

Magistrado Ponente: JOSÉ DE JESÚS CUMPLIDO MONTIEL

Número de Radicación: 13-430-6001118-2015-01743-Rad. Int. G0010-0013-2019

Tipo de decisión: Confirma sentencia

Fecha de la decisión: 9 de diciembre de 2020.

Clase y/o subclase de proceso: ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS

ANÁLISIS SISTEMÁTICO DE LAS POSIBILIDADES QUE TIENE EL FISCAL EN EL MANEJO DE DECLARACIONES DE MENORES DE EDAD/ La Fiscalía como órgano encargado de ejercer la acción penal, debe sujetarse al cumplimiento del principio pro infans, así mismo debe tomar todas las medidas a su alcance para que las entrevistas realizadas a los niños por fuera de la audiencia de juicio oral sean adecuadamente documentadas, para evitar que sean revictimizados y de igual forma para que la defensa pueda ejercer de mejor manera sus derechos y para que el juez tenga mejores elementos de juicio para valorar el testimonio del menor.

PRUEBA DE REFERENCIA/Admisión e incorporación.

DECLARACIONES ANTERIORES QUE PRETENDAN SER EMPLEADAS COMO PRUEBAS DE REFERENCIA ADMISIBLE/ No ingresan al juicio oral de forma directa, sino por conducto de un medio de prueba con el que se demostrará su existencia y contenido, previo al cumplimiento del debido proceso probatorio.

VALORACIÓN DE LA ANAMNESIS O LAS DECLARACIONES VERTIDAS POR LOS NNA EN LOS REPORTES PSIQUIÁTRICOS, PSICOLÓGICOS O SEXOLÓGICOS/Al no ser hechos que los expertos perciben directamente, estas se deben llevar al juicio oral como prueba de referencia admisible.

PRUEBA PERICIAL PRACTICADA EN EL JUICIO ORAL/ Prueba directa en relación con la percepción personal de lo sucedido por la profesional en el curso de la entrevista.

ERROR DE HECHO EN LA MODALIDAD DE FALSO JUICIO DE IDENTIDAD/ Esta modalidad ocurre cuando el funcionario, al aprehender el contenido de un medio de prueba, (i) deje de lado un segmento de ella, esto es, la cercena, (ii) le hace agregados al medio de convicción, es decir, se le adicionan expresiones que no hacen parte de la composición fáctica o (iii) tergiversa su contenido material, para hacerle decir al medio de persuasión aquello que no se desprende objetivamente del mismo.

ERROR DE DERECHO POR FALSO JUICIO DE LEGALIDAD/ Que es el aducido cuando se denuncia que el sentenciador aprecio elementos de conocimiento que carecen de requisitos legales en su aducción, práctica o incorporación o que desestimaron los que sí los reúnen, con el pretexto de que no satisfacen esos presupuestos.

FUENTE FORMAL/ Ley 1652 de 2013, Artículos 379, 381, 437 y 438 literal e) de la Ley 906 de 2004 y artículo 250 de la Constitución Política.

FUENTE JURISPRUDENCIAL/ CSJ SP, 28 oct 2015, Rad. 44056, CSJ SP-2709-2018, 11 jul. 2018, rad. 50637; CSJ SP-4179-2018, 26 sep. 2018, rad. 47789, CSJ SP, 25 ene. 2017, rad. 44950 y CSJ SP791-2019, Rad. 47140, CSJ SP2709-2018, rad. 50637, reiterada en CSJ SP, 9 oct. 2019, rad. 50825, CSJ SP, Rad. 39926.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR



TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
SALA PENAL

Cartagena de Indias, D. T. y C, nueve [9] de diciembre de dos mil
veinte [2020].

JOSÉ DE JESÚS CUMPLIDO MONTIEL
MAGISTRADO PONENTE

RAD. No:	13-430-6001118-2015-01743
RAD. INT. No:	G 0010- 0013 de 2019
PROCEDENCIA:	JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE MAGANGUÉ
PROCESADO:	FERNÁN ALBERTO BENITEZ DONADO
DELITO:	ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS
MOTIVO:	APELACIÓN DE SENTENCIA
PROCESO:	LEY 906 DE 2004
APROBADO ACTA DE SALA N°:	216

1. MOTIVO DE PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado defensor contra la sentencia ordinaria proferida el día 13 de mayo de 2019 por el Juzgado Penal del Circuito de Magangué, mediante la cual se condenó a **FERNÁN ALBERTO BENITEZ DONADO** por el delito de Actos Sexuales con menor de Catorce años (Art. 209 C.P.) a la pena principal de prisión de ciento ocho (108) meses.

2. HECHOS

Los hechos jurídicamente expuestos en la formulación de Acusación y reafirmados en la sentencia condenatoria, se sintetizan de la siguiente manera:

2.1. La menor EMBL¹, a la sazón de 11 años de edad, relata que cada vez que era llevada por parte de su papá, Francisco Javier Benítez

¹ La información que permite identificar o individualizar al (los) menor (es), fue suprimida, con miras a garantizar la intimidad, privacidad y dignidad humana, de acuerdo con los artículos 33 y 193 de la ley 1098 de 2006 y demás normas pertinentes.



Donado, a la casa de su abuela, Elisa Margoth Donado Donado, era asediada y tocada en sus senos, nalgas y piernas por su tío, **Fernán Alberto Benítez Donado**.

2.2. Se resaltó en la acusación que, EMBL un día fue llevada a la casa de su abuela portando un vestido de color amarillo el cual se encontraba roto, por lo que la señora Elisa Margoth se lo quitó para remendarlo, siendo necesario que la niña se pusiera un pantalón que le pertenecía a su hermano y una blusa que ella tenía en ese inmueble. Estando la menor en una habitación viendo televisión, ingresó el señor Fernán Alberto Benítez Donado, quién la tiró sobre la cama y empezó a besarle todo su cuerpo, sin embargo, cuando le iba a besar sus partes íntimas, la menor cerró las piernas, al instante ingresó la señora Elisa Donado a la habitación, pero no se dio cuenta de lo sucedido, ya que Fernán Benítez le acomodó la ropa a la menor y actuó como si nada hubiese pasado.

3. ANTECEDENTES PROCESALES PERTINENTES

3.1. Previa solicitud de orden de captura², en audiencia preliminar celebrada el día 6 de abril de 2016, ante el Juez Tercero promiscuo municipal de Magangué, se impartió legalidad al procedimiento de captura del señor FERNÁN ALBERTO BENITEZ DONADO. La Fiscalía formuló imputación por el delito de **ACTO SEXUAL CON MENOR DE CATORCE AÑOS**. El Imputado no aceptó el cargo formulado.

A solicitud del ente acusador, se impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad en centro de reclusión.

² La orden de captura fue ordenada por la Juez Tercero Promiscuo Municipal con funciones de control de garantías de Magangué el día 9 de marzo de 2016.



3.2. El escrito de Acusación fue radicado el día 27 de junio de 2017³, correspondiéndole su conocimiento al Juzgado Penal del Circuito de Magangué, célula judicial ante el cual se le formuló acusación al señor Fernán Alberto Benítez Donado el día 4 de diciembre de 2017⁴ por el delito de **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS (Art. 209 C.P.)**.

3.3. Una vez evacuadas las audiencias preparatorias y del juicio oral, se emitió el sentido del fallo de carácter condenatorio el día 13 de marzo de 2019.

3.4. La sentencia fue proferida el día 13 de mayo de 2019, siendo objeto de apelación por parte de la Defensa, quien lo sustentó de forma escrita dentro de los cinco días siguientes, de conformidad con el artículo 179 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 91 de la Ley 1395 de 2010.

3.5. Finalmente, por reparto correspondió a esta Sala desatar el recurso impetrado por el defensor.

4. LA SENTENCIA APELADA

La Juez Cognoscente, después de hacer un relato de los acontecimientos fácticos y lo sucedido en el juicio oral, manifestó en primera medida que, si bien la fiscalía solicitó condena por el delito de Actos sexuales con menor de catorce años agravado, no se tendría en cuenta la circunstancia de agravación, toda vez que la misma no fue endilgada en la formulación de acusación.

³ Folios 1-5 del cuaderno de conocimiento

⁴ Folios 53 del cuaderno de conocimiento número



Partiendo de lo anterior, y después de realizar una valoración a las pruebas practicadas en el juicio oral, indicó que los elementos estructurales del tipo penal están colmados dentro del presente asunto, toda vez que se demostró con el registro civil aportado, que la víctima era menor de catorce años al momento de la comisión de la conducta punible, y con la declaración de la psicóloga, Diana Paola Camero Sampayo, quien entrevistó a la menor EMBL, se dieron a conocer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se cometió la misma, resaltándose *“la evidencia de un evento traumático sufrido, ya que existe una fijación en al parte sexual demostrada mediante su dicho”*.

Se indicó igualmente que, con la declaración del Médico legista, Dr. Argemiro Antonio Martínez García, se guardó una coherencia de lo dicho por la menor ante la psicóloga, aspecto ese que *“lo hacen creíble, esto es, que efectivamente fue objeto de tocamientos y que los mismos fueron realizados por un familiar”*.

Sostiene el *a quo* que, a través de la versión rendida por el investigador Carlos Fontalvo Menco, quién entrevistó a la señora Sara Venerit Fontalvo Valencia, madre de la niña, *“esta le dio a conocer de manera detallada la versión que la menor sostuvo en todos los escenarios, por lo que (...) es preciso considerarlo como un testigo directo de lo que él escuchó por parte de la representante legal de la menor. No existiendo ningún cambio de las versiones de la menor, es decir, ella ha sostenido ante sus padres, la psicóloga y el médico legista que fue víctima de tocamientos por parte de su tío Fernán Alberto Benítez Donado. A su vez, esta misma versión fue la que la señora SARA VENERIT, le dio a conocer al investigador judicial”*.

En cuanto a las testimoniales presentadas por la defensa, destacó la funcionaria judicial de primer grado que, el señor Francisco Javier



Benítez Donado, dio cuenta de todas las circunstancias que rodearon los hechos y otorgó crédito o validez a la declaración de la menor *“en aspectos medulares, como que efectivamente EMBL era trasladada a la vivienda de su abuela y que en esa casa vivía el señor FERNÁN ALBERTO BENITEZ DONADO”* y que al ser contrainterrogado, reconoció que la menor le había contado que el procesado *“la sentaba en las piernas y le hacía tocamientos lascivos”*.

En cuanto a la declaración de María Auxiliadora Tapia Donado, orientada a señalar que la niña EMBL actuó de esa forma para perjudicar a su tío Fernán Benítez, señaló la falladora que, dicha manifestación se queda en *“simples aseveraciones de difícil probanza”*.

Por lo precedente, se condenó al señor Fernán Alberto Benítez Donado por el delito de Acto Sexual con menor de catorce años.

5. DE LA APELACIÓN.

El apoderado defensor manifiesta que existió una indebida valoración de los medios de conocimiento por parte de la juez de primera instancia, toda vez que existe una fragilidad en las pruebas en que se fundamenta la sentencia condenatoria, solo contándose con la entrevista practicada por la psicóloga del ICBF, Diana Paola Camero Sampayo, la cual no cumple con los requisitos establecidos en la ley 1652 de 2013.

Continúa afirmando que, además del testimonio rendido por la psicóloga no obra otra prueba complementaria que pudiera indicar la existencia del hecho investigado y la responsabilidad penal del procesado, puesto que no compareció al juicio oral la menor o su madre.



Sostiene que se hizo un análisis sesgado a las pruebas aportadas por la defensa, las cuales demuestran la existencia de una rencilla en el núcleo familiar, el cual fue ocasionado por un acto de corrección del procesado hacia la menor.

Por último, afirma que la declaración previa al juicio oral que fue rendida por la menor ante la Psicóloga, tiene la condición de prueba de referencia y por tanto debía sujetarse a *“descubrimiento, incorporación y valoración al trámite y reglas establecidas para la prueba de referencia”*

De acuerdo a los argumentos sintetizados, solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia y en consecuencia se decreta la absolución del señor FERNÁN ALBERTO BENITEZ DONADO por el delito de Actos Sexuales con menor de Catorce Años.

6. DE LOS NO RECURRENTES

No se pronunciaron.

7. CONSIDERACIONES.

7.1. Competencia.

Según lo preceptuado en el artículo 34 de la Ley 906/2004, es la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena, la competente para conocer de las apelaciones contra las sentencias proferidas por el Juzgado Penal del Circuito de Magangué.

La competencia de este Tribunal, opera en virtud del principio de limitación inherente a los medios de impugnación, siendo restringido a los aspectos impugnados y a los que inescindiblemente le estén vinculados.



7.2. Delimitación de los cargos

Auscultado el argumento de la Defensa como recurrente, le corresponde a la Sala resolver el siguiente problema jurídico:

- 1- *Determinar si en la sentencia de primera instancia se realizó una adecuada apreciación probatoria, y si las pruebas allegadas a la actuación son suficientes para superar el umbral establecido en el artículo 381 de la ley 906 de 2004, y tener por configurado el delito de **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS** y la responsabilidad penal del señor **FERNÁN ALBERTO BENITEZ DONADO**.*

Como criterios para solventar el asunto, la Sala abordará el siguiente presupuesto: *Del análisis sistemático de las posibilidades que tiene el fiscal en cuanto al manejo de las declaraciones de menores de edad.* Para posteriormente realizar una valoración probatoria del caso concreto.

7.3.1. Del análisis sistemático de las posibilidades que tiene el fiscal en cuanto al manejo de las declaraciones de menores de edad.

En el sistema procesal implementado con el Acto legislativo 03 de 2002 y desarrollado con la Ley 906 de 2004, la Fiscalía es la entidad encargada de ejercer la acción Penal. Esa función le implica, entre muchas otras cosas, la posibilidad de seleccionar los medios de conocimiento que podrá emplear para demostrar su teoría del caso ante el juez de conocimiento, según los límites constitucionales y legales de la práctica de la prueba en el ámbito penal.



El manejo de las declaraciones de menores de edad que comparecen a la actuación penal en calidad de probables víctimas de abuso sexual o de otros delitos graves, debe estar sujeta siempre, por un lado, a las interpretaciones de los tratados internacionales sobre derechos humanos y las normas del ordenamiento interno que consagran los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y por el otro, a la garantía de los derechos del acusado, sin perjuicio del interés de la comunidad de que estos delitos sean esclarecidos y sus responsables sancionados.

La fiscalía al afrontar una investigación en donde se vean inescindiblemente vinculados los derechos de los Niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA), debe evaluar con detenimiento cada caso en particular, considerando entre todos los aspectos, lo consagrado en la Ley 1652 de 2013 que estableció la facultad del ente acusador de sopesar en cada situación la necesidad de utilizar la declaración del menor para soportar la teoría del caso, especialmente cuando se cuenta con otros medios de conocimiento que puedan ser suficiente para el cabal ejercicio de la acción penal.

Entonces, a la fiscalía le corresponde analizar las consecuencias que se derivan del llamado de utilizar las declaraciones de los menores en el juicio oral. Así, por ejemplo, si opta por presentar como prueba de referencia la declaración anterior del menor, está en la obligación de adelantar una investigación especialmente minuciosa, orientada a obtener medios de conocimientos que permitan superar la prohibición consagrada en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, según el cual la condena no puede estar basada exclusivamente en pruebas de referencias.

Lo anterior no implica que se menoscaben los derechos de los procesados, al contrario, el compendio normativo impone a la fiscalía



que realice una necesaria articulación de sus deberes con los derechos de las menores víctimas de delitos sexuales (Ver sentencias de la CSJ SP, Rad. 55651, Rad. 44056).

Dentro del cúmulo de posibilidades que tiene el ente acusador para garantizar la materialización de los derechos de los NNA víctimas de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual, se cuenta con la posibilidad de asegurar el testimonio de la víctima como prueba anticipada; llevar esa versión al juicio como prueba de referencia, incluso si los NNA son llevados al juicio; por último, la acusación puede optar (idealmente como mecanismo excepcional, para minimizar el riesgo de revictimización secundaria) por comunicar la narración del menor ofendido a través de la práctica de su testimonio en el juicio oral. Y si en la vista pública sucede que aquél se retracta de los señalamientos incriminatorios que previamente pudo elevar contra la persona investigada, se activa la posibilidad de incorporar sus manifestaciones previas como *testimonio adjunto*.

Los anteriores criterios, tienen por finalidad evitar la doble victimización de los NNA al ser interrogados varias veces sobre los mismos hechos, lo que se traduce en convertir el trámite procesal en un escenario hostil para ellos. Ahora, si el NNA, de forma *excepcional* es presentado por la fiscalía en el juicio oral, su declaración anterior puede, igualmente, ser incorporada al debate a título de prueba de referencia admisible, toda vez que es posible que el momento del juicio el NNA no éste en capacidad de entregar un relato completo de los hechos, “*bien porque haya iniciado un proceso de superación del episodio traumático, porque su corta edad y el paso del tiempo le impidan recordar, por las presiones propias del escenario judicial (así se tomen las medidas dispuestas en la ley para aminorarlo), por lo inconveniente que puede resultar un nuevo interrogatorio exhaustivo (de ahí la tendencia a que sólo*



declare una vez), entre otras razones. Todo esto hace que su disponibilidad como testigo sea relativa, razón de más para concluir que las declaraciones rendidas antes del juicio son admisibles bajo los requisitos y limitaciones propios de la prueba de referencia.”⁵

Por todo lo anterior, la fiscalía como órgano encargado de ejercer la acción penal, debe tomar todas las medidas a su alcance para que las entrevistas tomadas a los niños por fuera de la audiencia de juicio oral sean adecuadamente documentadas, bien para que la defensa pueda ejercer de mejor manera sus derechos, ora para que el juez tenga mejores elementos de juicio para valorar el testimonio del menor.

7.4. Del caso concreto

De cara a la impugnación presentada por el apoderado defensor, la Sala observa que la censura se encuentra edificada sobre el presupuesto de una violación indirecta de la ley sustancial por falso juicio de identidad, ya que sostiene que se realizó una indebida apreciación probatoria por parte del *a quo*, en donde la prueba practicada por la fiscalía no demuestra la materialidad de los hechos, aunado a que la declaración que rindió la menor ante la psicóloga Diana Paola Camero Sampayo, es una prueba de referencia y en el fallo se desconoció ese aspecto.

Dada la connotación que circunscribe el recurso de apelación, ésta Sala procederá, entonces, a analizar en conjunto⁵ las pruebas practicadas dentro del juicio oral, para luego determinar si de la valoración probatoria se logra llegar al conocimiento más allá de toda duda para endilgar responsabilidad penal⁶.

⁵ CSJSP, 28 oct 2015, Rad. 44056

⁶ Art. 381 de la ley 906 de 2004



7.4.1. De las pruebas practicadas en el juicio oral

7.4.1.1. Al juicio oral compareció el investigador de la SIJIN, **YIDIER ALEXIS CAMAYO CHANTRE**, quién relató todas las labores investigativas que desplegó en cumplimiento de las órdenes de policía judicial encomendadas, entre las cuales logró obtener copia del registro civil de nacimiento de la menor EMBL, foto cedula del señor Fernán Alberto Benítez Donado y consulta en el Sistema de Información misional de la Fiscalía General de la Nación – SPOA-.

7.4.1.2. El funcionario de Policía Nacional SIJIN, **CARLOS GUILLERMO FONTALVO MENCO**, manifestó que, en ejercicio de las funciones de policía judicial, logró establecer la plena identificación e individualización del acusado a través de la tarjeta preparatoria, solicitó al ICBF valoración psicológica de la menor EMBL, y participó en los actos urgentes generados con ocasión a la materialización de la orden de captura emitida contra Benítez Donado.

Igualmente, este declarante hace una lectura de las circunstancias que fueron esbozadas en una entrevista rendida por la señora Sara Venerit López Valencia, madre de la menor. En este punto, la Sala, advierte que aquella manifestación previa se excluirá de valoración, ya que la misma constituye una **prueba de referencia inadmisibile**, al no adecuarse dentro de las excepciones descritas en el artículo 438 de la Ley 906 de 2004.

7.4.1.3. La psicóloga del ICBF, **DIANA PAOLA CAMERO SAMPAYO**, manifestó que realizó valoración psicológica a la menor EMBL, quien en ese entonces tenía 11 años de edad.



Después de explicar la finalidad que se persigue con una valoración psicológica, la testigo realiza una lectura a la entrevista que le recibió a la reconocida víctima, y la cual sirvió de base fáctica para fundamentar su opinión pericial. Al respecto, expone que la menor le manifestó lo siguiente:

“¿E. me podrías elaborar una historia de esta lámina?, se le presenta una lámina para determinación de casos de violencia sexual que esta fundamentada por la OIM y el ICBF, ella expresa: “mi papá me llevaba todos los días donde mi abuela, y mi tío, hermano de mi papá estaba viviendo allá, y cuando yo llegaba el siempre me trataba de tocar y me sentaba en las piernas y me tocaba los senos, las nalgas y la vulva y un día que yo fui con un vestido amarillo, y el vestido estaba roto y mi abuela me lo quitó para coserlo y me puse un pantalón de mi hermano y una blusa que yo tenía allá, el se fue para el cuarto donde yo estaba viendo televisión y me tiró en la cama y me cogió por los brazos y me comenzó a besar todo el cuerpo y cuando él me iba a besar mi zona íntima, yo cerré las piernas y mi abuela iba entrando. ¿Qué dijo tu abuela? – ella no alcanzó a ver, ya mi abuela me había cocido el vestido, y ya yo me lo había puesto, entonces él se dio cuenta que ella venía y él me bajó el vestido, y se hizo como el que estaba hablando conmigo, cuando llegué a la casa le conté a mi mamá y mi mamá se lo contó a mi papá y ella le dijo que no me mandara más. ¿Cómo se llama tu tío, el que te abusa? - Fernán Benítez Donado. ¿Cuántos años tiene? – 53 años. ¿Cuántas veces abuso de ti? – varias veces, entre cinco o diez veces, cada vez que yo llegaba allá me lo hacía- ¿desde que edad te empezó a hacer eso? -desde los diez años. ¿A qué hora te hacía eso? – eso pasaba en las tardes cuando él llegaba a la casa de mi abuela. ¿Quién más estaba en la casa cuando él te hacía eso? -mi abuela, mi hermanito y nosotros dos, y mandaba a mi hermanito a comprar, para que nos dejaran solos. ¿Cuándo él te abusaba, que te decía? – que me deje tocar y que no le diga nada a nadie y yo tenía miedo de contar porque él se droga, él tenía una mujer y lo dejó porque él le pegaba a la mujer. ¿tú le tenías miedo? – siempre que él llegaba me trataba de tocar y yo me iba



para donde mi abuela. ¿en qué trabaja él? – él no hace nada, el pasa en el parque. ¿Dónde vive él? -al lado de la emisora “cheverisima estéreo” en la calle padilla. ¿Cómo es físicamente? -moreno, pelo negro, ojos color café, nariz ancha, él es de estatura mediana, y es grueso”.

En cuanto a las conclusiones halladas por la profesional, se indicó que *“se establece que a través de la descripción de la situación E. hace un relato donde proyecta su propia historia personal, su vivencia está enmarcada en una situación de presunto abuso sexual desde hace un año que le supone un sufrimiento y un duelo de importancia psíquica que le ha deshabilitado su desarrollo emocional y su identificación sicosexual, abonado a esto, está la circunstancia de abandono psicoafectivo en la cual se encontraba inmersa ya que no ha tenido una figura reafirmante de amor y cuidado dentro de sus creencias afectivas por lo que ha carecido de protección y de estos mismos cuidados que estoy diciendo. En el relato ya describe una experiencia negativa en la que hace un señalamiento afirmativo de su presunto agresor y de cómo este la violenta o sea la forma como lo hace muestra sentimientos de rabia, dolor, impotencia, miedo, angustia y ansiedad. Se observa que ella se muestra culpable, se siente culpable ya que a pesar de también sentirse como víctima esta angustiada por la desintegración de su núcleo familiar extenso. Por todo esto que se vio aquí, se investigó dentro del proceso, y se reafirmó la evidencia de un proceso que fue un trauma que ella sufrió, existe una fijación en la parte sexual y lo demuestra mediante su relato o mediante lo dicho.”*

Detalló la psicóloga que la menor al momento de practicarse la entrevista, mostró un comportamiento ansioso y a la vez tranquilo, pero mientras respondía exteriorizaba sentimientos de rabia, impotencia, dolor y angustia. Además, no observó ninguna presión ejercida en la menor para contar lo que había sucedido.



7.4.1.4. Como último medio aportado por la fiscalía, declaró en el juicio oral el **DR. ARGEMIRO MARTÍNEZ GARCÍA**, médico forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, quién manifestó que en su labor profesional valoró a la menor EMBL, de 11 años de edad para la fecha de la experticia.

Afirmó el galeno que la menor fue a la valoración acompañada de la señora Sara López Valencia -madre-, quién fue la persona que firmó el consentimiento informado y manifestó en el ítem de la anamnesis que *“un tío intentó abusar de la niña el año pasado”*.

El experto dio lectura al informe pericial, en donde, como aspecto principal indicó que: *“Menor femenina de 11 años de edad por documento de identidad acorde a la edad clínica, quien refiere abuso sexual por tocamientos y caricias por parte de un familiar el año pasado, negó penetración, sin signos de lesiones traumáticas en la superficie corporal que fundamente una incapacidad medico legal, no procedió el examen genital debido al contexto del caso, y por otro lado, la menor no permitió el examen y como se dijo ya para evitar la revictimización no se exploraron estos genitales, y finalmente se hicieron las recomendaciones en el caso, la atención médica haciendo énfasis en la valoración psicológica, esto es todo el informe pericial”*.

En el ejercicio del contrainterrogatorio, el médico legista señaló que al momento de la valoración no se dijo por la madre o la menor, el nombre del victimario ni el lugar donde ocurrieron los hechos.

7.4.1.5. Como testigo aportado por la defensa, compareció al debate público el señor **FRANCISCO JAVIER BENÍTEZ DONADO**, padre de la menor y hermano del procesado, quién después de renunciar a su derecho constitucional de guardar silencio, manifestó que vive con



el señor Fernán Alberto, con sus papás y con la niña en el mismo inmueble.

Detallando sobre las circunstancias fácticas objeto del asunto, indicó que cuando él se iba a laborar, dejaba a la menor a cargo de su hermano, ya que su papá es un señor de avanzada edad. Expone que, Fernán Benítez le estuvo contando que a la casa llegaba un niño a visitar a su hija EMBL, por lo que un día la reprendió, para evitar que no se sentará en la puerta con los niños y no formara la *“algarabía”*, acto este que no le gustaba a la menor ni a su madre, y fue *“respecto de eso que vinieron unas acusaciones que no sabemos si fue real o fue cierto, solo porque la mamá se enardecía en el momento en que él le pegó a la niña”*.

Precisa que su relación con la niña es normal, y que cada vez que él la interroga sobre lo sucedido, aquella lo esquiva. Además, que él está completamente seguro de que los señalamientos efectuados por EMBL, obedecen a problemas personales.

En el uso del contrainterrogatorio, expresó que él no convive con la madre de la menor, y tampoco tiene casa propia, por lo que cuando le tocaba salir a laborar, dejaba a su hermano Fernán Alberto Benítez a cargo de la casa y de la familia.

Finalmente, resalta que los problemas personales de su hermano con la niña tuvieron comienzo cuando *“le impedía que no aceptara esos niños, la burla, la algarabía, mis padres son avanzados de edad ,ya son unos ancianos que la bulla le comenzó a dar rabia, de pronto comenzó a tener problemas con él, por eso, porque yo creo que eso lo hace cualquier persona y como no estábamos al momento de estar con mi hija y mi esposa en la casa, pues yo ya no pertenezco a esa casa, pues me tocaría de pronto respetar un poco más a mis papás, la bulla, la algarabía de*



pronto mi hija no tuvo eso en cuenta por su adolescencia, de pronto eso incomodó de pronto a mi hermano.”

7.4.1.6. Como último testigo, compareció la señora **MARÍA AUXILIADORA TAPÍA DONADO**, prima del procesado, quien luego de detallar el núcleo familiar con el que convivía EMBL, manifestó que esta no tenía una buena relación con Fernán Benítez, porque aquella tenía un “*noviecito*”, y como él la corregía mucho ella se molestaba.

Destaca la deponente que, no existía una buena relación entre EMBL, su madre y Fernán Alberto Benítez, pues la niña era muy grosera y lo que dijo fue porque “*el tío la corregía, el tío quería que hiciera las cosas bien y que ella no estaba en edad para tener novio, yo pienso que también eso fue como influenciado por la mamá porque la mamá de ella, la señora Sara, no gusta de mi primo Fernán*”.

7.4.2. Apreciación probatoria de la Sala

7.4.2.1. Comoquiera que se cuestiona por la defensa, una indebida valoración probatoria en la sentencia de primer grado, por cuanto se afirmó que la versión que entregó la agredida ante la psicóloga del ICBF, se complementa con las declaraciones que la misma rindió ante la señora Sara Venerit López Valencia y el médico legista, guardando un nexo coherente y detallado de los hechos, la Sala, frente al cargo propuesto y una vez realizado un riguroso análisis de las pruebas practicadas en el juicio oral y lo acontecido en la Audiencia preparatoria, advierte de entrada que, las versiones que entregó la menor con anterioridad al juicio oral, esto es, ante la psicóloga del ICBF, Diana Camero Sampayo y ante la señora Sara Venerit López Valencia, **no son susceptibles de valoración**, por las razones que pasarán a explicarse a continuación.



7.4.2.1.1. En primer lugar, se tiene que la versión rendida por EMBL y recibida por la perito psicóloga en el abordaje forense, por tratarse de una declaración rendida por fuera del juicio oral, solo puede tener la condición de prueba de referencia admisible, en caso de ser incorporada bajo las previsiones establecidas en los artículos 437 y siguientes de la ley 906 de 2004⁷.

En el presente caso, la psicóloga Diana Paola Camero Sampayo, en su intervención en el juicio oral, se refirió en primer término, al relato que suministró la víctima en los hechos investigados, y en segundo, al concepto profesional surgido de la percepción personal del comportamiento desplegado por la menor. Es por ello que, para la Sala, no cabe la menor duda, que aquellas manifestaciones que fueron producidas por fuera del juicio oral y que comprenden aspectos sustanciales de relevancia para la solución del caso, en tanto que allí la ofendida sindicó con claridad y detalle a FERNÁN ALBERTO BENÍTEZ DONADO de la comisión del delito investigado, constituyen prueba de referencia admisible. No obstante, la fiscalía al no solicitar en la audiencia preparatoria ni en el juicio oral⁸ como causa sobreviniente a la no comparecencia de la menor, que tal entrevista fuera incorporada al acervo probatorio como prueba de referencia admisible, y al ser valorada dicha versión por el *a quo*, permite sostener que se incumplió con el debido proceso probatorio y de contera se valoró una prueba ilegal, por cuanto, esa declaración anterior no fue solicitada como medio de convicción y mucho menos se acreditó la circunstancia excepcional de admisibilidad.

⁷ CSJ SP-2709-2018, 11 jul. 2018, rad. 50637; CSJ SP-4179-2018, 26 sep. 2018, rad. 47789.

⁸ CSJ SP, 25 ene. 2017, rad. 44950. “en el juicio oral la declaración anterior debe ser incorporada, según los medios de prueba que para tales efectos haya elegido la parte. Si la circunstancia excepcional de admisibilidad de prueba de referencia es sobreviniente, en el respectivo estadio procesal deben acreditarse los presupuestos de su admisibilidad y el juez decidirá lo que considere procedente”



De igual forma, se debe advertir que, la Corte Suprema, en su Sala de Casación Penal⁹, ha indicado respecto de la valoración de la anamnesis o las declaraciones vertidas por la menor en el reporte psicológico, al no ser hechos que la experta percibió directamente, estas se deben llevar al juicio oral como prueba de referencia admisible, si lo que se pretende es utilizarse como tal. Al respecto, ha señalado lo siguiente:

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

Esto señaló la Corte:

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

Esto por cuanto:

“... (i) los relatos sobre los hechos investigados, entregados por los menores de edad en las valoraciones de carácter sexual, psicológico o psiquiátrico, tienen la condición de declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, y (ii)... si la parte pretende utilizar estos relatos para probar la existencia del hecho investigado, debe sujetarse en su descubrimiento, incorporación y valoración al trámite y reglas establecidas para la prueba de referencia.”

⁹ CSJ SP791-2019, Rad. 47140



De la glosa jurisprudencial transcrita, necesaria para el análisis que efectuara la Sala, se destaca que en la audiencia preparatoria la fiscalía solicitó la declaración de Diana Camero Sampayo (psicóloga del ICBF) como perito que expondría en el juicio oral el concepto profesional que surgió luego de valorar a la menor, y con el cual, por su intermedio, se incorporaría esa valoración psicológica.

Huelga resaltar que, aunque la profesional limitó su declaración en el juicio oral a las conclusiones develadas en el informe base de la opinión pericial que suscribió y, aun cuando dió lectura a la versión ofrecida por la menor, ello lo hizo a título de la base fáctica de la opinión pericial, por lo que no es procedente el fraccionamiento o fragmentación de tal probanza para seleccionar la narración que en su momento sirvió de insumo de la pericia, toda vez que era necesario que la fiscalía hubiese solicitado su admisión como prueba de referencia admisible, carga que como se indicó, no asumió.

En tal menester, aquella declaración previa que se constituye en la base fáctica de la prueba pericial y que no se puede tomar como prueba de referencia admisible, porque no fue solicitada como tal, será excluida de valoración, por resultar ilegal, quedando así la atestación de la psicóloga reducida a la percepción sobre el comportamiento que asumió la menor durante la diligencia, el respaldo emocional que advirtió en su relato y la consistencia que observó del mismo.

En este punto, recuérdese que esta prueba tiene doble connotación, de referencial y directa; lo primero, en cuanto a las manifestaciones efectuadas por la persona entrevistada y, lo segundo, en relación con la percepción personal de lo sucedido por la profesional en el curso de la entrevista, así lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal:



«En el ámbito de los dictámenes emitidos por los psicólogos, debe precisarse lo siguiente: (i) si se pretende introducir como prueba de referencia una declaración rendida por fuera del juicio oral, es posible que la... existencia y el contenido de la misma puedan demostrarse a través del experto, esto es, el perito puede constituir el "vehículo" para llevar la declaración al juicio (CSJAP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153); (ii) si, por ejemplo, el psicólogo, en ejercicio de su función, percibe síntomas en el paciente, a partir de los cuales pueda dictaminar la presencia del "síndrome del niño abusado", será testigo directo de esos síntomas, de la misma manera como el médico legista puede presenciar las huellas de violencia física; y (iii) a la luz del ejemplo anterior, si el perito dictamina sobre la presencia del referido síndrome, su opinión se refiere, sin duda, a un hecho indicador de que el abuso pudo haber ocurrido.

En este orden ideas, cuando las partes y/o el Juez aducen que el perito psicólogo (o cualquier otro experto) es "**testigo directo**", tienen la obligación de precisar cuál es el hecho o el dato percibido en los términos del artículo 402 de la Ley 906 de 2004. Esto es necesario para dotar de racionalidad el alegato o la decisión y para permitir mayor control a las conclusiones en el ámbito judicial. Así, por ejemplo: **(i) si el experto limitó su intervención a la práctica de una entrevista a un menor, será testigo de la existencia y contenido de la misma, así como de las circunstancias que la rodearon;** (ii) si durante esa diligencia percibió síntomas a partir de los cuales pueda emitirse una opinión sobre la existencia del "síndrome del niño abusado" o cualquier otro efecto psicológico relevante para la solución del caso, se debe indicar con precisión ese aspecto de la base fáctica y, obviamente, la misma debe explicarse a la luz de una base "técnico-científica" suficientemente decantada, según se indicó en precedencia; (iii) en el evento de que el perito se haya basado en otra información para estructurar la base fáctica de la opinión, la misma debe ser adecuadamente explicada, sin perjuicio de la obligación de descubrirla oportunamente; etcétera.»¹⁰.

Pues bien, como quedó explicado, la incorporación de la manifestación previa de EMBL efectuada a través de Diana Paola Camero Sampayo se llevó a cabo **ilegalmente** y respecto de esa proposición probatoria nada resulta lícito considerar.

¹⁰ CSJ SP2709-2018, rad. 50637, reiterada en CSJ SP, 9 oct. 2019, rad. 50825.



En ese orden, la declaración de la nombrada, en lo que es susceptible de valoración, está circunscrita a los aspectos fácticos de los que fue testigo directa, limitados, básicamente, a que EMBL ofreció un relato coherente y detallado (de contenido desconocido para el proceso) con respaldo emocional de angustia, rabia, impotencia y dolor.

7.4.2.1.2. En segundo lugar, se tiene que la señora **Sara Venerit López Valencia** al no comparecer al juicio oral, la información que ella escuchó de la menor y que a su vez comunicó en una entrevista al policía judicial de la SIJIN, Carlos Guillermo Fontalvo Menco, y que fue ilegalmente leída en el juicio oral, será excluida de valoración, tal como se acotó en líneas precedentes, por cuanto aquella declaración previa no se adecua a las excepciones establecidas en el artículo 438 de la ley 906 de 2004, es decir, constituye prueba de referencia inadmisibles.

7.4.2.1.3. Por último, se excluirá igualmente de valoración, la declaración plasmada en la anamnesis de la prueba pericial sexológica práctica por el médico legista, Dr. Argemiro Martínez García, toda vez que, contrario a lo afirmado por el *a quo*, la menor no fue la persona que detalló los hechos ante este profesional, sino que fue la señora Sara Venerit López Valencia, quién le dijo que “*un tío intentó abusar de la niña el año pasado*”, constituyéndose este apartado fáctico, en una prueba de referencia inadmisibles.

7.4.2.2. De esta forma, analizado con cautela el dossier probatorio allegado a la actuación y teniendo en cuenta la precisión resaltada anteriormente, la Sala, desde ahora advierte que, efectivamente, como se anunció por parte del recurrente, el *a quo* incurrió, no sólo en un error por falso juicio de identidad, sino en un falso juicio de legalidad, toda vez que no realizó una valoración probatoria adecuada a los medios de conocimiento, distorsionó el contenido de la prueba practicada en el



juicio oral, y valoró manifestaciones extra-juicio de EMBL, que no adquirieron la condición de pruebas.

En efecto, y sin asomo de dudas, en el asunto que se examina, el *a quo* expuso como razón para endilgar reproche penal, una consistencia en las versiones que rindió la menor ante la psicóloga del ICBF con las otras declaraciones ventiladas por ella ante la señora Sara López, y, erradamente, ante el médico legista, pero, atendiendo la corrección de ese craso yerro, deberá la Sala adelantar la valoración del acervo probatorio legalmente incorporado, esto es, con la sustracción de las manifestaciones previas de EMBL, a efectos de establecer si resulta suficiente para mantener condena o si, se impone la absolución de FERNÁN ALBERTO BENÍTEZ DONADO.

En ese orden de ideas, oportuno resulta sostener desde ya, que en la presente actuación existe una orfandad probatoria que no permite llegar al convencimiento más allá de toda duda razonable sobre la responsabilidad penal de FERNÁN ALBERTO BENÍTEZ DONADO, pues únicamente se cuenta con la experticia psicológica, la cual solo demuestra la existencia de unas maniobras abusivas de carácter sexual, sin que respecto de ella se pueda construir el juicio requerido para endilgar responsabilidad penal.

Ello es así, porque la declaración de la psicóloga del ICBF, Diana Paola Camero Sampayo, brota como una prueba solitaria, la cual sólo permite conocer sobre la existencia de una sintomatología emocional que se generó en la menor EMBL como consecuencia de una vivencia traumática sexual y que mermó la armonía de su núcleo familiar, sin que se pueda conocerse por la Sala, a través de los medios de conocimiento legalmente establecidos, la declaración de la fuente originaria que permitió que la profesional llegará a esa conclusión.



Lo anterior encuentra asidero, ya que como consecuencia de la exclusión de las declaraciones previas vertidas por la menor ante la psicóloga y la señora Sara López, por ilegales, al no ser solicitadas como pruebas de referencias, en el primer caso, o no compareció al juicio oral la declarante que escuchó el relato de la menor, en el segundo caso, son aspectos que ubican la pericia en la edificación de una balbuceada estrategia acusadora, la cual no fue desarrollada, explotada o “complementada” con otros datos objetivos comprobables o del cual se pueda construir una prueba indirecta o indiciaria.

En ese orden, tal información ventilada por la psicóloga, carece enteramente de detalles y, por ello, resulta insuficiente para sostener la condena, máxime cuando las circunstancias fácticas en que se consumó la conducta no fueron ventiladas en el juicio oral, sino en unas declaraciones que no se adujeron a juicio y las cuales no pueden ser valoradas, por lo que resulta imposible discernir sobre las causas modales endilgadas al procesado con apego a la sana crítica.

En estas circunstancias, se debe indicar que, a pesar de que la fiscalía contó con los instrumentos o los vehículos que permitían incorporar como prueba de referencia admisible al juicio oral las declaraciones rendidas por la menor, al no solicitar las mismas en la audiencia preparatoria e inclusive en el juicio oral, se quedó mutilada probatoriamente para sacar adelante el tema de responsabilidad que propuso, pues se itera, no se cuenta con la fuente primaria de la información que devele la ocurrencia de los hechos, ni con prueba de corroboración periférica diferente a la prueba pericial psicológica, de la que se pueda extraer una responsabilidad penal en cabeza del procesado.



En similar sentido, se tiene que las declaraciones brindadas por los funcionarios de policía judicial SIJIN, Yidier Alexis Camayo Chantre y Carlos Guillermo Fontalvo Menco, son testigos a través de los cuales se acreditó la edad de la menor EMBL, la identidad del acusado, su arraigo, una consulta en el sistema misional de información de la Fiscalía General de la Nación SPOA, pero en nada se refirieron a la atribuibilidad del comportamiento desplegado por parte del señor FERNÁN ALBERTO BENÍTEZ DONADO.

Con relación a la base de la opinión pericial sustentada por el médico legista, Dr. Argemiro Martínez García, tal como se acotó anteriormente, al excluirse de valoración el punto referente a la anamnesis que se brindó para orientar el diagnóstico, pues la versión dada al galeno no la hizo la víctima, sino su señora madre, Sara Venerit López Valencia, y analizada la base fáctica del informe sexológico realizado por el médico legista, a partir de la observación, donde se indicó que no se logró examinar el cuerpo de la menor, ello en atención a que se le había expresado que no existió desfloración y porque la niña no lo permitió, para la Sala, tal aspecto, hace que la prueba pericial sexológica no genere un aporte concreto y conciso frente a la materialidad de la conducta, quedando inane para demostrar la ocurrencia de los actos sexuales, y perdiendo así su capacidad demostrativa frente a los aspectos relevantes de la comisión del hecho punible.

Del anterior análisis probatorio, y ante la evidente precariedad de la prueba incriminatoria, podemos concluir que, dentro del caso de marras, efectivamente fue desacertada la valoración probatoria realizada por la funcionaria judicial de primera instancia, pues la sentencia condenatoria se edificó, por un lado, con fundamento exclusivo en unas pruebas de referencias (admisibles -declaración de la



menor- e inadmisibles -declaración de la señora Sara López) que no fueron decretadas, solicitadas y admitidas para practicarse en el juicio oral, y por otro lado, las periciales practicadas no permiten llegar al grado de conocimiento requeridos para dictar un fallo de responsabilidad, toda vez que no obra prueba complementaria o directa que permita zanjar cualquier duda probatoria. De tal suerte, se observa que del plexo probatorio practicado no se superó por parte del encargado de ejercer la acción penal el umbral establecido en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004.

Ahora, en gracia de discusión, de llegarse a tener como prueba de referencia admisible la declaración rendida por la menor EMBL ante la psicóloga del ICBF, que no lo es, también adolece la actuación de los elementos de conocimiento suficientes que permitan corroborar tal situación fáctica, toda vez que de la pericia sólo se demuestra la conducta exteriorizada por la menor en su declaración, más no se edifica un aspecto de responsabilidad en cabeza del señor Benítez Donado, es decir, la declaración anterior, genera una carga negativa que no permite corroborar los datos objetivos que permitan determinar atribuibilidad penal.

Como se indicó en el *ítem* 7.3.1 de este proveído, la fiscalía tiene a su cargo el ejercicio de la acción penal, por lo cual esta función le implica, entre muchas otras cosas, la posibilidad de seleccionar los medios de conocimiento que podrá utilizar para demostrar su teoría factual, según los límites legales que la misma normatividad impone, en este caso, superar el umbral de valoración establecido en el artículo 381 *ibídem*.

En este orden, la fiscalía al pretender por una sentencia de condena, debió tener sumo cuidado cuando optó por renunciar a la



declaración de la menor y su madre en el juicio oral, debiendo en su momento sopesar, si los otros medios probatorios eran suficientes para esa anhelada pretensión.

Entonces, si por parte del encargado de ejercer la acción penal se pretendía emplear la declaración anterior de la menor, sin haberse solicitado en la audiencia preparatoria la misma, se encontraba en la obligación de adelantar una práctica probatoria robusta y exhaustiva, orientada a obtener de las otras pruebas los insumos que conllevaran al conocimiento más allá de toda duda razonable acerca de la ocurrencia del delito y de la responsabilidad penal del acusado, queriendo decir entonces, que debió asumir la obligación de corroborar la versión de quién declaró previamente en calidad de víctima.

Por lo anterior, es reprochable la aptitud de la Fiscalía al no corroborar, lo suficiente, aquellos datos objetivos que habían sido ventilados previamente por la menor y, sin perjuicio del principio de libertad probatoria, no haber ventilado en el juicio oral a través de los demás medios de convicción todas aquellas circunstancias fácticas que conllevaron al adelantamiento de los informes periciales. De igual forma, se critica el hecho de no haber aducido la declaración anterior de la menor al juicio oral, *verbi gratia*, mediante la prueba de referencia o prueba anticipada.

En virtud de lo dicho, si bien se corroboró con la declaración de la psicóloga, la existencia de una huella de abuso sexual, no se probaron en el debate los extremos necesarios de la conducta para poder endilgar responsabilidad, es decir, no se acreditó la fuente originaria que diera cuenta sobre los acontecimientos fácticos ventilados por la menor a través de cualquier otro elemento legalmente aducido que permitiera



llegar al conocimiento más allá de toda duda razonable sobre la responsabilidad penal del señor Fernán Alberto Benítez Donado.

Ahora, no sobra indicar que, aunque con la declaración del señor Francisco Benítez Donado, padre de la menor, se corroboró que efectivamente la niña concurría el inmueble de su abuela y en ese mismo sitio vivía el señor Fernán Benítez, ello es insuficiente para edificar un juicio de reproche, pues, analizado en contexto esa declaración, junto a la brindada por la señora María Auxiliadora Tapia Donado, se tiene que se plantea la existencia de una animadversión por parte de la niña hacia su tío, circunstancia ésta que, ante la frágil prueba aportada por la fiscalía y los yerros contundentes atrás enunciados, conducen a la Sala a la estructuración de una duda en favor del procesado.

En síntesis de lo anterior, el fallo, como lo sostiene el recurrente, terminó fundamentándose en el relato entregado por la menor en la entrevista rendida ante la psicóloga, es decir, en declaración rendida por fuera del juicio oral, y con ello, se generó un manifiesto desconocimiento del contenido del inciso segundo del artículo 381 del estatuto procesal penal (Ley 906 de 2004), que limita la eficacia probatoria de este medio de convicción, al disponer que la sentencia condenatoria no puede sustentarse únicamente en prueba de referencia admisible, la cual, en suma, no fue decretada bajo ese contexto en el presente asunto, y, en el concepto psicológico emitido por Diana Camero Sampayo, quien a pesar de dar a conocer la existencia de una la huella de abuso sexual, resulta insuficiente para atribuir responsabilidad al señor Fernán Benítez Domado como autor de la conducta.

En esa medida, conviene recordar que el error de hecho en la modalidad de falso juicio de identidad estriba en que el juzgador al valorar la prueba, (i) deje de lado un segmento de ella, esto es, la



cercena, (ii) le hace agregados al medio de convicción, es decir, se le adicionan expresiones que no hacen parte de la composición fáctica o (iii) tergiversa su contenido material, para hacerle decir al medio de persuasión aquello que no se desprende objetivamente del mismo.

El error de derecho por falso juicio de legalidad, surge cuando el sentenciador valora una prueba que para su incorporación no se aplicaron las formas propias y legales, contraviniéndose el debido proceso probatorio, valga precisar, las normas que regulan las condiciones para la producción (práctica o incorporación) de un determinado medio de prueba en el juicio oral y público¹¹.

Frente a ello, se encuentra que los errores del *a quo* emana de apreciar unas declaraciones previas que no fueron aducidas a títulos de pruebas de referencia admisible dentro del juicio oral, con lo que solventó la falla cometida por la Fiscalía, dada la inactividad probatoria que demostrara la materialización de la conducta punible. Además, adicionó aspectos no señalados por los deponentes, exactamente, indicó que la menor fue la que le relató al médico legista lo que había ocurrido, cuando en realidad quién hizo tal afirmación fue la madre.

Señalado lo anterior, y atendiendo el juicio valorativo plasmado en la decisión recurrida, para la Sala es claro que se configura una violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho falso juicio de identidad y error de derecho falso juicio de legalidad, siendo procedente revocar la sentencia de primer grado en su integridad, en aplicación del *in dubio pro reo.*, por lo que se absolverá al procesado FERNÁN ALBERTO BENÍTEZ DONADO por el delito de Actos Sexuales con menor de Catorce años.

¹¹ CSJ SP, Rad. 39926



Recuérdese que, la aplicación de dicha garantía, de mano con la que abarca el postulado de presunción de inocencia es de imperativo cumplimiento cuando existe incertidumbre probatoria sobre la materialidad de la conducta y/o la responsabilidad del procesado, emergiendo como lógica reflexión la necesidad de emitir la decisión de absolución¹².

Y es que si el Estado, en su poder punitivo, no logra cumplir con el deber de demostrar que los hechos en que se basa la acción están probados y que la autoría o participación en la conducta tipificada como infracción penal es imputable al procesado, no queda otro camino jurídico sustantivo que absolver¹³.

7.5. Cuestión final.

Comoquiera que, el día 13 de marzo de 2019 el Juzgado penal del Circuito de Magangué, al proferir el sentido del fallo de carácter condenatorio, dando cumplimiento al artículo 450 de la Ley 906 de 2004, ordenó el encarcelamiento del procesado a través de orden de captura N° 004, disposición ésta que, según la foliatura que reposa en la actuación no ha sido materializada, resulta procedente disponer la **cancelación de la mentada orden**, ello para efectos de que la misma no se haga efectiva por cuenta de éste proceso.

7.6. En razón y mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Cartagena, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

¹² CSJ SP, Rad. 52396, 29 de julio de 2020

¹³ Ibídem



RESUELVE.

PRIMERO. REVOCAR la sentencia condenatoria de fecha 13 de mayo de 2019 emitida por el Juzgado Penal del Circuito de Magangué, mediante la cual se declaró penalmente responsable al señor **FERNÁN ALBERTO BENÍTEZ DONADO** por el delito de Acto Sexual con menor de Catorce años, con base en lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: En consecuencia, **ABSOLVER** al señor **FERNÁN ALBERTO BENÍTEZ DONADO** por el delito de Acto Sexual con menor de Catorce años, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

TERCERO. CANCELAR, la orden de captura N° 004 emitida el 13 de marzo de 2019 por el Juzgado Penal del Circuito de Magangué. COMUNÍQUESE lo aquí decidido a la Policía Metropolitana de Cartagena, para lo de su resorte.

CUARTO. QUINTO: Una vez ejecutoriada esta decisión, deberá dársele cumplimiento a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 166 de la Ley 906 de 2004.

SEXTO. REGISTRAR por intermedio de la Secretaría de la Sala Penal de este Tribunal lo resuelto en la presente providencia en el sistema Justicia XXI.

SÉPTIMO. 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. Advirtiéndose que contra la misma procede el



recurso extraordinario de casación en los términos establecidos en los artículos 180 y siguientes de la Ley 906 de 2004.

CÓPIESE Y CÚMPLASE.

JOSÉ DE JESÚS CUMPLIDO MONTEL
MAGISTRADO PONENTE.

FRANCISCO ANTONIO
PASCUALES HERNÁNDEZ
MAGISTRADO

PATRICIA HELENA
CORRALES HERNÁNDEZ
MAGISTRADA

LEONARDO DE JESÚS LARIOS NAVARRO
Secretario