado por la Ley 1652 de 2013, art. 3°, toda vez que la señora YULIANIS MARÍA TOVAR MORA, es mayor de edad, y dicha causal opera exclusivamente para las víctimas de delitos sexuales menores de 18 años.

Entonces, siendo ello así, la Sala, como acto de corrección, afrontara el estudio de la admisibilidad de la prueba de referencia pretendida bajo la causal adecuada, esto es la contenida en el literal c) de la norma procesal en comento, la cual permite la admisión excepcional del medio probatorio cuando el declarante *“padece de una enfermedad que le impide declarar”*.

⁸ Es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188A, 188C, 188D, del mismo Código



Ha indicado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en decisión Rad. 51.672, refiriéndose al protocolo SATAC, lo siguiente: *“no es mecanismo de valoración psicológica sino un instrumento que permite modificar los diferentes componentes del interrogatorio, según la competencia comunicativa de la víctima, su desarrollo y proceso de la revelación, entre otros factores, con el propósito de obtener la narración espontánea de las circunstancias de modo, tiempo y lugar de los hechos. No constituye, por tanto, una prueba pericial sino la forma de obtener de la víctima menor de edad información útil para la investigación, mediada por un profesional de la salud.”*

En este orden, fulge nítido afirmar que la entrevista practicada a la presunta víctima mediante el protocolo establecido, no constituye una prueba pericial, por ende, la intervención de la declarante en el juicio oral no estaría, eventualmente, orientada a presentar un concepto técnico o científico con relación a la disminución cognitiva de la señora Tovar Mora, sino a exponer las circunstancias fácticas que les fueron manifestadas por ésta con antelación al juicio oral.

En ese norte, es evidente que el defensor centra su disconformidad, bajo un errado criterio del medio de convicción, el cual lo asimila a una prueba pericial, que por su naturaleza sí debe ser realizada por personal idóneo y capacitado.

En ese entendido, y puntualizado que la intervención de la psicóloga del CTI, Dolly Stela Arcila Vásquez, conforme al juicio de pertinencia presentado en la audiencia preparatoria, se ciñó a recepcionar una entrevista bajo los protocolos SATAC, lo cual no requiere de ella la emisión de un concepto científico, es evidente que



frente a la producción de ese medio de convicción, no se requería la formación especial que demanda el defensor del señor Omar Martínez Pereira. Por tanto, es desfasado el argumento de la idoneidad de la profesional en psicología para desarrollar dicho acto de investigación.

Ahora, en gracia de discusión, el hecho de que una declaración anterior sea rendida ante un profesional idóneo o no, dicha circunstancia no hace que el medio de convicción requerido se torne ilegal, ya que tal aspecto de idoneidad, deberá ser objeto de valoración por el funcionario judicial al momento de emitir la correspondiente sentencia, tal como se desprende del artículo 380 de la ley 906 de 2004.

En este hilo conductor, se tiene que la declaración que brindaría la psicóloga del CTI, Dolly Stella Arcila Vásquez, no la hará en calidad de perito, y aún si ello fuese así, no se puede pregonar respecto de ella una ilegalidad del medio de convicción, ya que como se ha indicado en el párrafo anterior, la idoneidad de la labor que ejerció, puede ser controvertida en el desarrollo del juicio oral, la cual será objeto de valoración por parte del funcionario judicial al momento de proferir la sentencia.

En ese entender, la idoneidad de un testigo, no condiciona –como si se tratase de un requisito de legalidad- la admisión de la prueba que se practicara en el juicio oral; ni infiere necesariamente con su admisibilidad, decreto o práctica como prueba autónoma. Tampoco se trata de un problema de pertinencia, de ahí que, en principio, no resulta apropiado discutir que un medio de prueba es ilegal y predicar sobre él la regla de la exclusión por la idoneidad del declarante.



Por el contrario, si se llegará a admitir dicho elemento de convicción, respecto de la cual, posteriormente en el debate oral, se demuestre que el deponente carece de idoneidad para declarar sobre determinado punto, la verificación de ese aspecto no torna la prueba ilegal, ni la solución consiste en sacarla del acopio probatorio, al contrario, en caso de admitirse, puede ser objeto de controversia en el juicio oral, en donde, si se llegare a comprobar los defectos que presenta, le restarían la capacidad demostrativa que la parte pretende exaltar con dicho medio, lo cual, pende en gran medida de la crítica probatoria que ejerza la contraparte contra la cual se aduce.

Con todo, se insiste, si se demuestra en el juicio oral, que existen defectos de idoneidad en el testigo que concurre al juicio oral, dicha prueba no deviene ilegal y no será viable su exclusión, sino que debe ser cuestionado su mérito o la fuerza de convicción por la contraparte.

Conforme lo expuesto resulta claro, que la regla de exclusión sólo opera frente a pruebas ilícitas y pruebas ilegales. La definición previa acerca de la idoneidad de un testigo, no es tema de ilicitud ni de legalidad, por tanto, no condiciona su admisión o práctica.

Bajo esta apreciación, la Sala, evidencia que la solicitud de la prueba de referencia admisible por parte de la fiscalía, se efectuó al amparo del debido proceso probatorio, puesto que, la declaración anterior fue objeto de descubrimiento (entrevista de Yulianis María Tovar Mora), al igual que el medio probatorio con que se pretende demostrar su existencia y contenido (declaración de Dolly Arcila Vásquez); la declaración anterior fue solicitada como prueba de referencia, al igual que el medio que se utilizará para demostrar su existencia y contenido; se acreditó una de las circunstancias

REPUBLICA DE COLOMBIA

REPUBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO
JUDICIAL DE CARTAGENA-SALA
PENAL
DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
SALA PENAL

Procesado: OMAR MARTÍNEZ PEREIRA
Delito: ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL CON
Delito: ACCESO CARNAL INCAPAZ DE RESISTIR
Asunto: SONDICIÓN PROBATORIA
RAD: 13-0016001128-2018-06456
Radicado interno: Grupo 13-0013 de 2020.
Radicado interno: Grupo 13-0013 de 2020.

**9.RESUELVE.
9. RESUELVE.**

PRIMERO. CONFIRMAR la decisión recurrida proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cartagena el día 6 de mayo de 2020, por los términos aquí indicados.

SEGUNDO. NOTIFIQUESE a las partes e intervinientes por los canales virtuales autorizados, teniendo en cuenta las prescripciones contempladas en el artículo segundo del Acuerdo N° 015 del 04 de mayo de la corriente anualidad.

TERCERO. REMITIR la carpeta al Juzgado de origen, a través de la Secretaría de esta Sala Penal, para la continuación del trámite correspondiente.

CUARTO. La presente decisión queda notificada en estrados y contra ella no proceden recursos.

COMUNIQUESE Y CÚPLASE,

**JOSÉ DE JESÚS CUMPLIDO MONTIEL
MAGISTRADO PONENTE.**

**FRANCISCO ANTONIO
PASCUALES HERNÁNDEZ
MAGISTRADO**

**PATRICIA HELENA
CORRALES HERNÁNDEZ
MAGISTRADA**

**LEONARDO DE JESÚS LARIOS NAVARRO
Secretario**