# EDICTO

La secretaria de la **Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga** hace saber que, dentro del proceso penal adelantado **en contra de RONAL PARRA MEDINA** por el punible de **HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **31 DE MAYO DE 2023.**

Para notificar al procesado que no pudo serlo personalmente ni por correo electrónico, se fijó EDICTO a través del micrositio de la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga en la página web de la Rama Judicial, por el término de tres días, hoy **29 DE JUNIO DE 2023**, siendo las 8:00 a.m.

**Sandra Jullieth Cortés Samacá**
**Secretaria**

**RI 17-216A**

**LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 29 DE JUNIO DE 2023:**
**https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bucaramanga-sala-penal/149**

# EDICTO

La secretaria de la **Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga** hace saber que, dentro del proceso penal adelantado **en contra de DIANA CAROLINA MONTOYA QUINTERO** por el punible de **HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **8 DE JUNIO DE 2023.**

Para notificar al procesado que no pudo serlo personalmente ni por correo electrónico, se fijó EDICTO a través del micrositio de la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga en la página web de la Rama Judicial, por el término de tres días, hoy **29 DE JUNIO DE 2023**, siendo las 8:00 a.m.

**Sandra Jullieth Cortés Samacá**
**Secretaria**

**RI 21-705A**

**LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 29 DE JUNIO DE 2023:**
**https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bucaramanga-sala-penal/149**

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

Distrito Judicial de Bucaramanga (Santander)
Tribunal Superior
Sala Penal

# EDICTO

La secretaria de la **Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga** hace saber que, dentro del proceso penal adelantado **en contra de RAFAEL TEODORO CAMELO BLANCO** por el punible de **AXTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS AGRAVADO**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **3 DE MAYO DE 2023.**

Para notificar al procesado que no pudo serlo personalmente ni por correo electrónico, se fijó EDICTO a través del micrositio de la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga en la página web de la Rama Judicial, por el término de tres días, hoy **29 DE JUNIO DE 2023**, siendo las 8:00 a.m.

**Sandra Jullieth Cortés Samacá**
**Secretaria**

**RI 19-403A**

**LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 29 DE JUNIO DE 2023:**
**https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bucaramanga-sala-penal/149**

# EDICTO

La secretaria de la **Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga** hace saber que, dentro del proceso penal adelantado **en contra de JOSÉ ALBERTO GARCIA MORENO** por el punible de **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS Y OTRO**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **31 DE MAYO DE 2023.**

Para notificar al procesado que no pudo serlo personalmente ni por correo electrónico, se fijó EDICTO a través del micrositio de la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga en la página web de la Rama Judicial, por el término de tres días, hoy **29 DE JUNIO DE 2023**, siendo las 8:00 a.m.

**Sandra Jullieth Cortés Samacá**
**Secretaria**

**RI 22-682A**

**LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 29 DE JUNIO DE 2023:**
**https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bucaramanga-sala-penal/149**

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

Distrito Judicial de Bucaramanga (Santander)
Tribunal Superior
Sala Penal

# EDICTO

La secretaria de la **Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga** hace saber que, dentro del proceso penal adelantado **en contra de HELBER ORLANDO ESPARZA MURILLO** por el punible de **ACCESO CARNAL VIOLENTO**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **8 DE JUNIO DE 2023.**

Para notificar al procesado que no pudo serlo personalmente ni por correo electrónico, se fijó EDICTO a través del micrositio de la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga en la página web de la Rama Judicial, por el término de tres días, hoy **29 DE JUNIO DE 2023**, siendo las 8:00 a.m.

**Sandra Jullieth Cortés Samacá**
**Secretaria**

**RI 21-612A**

**LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 29 DE JUNIO DE 2023:**
**https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bucaramanga-sala-penal/149**

**República de Colombia**
**Rama Judicial del Poder Público**

**Distrito Judicial de Bucaramanga (Santander)**
**Tribunal Superior**
**Sala Penal**

**Magistrada ponente: Paola Raquel Álvarez Medina.**
**Referencia: 68001-6000-159-2014-05800 (17-216A)**
**Procesado: Ronal Parra Medina**
**Delito: Hurto calificado y agravado**
**Decisión: Revoca-Absuelve**

TRIBUNAL@BUCSP2023

**APROBADO ACTA No. 524**

**Bucaramanga, treinta y uno (31) de mayo dos mil veintitrés (2023)**

## ASUNTO

El Tribunal decide el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la sentencia del 3 de abril de 2017, mediante la cual, el Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bucaramanga condenó a *RONAL PARRA MEDINA* a la pena principal de 73 meses de prisión, como coautor del delito de hurto calificado y agravado.

## HECHOS

Fueron consignados en el fallo de primer grado de la siguiente manera:

*"El pasado 30 de mayo de 2014 siendo las 8:00 p.m., el señor Luis Ramiro Quintana*

*Domínguez se dirigía por la entrada al barrio San Ignacio Norte de esta ciudad, cuando fue interceptado por dos individuos armados con cuchillo, exigiéndole la entrega de los objetos que portaba, un celular marca Nokia valorado en $50.000, un bolso que contenía 5 enjuagues bucales valorados en $50.000 y 5 cremas dentales Colgate valorados en $30.000, exigencia a la que no pudo repeler ante la violencia que desplegaron los desconocidos.*

*Con el botín, los sujetos emprenden la huida, pero la víctima da aviso de lo sucedido a la Policía, quienes inician un operativo, logrando la aprehensión de uno de los implicados en el hecho, quien respondió al nombre de RONAL PARRA MEDINA" (sic) (f. 13 del archivo digital).*

## ACTUACIÓN PROCESAL

**1.** El 31 de mayo de 2014, ante el Juzgado Veintiuno Penal Municipal con Función de Control de Garantías Ambulante de Bucaramanga, se realizó audiencia preliminar de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, oportunidad en la cual, la fiscalía le imputó a *RONAL PARRA MEDINA* el delito de hurto calificado y agravado, conforme a los artículos 239, 240, inciso 2° y 241, numeral 10° del Código Penal, cargos que no aceptó el indiciado (f. 76 del archivo digital).

Al imputado no se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento de reclusión, ordenándose su libertad inmediata.

**2.** La agencia fiscal presentó el respectivo escrito de acusación (f. 78 del archivo digital), el cual sometido a reparto correspondió al Juzgado Segundo Penal del Municipal de Bucaramanga (f. 275 del archivo digital), despacho que el 19 de septiembre de 2014 celebró la audiencia de formulación de acusación de conformidad con el artículo 339 de la Ley 906 de 2004, oportunidad en que la fiscalía acusó a *RONAL PARRA MEDINA* por la comisión del delito de hurto calificado y agravado (f. 67 del archivo digital).



TRIBUNAL CSJ SP 2023

**3.** El 22 de octubre de 2015 (f. 54 del archivo digital), el juzgado de conocimiento realizó la audiencia preparatoria.

**4.** La audiencia de juicio oral se instaló el 21 de abril de 2016[1] (f. 40 del archivo digital), continuando en las sesiones del 7 de febrero de 2017 (f. 27 del archivo digital) y el 3 de abril siguiente (f. 24 del archivo digital), oportunidad en la cual, la fiscalía presentó su teoría del caso, se practicaron las pruebas solicitadas por las partes y se culminó con la presentación de los alegatos finales de los intervinientes.

Acto seguido, el juzgado anunció el sentido del fallo que fue de carácter condenatorio, corriéndose el traslado del artículo 447 del Código de Procedimiento Penal.

**5.** El 3 de abril del 2017, el despacho dio lectura a la sentencia condenatoria, decisión que impugnó el defensor, lo cual concita la atención de esta Sala.

## SENTENCIA IMPUGNADA

El *a quo* describió el aspecto fáctico de la causa, individualizó al procesado, sintetizó el discurrir procesal, así como relacionó los elementos de prueba debatidos en el juicio oral para posteriormente plasmar sus consideraciones al respecto.

En este sentido, hizo alusión al contenido de los artículos 239, 240 y 241, numeral 10, para con ello resaltar que, a pesar que los agentes captores no presenciaron el hurto del que fue víctima Luis Ramiro Quintana, sí tuvieron conocimiento de la perpetración del ilícito a través de la información entregada por el radio de comunicaciones, y con ello, seguir la ruta que les indicó el afectado para la

[1] Se dieron como hechos ciertos y probados: 1) La plena identidad del procesado 2) Que en la página del SPOA al procesado le figura un proceso activo en etapa de investigación por el delito de hurto



TRIBUNAL@BUCSP2023

persecución de los asaltantes, observando a un hombre sin camisa y corriendo, por lo que al lograrlo aprehender, pudo ser identificado por el denunciante como la persona responsable del apoderamiento de sus pertenencias, a quien a su vez, no se le encontró elemento alguno; no obstante, fue puesto a disposición de la autoridad competente para su judicialización, sin que a su vez hubiesen podido localizar al sujeto que acompañaba al capturado.

Ahora bien, ante la imposibilidad de la fiscalía para llevar a declarar a la víctima al juicio oral, pese a la labor investigativa para lograr su ubicación, se dio aplicación al contenido del artículo 438 del Código de Procedimiento Penal, al admitirse la denuncia que formuló Luis Ramiro Quintana Domínguez, como prueba de referencia, la cual, se introdujo a través del testimonio del investigador que la recepcionó, y con la que infirió que *RONAL PARRA MEDINA* tuvo participación activa en la afrenta patrimonial, a quien si bien no se le encontraron los elementos hurtados, éste pudo pasarlos a su compinche al ser una tarea mancomunada, describiéndose por la víctima la afectación que sufrió de manera violenta en su patrimonio económico por dos jóvenes, que describió claramente, incluso al capturado lo detalla como una persona trigueña, delgada, de cabello crespo y sin camisa, características que corresponden al procesado, estableciéndose con ello la existencia del comportamiento ilícito y la autoría del encartado.

De tal manera, la juzgadora de primera instancia, coligió que con la prueba de referencia junto los testimonios de los agentes captores, se obtiene de manera diáfana las circunstancias de modo, tiempo y lugar de la afrenta patrimonial que sufrió Luis Ramiro Quintana, deduciéndose además de la tipicidad de la acción realizada por *PARRA MEDINA,* su antijuricidad, por lo que mereció la imposición de una pena.

Es así como, en el ámbito de la dosimetría punitiva consideró que, de acuerdo a los parámetros de los artículos 239, 240, inciso 2° y 241, numeral 10 del Código Penal,

así como, el contenido del artículo 268 *ejusdem,* por cuanto la cuantía de lo hurtado no supera el salario mínimo mensual legal vigente, el procesado no posee antecedentes penales y a la víctima no se le causaron graves perjuicios en el patrimonio económico, debía aplicarse el cuarto mínimo, que se tasó entre 72 y 110 meses de prisión, así como tuvo en cuenta las circunstancias de menor punibilidad, el alto grado del dolo del procesado y la utilización de la violencia sobre la víctima, considerando que debía imponerse una pena de 73 meses de prisión y la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual a la sanción principal.

En atención al contenido de los artículos 38B, 63 y 68A de la Ley 599 de 2000, determinó la improcedencia de la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria ante el incumplimiento de los requisitos objetivos para el otorgamiento de estos subrogados penales, razón por la que, ordenó librarse la correspondiente orden de captura en contra de los procesados por intermedio del Centro de Servicios Judiciales del Sistema Penal Acusatorio.

## RECURSO DE APELACIÓN

La defensa, inconforme con el fallo de primera instancia argumentó que, la manera en que fue capturado el procesado, no permite deducir la flagrancia y por tanto su privación de la libertad fue ilegal, a pesar que un juez de control de garantías haya determinado lo contrario, para con ello, adverar que de la práctica probatoria se puede tener certeza de la inexistencia de un contacto visual o un seguimiento continuo desde la comisión de los hechos hasta el momento de la captura del presunto autor, toda vez que el único testigo presencial del ilícito no asistió al juicio oral, teniéndose como única referencia la descripción que el denunciante realizó el afectado, como prueba de referencia de la que no puede fundarse una sentencia condenatoria.

TRIBUNAL@BUCSP2023

De esta manera, arguyó de la existencia de dudas referentes a la responsabilidad penal del procesado, a quien no se le encontró ningún elemento hurtado a la víctima o el arma cortopunzante con la que se le violentó para la entrega de sus bienes, sin que a su vez, obre prueba alguna que sustente la hipótesis de que el procesado se deshizo del botín y del cuchillo que se utilizó para la materialización del ilícito.

Por otra parte, afirmó que el delito por el que se condenó a *RONAL PARRA MEDINA* es una conducta bagatela, la cual, realmente no afectó el bien jurídico que el tipo penal imputado protege, toda vez que la cuantía de $130.000 es poco trascendente para el campo penal; de ahí que, de darse por certera la responsabilidad del acusado, su comportamiento no es antijuridico, ya se el patrimonio económico se afectó tan levemente que la conducta no alcanza a constituir delito.

Por lo anterior, solicitó se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se emita un fallo absolutorio en favor de su prohijado.

## CONSIDERACIONES

**1.** Al tenor del artículo 34, numeral 1°, de la Ley 906 de 2004, el Tribunal tiene competencia para resolver la apelación allegada porque la sentencia objeto del recurso fue proferida por un juzgado penal municipal de este distrito judicial.

El ámbito funcional, en cuanto al objeto del recurso invocado y según el principio de limitación, está restringido a los aspectos objeto de disenso y a los que le estén inescindiblemente vinculados. Esto último, sin perjuicio de la atribución que encuentra fundamento en el artículo 10 ibídem en armonía con el artículo 457, para verificar la legalidad del fallo y de la actuación que le brinda soporte, en específico, la preservación de las garantías fundamentales.

TRIBUNAL@PUCSP2023

Igualmente, es menester preservar la garantía de prohibición de reforma en peor, contemplada en los artículos 20 del estatuto en referencia y 31 de la Carta Política, por cuanto la inconformidad proviene sólo de la defensa y, así las cosas, en el acusado converge la condición de apelante único.

**2.** Ante la solicitud de la recurrente, orientada a obtener en esta instancia la absolución del procesado, debe precisar la Sala que, constituye obligado punto de partida la presunción de inocencia, de arraigo en el artículo 29 de la Carta Política y que encuentra nítido desarrollo normativo en los artículos 7o y 381 de la Ley 906 de 2004, disposiciones de conformidad con las cuales la sentencia de carácter condenatorio sólo es viable cuando las pruebas practicadas e introducidas en el juicio oral y público, con observancia de los principios de inmediación, contradicción y concentración, conducen al conocimiento más allá de toda duda acerca del delito imputado y respecto de la responsabilidad penal del indiciado.

En virtud de tales regulaciones, conviene enfatizar, de echarse de menos esos requisitos, el pronunciamiento conclusivo de las instancias no puede ser diverso a la absolución. Ello sin que pueda soslayarse que la providencia de ese mismo contenido y alcance se impone, de igual modo, cuando persisten dudas en torno a alguno de esos hitos, de necesaria definición a favor del procesado en aplicación del postulado *in dubio pro reo* recogido en la primera de las normas relacionadas en precedencia.

**2.1.** De acuerdo con lo argumentado y en virtud de la naturaleza de la censura de la defensora, al Tribunal le corresponde verificar la satisfacción de los requisitos enunciados. Lo anterior, se insiste, mediante la apreciación en conjunto de los medios suasorios acopiados, como lo reivindica el artículo 380 de la Ley 906 de 2004, en armonía con el artículo 16 *ibídem*, efectuada al tamiz de los parámetros contemplados en dicho estatuto.

TRIBUNAL BUCSP2018

De este modo, la decisión a proferir en esta sede dependerá de la apreciación conjunta de las atestaciones rendidas por los testigos en la vista pública y en tal labor valorativa, según lo establece el artículo 404 de la ley 906 de 2004, se deben tener en cuenta *"los principios técnico científicos sobre la percepción y la memoria y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad".*

Dicho aspecto engrana con la obligación a cargo de toda persona de rendir testimonio, según lo preceptuado en el canon 383, salvo las excepciones constitucionales y legales. Además, en lo que respecta a las obligaciones del testigo, según el artículo 402 del estatuto procesal penal, éste sólo puede declarar sobre los *"aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir".*

Los anteriores postulados encuentran arraigo en el principio de libertad probatoria del artículo 373 *ejusdem*, de conformidad con el cual, los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso pueden probarse por cualquiera de los medios establecidos en dicha codificación o por cualquier otro de carácter técnico o científico que no viole garantías fundamentales.

Por consiguiente, las partes pueden elegir todas aquellas probanzas que consideren necesarias para demostrar determinado aspecto del debate, cuyo único deber es el de *"procurar la mejor evidencia para realizar dicha demostración"*[2], sin importar los aspectos cualitativos o cuantitativos de las mismas[3] y al juzgador se le impone la carga de analizar el testimonio *"dentro un proceso apreciativo que se hace al tamiz de los postulados lógicos, científicos, de la experiencia y el sentido común"*[4].

---

[2] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicación n°. 44056 de octubre 28 de 2015.
[3] Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicación n°. 35080 de mayo 11 de 2011. Explica la Magistratura: *"la determinación de la conducta punible y su responsable puede operar, incluso, a través de una sola prueba, cuando ella por sí misma irradia credibilidad y comporta todas las aristas de conocimiento que nutren esos elementos."*
[4] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicación n°. 16967 de mayo 16 de 2007.

Ahora bien, la censora propone tres puntos de disenso respecto de la sentencia condenatoria proferida por la juez de primera instancia, referentes al i) procedimiento de captura de *RONAL PARRA MEDINA,* ii) el testimonio de referencia y iii) el delito bagatela. Sobre estos temas, se pronunciará la Sala a efectos de desatar la alzada propuesta.

**i) Del procedimiento de captura:**

En este punto, es conveniente advertir que al controvertirse a través de los recursos ordinarios, lo decidido por la judicatura, debe entenderse por el recurrente que el objeto concreto de discusión no puede desbordar los motivos específicos que soportaron la decisión, toda vez que con la impugnación se busca demostrar el yerro contenido en estos, situación que desconoce el argumento propuesto en el presente recurso, en tanto que pretende se analice la legalidad de la captura de *RONAL PARRA MEDINA,* abandonando por completo la fundamentación inserta en la decisión que se ataca.

Ahora bien, debe afirmarse que de ninguna manera podría asumirse afectada la estructura fundamental del proceso cuando algún tipo de yerro o vicio afecta la captura del indiciado, toda vez que ese hecho se ofrece como accidental al trámite y no consustancial del mismo; de ahí que, por dicho carácter o característica, cualquier tipo de discusión referida a la captura se agota, con efectos preclusivos, en la correspondiente audiencia de legalización de la misma y en la segunda instancia, de acudirse a ella.

De tal manera, no es factible plantear en el recurso de apelación, fundamentos como los propuestos por la recurrente, cuando dicha oportunidad precluyó, observándose que, para el caso en concreto, en la audiencia de legalización de captura realizada el 31 de mayo de 2014 (f. 9 del expediente físico) además de ser analizados los presupuestos

TRIBUNAL@TSP2023

contenidos en el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal por parte del Juez de Control de Garantías e impartir legalidad de la captura en flagrancia a *RONAL PARRA MEDINA*, contra dicha determinación no se interpuso recurso de apelación, pues antes bien, la agencia fiscal únicamente recurrió el aspecto relativo a la no imposición de la medida de aseguramiento al haberse dejado en libertad al procesado, resolviéndose lo correspondiente por parte del Juzgado Primero Penal del Circuito de Bucaramanga, en decisión del 20 de agosto de 2014, y concluir que, *"este juzgado comparte el criterio del de primera instancia, en el sentido de que existen vacíos frente a la inferencia razonable de coautoría frente al señor Parra Medina, pues si bien es cierto en el informe de policía y vigilancia en casos de captura en flagrancia se consigna que la víctima reconoció a Ronal Parra Medina como el sujeto que lo intimidó con el arma blanca y lo despojó del celular, también lo es, que nada de ello se consigna en la denuncia, quedando un vacío insalvable frente a si hubo reconocimiento o no de la víctima, y si se trata de una mera sospecha, amén de que tampoco se le encontró al imputado el elemento corto punzante, ni el objeto que se dice fue hurtado"* (sic).

Así pues, es abiertamente improcedente que, en sede de segunda instancia, en controversia contra la sentencia que determinó la responsabilidad penal de *RONAL PARRA MEDINA,* se plantee el debate propuesto por la recurrente en punto de la ilegalidad de la captura de su prohijado, cuando el objeto mismo del fallo controvertido respecto el compromiso del acusado por el reato que se le imputó, no posee relación alguna con el mentado procedimiento que en su momento, por parte del juez de control de garantías fue determinado como legal, pues antes bien dicho aspecto tan siquiera se encuentra relacionado con el juicio valorativo realizado a través de los elementos de prueba para colegir la necesidad de la pena impuesta por la *a quo,* tópico que en esta sede de segunda instancia, redunda inane para su análisis al ser ya estudiado en el momento procesal respectivo.

Así las cosas, lo que desconoce el opugnante al fundar su recurso es aquello que la Corte Suprema de Justicia ha decantado con claridad al establecer que:

*"la captura en flagrancia no es una prueba en sí misma, sino una circunstancia que se debe probar en el juicio,* ***con el fin de acreditar que la captura en el momento de cometer un delito o inmediatamente después, es un elemento a considerar para inferir que el acusado fue el autor de la conducta por la cual se le juzga****. Dicho de otro modo, la flagrancia es una situación que permite la aprehensión de un ciudadano que comete un hecho delictual y es descubierto en las condiciones definidas en el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal,* ***cuestión por supuesto distinta*** *a la demostración que de dicha situación se debe hacer en el juicio* ***y de su incidencia en la comprobación de la autoría y la responsabilidad*** *(CSJ SP del 23 de noviembre de 2017, Rad. 45899) [...] En esa medida, el control frente a lo que podría denominarse el primer nivel de intervención del derecho penal frente a las libertades públicas,* ***es distinto a la carga que tiene la fiscalía de probar en el juicio los supuestos que determinaron la captura en flagrancia y el consiguiente deber de llevarle al juez el conocimiento más allá de toda duda sobre la autoría, que incluye las circunstancias de todo tipo en que se ejecutó la conducta, y la responsabilidad del acusado****."*[5] (Énfasis de la Sala).

**ii) De la prueba de referencia:**

Ahora bien, continuando con el segundo punto de disenso propuesto en la alzada, diáfano emerge que el texto del inciso final del canon 381 de la Ley 906 de 2004 dispone que *"la sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia"*, instituto que ha sido definido y delimitado por la máxima Corporación en lo penal, así:

*"Por definición legal, la prueba de referencia es toda declaración realizada fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de*

[5] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicación n°. 46995 de octubre 31 de 2018.

*agravación punitivas, la naturaleza o extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en juicio*[6].

*En términos menos abstrusos, puede decirse que prueba de referencia es la evidencia (medio probatorio) a través de la cual se pretende probar la verdad de una declaración realizada al margen del proceso por una persona determinada, no disponible para declarar en el juicio, que revela hechos de los cuales tuvo conocimiento personal, trascendentes para afirmar o negar la tipicidad de la conducta, el grado de intervención del sujeto agente, las circunstancias de atenuación o agravación concurrentes, la naturaleza o extensión del daño ocasionado, o cualquier otro aspecto sustancial del debate (antijuridicidad o culpabilidad, por ejemplo).*

*Para que una prueba pueda ser considerada de referencia, se requiere, por tanto, la concurrencia de varios elementos: (i) 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)"* [7].

En este orden de ideas, se considera prueba de referencia aquella declaración rendida con antelación al juicio oral, ofrecida "*como medio de prueba de algún aspecto relevante del debate*"[8].

Dentro de este escenario y a efectos de lograr una mejor comprensión, es menester distinguir las nociones relativas al *tema de prueba* y el *medio de prueba*[9], donde el primer concepto se refiere a los hechos del caso consignados en el pliego acusatorio, mientras el segundo alude a los elementos que se usan para acreditar las características propias del injusto, es decir, para la definición de responsabilidad penal del procesado.

---

[6] Artículo 437 de la ley 906 de 2004.
[7] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicación n°. 27477 de marzo 6 de 2008.
[8] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicación n°. 46153 de septiembre 30 de 2015.
[9] Sentencia ut supra.

En este contexto, el medio de prueba que comporta una declaración rendida por fuera del juicio se considera como prueba de referencia al tenor de lo dispuesto en el artículo 437 de la Ley 906 de 2004.

En el presente caso, en la audiencia del 7 de febrero de 2017, la fiscalía expuso las diversas labores investigativas realizadas a efectos de ubicar a Luis Ramiro Quintana Domínguez, en su calidad de víctima, y con ello efectuar su interrogatorio para conocer de manera directa lo correspondiente a la ocurrencia del injusto; sin embargo, ante la infructuosa labor, al tenor del precepto normativo antes referido, solicitó la admisión de la declaración rendida por el afectado en la noticia criminal del 30 de mayo de 2014 ante el investigador Jorge Alberto Vera Gutiérrez, como testimonio de referencia, realizándose la correspondiente introducción de la noticia criminal propuesta por el afectado y por ende, se efectuó la respectiva la valoración por parte de la juez de primer grado para justificar la sentencia condenatoria que se ataca.

De esta manera, el ente acusador solicitó la incorporación de esa declaración anterior cuya existencia y contenido logró demostrar a través del investigador del CTI que la recibió, ello bajo el entendido de agotar el trámite previsto en el artículo 438 del C.P.P. y acreditar el literal b) de esa disposición, esto es, la presencia de un evento similar a los previstos allí, pues en su argumentación hizo relevancia en las circunstancias de no ser localizado en la dirección donde supuestamente residía, así como, su falta de voluntad de comparecer al juicio oral, las cuales, fueron tenidas en cuenta por la *a quo*, para admitir la introducción de dicha declaración, y de la que la defensa no presentó oposición alguna.

Sobre el particular, importante es advertir, que la a quo erróneamente admitió la declaración anterior rendida por fuera del juicio oral como prueba de referencia, por cuanto, las circunstancias aducidas por la agencia fiscal no se acompasan con el

TRIBUNAL@DCSP2023

contenido del artículo 438, literal b) del Código de Procedimiento Penal, para entender la imposibilidad de ubicación de la víctima, así como, su renuencia para asistir al juicio oral, como el evento similar que describe la norma en mención y lo asumido en sendos preceptos jurisprudenciales en dicho aspecto[10].

Efectivamente, aunque la fiscalía realizó labores para lograr la comparecencia de la víctima, lo cierto es que no logró comprobar que su inasistencia al juicio se derive de las hipótesis que jurisprudencialmente ha desarrollado la Alta Corporación en lo penal, respecto de eventos similares a la desaparición forzada y el secuestro, como para facultar la procedencia de los mismos como prueba de referencia, pues efectivamente todo apunta a que se ha evadido del llamado de la autoridad judicial y policiva.

No obstante, aceptándose en gracia de discusión que la prueba en cuestión, por haber sido admitida por la a quo, podía ser valorada como prueba de referencia, se impone concluir que la misma no tiene el valor probatorio necesario para considerar que sustenta o aporta fundamentos concretos que permitan entender la materialización de la conducta y la participación del acusado en el reato imputado, como se procederá a analizar.

Así, véase que Jorge Alberto Vera Gutiérrez, tras relacionar que dentro de sus funciones como investigador del CTI se encontraba recepcionar denuncias y realizar labores de vecindario, afirmó reconocer el Formato Único de Noticia Criminal FPJ-2 del 30 de mayo de 2014, en atención a que allí se consignó el relato de los hechos que realizó Luis Ramiro Quintana Domínguez, quien le informó que, "*yo estaba ahí en el barrio Café Madrid, en el cruce donde salen las busetas para Girón, me encontraba esperando la buseta para Girón, eran como las tres de la tarde*

[10] Cfr. CSJ SP4770-2020

*aproximadamente, cuando llegaron dos muchachos jóvenes, uno me colocó el cuchillo de cacha de madera y lámina larga, estaba hasta oxidada, me lo colocó en el estómago, es una persona delgada, moreno, estatura aproximada 1.80, edad 22 años, cabello negro y crespo, vestía jean y tenis blancos, no tenía camisa y el otro empezó a revisarme la bolsa y era delgado, piel trigueña medio, estatura 1.70 aproximada, edad aproximada unos 22 años vestía como camisa manga larga, manga de color amarillo, bermuda de color gris, el joven que tenía cuchillo me sacó el celular marca Nokia, avaluado en $80.000 mil pesos, no tengo factura porque fue un regalo. El joven me sacó del bolsillo del pantalón del lado izquierdo, el otro se llevó la bolsa con cinco enjuagues bucal de medio litro, avaluado en $50.000, cinco cremas de Colgate Luminous White, avaluadas $30.000, yo salí corriendo detrás de ellos y una vecina me pasó el teléfono y llamé a la Policía, al momento llegaron y les comenté lo sucedido"* (Audiencia de juicio oral, 7 de febrero de 2017, record: 18:01).

Igualmente, posterior a la lectura realizada del contenido de la denuncia rendida por Luis Ramiro Quintana Domínguez, la agencia fiscal solicitó su incorporación; de ahí que, los asertos que a través de ese medio de conocimiento se ventilaron en la audiencia de juicio oral pudieron ser valorados por la funcionaria de primera instancia para estructurar la sentencia condenatoria contra *RONAL PARRA MEDINA*.

Es así como, conforme se procederá a detallarse, resulta razonable afirmar que la Fiscalía no presentó ninguna prueba directa que permitiera establecer que efectivamente se presentó la apropiación indebida de un celular marca Nokia, cinco enjuagues bucales y cinco cremas dentales Luminous White, ni tampoco que el encartado fue la persona que realizó tal acción en detrimento del patrimonio de la persona que funge como víctima.

Esto, por cuanto al debate probatorio acudió uno de los agentes captores Fabio Coy Navarro, quien informó ser patrullero de la Policía Nacional, por lo que el 30 de

mayo de 2014, mientras se encontraba realizando labores de patrullaje con su compañero Edwar Vargas Cavanzo, recibió información de la central de comunicación en la que, *"nos manifiesta que en la "Y", están cometiendo un hecho, nos dirigimos rápidamente hacia el sector y nos encontramos con la víctima donde nos manifiesta que en ese momento unos hombres, le habían acabado de hurtar, que el uno vestía de camisa amarilla y el otro sin camisa y en pantalón azul, donde nos manifiesta que cogen hacía el sector de Villas de San Ignacio, cuando nos trasladamos hacía el sector, nos encontramos con una persona que iba corriendo con las mismas características, un sujeto sin camisa y de pantalón jean. Donde lo interceptamos y al momento llega la víctima y nos manifiesta que él era el sujeto que lo había acabado de hurtar, donde nos manifiesta que él había sido el que le había robado unos enjuagues y unas cremas. Donde yo le doy a conocer los derechos de capturado sin encontrarle los elementos que la víctima manifestaba y él da como por entendido. Después nos trasladamos a la estación de policía"* (Audiencia de juicio oral, 21 de abril de 2016, récord: 15:26).

Similarmente, en el contrainterrogatorio refirió que al momento de la captura de *RONAL PARRA MEDINA,* este no se encontraba acompañado, así como, negó habérsele encontrado algún arma cortopunzante o los elementos hurtados que señaló la víctima habérsele despojado por dos sujetos momentos antes a la aprehensión realizada, esto es, *"unos enjuagues bucales, unas cremas y un celular"* (Audiencia de juicio oral, 21 de abril de 2016, récord: 25:12).

En este mismo sentido, Edwar Vargas Cavanzo, patrullero de la Policía Nacional, refirió que para el mes de mayo de 2014, laboraba en la Estación del Norte de Bucaramanga, rememorando que en dicha data, realizó la captura de *RONAL PARRA MEDINA,* reseñando que, *"no recuerdo muy bien el día que se llevó a cabo, solo fue aproximadamente 15:30 de la tarde, donde el auxiliar de información CAI Café, nos informa por el radio de comunicaciones de que en el sector de la "Y" del Barrio Villas de San Ignacio, se presentó un hurto a un ciudadano, de inmediato nos dirigimos al lugar junto mi compañero de patrulla. Al llegar al lugar nos entrevistamos con un*

*afectado, no recuerdo el nombre del afectado, la víctima, este señor nos da unas características de dos sujetos que momentos antes le habían hurtado un celular, unos enjuagues y unas cremas. Teniendo estas características de estos dos sujetos, nos dice que uno vestía una camisa amarilla y el otro que estaba sin camisa y con pantalón azul, con estas características iniciamos la búsqueda y que habían corrido hacia el barrio San Ignacio. Con estas características iniciamos la búsqueda de estos dos sujetos, al ingresar al barrio Villas de San Ignacio, observamos a una persona de sexo masculino, el cual, tenía unas características similares, estaba sin camisa y con pantalón azul, el cual, corría hacia el interior del barrio. Lo interceptamos, en ese momento hace presencia hasta ese lugar, al interior del Barrio Villas de San Ignacio, la persona afectada, la víctima y lo señala como uno de los autores del hurto que le habían cometido anteriormente, por tal motivo se le practica un registro personal a esta persona, no se le encuentra ningún elemento en su poder, se le dan a conocer los derechos que posee como persona capturada ya que la víctima manifiesta que él participó en el hurto y se traslada para ser dejado a disposición de la autoridad competente en la URI"* (Audiencia de juicio oral, 21 de abril de 2016, récord: 29:43).

Así pues, reiteró que el procesado se encontraba "*sin camisa y vestía pantalón azul*" (Audiencia de juicio oral, 21 de abril de 2016, récord: 32:52), así como, que al momento de su captura el afectado lo señaló como uno de los hombres "*responsables de ese hurto*" (Audiencia de juicio oral, 21 de abril de 2016, récord: 33:54), sin embargo, no se le encontraron los elementos que indicó la víctima como los apropiados por los asaltantes, ni elemento cortopunzante alguno, con el que presuntamente se le coaccionó para su despojo.

En lo que atañe al contenido referencial o de oídas del testimonio, en proveído del 13 de agosto de 2014, radicado SP10694-2014, 37.924, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia señaló los criterios de valoración de tal prueba:

> *"En efecto, se ha dicho que el testimonio de oídas, que también es denominado testigo indirecto o de referencia, lo que acredita es el relato que otro hizo respecto de un suceso, más no la veracidad del mismo.*



TRIBUNAL@BUCSP2023

*"No implica lo anterior que dicho mecanismo de verificación (el testigo de referencia) deba ser rechazado; lo que ocurre es que frente a las especiales características en precedencia señaladas, es necesario estudiar cada caso en particular, analizando de manera razonable su credibilidad de acuerdo con las circunstancias personales y sociales del deponente, así como las de la fuente de su conocimiento, si ha de tenerse en cuenta que el testigo de oídas no fue el que presenció el desarrollo de los sucesos y que por ende no existe un real acercamiento al hecho que se pretende verificar." (CSJ SP, 21 Abr. 1998, rad. 10923)*

*La corte se ha ocupado de fijar los requisitos para la correcta apreciación del testigo de oídas, con el fin de evitar que en su estimación se incurra en errores de hecho:*

*De esa forma, se ha concluido que aun cuando el testigo de oídas no es de por si prueba deleznable, el operador jurídico está en la obligación de dedicar especial cuidado al ejercicio valorativo que implica esa clase de medios de prueba, ya que esta especie de testimonio adquiere preponderancia en aras de reconstruir la verdad histórica y hacer justicia material, únicamente cuando es imposible obtener en el proceso la declaración del testigo o testigos que tuvieron directa percepción del suceso. Por eso, la Sala ha establecido, según surge de sus precedentes jurisprudenciales, cuatro presupuestos a aplicar con ocasión de la apreciación del referido medio de persuasión:*

*"**En primer lugar**, se requiere que se trate de un testigo de referencia o de primer grado, entendiendo como tal quien sostiene en su declaración que lo narrado lo escuchó directamente de una persona que tuvo conocimiento inmediato de los hechos, en contraste con el testigo de segundo grado o de grados sucesivos, que es quien al deponer afirma que oyó a una persona relatar lo que ésta, a su turno, había oído a otra, y así sucesivamente. Tal exigencia se justifica porque en el análisis de esa prueba de orden testimonial el de primer grado ofrece mayor fiabilidad y fortaleza que el de segundo, tercero, etc., dado que lo conocido no es de una tercera o cuarta fuente, sino de la inicial respecto de lo afirmado o narrado por el testigo directo.[11] (CSJ SP 2 Oct. 2001 rad. 15286; CSJ SP 26 abr. 2006 rad 19561)*

***En segundo término**, es preciso que el testigo de oídas señale cuál es la fuente de conocimiento, esto es, al testigo directo del evento de quien recibió o escuchó la respectiva información, identificándolo con nombre y apellido o con las señales particulares que permitan individualizarlo, condición que resulta sustancial, de una parte para que en el curso del proceso el funcionario intente por todos los medios legales que éste asista a declarar acerca de su cognición personal del suceso, indistintamente de que por razones debidamente justificadas (muerte,*

[11] Sentencias casación penal 15282 y 19561 de 2 de octubre de 2001 y 26 de abril de 2066, respectivamente.

*enfermedad, localización, etc.) resulte imposible obtener tal comparecencia; y de otra, porque de no ser así, es decir, de acoger o conceder mérito a la declaración de un testigo de referencia que no precisa quién es su referente, o que atribuye la ciencia de su dicho al comentario público o rumor popular –divulgado por personas desconocidas, creado, alimentado y dirigido por intereses inciertos, transformado por fenómenos de psicología colectiva, y difundido sin dirección ni sentido de responsabilidad-, en la práctica equivaldría a admitir una prueba testimonial anónima, cuya validez es contraria a elementales postulados que sustentan el Estado Social de Derecho*[12].

***En tercer lugar**, es imperioso establecer las condiciones en que el testigo directo transmitió los datos a quien después va a dar referencia de esa circunstancia, de manera que sea posible evidenciar que lo referido de modo indirecto por el declarante ex auditu es trasunto fiel de la información vertida a éste por el cognoscente directo.*

***Y, en cuarto término**, es fundamental para otorgar poder suasorio a la especie de prueba en comento la confluencia de otra clase de medios de persuasión, así sean indiciarios, con la capacidad de reforzar las atestaciones del testigo de oídas, pues valorados en conjunto pueden suministrar elementos aptos para acreditar que lo referido al testigo indirecto se le transmitió en la forma como éste lo señaló y que efectivamente el suceso debatido ocurrió de conformidad con su narración*[13]

*En conclusión, el testimonio de oídas se erige como medio de persuasión idóneo, serio y creíble cuando, además de reunir los dos primeros presupuestos, "aparece corroborado o respaldado por otros elementos de convicción que no permiten dudar de la veracidad del relato hecho por otras personas al testigo"*[14], *lo cual implica afirmar que la prueba testimonial de referencia única, por si sola, es decir, huérfana de otros medios probatorios que la confirmen y robustezcan, en cualquier caso carece de eficacia suficiente para desvirtuar la presunción constitucional y legal de inocencia*[15].

*Es necesario anotar, en esta oportunidad, que los presupuestos en alusión surgen a partir de los propios criterios de la sana crítica que deben considerarse cuando se asume la tarea de apreciación de las pruebas, en particular de reglas de la experiencia, como aquella según la cual a medida que un relato va trasmitiéndose de persona en persona, generalmente al mismo progresivamente se le suman o suprimen detalles que terminan distorsionando sustancialmente el original, convirtiéndose en rumor público, cuya principal característica, como*

---

[12] Cfr. En ambos sentidos: Climent Duran, CARLOS, "la prueba penal" "testigo de referencia", pág. 174 a 177. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia (España) 1999. Y Jacobo López Barja de Quiroga, JACOBO, "Tratado de Derecho Procesal Penal" "El testigo de referencia", pág. 1326 a 1329. Thomson Aranzadi, Navarra (España) 2004.
[13] Cfr. Sentencia de 5 de octubre de 2006, radicación 23960.
[14] Cfr. Sentencia de 18 de octubre de 1995, radicación 9226, criterio reiterado en sentencias de 2 de octubre de 2001, radicación 15286, y 5 de octubre de 2006, radicación 23960.
[15] Ídem, obras citadas.

*se ha dicho por la doctrina, precisamente "consiste en que no puede comprobarse la fuente de donde proviene"*[16].

*De modo, pues, que la apreciación de un testimonio referencial, desconociendo los presupuestos mencionados en precedencia, conlleva a la configuración de un falso raciocinio que, entonces, puede ser perfectamente denunciado en sede de casación por vía del error de hecho. (CSJ SP 11 Nov 2013 rad. 42359-Resaltado de la Sala)".*

En ese orden de ideas, los agentes captores están en posición de transmitir un conocimiento directo en lo que versa en términos generales a la captura del procesado, pues fue la pareja de policiales que procedió a la aprehensión de quien se identificó como *RONAL PARRA MEDINA,* siendo concordantes en que, la misma se efectuó en atención a las características descritas por la víctima, esto es, que vestía un jean y no portaba camisa, así como, que corría por las calles del sector de Villas de San Ignacio y que desde donde se produjo la captura hasta el lugar de la ocurrencia del ilícito, había una distancia aproximada de *tres cuadras al interior de un barrio* (Audiencia de juicio oral, 21 de abril de 2016, récord: 33:36), no obstante, no le fue encontrado ninguno de los elementos hurtados o el arma cortopunzante con que se amenazó al denunciante para la entrega de los bienes que se le apropiaron.

Y es que, si bien es cierto la juzgadora de primera instancia le da gran valor suasorio a lo indicado por los agentes captores y lo adverado por el investigador del CTI en la denuncia realizada por Luis Ramiro Quintana Domínguez en cuanto a las características de uno de los asaltantes que el 30 de mayo de 2014, al identificar a uno de ellos como el que portaba un pantalón azul y carecía de camisa, no se tienen otros elementos de prueba que apunten con un mayor grado de certeza que efectivamente, *RONAL PARRA MEDINA,* fue uno de los responsables del hurto imputado, pues es relevante el hecho que no se haya encontrado en su poder ninguno de los elementos referidos por la víctima que le fueron arrebatados,

[16] DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría general de la prueba judicial, tomo 2, primera edición colombiana, Biblioteca Jurídica DIKE, pág. 78.

menos aún, el arma cortopunzante con la que se le coaccionó para su entrega, pues, nótese que en la denuncia que se valoró como prueba de referencia, se consignó que "*uno me colocó el cuchillo de cacha de madera y lamina largo y estaba hasta oxidado, me lo colocó en el estómago, es una persona delgada, moreno, estatura aproximada como 1.80, edad 22 años, cabello negro crespo, vestía de jean y tenis blancos, no tenía camisa*".

De lo anterior, no se desprende la inferencia que realizó la juzgadora de primera instancia, cuando sostiene que fue indiscutible la participación de *RONAL PARRA MEDINA,* así como, las características físicas que les referenció el afectado a los agentes captores para lograr la aprehensión de los responsables del hurto, pues si bien no se le encontraron los elementos hurtados o el arma cortopunzante, "*pudo pasarlos a su compinche ya que era una tarea mancomunada*" (f. 49 del expediente físico) hipótesis que en ninguno de los elementos de prueba controvertidos puede extraerse, tal y como lo plantea la *a quo,* para sostener la responsabilidad penal del procesado, pues se insiste, con los agentes captores únicamente se conocieron aspectos relevantes respecto de la aprehensión del capturado, los cuales, no referenciaron la situación propuesta por la falladora, pues sostuvieron unánimemente, que al procesado no lo encontraron en compañía de otra persona, así como, no relacionar que hubieran percibido tan siquiera la intención del encausado de querer deshacerse de algún elemento que llevara en su poder.

Así pues, al margen de lo anotado, a juicio de esta Sala, el hecho de que los agentes captores referenciaron que *RONAL PARRA MEDINA* fue capturado tras el señalamiento de la víctima con las características antes referenciadas, no compromete por sí mismo la responsabilidad penal del imputado, ya que, si bien es cierto, los gendarmes refirieron que el afectado lo identificó como uno de los responsables del hurto de su celular, cinco enjugues bucales y cinco cremas dentales, también lo es que, en la denuncia realizada por Jorge Alberto Vera Gutiérrez, e introducida como prueba de referencia, nada se consignó sobre dicho

TRIBUNAL ORUCSP2023

aspecto, referenciándose únicamente que *"yo salí corriendo detrás de ellos, y una vecina me pasó el teléfono y llamé la Policía, al momento llegaron y les comenté lo sucedido"* (Audiencia de juicio oral, 7 de febrero de 2017, récord: 18:01).

De tal manera, de la revisión somera de las declaraciones rendidas por los únicos testigos de cargo se hace palmario que aquellos no tuvieron ningún conocimiento respecto del ilícito investigado, pues ambos acudieron al establecimiento una vez se hubo verificado allí mismo la alegada existencia del apoderamiento y por tal razón, todo lo que averiguaron sobre el tema y transmitieron en la audiencia, les fue comunicado única y exclusivamente por el afectado, quien nunca compareció al juicio oral para rendir su versión ante la cognoscente, pues si bien es cierto, se introdujo la denuncia realizada por aquel ante el investigador del CTI, Jorge Alberto Mora Gutiérrez, como prueba de referencia, lo cierto es que en la misma no se referenció que efectivamente hubiera identificado al capturado como el responsable del atentado contra su patrimonio económico.

En efecto, baste reseñar que Coy Navarro, informó haber llegado al lugar después del requerimiento efectuado por la central de comunicaciones, que una vez allí *"la víctima nos manifiesta que en ese momento unos hombres, le habían acabado de hurtar, que el uno vestía de camisa amarilla y el otro sin camisa y en pantalón azul, donde nos manifiesta que cogen hacía el sector de Villas de San Ignacio, cuando nos trasladamos hacía el sector, nos encontramos con una persona que iba corriendo con las mismas características, un sujeto sin camisa y de pantalón jean"* (Audiencia de juicio oral, 21 de abril de 2016, récord: 15:26), que fue tal sujeto el que les indicó quién era el ciudadano responsable del reato en cuestión, datos estos que fueron corroborados por Vargas Cabanzo.

Por manera que las conclusiones de la cognoscente no refulgen acertadas ya que la credibilidad de las aportaciones de tales testigos estaba ostensiblemente mermada en la medida en que el saber que ofrecieron ante el estrado judicial no

provenía de su directa percepción sensorial respecto a los hechos investigados, sino que dependía por entero del dicho del afectado cuyo testimonio no fue aportado por el ente acusador; no obstante, a pesar de obrar la denuncia que se le recepcionó por el investigador Jorge Alberto Vera Gutiérrez, de su contenido de cara al esclarecimiento del caso, poco se extrae, más que algunas características de los responsables y la relación de los bienes hurtados.

En otras palabras, sin hesitación se colige que los agentes de policía que ejecutaron la aprehensión del encausado no fueron testigos presenciales de los hechos materia de investigación y las aseveraciones que realizaron en la vista pública correspondían por entero a los hechos que les fueron relatados por un tercero y por tanto ninguna convicción podía de allí derivarse para sustentar una providencia como la emitida en sede de primera instancia.

Así, es importante recalcar que de los medios suasorios incorporados debidamente al plenario sólo resulta posible extraer que el día 30 de mayo de 2014 Fabio Coy Navarro y Eduar Vargas Cabanzo realizaron un procedimiento de captura en flagrancia respecto de un ciudadano que había sido acusado de una conducta punible por parte de quien fue la víctima, producto de la cual suscribieron el acta de derechos del capturado.

Debe destacarse, entonces, que la acreditación de la materialidad del hurto, valga decir, la demostración de los hechos jurídicamente relevantes contenidos en el pliego acusatorio fue una tarea que la Fiscalía omitió satisfacer a cabalidad, pues no solo no estaban dados los requisitos para introducir como prueba de referencia la declaración anterior realizada por la víctima, sino que, aún habiéndolo hecho, de ella tampoco se certificó el elemento central de su pretensión punitiva, esto es, el hecho en sí del apoderamiento de bien mueble ajeno por parte de *RONAL PARRA MEDINA*.

TRIBUNAL CSJ 2023

En síntesis, emerge con claridad que la agencia fiscal no pudo demostrar en el juicio oral que la persona aprehendida por los gendarmes el 30 de mayo de 2014 desplegó la conducta específica endilgada, valga decir, no acreditó con suficiencia las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales *RONAL PARRA MEDINA* se habría apropiado de los bienes muebles ajenos objeto de la disputa siendo tales aspectos determinantes para establecer su responsabilidad penal y cuya demostración fácilmente se habría logrado a través la comparecencia de la víctima, ello bajo el entendido que el artículo 16 de la codificación adjetiva dispone que ***"únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento"*** (Énfasis de la Sala).

Frente a este panorama, son ostensibles las dudas en cuanto a la responsabilidad de *RONAL PARRA MEDINA* en lo que tiene que ver con su participación en el ilícito endilgado ya que las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se habría presentado aquel no fueron debidamente demostradas por la agencia fiscal y tal deficiencia dificulta el acceso al grado necesario de certeza para proferir un fallo de carácter condenatorio, aspecto que trasluce lo señalado por la Corte Suprema en el entendido que:

> *"puede predicarse la existencia de duda razonable cuando durante el debate probatorio se verifica la existencia de una hipótesis, verdaderamente plausible, que resulte contraria a la responsabilidad penal del procesado, la atenúe o incida de alguna otra forma que resulte relevante (SP 1467, 12 Oct. 2016, Rad. 37175, entre otras)."*[17]

Como puede apreciarse, entonces, el balance de la valoración crítica de los medios de prueba que militan en el expediente resulta muy pobre y frente a un panorama como éste, es pertinente acudir a la aplicación del principio *in dubio pro reo*, que

[17] [17] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicación n°. 44599 de marzo 8 de 2017.

impone resolver toda incertidumbre a favor del procesado, conforme el precedente de la Alta Corporación lo ha expuesto:

> *"[S]i aspectos sustanciales sobre la materialidad del delito o la responsabilidad del acusado no consiguen su demostración directa o indirecta al valorar el cuadro conjunto de pruebas, se impone constitucional y legalmente aplicar el referido principio de resolución de la duda a favor del incriminado, el cual a la postre, también se encuentra reconocido en la normativa internacional como pilar esencial del debido proceso y de las garantías judiciales."*[18]

La falta de acreditación del presupuesto en mención, determina al Tribunal a revocar el fallo condenatorio proferido en contra de RONAL PARRA MEDINA, haciéndose innecesario realizar elucubraciones entorno a los argumentos expuestos sobre delitos de bagatela, pues resulta cierto que la Fiscalía, en sujeción al principio constitucional a la presunción de inocencia y el desarrollo legal contenido en el artículo 7o de la Ley 906 de 2004, tiene la carga de la prueba frente a la responsabilidad penal, y no hay motivo alguno para invertirla, por lo menos no frente a las circunstancias en las cuales se desarrolló este proceso y sin embargo, no cumplió con el estándar de prueba requerido para condenar.

Por lo expuesto, **el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA –SALA PENAL DE DECISIÓN-** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**Primero. – REVOCAR** la sentencia de fecha, naturaleza y origen indicados. En su lugar, con fundamento en las consideraciones consignadas en la parte motiva, **ABSOLVER** a *RONAL PARRA MEDINA* del cargo imputado en la acusación como

[18] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicación n°. 32683 de febrero 3 de 2010.

coautor del delito hurto calificado y agravado.

**Segundo.** - Contra la presente providencia procede el recurso extraordinario de casación.

**Tercero.** - Esta decisión se notifica en estrados, sin perjuicio de la que debe intentarse de forma personal de conformidad con el artículo 169 de la Ley 906 de 2004. Una vez ejecutoriada, regresen las diligencias a la oficina de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

**Los Magistrados,**

**PAOLA RAQUEL ÁLVAREZ MEDINA**

**JAIRO MAURICIO CARVAJAL BELTRÁN**

**JUAN CARLOS DIETTES LUNA**

Registro de proyecto:
30/05/2023

TRIBUNAL - RUCSP2023

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA DE DECISIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE: GUILLERMO ÁNGEL RAMÍREZ ESPINOSA

Bucaramanga, ocho (8) de junio de dos mil veintitrés (2023)
Discutido y Aprobado virtualmente por Acta No. 555.

## OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la defensa de **Diana Carolina Montoya Quintero,** contra la sentencia proferida el 6 de octubre de 2021 por el Juzgado Quinto Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Bucaramanga, mediante la cual la declaró responsable del delito de **hurto calificado y agravado**; conforme lo descrito en el artículo 179 del Código de Procedimiento Penal.

## HECHOS

Fueron narrados por la primera instancia conforme al escrito de acusación de la siguiente manera[1]:

> «*En la carrera 20 con calle 33 del centro de Bucaramanga, el 13 de diciembre de 2020 -sic-a eso de las 1:00 horas, DIANA CAROLINA MONTOYA QUINTERO, en compañía de otro sujeto no identificado, de común acuerdo y con división de trabajo criminal, se apoderaron de un celular marca Huawei P20 color azul brillante y de la suma de $300.000 en efectivo, de propiedad de Juan Alejandro León Cruz, quien transitaba por el referido sector en su motocicleta, cuando es abordado por la indiciada y otros dos sujetos, quienes con destreza hurtan el referido dispositivo, haciendo que este se bajara de su rodante y le reclamara por su celular, ejerciendo este violencia psicológica y*

[1] Folio 79 expediente digitalizado.

*luego, intimidarlo con arma blanca, momento en que llegan los miembros de la PONAL, quienes capturan a la indiciada y los otros sujetos emprenden la huida, lográndose la incautación del celular hurtado.»*

## ACTUACIÓN PROCESAL

En audiencia preliminar del 13 de diciembre de 2019[2], ante el Juzgado Quince Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bucaramanga se legalizó la captura y se corrió traslado del escrito de acusación a **Diana Carolina Montoya Quintero**, en calidad de coautora a título de dolo del delito de hurto calificado y agravado, cargos que aceptó la encartada. Finalmente le impuso medida de aseguramiento en su domicilio (calle 5 No. 20-65, barrio La Independencia de Bucaramanga).

Presentado el escrito de acusación[3] correspondió por reparto al Juzgado Quinto Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Bucaramanga[4], quien realizó la audiencia respectiva el 18 de febrero de 2021[5], se verificó el allanamiento a cargos manifestado por la procesada Montoya Quintero, reiterando su intención de aceptar los cargos endilgados.

En audiencia del 23 de septiembre de 2021[6], se otorgó el uso de la palabra para los efectos del artículo 447 del CPP a los intervinientes obligatorios, en tanto que el fallo condenatorio se profirió en sesión del 6 de octubre siguiente[7], que fue objeto de apelación por la defensa.

[2] Folios 20-21 cuaderno digitalizado.
[3] Folios 23 a 37 cuaderno digitalizado.
[4] Folios 38 cuaderno digitalizado.
[5] Folio 67 cuaderno digitalizado.
[6] Folio 78 cuaderno digitalizado
[7] Folio 79 a 86 cuaderno digitalizado.

## SENTENCIA RECURRIDA

Mediante providencia de 6 de octubre de 2021[8], el Juzgado Quinto Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Bucaramanga declaró penalmente responsable a **Diana Carolina Montoya Quintero** en virtud del allanamiento a cargos, como coautora del delito de hurto calificado y agravado, le reconoció la rebaja del 50% de la pena mínima, dosificándola en 72 meses de prisión, sin reconocerle el descuento del artículo 268 del CP por registrar antecedentes penales, como tampoco el del canon 269 ibídem por no haber indemnizado a la víctima.

Como fundamento de su decisión, adujo la juez unipersonal que con base en el material probatorio descrito en el escrito de acusación y a partir del allanamiento a cargos presentado por la procesada, se establece su responsabilidad en la comisión del delito endilgado, además que no actuó bajo las circunstancias del artículo 32 del C.P., esto es, con ausencia de responsabilidad, era consciente de su actuar delictivo, que no se presentó coacción ajena, miedo insuperable o presión para actuar como lo hizo, que aceptó el reato de forma libre, consiente y voluntaria, que además estuvo asesorada de forma activa y permanente por su defensora.

Acotó que se reúnen los requisitos del artículo 381 del C.P.P., que con el material probatorio existente se puede llegar al conocimiento más allá de toda duda razonable, sobre la ocurrencia del delito y la responsabilidad de Montoya Quintero.

Señaló que la encartada registra antecedentes penales así: i) condena de 20 meses de prisión, por hurto calificado y agravado, proferida por el Juzgado Noveno Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de

[8] Folios 23 a 47 cuaderno digitalizado.

Bucaramanga, el 2 de diciembre de 2004 radicación 68001-40-04-009-2004-00330-00; y ii) condena de 42 meses y 20 días de prisión, por tráfico fabricación o porte de estupefacientes, proferida por el Juzgado Décimo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bucaramanga, el 20 de mayo de 2009 radicación 68001-60-00- 159-2007-04631-00.

Respecto de la suspensión condicional de la ejecución de la pena del artículo 63 del Código Penal, modificado por la Ley 1709 de 2014, advirtió que la pena a imponer supera el quantum establecido para acceder al beneficio, incumpliéndose el requisito objetivo, así como que está dentro de las exclusiones del artículo 68A del CP, lo atinente al delito de hurto calificado, razón por la cual negó el subrogado.

En cuanto a la prisión domiciliaria del artículo 38 del Código Penal, destacó que si bien la pena de prisión a imponer es inferior a 8 años, el reato endilgado se encuentra excluido de beneficios, conforme lo expuesto en el párrafo precedente, por ende, no hay lugar otorgar la sustitución.

Lo relativo a la prisión domiciliaria por la calidad de madre de cabeza de familia, indicó que se remite a lo señalado en el artículo 1° de la Ley 750 de 2002, anotando que no se acreditó que la condenada no cuente con el apoyo de un familiar o bien la imposibilidad del padre de los menores de hacerse cargo de sus hijos, además Montoya Quintero desatendió los llamamientos que se le hiciera por parte del juzgado como obra en las constancias secretariales y actas del proceso, no se advierte permiso para trabajar tramitado ante los Jueces de Control de Garantías, ni autorización alguna para desplazarse a otro domicilio o lugar de comercio para ejercer alguna labor y que no se tiene verificado un arraigo familiar y social.

## EL RECURSO

La defensora de la procesada **Montoya Quintero**[9] apeló el fallo con dos propósitos específicos a saber; i) que se le efectúe la rebaja del artículo 268 del CP; y ii) que se le otorgue la prisión domiciliaria como madre cabeza de familia.

Argumentó que la procesada si bien posee antecedentes penales, corresponden a las condenas referenciadas en la decisión confutada, las cuales datan de los años 2004 y 2009, por lo que ya han transcurrido más de diez años, superando lo establecido en el artículo 68A del Código Penal, siendo solo anotaciones de condenas eventualmente extintas por pena cumplida, por tanto, se debe reconocer el descuento punitivo pretendido.

Sobre la prisión domiciliaria advirtió que es claro que el delito cometido por la encartada se encuentra dentro de las exclusiones del artículo 68A ibídem, tratándose del delito de hurto calificado, no procediendo la suspensión condicional de la ejecución de la pena, empero, la solicitud del sustituto se fundamentó en la calidad de madre de cabeza de familia, de conformidad con lo previsto en el artículo 1° de la Ley 750 de 2002.

Adujo que, en el traslado del artículo 447 del CPP, se aportó documentación del último hijo de la sentenciada, evidenciándose que se encuentra en periodo de lactancia y necesita del cuidado permanente de su progenitora, quien permanece en su hogar cumpliendo la domiciliaria impuesta en audiencia preliminar, acotando que se allegaron otros dos registros de sus descendientes menores, uno de ellos no reconocido por su padre, de ahí que la encartada se encuentre a cargo de los tres infantes y cuide de los mismos en su residencia cumpliendo la medida sustitutiva.

[9] Folios 4 a 7 expediente digitalizado.

## CONSIDERACIONES DE LA SALA

**1. Competencia. -** Conforme al numeral 1° del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, esta Sala es competente para conocer el recurso de apelación invocado por la defensa de **Diana Carolina Montoya Quintero,** contra la sentencia proferida el 6 de octubre de 2021, por el Juzgado Quinto Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Bucaramanga, que declaró penalmente responsable en virtud de allanamiento a la prenombrada por el delito de hurto calificado y agravado.

Como se evidenció en el acápite precedente, el recurrente depreca que se reconozca la rebaja de pena del artículo 268 del CP, y la calidad de madre cabeza de familia, para se le otorgue la prisión domiciliaria.

**2. Desarrollo de la decisión.**

**2.1. De la rebaja del art. 268 del C.P.**

En cuanto a este motivo de inconformidad de la defensa de Montoya Quintero, considera Sala que no le asiste razón por cuanto el artículo 268 del CP dispone:

> *«Las penas señaladas en los capítulos anteriores, se disminuirán de una tercera parte a la mitad, cuando la conducta se cometa sobre cosa cuyo valor sea inferior a un (1) salario mínimo legal mensual, siempre que el agente no tenga antecedentes penales y que no haya ocasionado grave daño a la víctima, atendida su situación económica.»* (Subrayas del despacho)

Así, pese a que el citado precepto no establece un término para que se puedan considerar vigentes los antecedentes penales de cara su aplicación, se ha de tener en cuenta que, al ser una circunstancia concomitante a la

comisión de la conducta, debe establecerse que tal antecedente preceda al hecho y figure dentro de los 5 años anteriores al mismo.

Dilucidado lo anterior, surge necesario precisar que en el presente evento Diana Carolina Montoya Quintero conforme a lo expuesto en la audiencia de 23 de septiembre de 2020 (récord 7:55), el representante del ente investigador aludió a que la antes nombrada registra antecedentes penales, obrante en el oficio 20196793679 / SIJIN – GRAIC del 13 de diciembre de 2019[10], indicó igualmente que se trata de la sentencia por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes del 12 de marzo de 2013, emitida por el Juzgado Décimo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bucaramanga.

De otro lado, la juez unipersonal en el fallo recurrido consignó los resultados de la consulta de la página de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bucaramanga, esto es, las sentencias del 2 de diciembre de 2004 y 20 de mayo de 2009, emitidas dentro de los radicado 68001400400920040033000 y 68001600015920070463100, respectivamente, aludiendo así a una providencia que no se mencionó por el delegado del órgano de persecución penal.

Ello, significó la aducción de una especie de prueba de oficio ajena al sistema procesal penal, que propende por la imparcialidad del funcionario judicial, quien no está llamado a suplir la obligación que asiste al Estado de demostrar la existencia de antecedentes para los fines del proceso, so pena de asumir que el procesado carece de ellos[11].

Para mayor claridad procede este Corporación a transcribir las manifestaciones realizadas por las partes en la audiencia del 23 de

[10] Folio 76 cuaderno digitalizado.
[11] CSJ SEP002-2023, RADI. 459938.

septiembre de 2021 respecto a los antecedentes, la fiscalía así: *«en cuanto a antecedentes su señoría, encuentra la fiscalía que cuenta con una sentencia condenatoria, esta sentencia es del 2013, es bastante antigua, sin embargo, pues es una decisión condenatoria su contra, decisión del 12 de marzo del 2013, por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, condenó el Juzgado Décimo Penal del Circuito de Bucaramanga»* (minuto 7:52 a 8:22).

La defensa indicó: *«así mismo, se trata de un elemento hurtado, el elemento hurtado fue un celular marca Huawei P20, color azul, con forro plástico, rígido, rojo, el cual fue devuelto a la víctima según consta en el acta de entrega del elemento hurtado a la víctima y, este celular se entregó en perfectas condiciones y el estado del aparato es bueno, por lo tanto, también se tenga en cuenta para el despacho la aplicación, o que se dé el beneficio de la aplicación del artículo 268, en cuanto a las circunstancias de la atenuación punitiva ya que se trata de un elemento, de un celular que no supera el valor del salario mínimo y, pues, también la señora Diana Carolina Montoya no tiene antecedentes, pues la pena que está establecida del 13 de marzo es del 2013, y a la fecha pues no estaría vigente ese antecedente.»* (récord: 11:42)

Relieva la Sala que, tratándose de una circunstancia aneja a la conducta, los requisitos del artículo 268 del CP deben analizarse si existían para el momento de la comisión de la misma, dado que haciendo un símil con la circunstancia de menor punibilidad del artículo 55 del CP, que también es circunstancia concomitante al delito, es posible indicar lo siguiente[12]:

> *«El concepto de antecedente penal, que recoge el artículo 55 en su numeral primero, implica la existencia de una condena judicial definitiva (artículos 248 de la Constitución Nacional y 7º del estatuto procesal penal), al momento de la comisión del delito que se juzga, pues las circunstancias de mayor o menor punibilidad se encuentran referidas a la conducta investigada, o momento de su ejecución, no al del proferimiento del fallo.»*

[12] CSJ SP2438 de 2019. Radicado 53651.

En ese contexto, sería del caso establecer que le asiste razón a la censora cuando reclama que su defendida se hace merecedora del reconocimiento de la circunstancia de atenuación punitiva contenida en el artículo 268 del CP, toda vez que al momento de la comisión del ilícito no tenía antecedentes penales, dado que la sentencia vigente para el 13 de diciembre de 2019 databa del 12 de marzo de 2013, es decir, superaba el término de cinco años, en tanto que efectuado el respectivo cálculo se evidencia el transcurso de 6 años y 9 meses.

Sin embargo, evidencia la Sala que no procede la rebaja deprecada por la opugnadora, en tanto, el monto de lo hurtado es superior a un salario mínimo legal mensual vigente para el 2019 (fecha de la comisión de la conducta), toda vez que no se reduce al celular Huawei P20 como lo adujo la defensora en el traslado del artículo 447 del CPP, sino que el apoderamiento también recayó en la suma de $300.000.

Circunstancia plenamente conocida por la procesada desde el traslado del escrito de acusación, en el cual se consignó que el hurto calificado y agravado recayó en «bienes valorados en la suma de $ 1.000.000», lo cual fue reiterado al finalizar la audiencia del 18 de febrero de 2021.

Entonces, no es posible entender que Diana Carolina Montoya Quintero se hace merecedora a la rebaja aludida por la recurrente, por lo que sobre este tema impera la confirmación.

## 2.2. De la prisión domiciliaria como madre cabeza de familia.

La censora cuestiona que no se le recociera la condición de madre cabeza de familia, conforme a la Ley 750 de 2002 y el desarrollo jurisprudencial sobre el sustituto.

En primer lugar, advertimos que no existe controversia, respecto al incumplimiento de los requisitos legales establecidos en los artículos 63 y 38 del CP, en concordancia con el artículo 68A de la misma disposición, que impide el reconocimiento a favor de **Diana Carolina Montoya Quintero** de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, respectivamente, porque el delito de hurto calificado se encuentra excluido de tales subrogados.

En ese orden de ideas, el único evento en el que sería posible otorgar la prisión domiciliaria es en virtud de la aplicación de la Ley 750 de 2002, que la reglamentó en favor de las madres y/o padres cabeza de hogar, ello para que quienes dependen de los procesados (personas con discapacidad o menores de edad), no sufran una afectación irrazonable en virtud de la privación de la libertad de su familiar.

En tales eventos su concesión se encuentra supeditada a la demostración de aquella calidad, la cual se describió en el artículo segundo de la Ley 82 de 1993, modificado por la Ley 1232 de 2008:

> *«(…) entiéndase por "Mujer Cabeza de Familia", quien siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.»*[13]

Sobre el particular, resaltó la Corte Constitucional[14], que para tener la calidad de madre y/o padre cabeza de familia es necesario *«(i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para*

[13] Ley 82 de 1993. Artículo 1.
[14] Corte Constitucional. Sentencia T- 534 de 2017. M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

*trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental o, como es obvio, la muerte; (v) por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar».*

Se reafirma que no basta con la existencia de relación de consanguinidad, sino que deberá acreditarse la necesidad de su presencia en el seno familiar, no solo con fines económicos, sino en cuanto a salud y cuidado que requieren los menores para su bienestar, también tratándose de personas con alguna discapacidad o que demanden el cuidado y la atención personal, más no como excusa para evadir el cumplimiento de la pena en las condiciones que ha considerado pertinentes la judicatura, toda vez que aun cuando dicha medida surge como una forma de apoyo a las madres cabeza de familia, su finalidad no es otra que la salvaguarda de los derechos de los niños, niñas y adolescentes o discapacitados, los cuales podrían verse afectados con la privación de la libertad del progenitor o encargado de su cuidado y atención personal.

Mediante la Ley 750 de 2002 se reglamentó el sustituto de la prisión domiciliaria cuando la condenada es madre y/o padre cabeza de familia, señalando para ello en el artículo 1º que la ejecución de la pena privativa de la libertad se cumpliría en el domicilio cuando *«i) su desempeño personal, laboral, familiar y social permita inferir que no pondrá en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo; ii) la condena no haya sido proferida por alguno de los delitos allí referidos y; iii) que la persona no tenga antecedentes penales.»*[15]

[15] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 1 de febrero de 2017. M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa. Rad: 47377.

En ese sentido encontramos lo expuesto por la Corte Constitucional mediante sentencia C-154 de 2007:

*«En el evento en que el niño, niña o adolescente "esté al cuidado de otro familiar o que en virtud de sus condiciones particulares reciba el sustento de otra fuente o, incluso, habilitado por una edad propicia, se encuentre trabajando y provea lo necesario para su subsistencia, podrían considerarse como circunstancias exceptivas que darían lugar a impedir, según la valoración del juez, que se conceda el sustituto de la detención domiciliaria.»*

A efectos de acreditar la condición de madre cabeza de familia, la defensa de la procesada **Diana Carolina Montoya Quintero** argumentó que tiene tres hijos memores de edad, encargándose de cuidarlos y de proveer económicamente porque no tiene ayuda de los progenitores, lo que ha venido atendiendo desde que se le otorgó la detención domiciliaria en la audiencia preliminar.

En el traslado el art. 477 del CPP[16], la defensa allegó los registros civiles de nacimiento de tres hijos menores de edad de la procesada, indicando además que dependían económicamente de ella y que residían en el lugar donde se le había otorgado la detención domiciliaria (calle 5 No. 20-65 B. Independencia de Bucaramanga).

Sin embargo, la Sala tiene en cuenta que no se evidenció que alguien más de la familia extensa de la procesada, se pudiera encargar del cuidado y atención personal de sus hijos, que otros miembros de su familia le pudieran colaborar en esa actividad, puesto que por el principio de solidaridad sus consanguíneos pueden asumir la atención de las necesidades de los descendientes de la procesada Montoya Quintero.

[16] Audiencia de septiembre 23/2021, récord 13:13 a 15:15.

De esta manera no obra demostración que permita concluir fundadamente que no existe otra u otras personas que puedan velar por el bienestar de sus hijos, por lo que no puede predicarse que idóneamente tenga la condición de madre cabeza de familia, de ahí que la privación de la libertad de la sentenciada trae aparejada en estas condiciones una afectación desproporcionada, irrazonable o inconstitucional para los menores hijos de aquella, pues como se advierte puede contar con el apoyo de su familia extensa para recibir las atenciones y cuidado que requieran.

Tal como se ha establecido en el proceso, no se visualiza una situación de abandono o un riesgo inminente para los descendientes de Montoya Quintero**.** Al respecto nuestro más Alto Tribunal en Justicia Ordinaria ha manifestado que *«**Más que el suministro de los recursos económicos para el sustento del hogar, la corte constitucional hace énfasis en el cuidado integral de los niños** (protección, afecto, educación, orientación etc.), por lo cual un procesado podría acceder a detención domiciliaria cuando se demuestre que él solo, sin el apoyo de una pareja, estaba al cuidado de sus hijos, o dependientes antes de ser detenido, de suerte que la privación de la libertad trajo como secuela el abandono, la exposición y el riesgo inminente para aquellos....»*[17]

De esta manera podemos aseverar que no existe deficiencia sustancial de la familia extensa de los descendientes de la procesada, porque conforme al principio de solidaridad, tanto los progenitores de aquellos como sus demás consanguíneos están en el deber de asumir el cuidado y custodia personal, además que no se acreditó que no estén en condiciones de velar por ellos, bien sea por discapacidad física o psicológica.

No desconocemos que producto de la privación de la libertad intramural, la provisión económica y afectiva puede verse limitada, pero tal situación es consecuencia directa de la comisión del ilícito por el que fue

[17] CSJ. Cas. Penal. Sent. Jul 16/2003. Rad. 17089

sancionada la procesada, con lo cual también se atiende los fines de la pena consagrados en el artículo 4° del Código Penal.

Como no se cumplen los presupuestos para considerar a **Diana Carolina Montoya Quintero** como madre cabeza hogar, resulta inane estudiar otros aspectos, como el hecho de que no registre antecedentes penales o su comportamiento en la comunidad.

En consecuencia, sería del caso confirmar la sentencia condenatoria en lo que fue objeto de apelación, si no fuera porque se observa que se reúnen los requisitos del artículo 38G del CP, lo que impone el estudio de la prisión domiciliaria conforme el referido precepto normativo.

## 2.3. De la prisión domiciliaria del artículo 38G del Código Penal.

Dicha norma fue adicionada por la Ley 1709 de 2014, vigente a partir del 21 de enero de esa anualidad, disponiendo: *«la ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá en el lugar de residencia o morada del condenado cuando haya cumplido la mitad de la condena y concurran los presupuestos contemplados en los numerales 3 y 4 del artículo 38B del presente Código, excepto en los casos en que el condenado pertenezca al grupo familiar de la víctima o en aquellos eventos en que fue sentenciado por alguno de los siguientes delitos (…)»*

Al respecto, la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia ha expuesto:

*«…a la luz del referido canon para acceder a esta modalidad de prisión domiciliaria se requiere que (i) el sentenciado haya cumplido la mitad de la pena impuesta, (ii) no se trate de alguno de los delitos allí enlistados, (iii) el condenado no pertenezca al grupo familiar de la víctima, (iv) se demuestre su arraigo familiar y social, y (v) se garantice, mediante caución, el cumplimiento de las obligaciones descritas en el numeral 4 del artículo 38B del Código Penal. Beneficio que estaría*

*llamado a conceder el juez de ejecución de penas, pues para el mismo se requiere que la pena de prisión se ejecute por tiempo superior a la mitad del fijado en el fallo correspondiente. No obstante, nada impide que ese análisis igualmente lo efectúe el sentenciador, como quiera que acorde con el artículo 37, numeral 3, de la Ley 906 de 2004, el tiempo cumplido bajo detención preventiva se reputa como parte cumplida de la pena en caso de sentencia condenatoria…».*

La pena impuesta a Diana Carolina Montoya Quintero fue de 72 meses como coautora del delito de hurto calificado y agravado, sin que al momento de proferir la sentencia apelada -octubre 6 de 2021- hubiere purgado la mitad de la sanción, ya que la privación de su libertad data del 13 de diciembre de 2019; no obstante, en la actualidad ese panorama ha variado, porque i) ya superó el monto legal exigido (excede actualmente los 41 meses); ii) la conducta punible tipificada en los artículos 239, 240 y 241 del Código Penal, no se encuentra enlistada en las prohibiciones del artículo 38G ibídem; iii) no se tiene conocimiento que pertenezcan al núcleo familiar de la víctima y iv) ha estado en detención domiciliaria registrando arraigo familiar, sin que obre informe de trasgresión de las obligaciones contraídas.

Desde la imposición de la medida de aseguramiento se le otorgó la sustitución intramural por domiciliaria, cumpliéndola en la calle 5 No. 20-65, barrio La Independencia de Bucaramanga, conforme se precisó en la audiencia preliminar del 13 de diciembre de 2019[18], sin que obre reporte de transgresión de las obligaciones de permanecer en su domicilio, por lo que entonces, su voluntad de someterse a la justicia y cumplir los compromisos adquiridos al permitirle permanecer privada de la libertad en su residencia, es indicativo de que al concederle la prisión domiciliaria no va a defraudar las obligaciones adquiridas.

En consecuencia, como Diana Carolina Montoya Quintero tiene arraigo social y familiar, la Colegiatura no encuentra impedimento alguno para

[18] Acta de audiencia, folio 20 cuaderno digitalizado.

otorgarle el sustituto consagrado en el artículo 38G del Código Penal, previa suscripción de diligencia de compromiso y pago de caución prendaria por valor de $100.000., que deberá consignar en la cuenta de depósitos judiciales del Centro de Servicios Judiciales del Sistema Penal Acusatorio de la ciudad.

Corolario de lo anterior, al comprobarse que Diana Carolina Montoya Quintero en la actualidad le asiste derecho al sustituto domiciliario establecido en el artículo 38G del CP, se revocará parcialmente el numeral tercero del fallo impugnado en lo referido a Diana Carolina Montoya Quintero y, en su lugar, se le concederá la prisión domiciliaria conforme a lo previamente anotado y se ratificará en lo demás.

En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA (Sder), SALA DE DECISIÓN PENAL,** administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**Primero. -** Revocar parcialmente el numeral tercero del fallo objeto de apelación y en su lugar, concederle a **Diana Carolina Montoya Quintero** la prisión domiciliaria según lo consagrado en el artículo 38G del Código Penal, previa suscripción de diligencia de compromiso y pago de caución prendaria por valor de $100.000., que debe consignar en la cuenta de depósitos judiciales del Centro de Servicios Judiciales del Sistema Penal Acusatorio de la ciudad; cumplido lo anterior, se ordena que continúe cumpliendo la pena en su domicilio ubicado en la calle 5 No. 20-65, barrio La Independencia de Bucaramanga, donde se encuentra actualmente.

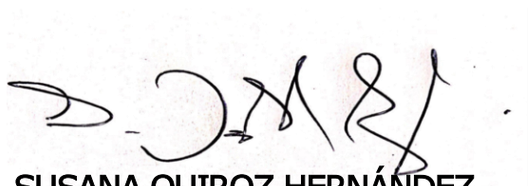
**Segundo. -** Confirmar en todo lo demás el fallo de fecha y procedencia indicados en esta decisión.

**Tercero. -** Contra la presente providencia procede el recurso extraordinario de casación, que deberá interponerse y sustentarse en los términos de ley.

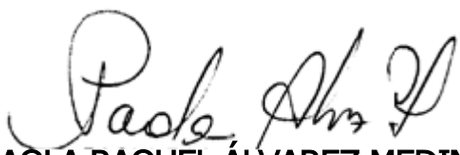
**Cuarto. -** Esta decisión se notifica en estrados. Una vez ejecutoriada, devuélvanse las diligencias a la oficina de origen.

Los Magistrados,

GUILLERMO ÁNGEL RAMÍREZ ESPINOSA



SUSANA QUIROZ HERNÁNDEZ



PAOLA RAQUEL ÁLVAREZ MEDINA

Registro de proyecto el 31 de mayo de 2023.

| | |
|---|---|
| ***Magistrado ponente*** | *Harold Manuel Garzón Peña (Despacho 6)* |
| ***Radicación*** | *68081-60-00-136-2011-02638-01 (CI 459)* |
| ***Asunto*** | *Apelación sentencia condenatoria – Ley 906 de 2004* |
| ***Procedencia*** | *Juzgado 1º Penal del Circuito de Barrancabermeja* |
| ***Procesados*** | *Rafael Teodoro Camelo Blanco* |
| ***Delito*** | *Actos sexuales con menor de catorce años agravado* |
| ***Decisión*** | *Confirmar* |
| ***Fecha de registro*** | *3 de mayo de 2023* |
| ***Fecha de aprobación*** | *3 de mayo de 2023* |
| ***Acta de aprobación No.*** | *418* |

Bucaramanga (Santander), tres (3) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

## MATERIA DE ESTUDIO

El recurso de apelación interpuesto y sustentado por el titular de la defensa técnica contra la sentencia proferida el 12 de junio de 2019, mediante la cual, la Jueza 1º Penal del Circuito de Barrancabermeja condenó a RAFAEL TEODORO CAMELO BLANCO como autor del delito de actos sexuales con menor de catorce años.

## ANTECEDENTES

a) **Hechos jurídicamente relevantes.**

En el año 2011, en la vereda "Cuatro Bocas" de Barrancabermeja y en varias oportunidades, RAFAEL TEODORO CAMELO BLANCO tomó de la mano a la menor M… C… T…, sobrina de 9 años y la llevó a un sembradío de yuca ubicado por fuera de su casa, tocándola con el dedo y el pene tanto en su vagina como en sus senos.

b) **Actuación procesal.**

El 3 de mayo de 2013, en audiencia preliminar celebrada ante la Jueza 1ª Penal Municipal de Barrancabermeja con función de control de garantías, luego de declarar ajustado al ordenamiento jurídico el procedimiento de captura de RAFAEL TEODORO CAMELO BLANCO, la fiscalía le formuló imputación, endilgándole cargos como autor del delito de actos sexuales con menor de catorce

años agravado en concurso homogéneo, según lo previsto en los artículos 209 y 211, numeral 2° del Código Penal. El imputado no aceptó el cargo atribuido.

Radicado el escrito de acusación, correspondió por reparto al Juzgado 1° Penal del Circuito de Barrancabermeja, cuya titular adelantó la audiencia de formulación de acusación el 5 de febrero de 2014.

La audiencia preparatoria se surtió el 17 de septiembre posterior. Por su parte, el juicio oral se adelantó en sesiones del 17 de marzo, 18 de junio, 1° de octubre y 16 de diciembre de 2015, 17 de mayo y 17 de octubre de 2017, 17 de octubre de 2018 y 1° de abril de 2019, cuando se anunció que el sentido del fallo sería condenatorio y se inició el traslado de que trata el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal, siendo finalizado el 24 de mayo posterior. La sentencia se profirió el 12 de junio de 2019.

Contra esa providencia, el titular de la defensa técnica interpuso el recurso de apelación que concita la atención de la Sala.

c) **Sentencia de primera instancia.**

En lo que interesa a este pronunciamiento, en sustento de su decisión, el juez de primera instancia adujo:

El 3 de agosto de 2011, a la edad de 15 años, Y… C… T… fue objeto de una valoración psicológica. En esa oportunidad, dijo que RAFAEL TEODORO le tocó la vagina y la accedió carnalmente cuando tenía la edad de su hermana (quien para esa fecha contaba con 9 años de edad), lo cual significa que aquellos actos libidinosos ocurrieron 6 años atrás, en el 2005. Así, toda vez que en Santander la Ley 906 de 2004 entró a regir a partir del 2006, aquellos eventos posiblemente delictivos deben juzgarse bajo la égida de la Ley 600 de 2000.

De esta forma, resolvió *"**ABSOLVER** al señor **RAFAEL TEODORO CAMELO BLANCO** por el delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado, en perjuicio de la menor Y.C.T. teniendo en cuenta la parte considerativa de este, y a su vez se ORDENA a la Fiscalía General de la Nación, la compulsa de copias para que se estudien las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que pudieron rodear los hechos respecto a la menor Y.C.T. toda vez que ocurrieron los hechos bajo la Ley 600 de 2000."*.

Hecha tal precisión, para condenar al RAFAEL TEODORO como autor del delito de actos sexuales con menor de catorce años razonó como sigue:

- En audiencia M… C… T… dijo que su tío RAFAEL TEODORO le realizó tocamientos con el dedo y con el pene, para lo cual, por las noches, cuando todos dormían, la tomaba del brazo y llevaba por la fuerza hasta *"la yuquera"*, exigiéndole que no dijera nada, ni gritara, por lo que ella no oponía resistencia, lo que resulta natural al considerarse que tenía solo 9 años y el procesado era una figura de autoridad, a quien, por demás, dijo no querer por lo que le había hecho. También, que los hechos ocurrieron en varias oportunidades, en el lugar referido y en su vivienda.

- En la valoración médico legal y la valoración psicológica a ella practicadas también señaló a RAFAEL TEODORO como su victimario.

- Ahora bien, la pequeña también se mostró *"risueña"*, dijo que no reconoce las partes de su cuerpo que no se deben mostrar, ni pueden ser palpadas por otras personas y que nadie la ha tocado. Sin embargo, el hecho de sonreír no implica que su relato sea falaz. Además, tiene un origen campesino, fue escolarizada de manera tardía y pertenece a una religión en la que hablar de temas sexuales o partes íntimas resulta incómodo, por lo que las preguntas le causaban incomodidad, vergüenza y nervios, lo cual exteriorizaba con su sonrisa. Inclusive, se le notó desorientada, siendo necesario que la defensora de familia le explicara las preguntas, más no que le sugiriera o *"sonsacara"* la respuesta, como lo adujo el defensor.

- Y aunque dijo que, para el momento de su declaración en audiencia, tenía 14 años y que los tocamientos ocurrieron a los 12, lo cierto es que, según su registro civil de nacimiento, cuando atestiguó en juicio contaba con 13 años y para la época en que fue presentada la denuncia (2011) tenía 9 años. Tal incongruencia obedece al evidente nerviosismo de la niña, pero, cuando fue orientada por la defensora de familia, fue concisa al expresar que fue su tío RAFAEL TEODORO quien la tocó en la forma ya descrita.

- ELEAZAR DE JESÚS CAMELO BLANCO manifestó que no entiende por qué su hija le endilga tales hechos a su hermano y considera que son mentiras, pues conoce a RAFAEL TEODORO y lo cree incapaz de hacer algo así, además de que, afirma, su casa queda lejos de la de su hermano. De cualquier manera, confirmó que el enjuiciado tenía una "yuquera" al lado de su residencia, lo que refuerza lo atestado por la infante. También, dijo que su residencia queda ubicada aproximadamente a 300 metros de la de su hermano, es decir, en verdad no están separadas por una larga distancia.

- Además, el padre de las menores le da total credibilidad a la palabra de su hermano, a pesar de que aquellas permanecían solas en casa y de cualquier manera, no explicó por qué mentirían sobre un asunto tan grave. Adicionalmente, no se advierten motivos previos de animadversión de las pequeñas hacia su tío.

Al momento de dosificar la sanción, partió de la pena prevista para el delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado en los artículos 209 y 211 del Código Penal, es decir, de 144 a 234 meses de prisión. A partir de ello, luego de establecer los cuartos de movilidad, se ubicó en el primero comprendido entre 144 y 166,2 meses. Acto seguido, se apartó del monto mínimo con fundamento en que el procesado "*vulneró la integridad y formación sexual de M.C.T., que se aprovechó de su condición de tío paterno y de la confianza que todavía en juicio oral su hermano y padre de la víctima, el señor Eleazar Camelo aun deposita en él, se aprovechó de la edad, de tan solo 9 años de edad, y muy posiblemente de menos años, de su actuar libidinoso en perjuicio de una niña, donde le está vulnerando su parte cognoscitiva, evolutiva, le está apresurando*

*su desarrollo sexual, donde abuso de cierta manera de su niñez, y la pone también en una condición de inferioridad, porque ella no se podía ayudar a si misma dada su edad, no confió en nadie dado a lo que le manifestaba el señor Rafael, de que no podía contar, y es todas estas situaciones que nos ponen a pensar, donde queda la protección de nuestros niños, niñas y adolescentes cuando son vulnerados desde su propia familia.*". También invocando "*los fines del Código de la Infancia y la Adolescencia, el artículo 44 de la Constitución Nacional, los tratados internacionales, los derechos de los niños señalados por la ONU*", tasó la pena definitiva en 158 meses.

Así mismo, le impuso la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena principal, al tiempo que le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria en atención a la prohibición consagrada en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006.

d) **Razones de la impugnación.**

Inconforme con la decisión, el defensor solicitó su revocatoria y la consecuente absolución su prohijado con fundamento en que:

- Lo único que se probó en juicio fue la problemática de convivencia en el hogar conformado por las presuntas víctimas y su madre.

- En el informe de valoración psicológica adelantado a las menores el 3 de agosto de 2011 no se les encontró alteración emocional, ni se les apreció ansiosas o angustiadas.

- En el informe técnico médico legal sexológico se dice que a Y… C… T… no se le encontraron huellas externas de lesión reciente y se encontró que presentaba himen anular íntegro elástico, lo cual indica que puede permitir el paso de miembro viril erecto sin desgarrarse. Esto "*es una tarifa legal negativa, dentro del proceso penal, la cual atenta contra todas y cada una de las garantías que blindan el proceso penal, como quiera que no tiene un asidero científicamente validado*

*internacionalmente hablando. Luego desde esta óptica podríamos estar frente a una injusticia que no va acorde con principios del Procedimiento Penal, como es el Principio PRO-HOMINE"*.

- En esa misma valoración la menor no dijo haber sido víctima de acceso carnal.

- Además, al examen tampoco se encontraron huellas de lesiones, ni indicadores de penetración en la niña M… C… T… Ese resultado indica que "*todo se trato fue de una mentira fabricada por las menores* (sic)". Por ende, no es aceptable que, ante la falta de evidencia de un acceso carnal, la judicatura declare probado de forma subsidiaria que hubo un acto sexual abusivo. Si las víctimas faltaron a la verdad sobre el acceso, lo mismo puede esperarse del acto sexual.

- No hay congruencia entre lo dicho por M… C… T… en audiencia y en el examen sexológico.

- La defensora de familia que recibió la denuncia y el investigador de policía judicial que tomó entrevista forense son testigos de referencia.

- No es de recibo que la juzgadora manifestara que el testimonio de M… C… T…estuvo guiado por su entorno y orientación religiosa.

- La pequeña empezó diciendo que no había sido tocada, para luego referir que ello sí ocurrió. Además, adujo que los hechos sucedieron en el lugar conocido como "*la yuquera*" y luego que ocurrieron en la habitación de RAFAEL TEODORO.

Terminó citando diversos pronunciamientos judiciales sobre los criterios de valoración del testimonio de los niños, niñas y adolescentes, así como los parámetros de la sana crítica.

e) **Intervención de los no recurrentes.**

Guardaron silencio.

**CONSIDERACIONES**

a) **Competencia.**

Según lo preceptuado en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, esta corporación es competente para conocer el recurso de apelación interpuesto por la defensora contra la sentencia de primera instancia, la cual fue proferida por un juez penal del circuito perteneciente a este distrito judicial.

b) **Problema jurídico a resolver.**

De conformidad con lo reseñado, corresponde a la Sala resolver el siguiente problema jurídico:

*¿Se probó, más allá de toda duda razonable, que RAFAEL TEODORO CAMELO BLANCO incurrió en el delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado respecto de M… C… T…?*

d) **Caso concreto.**

**Sobre la regulación legal y jurisprudencial de la prueba de referencia.**

Con miras a resolver el problema jurídico planteado, lo primero es indicar que el proceso penal es, en esencia, el escenario reglado en el cual un juez puede determinar si en un caso concreto se cometió una conducta punible, si ella es atribuible al procesado y de ser ello así, cuál debe ser su consecuencia jurídica.

Para tal fin, el juzgador debe valerse de las pruebas legalmente incorporadas a la actuación, cuyo propósito es, precisamente, llevar a su conocimiento los hechos y circunstancias materia de juzgamiento y los de la responsabilidad penal del acusado (art. 372 del estatuto penal adjetivo).

Ahora, para proferir sentencia condenatoria, es necesario que, por intermedio de esas pruebas debidamente practicadas e integradas al proceso, el funcionario judicial haya logrado un conocimiento, más allá de toda duda razonable, acerca de la materialidad de la conducta punible y de la responsabilidad penal del acusado (art. 381 *idem*).

En tal ejercicio epistemológico, además, por regla general, el juez sólo puede tener en cuenta las pruebas practicadas y controvertidas en su presencia (art. 379). Así, toda declaración realizada por fuera del juicio oral, por cuyo intermedio las partes pretendan probar un hecho jurídicamente relevante, se considera prueba de referencia (art. 437) y cuando es admisible, tiene asignado un menor valor suasorio, traducido en que, por sí misma, no es suficiente para fundamentar una sentencia condenatoria (inciso 2º del art. 381).

La poca confiabilidad de la prueba de referencia se deriva de la afectación que produce en el derecho de confrontación, teniendo en cuenta que la parte contra la que se aduce no tiene la posibilidad de formularle al declarante preguntas tendientes a cuestionar su credibilidad y refutar sus afirmaciones. Es por ello que la prueba de referencia es admisible sólo de forma excepcional respecto de los casos que contempla expresamente la regla procesal 438, según la cual:

> "Únicamente es admisible la prueba de referencia cuando el declarante:
>
> a) Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación;
>
> b) Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar;
>
> c) Padece de una grave enfermedad que le impide declarar;
>
> d) Ha fallecido.
>
> 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".

**Las declaraciones fuera de audiencia de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales y su incorporación en juicio oral como prueba de referencia.**

De acuerdo con el último literal de la referida norma, las entrevistas rendidas por los menores que han sido víctimas de delitos sexuales son excepcionalmente admisibles como prueba de referencia. Ello, por supuesto, no significa que el juez pueda permitir su incorporación y valorarlas como cualquier otro elemento de convicción, pues tal clase de prueba obliga al necesario balance que debe procurarse entre los derechos de los niños víctimas de tales conductas y las garantías procesales del acusado.

De manera que, por regla general, si el agraviado acude a juicio no es posible aducir sus declaraciones anteriores como prueba de referencia y ello solo será procedente si, a pesar de presentarse al debate probatorio y atestar, en realidad, su disponibilidad resultó relativa en la medida en que no se encontraba en plenas condiciones para rendir el testimonio. Así, por ejemplo:

> "… es posible que para el momento del juicio oral el niño no esté 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 rememorar, 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".[1]

Pero, además, la incorporación y valoración de una declaración anterior como prueba de referencia supone que la parte interesada haya solicitado su aducción en el escenario procesal correspondiente, esto es, la audiencia preparatoria si desde allí conocía las razones que permitían su admisión excepcional o el juicio oral si los motivos sobrevienen durante el debate probatorio.

En consecuencia, en los casos de delitos sexuales cometidos respecto de niños, niñas y adolescentes, corresponde al fiscal valorar la situación de la víctima y

[1] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 11 de julio de 2018 (SP2709-2018). Rad. 50.637. MP Dra. Patricia Salazar Cuellar

decidir cómo llevará al juez el conocimiento de los hechos que considera constitutivos de una conducta punible con miras a probar su teoría del caso sin dar al traste con los derechos del acusado. Para ello, deberá descubrir las entrevistas y declaraciones rendidas por el afectado y si, desde la audiencia preparatoria, anticipa que su testigo solo estará disponible de manera relativa, por presentarse cualquiera de las situaciones ya referidas, solicitar en ese momento su admisión excepcional como pruebas de referencia.

De otra parte, si en el juicio oral es que la víctima brinda señales de no encontrarse plenamente disponible para declarar, será allí el momento para solicitar la admisión de la prueba de referencia, cumpliendo las respectivas cargas argumentativas, de manera que la defensa pueda ejercer la contradicción sobre las exigencias para tal decreto y el juez cuente con los elementos necesarios para decidir el asunto, emitiendo un pronunciamiento expreso sobre la solicitud probatoria[2].

Al respecto, desde hace varios años la Corte Suprema de Justicia tiene dicho que:

> "… para la incorporación de una declaración anterior al juicio oral a título de prueba de referencia (…) (i) deben ser objeto de descubrimiento la declaración anterior y los medios que se pretenden utilizar en el juicio oral para demostrar su existencia y contenido; (ii) **en la audiencia preparatoria la parte debe solicitar que se decrete la declaración que pretende incorporar como prueba de referencia**, así como los medios que utilizará para demostrar la existencia y contenido de la misma; (iii) **se debe acreditar la circunstancia excepcional de admisibilidad de prueba de referencia** (artículo 438); y (iv) 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"[3].

[2] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 20 de mayo de 2020 (SP934-2020). Rad. 50.045. MP Dr. José Francisco Acuña Vizcaya.
[3] Op. Cit. Ut supra. Nota 1, entre muchas otras.

**La situación concreta del procesado.**

Con tal panorama normativo, lo primero es indicar que, en el caso concreto, las declaraciones anteriores realizadas por la menor M… C… T… no adquirieron la calidad de prueba de referencia. Ello es así, porque las partes no agotaron el procedimiento necesario y atrás descrito para tal fin, ni requirieron su aducción en tal condición o bajo alguna de las causales contenidas en el referido artículo 438 de la Ley 906 de 2004.

Así mismo, al estudiar lo ocurrido en el juicio oral, se tiene que la menor estuvo disponible para atestar y en todo caso, la fiscalía no solicitó la incorporación de las declaraciones anteriores de la pequeña como prueba de referencia. Siendo ello así, por supuesto, tampoco se permitió a la defensa oponerse a su incorporación, ni se tomó una decisión expresa al respecto. De ello concluye la Sala que las mentadas declaraciones realizadas por la niña por fuera de audiencia no pueden ser valoradas al no haber adquirido la calidad de pruebas válidamente aportadas al contradictorio, con mayor razón si tampoco fueron empleadas con fines de impugnar credibilidad, según el procedimiento establecido para ello.

Por consiguiente, la colegiatura procederá a determinar si las pruebas debidamente incorporadas a la actuación -es decir, haciendo sustracción de las manifestaciones anteriores de M… C… T…, llevadas a juicio por otros testigos como prueba de referencia inválida -, permiten llegar al nivel de conocimiento necesario para sostener la sentencia condenatoria. Con ello, de paso, queda relevada la corporación de examinar las contradicciones que, de conformidad con el apelante, se presentaron entre lo dicho por la niña fuera del juicio oral a los distintos profesionales que la entrevistaron.

En ese estado de cosas, para la Sala, contrario a lo afirmado por la impugnante, las pruebas legalmente incorporadas a la actuación sí permiten concluir, más allá de toda duda razonable, que RAFAEL TEODORO CAMELO BLANCO realizó actos

sexuales sobre la pequeña M… C… T…, conclusión a la que se arriba por las razones que se exponen a continuación:

En primera medida, acudió a juicio oral la menor M… C… T…, quien señaló con absoluta claridad y sin vacilaciones que su tío RAFAEL TEODORO le tocó la vagina y los senos sobre la ropa, lo que ocurrió en varias oportunidades, en la noche, cuando estaban *"en la yuquera"* ubicada fuera de la casa de su tío. Que ella se negaba a ir, pero él la llevaba por la fuerza y una vez allí la tocaba con el dedo y con el pene mientras le decía que se dejara, lo que la hacía sentir mal porque no le gustaba.

El relato, aunque sencillo, se advierte certero en el señalamiento directo del procesado como la persona que le realizó tocamientos libidinosos. Si bien de forma breve (lo que dicho sea de paso se explica por la corta edad de la ofendida), M… C… T… supo indicar cómo, cuándo y dónde ocurrieron los hechos llevados a cabo por RAFAEL TEODORO, su tío. La pequeña, en medio de una notoria incomodidad, explicó que no le gustaba lo que su pariente le hacía, pero que iba hasta *"la yuquera"* porque aquel la tomaba por la fuerza del brazo al tiempo que le exigía que se dejara y no contara nada.

Nótese, entonces, que se trata de un relato simple, ubicado en el espacio (*"la yuquera"* ubicada afuera de la casa de RAFAEL TEODORO) y el tiempo (en las noches), libre de elementos fantasiosos, absurdos, irracionales o poco creíbles que pudieran sugerir que se trata de una acusación fabricada con el ánimo de dañar al procesado. A ello súmese que ningún elemento de prueba indica motivo alguno de animadversión, rencor o interés de la pequeña en perjudicar a RAFAEL TEODORO.

El propio procesado y su hermano, quien declaró en su favor, admitieron no saber por cuál razón la infante estaba acusando a su tío de haberla tocado con ánimo lujurioso, en tanto que el segundo aceptó que RAFAEL TEODORO vive cerca de su casa y tiene en las afueras de su residencia un sembradío de yuca o *"yuquera"*.

Inclusive, ELEAZAR contó que en el 2011 sus hijas se quedaron en casa del enjuiciado 3 noches mientras él hacía algunas reparaciones en su casa, hecho también ratificado por el mismo RAFAEL TEODORO, lo que ubica a la pequeña en el escenario donde relata que ocurrieron los hechos: las afueras de la casa de su tío, durante la noche.

Ahora bien, cierto es que ARIEL MOYA PORTILLA, médico del I.N.M.L., quien realizó valoración sexológica a la pequeña, indicó que al examen encontró: *"no existe huellas externas de lesión reciente que pudieran fundamentar una incapacidad médico legal se encontró que en el examen genital presentaba unos genitales infantiles normo configurados, el himen estaba anular integro no elástico el cual indicaba que no ha sido desflorado, el tono anal era normal y la forma también normal, no se encontraron signos de embarazo ni signos de contaminación venérea en el momento del examen"*, lo que sirve de sustento a la defensa para sugerir que los hechos referidos por la víctima no ocurrieron.

Sin embargo, como se vio, la impúber no relató eventos especialmente violentos, agresivos o complejos con la capacidad de dejar marcas evidentes en su cuerpo, apenas tocamientos con la mano y el miembro viril, por encima de la ropa, de donde resulta comprensible que el galeno haya concluido que *"la ausencia de las lesiones a nivel genital no se descartaba la ausencia de los hechos"*.

No se trata entonces de considerar probado un acto sexual de forma residual o subsidiaria ante la falta de evidencia de un acceso. No. La prueba del tocamiento, como se dijo, la constituye el relato claro, coherente y por ende creíble de la ofendida, sin que la falta de evidencia en su cuerpo sea suficiente para desvirtuar su testimonio por una simple y ya explicada razón: M… C… T… contó que su tío la tocó por encima de la ropa, lo que, obviamente, no deja huellas en su cuerpo, sobre todo porque no refirió haber sido objeto de golpazos, rasguños, halones o algo similar. De hecho, dijo que RAFAEL TEODORO no la golpeó, ni lesionó.

Y aunque es cierto que en la valoración psicológica practicada a la agredida no se le notó nerviosa o ansiosa, también lo es que en juicio se le percibió incómoda y cortante en sus respuestas, señal clara de que se le estaba indagando por un tema de su intimidad del cual no quería hablar, lo que no ocurriría si tuviera interés en perjudicar al procesado fabricando mentiras en su contra. Incluso, ante repetidas preguntas de la fiscalía, la defensa y la jueza sobre si su relato era verdadero o falso, la pequeña se mantuvo firme manifestando que era verdad y que nadie le había pedido decir o negar algo en audiencia, de suerte que tampoco hay lugar a albergar la idea que estuviera mintiendo porque no hay prueba de que su hermana Y… fuera víctima de un acceso carnal, pues, mal puede creerse que las dos se pusieron de acuerdo para construir un relato de tal naturaleza, valga reiterar, sin que existiera un motivo que las llevara a mentir.

En ese estado de cosas, al no encontrar razón en los argumentos de la recurrente, la Sala confirmará la providencia impugnada en todo lo que fue objeto de concreta apelación.

**Cuestión final.**

Si bien se aprecia irregular que la jueza de primera instancia haya compulsado copias para que se investigara bajo la égida de la Ley 600 de 2000 los presuntos actos sexuales de los cuales habría sido víctima la menor Y… C… T… y al mismo tiempo haya absuelto al procesado de toda responsabilidad frente a esos hechos, lo cierto es que, en observancia de la prohibición de la reforma en peor, ningún pronunciamiento al respecto puede emitir la Sala, pues el procesado figura como único apelante.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**CONFIRMAR** la sentencia apelada en todo lo que fue objeto de concreta impugnación.

Contra esta sentencia únicamente procede el recurso extraordinario de casación.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

Los magistrados,

**HAROLD MANUEL GARZÓN PEÑA**

**SHIRLE EUGENIA MERCADO LORA**

**GUILLERMO ÁNGEL RAMÍREZ ESPINOSA**

| | |
|---|---|
| ***Magistrado ponente*** | *Harold Manuel Garzón Peña (Despacho 6)* |
| ***Radicación*** | *68001-60-00-160-2022-56220-01 (CI 931)* |
| ***Asunto*** | *Apelación auto interlocutorio – Ley 906 de 2004* |
| ***Procedencia*** | *Juzgado 3º Penal del Circuito de Bucaramanga* |
| ***Procesado*** | *José Alberto García Moreno* |
| ***Delitos*** | *Actos sexuales con menor de 14 años y otro* |
| ***Decisión*** | *Confirmar* |
| ***Fecha de registro*** | *24 de mayo de 2023* |
| ***Fecha de aprobación*** | *31 de mayo de 2023* |
| ***Acta de aprobación No.*** | *525* |

Bucaramanga (Santander), treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

## MATERIA DE ESTUDIO

El recurso de apelación interpuesto por el defensor de JOSÉ ALBERTO GARCÍA MORENO contra el auto del pasado 12 de septiembre, proferido por el Juzgado 3º Penal del Circuito de Bucaramanga en desarrollo de la audiencia de acusación, mediante el cual negó una solicitud de nulidad.

## ANTECEDENTES

a) **Hechos jurídicamente relevantes.**

En lo que interesa a este pronunciamiento, de acuerdo con el escrito de acusación, entre el 1º de febrero y el 3 de mayo de 2022, el profesor JOSÉ ALBERTO GARCÍA MORENO, mientras dictaba clases de dibujo técnico y geometría en el aula del grado 7-7 del Instituto Tecnológico Salesiano Eloy Valenzuela, durante el horario establecido para tal fin, esto es, los martes de 12:30 a 2:30 p.m. y los jueves de 4:50 a 6:30 p.m., expresaba *frases de contenido erótico* a las menores Z.N.Q.A. y S.S.C.F., ambas de 13 años, y les sacaba la lengua haciendo movimientos con la misma y mordiéndose los labios.

De manera puntual, a la primera de ellas, le manifestaba que *"es una mamasota rica"* y que *"cuando la veía le daba parola"*, así como también le acariciaba su

brazo. A la otra niña, le decía que era una "*chiquita provocadora*" y que "*le prometiera que su virginidad era para él*", habiéndole pedido a ambas que le dieran besos.

Una vez se acercan al docente con el fin que les ayudara a pasar la materia de geometría, el señor JOSÉ ALBERTO les hizo saber que debían tener relaciones sexuales. De igual forma, las indujo a *mirar en su equipo celular videos en el cual él estaba desnudo sosteniendo relaciones sexuales con menores y en otro con mayores de edad,* indicándoles que podían tener cualquier cosa material a cambio de que hicieran *lo que veían en el video*.

b) **Actuación procesal.**

El 13 de junio de 2022, ante el Juzgado 3° Penal Municipal de Bucaramanga con funciones de control de garantías se llevó a cabo la audiencia preliminar de formulación de imputación respecto del señor JOSÉ ALBERTO GARCÍA MORENO, a quien se atribuyó los delitos de actos sexuales con menor de 14 años agravado y acoso sexual agravado, según lo establecido en los artículos 209, 210A y 211, numerales 2º y 4º del Código Penal, cargos que no fueron aceptados.

El 18 de julio de siguiente, la fiscalía presentó escrito de acusación, documento que correspondió por reparto del mismo día al Juzgado 3º Penal del Circuito de Bucaramanga, programándose la respectiva audiencia para el 5 de septiembre posterior.

En esa fecha, el juzgado verificó el traslado del escrito de acusación y no se presentaron manifestaciones de las partes e intervinientes sobre causales de incompetencia, impedimentos o recusaciones. No obstante, el defensor de JOSÉ ALBERTO formuló una solicitud de nulidad, la cual fue resuelta

negativamente por el titular del despacho judicial el día 12 ulterior, decisión que fue objeto del recurso que pasa a estudiar la Sala.

c) **Auto de primera instancia.**

El titular del juzgado de primer grado indicó que, para que se configure una causal de nulidad como medida excepcional, se requiere el cumplimiento estricto de alguna de las causales establecidas en los artículos 455 y siguientes del estatuto procedimental penal.

De otra parte, adujo que, con base en el registro de la formulación de imputación, la fiscalía hizo una reseña clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, incluyendo las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrollaron los componentes delictivos atribuidos al señor JOSÉ ALBERTO, de manera que, en el caso de la especie, a su juicio, no se configuró la alegada vulneración de sus derechos fundamentales, ni del debido proceso.

En ese sentido, indicó que la titular de la acción penal fue clara en detallar los extremos temporales y la zona horaria en que se concretaron los actos sexuales, así como el lugar y el modo en que se materializaron, explicando que fueron dos menores de 13 años las agredidas con el comportamiento del procesado, a quienes les enseñó videos sosteniendo relaciones sexuales y las indujo a esa práctica. Además, señaló que, al momento de realizar la adecuación típica, se especificó que el agravante de los actos sexuales tenía lugar por la posición de autoridad del imputado frente a las niñas como *docente, educador* de dos asignaturas en las que aquellas estaban matriculadas, es decir, eran sus alumnas.

Luego, sostuvo que GARCÍA MORENO se valió de la superioridad que le otorgaba su ocupación para, de manera reiterativa, acosar a las víctimas con

palabras de contenido sexual, instigándolas a tener relaciones para ayudarlas con la materia que habían perdido. Frente a esta conducta, advirtió que, de igual forma, se endilgó una circunstancia de agravación punitiva tras haberse demostrado que las víctimas eran menores de 14 años para la época de los hechos.

Sobre esos componentes delictivos manifestó que, incluso, se hicieron varias aclaraciones en la audiencia de imputación, pues la fiscalía precisó que los actos sexuales tienen como verbo rector el inducir a las menores a prácticas sexuales, en tanto que el otro delito se atribuyó por el hecho de acosarlas. Por consiguiente, estimó que la situación fáctica y su respectiva adecuación típica no es ambigua.

Por consiguiente, a su manera de ver, la actuación del ente acusador en el marco de la audiencia de formulación de imputación no está llamada a invalidarse, insistiendo que la relación de cargos comunicada sí cumplió las exigencias previstas en los artículos 286 y siguientes del Código de Procedimiento Penal.

A partir de lo anterior, negó la solicitud de nulidad incoada por la defensa.

d) **Razones de la impugnación.**

Inconforme con la decisión, el defensor solicitó al tribunal su revocatoria, argumentando en primera medida que en la audiencia de la formulación de imputación la fiscalía se limitó a relacionar hechos indicadores y medios probatorios que exigen a los funcionarios judiciales hacer una interpretación de los mismos para identificar los hechos jurídicamente relevantes.

En ese contexto, manifestó que la fiscalía incurrió en imprecisiones al indicar que su prohijado acosaba a las menores de edad con *"palabras morbosas"* o de

*"contenido sexual"*, pues son expresiones que aceptan varios escenarios o hipótesis. A lo anterior se suma que pasó por alto delimitar las fechas en que ocurrieron esos hechos, indicando que *"en otras oportunidades"* indujo a las niñas a mirar videos en su equipo celular.

Sobre este punto, alegó que resulta inconcebible el hecho que no se especifiquen los días en que el señor JOSÉ ALBERTO presuntamente desplegó esos comportamientos delictivos, pues se hace alusión a un marco temporal tan extenso que le impide refrescar memoria sobre sí, para esos meses, fungía como titular de las asignaturas de dibujo técnico y geometría en el Instituto Tecnológico Salesiano Eloy Valenzuela o si las niñas en efecto acudían a sus clases y si se les acercaron a comentarle alguna situación relacionada con sus notas escolares.

En ese mismo contexto, indicó que no se precisó a qué se hace referencia cuando se afirma que *"las acosaba"*, es decir, no se puntualizó la acción que ejecutó su prohijado para incurrir en las conductas punibles descritas en los artículos 209 y 210A del Código Penal, pues en la formulación de imputación la fiscalía se dedicó a mencionar las entrevistas aportadas por las menores.

De otra parte, en cuanto a la tipificación de las hipótesis fácticas, sostuvo que los hechos referentes al acoso sexual se subsumen en el tipo de actos sexuales con menor de catorce años, sin que las mismas premisas puedan servir de base para endilgar dos delitos.

Por último, relievó el hecho que la jueza de conocimiento le indicara al señor JOSÉ ALBERTO que, de aceptar cargos, podría acceder a la rebaja contemplada en el artículo 351 del código procedimental, a sabiendas de que la normatividad prohíbe cualquier trato benévolo frente a ilícitos que atenten contra la libertad, integridad y formación sexual de menores de edad.

e) **Intervención de los no recurrentes.**

La fiscalía solicitó confirmar la decisión en la medida en que la formulación de imputación contó con una relación minuciosa y detallada de las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon los hechos delictivos enrostrados, lo cual fue advertido por la juez de conocimiento al momento de resolver la solicitud de nulidad.

Indicó que, además de haberse definido el marco temporo-espacial de los comportamientos desplegados por el señor JOSÉ ALBERTO, se explicó con suficiente claridad los verbos rectores en que incurrió y por los cuales se erige el reproche penal, así como la intención sexual de sus comportamientos frente a las niñas.

Finalmente, destacó que, contrario a lo afirmado por la defensa, los hechos jurídicamente relevantes expuestos en el caso de la especie permiten el concurso de conductas punibles atribuida, pues, a pesar de que las víctimas sean menores de edad y no tengan capacidad de consentir actos lúbricos, pueden ser víctimas de acoso sexual.

El delegado del Ministerio Público intervino asegurando que la fiscalía sí hizo una relación sucinta y clara de los hechos jurídicamente relevantes, así como también efectuó una adecuación típica correcta en relación con los mismos, sin incurrir en supuestos abstractos o genéricos.

De igual manera, bajo su perspectiva, en la formulación de imputación se estableció un marco temporal preciso al haberse indicado que "*en cada clase*" el profesor JOSÉ ALBERTO realizaba los comportamientos libidinosos descritos en la intervención de la fiscalía y luego consignados en el escrito de acusación. Por consiguiente, solicitó mantener incólume la decisión adoptada por el juzgado de conocimiento.

## CONSIDERACIONES

a) **Competencia.**

De conformidad con lo preceptuado en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, esta corporación es competente para decidir el recurso de apelación interpuesto por el defensor de JOSÉ ALBERTO GARCÍA MORENO contra el auto de primer grado, dado que fue proferido por una jueza penal del circuito perteneciente a este distrito judicial.

b) **Problema jurídico a resolver.**

Revisada la actuación, corresponde a la Sala resolver el siguiente problema jurídico:

*¿Se produjo una irregularidad sustancial en relación con los hechos jurídicamente relevantes atribuidos en la audiencia de formulación de imputación, de tal manera que se imponga decretar la invalidación de lo actuado desde esa fecha?*

c) **Caso concreto.**

**La nulidad y el derecho a un proceso debido.**

Para resolver aquel interrogante, lo primero es recordar que, según el artículo 457 de la Ley 906 de 2004, es causal de nulidad la violación del derecho de defensa o del debido proceso.

Sobre el derecho a un proceso debido, impera indicar que el artículo 29 de la Constitución Política condensa los principios básicos que en materia penal lo conforman, como lo son el de legalidad de los delitos y de las penas, el del juez natural, el de legalidad de la actuación, el de favorabilidad, el de presunción

de inocencia, el de *non bis in idem*, así como los derechos a la defensa, a un proceso público sin dilaciones injustificadas, a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en contra y a impugnar la sentencia condenatoria.

Con respecto a tal derecho fundamental, ha señalado la Corte Suprema de Justicia que:

> "Comprende aquél conjunto de garantías sustanciales a través de las cuales se procura la protección de quien se ve incurso en una actuación judicial o administrativa con miras a que le sean respetados sus derechos, la autoridad respectiva está compelida a observar en su desarrollo el procedimiento previamente indicado en la ley en salvaguarda de la legalidad como límite al ejercicio del poder público que en el campo penal constituye una cortapisa al propio *ius puniendi*, debiendo por ende adelantarse con sujeción y apego a las formas propias de cada juicio".[1]

Entonces, como el debido proceso en materia penal tiene una insoslayable relación con las normas preexistentes que regulan la forma en que debe ser investigado y juzgado un asunto, para que se le pueda considerar vulnerado, el funcionario judicial debe haber desconocido, por medio de sus actuaciones u omisiones, las reglas, procedimientos, principios o prerrogativas fijadas por el legislador.

Precisado lo anterior, es claro que, cuando se presenta una vulneración del proceso debido de naturaleza sustancial o relevante, se abre paso la nulidad como herramienta para corregir tales irregularidades y reconducir la actuación por las vías de la estricta legalidad, garantizando la validez del procedimiento. Sin embargo, para recurrir a tal remedio es necesario que se cumpla con determinados presupuestos o principios, pues, se trata de una medida extrema a la cual solo debe acudirse como última opción.

[1] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 14 de marzo de 2018 (SP747-2018). Rad. 44.995. MP Dr. Luis Guillermo Salazar Otero

Así, es bien sabido que las nulidades se rigen por los principios de *taxatividad*, según el cual, sólo es posible alegar las nulidades expresamente previstas en la ley; el de *protección*, que comporta que no podrá invocarlas el sujeto procesal que con su conducta haya dado lugar al motivo invalidatorio, salvo lo referente a la ausencia de defensa técnica; el de *convalidación*, que presupone que aun cuando se configure la irregularidad, esta se puede subsanar con el consentimiento expreso o tácito del sujeto procesal perjudicado, siempre que se respeten las garantías fundamentales; el de *trascendencia*, que implica que quien alegue la nulidad está en la obligación de acreditar que la irregularidad sustancial afecta las garantías de los sujetos procesales o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y/o el juzgamiento; y el de *residualidad*, que impone que para corregir el yerro no debe existir otro remedio procesal.

**De la comunicación de cargos en las audiencias de imputación y acusación.**

Por otro lado, tratándose de la formulación de imputación, el artículo 286 de la Ley 906 de 2004 establece que es el acto mediante el cual la Fiscalía General de la Nación comunica a una persona su calidad de imputado en audiencia que se lleva a cabo ante el juez de control de garantías.

A su vez, el artículo 287 del mismo cuerpo normativo dispone que el fiscal hará la imputación fáctica cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga, en lo que ha optado la jurisprudencia por denominar *"juicio de imputación"*.

En tal ejercicio epistemológico, naturalmente, se incluye el examen de adecuación del comportamiento a un determinado tipo penal o *juicio de tipicidad*, que implica la comparación del actuar desplegado por el agente con

lo descrito en un específico tipo penal para establecer si existe o no correspondencia entre uno y otro.

De esta manera, una adecuada formulación fáctica y jurídica del cargo en las audiencias de imputación y acusación, se erige en presupuesto básico para garantizar el respeto del principio de congruencia, así como el ejercicio de los derechos de defensa y contradicción.

Por consiguiente, los hechos jurídicamente relevantes deben ser expuestos por la fiscalía con claridad en cuanto a circunstancias de tiempo, lugar y modo. Sobre el particular, en la sentencia SP008-2023, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se profundizó sobre el tema, exponiéndose lo siguiente:

> "En el proceso de criminalización primaria el legislador selecciona conductas de la vida de relación en sociedad, que al considerarlas intolerables para la convivencia pacífica las tipifica como delito. En la fase de criminalización secundaria o de aplicación de la ley, al acusar, la fiscalía debe exponer las conductas en forma clara y sucinta, en un lenguaje comprensible. En esa forma se garantiza la doble finalidad de preservar el principio de legalidad, según el cual nadie puede ser juzgado por conductas que no se hallen descritas en la ley como delito, y el principio acusatorio, de acuerdo con el cual nadie puede ser condenado por hechos y delitos que no consten en la acusación."

De otro lado, en la sentencia SP3964-2022 se indicó:

> "**1.3. Sobre las circunstancias de los hechos.**
>
> Una relación de hechos jurídicamente relevantes en la acusación que se evidencie confusa, ambigua, incomprensible e indeterminada, genera indudablemente una afectación al debido proceso y a su componente de defensa material y técnica, pues en esa medida resulta incuestionable la dificultad del imputado en desvirtuar los cargos y en estructurar su estrategia probatoria por entenderse además que aquella delimita precisamente el tema de prueba.
>
> Por eso, doctrina reiterada y pacífica de la Corte, ha establecido que, si en las audiencias de formulación de imputación y de acusación, el fiscal no define de manera clara, completa y suficiente los hechos jurídicamente relevantes, a tal punto que el indiciado o imputado no haya tenido la posibilidad de conocer por qué hechos se le vincula o está siendo investigado, se vulnera de manera flagrante el debido proceso, por lo cual el único remedio posible es la nulidad de la actuación. (SP741-2021, Rad. 54658).

También que, para una idónea construcción de los hechos jurídicamente relevantes, se hace imperativa una correcta interpretación de la norma penal a efectos de determinar sus supuestos fácticos que conlleven la consecuencia jurídica normativamente prevista, así como verificar por el fiscal que la hipótesis de acusación comprenda todos los elementos del tipo."

**La situación concreta del procesado.**

Teniendo como base el registro de la formulación de imputación de cargos realizada frente al señor JOSÉ ALBERTO la Sala advierte que, luego de relacionar sus datos de identificación e individualización, el ente acusador le atribuyó la siguiente situación fáctica:

"La fiscalía entera al señor JOSÉ ALBERTO que los hechos por los cuales formula imputación corresponden a lo siguiente (…)[2], las menores Z.N.Q.A. y S.S.C.F., ambas de 13 años de edad, de manera concomitante y concurrente, fueron objeto de abuso sexual por parte de su profesor de dibujo técnico y geometría, el señor JOSE ALBERTO GARCÍA MORENO, quien entre el 1º de febrero de 2022 hasta el 3 de mayo de 2022, de forma reiterativa, en cada una de las clases que tenían con él, los días martes en el horario de 12:30 a 2:30 de la tarde, y jueves en el horario de 4:50 a 6:30 de la tarde, las acosaba sexualmente.

En relación a la menor Z.N.Q.A., lo hacía de manera verbal con frases de contenido erótico, le decía que "cuando la veía le daba parola", que "le gustaba mucho", que "ella era una mamasota rica", y así mismo lo hacía de forma física, cuando le acariciaba el brazo, el sacaba la lengua haciendo movimientos con su lengua y se mordía los labios.

En relación a la menor S.S.C.F., le decía "chiquita provocadora", que "le prometiera que su virginidad iba a ser para él", que "le diera besos", le sacaba la lengua y hacía movimientos con su lengua y después se mordía los labios.

Dicho comportamiento se acompaña de una pretensión sexual el día en que las dos menores Z.N.Q.A. y S.S.C.F. se acercaron a él y se enteraron que no pasaban la materia de geometría, pidiéndoles ellas que les ayudara. En ese momento, el docente JOSÉ ALBERTO GARCÍA MORENO les explicó que para ayudarlas ya sabían lo que tenían que hacer, refiriéndose a tener relaciones sexuales y pidiéndole a la niña Z.N.Q.A. que le diera besos, a lo cual la menor se negó.

Así mismo, durante esas clases de dibujo técnico y geometría, los días martes y jueves, entre el 1° de febrero de 2022 hasta el 3 de mayo de 2022, en el horario de 12:30 a 2:30 de la tarde, y jueves, en el horario de 4:50 a 6:30 de la tarde, en otras oportunidades, el señor JOSE ALBERTO GARCIA MORENO indujo a las menores Z.N.Q.A y S.S.C.F., a mirar en su equipo celular videos en el cual estaba desnudo sosteniendo relaciones sexuales con menores y otros con mayores de edad, diciéndole a las menores que si querían o deseaban

[2] En este intervalo la fiscalía hace mención por única vez a los nombres completos de las menores de edad como víctimas y le explicó las razones por las cuales solamente es posible referirse a ellas por sus iniciales dentro de la actuación penal.

tener alguna cosa material, él se las podía suministrar a cambio de hacer lo mismo de lo que veían en dicho video.

Todo eso ocurrió al interior del aula de clase del grado 7-7 del Instituto Tecnológico Salesiano Eloy Valenzuela, ubicado en la Avenida Quebrada Seca No. 11-85 de Bucaramanga.

El señor JOSÉ ALBERTO GARCÍA MORENO actuó con dolo porque sabía que estaba realizando manipulación sexual sobre unas menores de edad, a quienes vulneró en el bien jurídico de la formación e integridad sexual, lo hizo con plena voluntad, dicho comportamiento no le era permitido."

Y en cuanto a la calificación jurídica, señaló:

"Por ello, la fiscalía le imputa en el día de hoy, en calidad de autor, la conducta punible contemplada contenida en el artículo 209, esto es, actos sexuales con menor de 14 de años. Indica lo siguiente: "*El que realizare actos sexuales diversos al acceso carnal con persona menor de 14 años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de nueve (9) a trece (13) años".* Este delito, señor JOSÉ, teniendo en cuenta las manifestaciones de las víctimas, donde se generó, primero, que le mostró a dos menores de 13 años unos videos en su equipo celular, donde observaron realizar, donde usted realizaba actividades sexuales eróticas con unas menores, y otros videos con mayores de edad, diciéndoles que si deseaban tener algo, hicieran lo mismo con usted. Es decir, que replicaran esa actividad sexual con usted, lo cual las indujo a tener una relación sexual, haciéndole esas ofertas con fines sexuales.

Concurre la circunstancia de agravación punitiva del artículo 211, numeral segundo. Ese artículo dice lo siguiente: *"Las penas para los delitos descritos en los artículos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando, numeral segundo: El responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza."*

De acuerdo a eso, usted, para el momento de los hechos, era el docente de estas dos menores, en su condición de educador, formador, tenía a cargo dos materias, en las cuales eran alumnas estas dos niñas, eso lo coloca a usted en una posición y cargo que le da autoridad sobre ellas. Por eso, la ley ha indicado que cuando se presente esta clase de situaciones, en ese momento, pues esa posición que ostentaba a usted sobre las víctimas, se aumenta la pena del delito que le estoy dando a conocer. Entonces, yo les dije que los actos sexuales tienen una pena de 9 a 13 años, al concurrir esta circunstancia de agravación punitiva, la pena se aumenta de 12 a 16.6 años de prisión.

Hay un concurso homogéneo y sucesivo, comoquiera que no estamos frente a una sola acción, sino que es plural, se adecúa el mismo tipo penal en varias ocasiones. Eso que quiere decir: que se vulneró a dos menores en el mismo bien jurídico por el delito de actos sexuales con menor de 14 años. Entonces, primero, fueron dos menores, ahí hay un concurso de ese delito de actos sexuales y segundo porque ocurrió varias veces entre el 1º de febrero de 2022 hasta el 3 de mayo de 2022, cada vez que tenían clase de dibujo técnico y geometría con usted, los días martes y jueves, en el horario de 12:30 a 2:30 de la tarde, y jueves, en el horario de 4:50 a 6:30 de la tarde, se presentaba esta situación.

Hay un concurso heterogéneo con el delito de acoso sexual. Ese delito contemplado en el artículo 210A dice lo siguiente: *"El que en beneficio suyo o de un tercero y valiéndose de su superioridad manifiesta o relaciones de autoridad o de poder, edad, sexo, posición*

*laboral, social, familiar o económica, acose, persiga, hostigue o asedie física o verbalmente, con fines sexuales no consentidos, a otra persona, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años."* Este delito, teniendo en cuenta, señor JOSÉ, que existe una relación de asimetría de superioridad entre las dos menores víctimas y usted, y esa manifestación se da porque, de acuerdo a lo que ellas comentan, usted en su posición de docente respecto a estas dos menores Z.N.Q.A y S.S.C.F., quienes eran sus alumnas para ese momento de los hechos, a quienes en forma reiterativa usted acosó con palabras de contenido sexual, con sus gestos morbosos: sacando la lengua, mordiéndose los labios; acompañado de roces en el brazo, en el especial a la menor Z.N.Q.A., y con el fin sexual de ayudarlas en la nota si tenían relaciones sexuales con usted.

Ese delito igualmente concurre la circunstancia de agravación punitiva del artículo 211, numera 4º, *"se realizare sobre persona menor de 14 años"* y, como lo indiqué, las menores para el momento de los hechos contaban con 13 años de edad.

Entonces, señor JOSÉ, hay un concurso de delitos, iniciamos con los actos sexuales con menor de 14 años que contempla la pena más alta, a eso pues se le suma el agravante del artículo 211, numeral 2º, como lo indiqué, la pena es de 12 a 19.6 años de prisión, que es en concurso homogéneo y sucesivo, como lo indiqué, porque son dos víctimas. Igualmente, los hechos ocurrieron en repetidas ocasiones, lo cual significa que esa pena de los 12 a 19.6 años de prisión sufre un incremento punitivo. Esa dosificación de la pena ya le corresponde al juez penal del circuito, porque además del concurso homogéneo y sucesivo por los actos sexuales, hay que sumarle igualmente la pena por el delito de acoso sexual agravado. Entonces, ya le corresponde al juez penal del circuito, eso en el evento en que usted llegue a ser condenado, hacer la dosificación de la pena y establecer de acuerdo a la pena que le acabo de indicar de los actos sexuales agravados, que es de 12 a 19.6 años de prisión, se le suma, pues, un tanto, que puede ser un mes, un día, dos años, tres años, eso ya es conforme a la dosificación que se realice por parte del señor juez penal del circuito.

Concurre la circunstancia de menor punibilidad del artículo 55 numeral 1º, esto es, por la carencia de antecedentes penales."

Más adelante, tras la intervención del Ministerio Público, la fiscalía hizo la siguiente aclaración:

"Debo indicar, primero, frente a los actos sexuales con menor de 14 años, la fiscalía imputó bajo la tercera modalidad, que es la de **inducir**. Indujo a las menores de edad a tener relaciones sexuales, les hizo ofertas con esos fines sexuales. Por eso les puso los videos diciéndoles que, si deseaban tener algo, hicieran lo mismo, replicaran lo mismo que se veía ahí. Entonces, las estaba induciendo a esa práctica sexual.

En cuanto al acoso sexual, en cuanto a los verbos rectores, tenemos *"el que acose"*, tal como lo señalé en la relación de los hechos, acosó de forma verbal e igualmente de forma física a una de las menores Z.N.Q.A., e igualmente de forma verbal a la otra menor."

Con base en lo anterior, el defensor afirmó que la fiscalía no presentó hechos jurídicamente relevantes, sino meros indicadores y medios probatorios, a partir de los cuales los funcionarios judiciales quedan compelidos a realizar un

ejercicio de interpretación o extensión de la imputación fáctica con el fin de adecuar el comportamiento reprochado a los tipos penales descritos en los artículos 209 y 201A del Código Penal. En ese sentido, sostiene que en la relación de cargos no se especificaron las circunstancias de tiempo, modo y lugar, incurriéndose en imprecisiones al referir que el señor JOSÉ ALBERTO acosaba a las menores de edad con *"palabras morbosas"* o frases de *"contenido sexual"* y que *"en otras oportunidades"* les mostraba videos sosteniendo relaciones sexuales, lo cual demuestra que el ente acusador también pasó por alto definir el marco espacio temporal de los hechos objeto de investigación.

Sobre el delito de actos sexuales con menor de 14 años, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SP370-2021 (Rad. 56.659) explicó que:

> "El delito de actos sexuales con menor de catorce (14) años abarca tres (3) escenarios principales: (i) la realización entre los sujetos de la conducta de actos sexuales diversos al acceso carnal, (ii) la perpetración de actos sexuales en presencia de un menor de catorce (14) años y (iii) **la inducción del sujeto pasivo a prácticas sexuales."**

Frente a esta última premisa, el Alto Tribunal elucidó lo siguiente:

> "Por "*inducir*" se entiende la acción de «*provocar o causar algo*» y también «*mover a alguien a algo o darle motivo para ello*». Hacer ofertas con fines sexuales a otro es una manera de inducirlo a prácticas sexuales, en tanto le está brindando motivos para incurrir en tales actividades, así no se consiga el resultado querido. Por ende, el simple hecho de pedirle al que no haya cumplido los catorce (14) años cualquier actividad de índole sexual se ajusta a la descripción típica del artículo 209 de la Ley 599 de 2000, bajo la variante de la inducción, y se sanciona con prisión entre nueve (9) y trece (13) años. (…)
>
> En otras palabras, cuando al menor de catorce (14) años se le hacen ofrecimientos sexuales, es víctima de un delito de *abuso sexual* (Capítulo II del Título IV del Código Penal: "*DE LOS ACTOS SEXUALES ABUSIVOS*"). Y cuando el agente busca o pide por cualquier medio comunicación la prestación de servicios sexuales con menores de dieciocho (18) años, se presenta una situación se *explotación sexual* sancionada por el tipo del 219-A (Capítulo IV del Título IV: "*DE LA EXPLOTACIÓN SEXUAL*").
>
> (…)
>
> **4.5.** *Por fuera de contextos de explotación, la acción de solicitarle actividades sexuales a una persona con catorce (14) años o más debe ser atípica, sin importar el medio empleado.* Los artículos 208 (*acceso carnal abusivo con menor de catorce -14- años*) y 209 (*actos sexuales abusivos con menor de catorce -14- años*) del Código Penal definen la edad (los

catorce -14- años) a partir de la cual cualquier persona puede ejercer libremente su sexualidad.

(…)

Si la norma presume incapacidad para el libre ejercicio de una vida sexual en el menor de catorce (14), en un sentido contrario también admite que, desde esa edad, la persona ya puede decidir al respecto con plena autonomía y conforme a los dictados de su propia voluntad.

Lo anterior también conlleva la libertad de interactuar con otros en el ámbito sexual, bien sea buscando, aceptando o declinando contactos en tal sentido, o absteniéndose incluso de alguna vez tenerlos.

En este orden de ideas, ser sujeto de ofertas, solicitudes o sugerencias en temas sexuales es, para todos los asociados a partir de los catorce (14) años, una de las consecuencias del libre desarrollo de la personalidad, derecho fundamental que no ostenta "*más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico*", conforme a lo señalado en el artículo 16 de la Carta Política.

Situación distinta ocurre cuando las demandas, pedidos o propuestas sexuales provienen de contextos de explotación infantil. En esos casos, la especial protección para personas con menos de dieciocho (18) años se explica en atención de las restricciones a la autonomía y libertad a las cuales quedan sometidos cuando son reclutados en redes de turismo sexual, prostitución infantil o pornografía con menores, de suerte que su consentimiento incluso se consideraría inane sin importar que hayan alcanzado o no la edad legal para la aquiescencia. El trato diferente, por lo tanto, depende del ingrediente "*DE LA EXPLOTACIÓN SEXUAL*", tal como lo sugiere el rótulo del Capítulo IV del Título IV de la Parte Especial del Código.

(…)

Finalmente, la Corte arribó a las siguientes conclusiones:

**«*(i)* <u>En situaciones ajenas a las de explotación, la acción de realizar ofertas de connotación sexual a menores de catorce (14) años configura la conducta punible de *actos sexuales con menor de catorce (14) años* de que trata el artículo 209 del Código Penal, en la variante de "*inducir a prácticas sexuales*"</u>**

(…)"

Lo anterior debe cotejarse con la situación fáctica arriba transcrita, lográndose advertir que sí fueron delimitadas las circunstancias de tiempo, lugar y modo en que se desarrolló el referido componente delictivo, pues, entre otras cosas, se precisó que i) entre el 1º de febrero y el 3 de mayo de 2022, ii) en el aula de clase del grado 7-7 del Instituto Tecnológico Salesiano Eloy Valenzuela, ubicado en la Avenida Quebradaseca No. 11-85 de Bucaramanga, específicamente los días martes y jueves cuando se llevaban a cabo las clases

de dibujo técnico y geometría en los horarios de 1:30 a 2:30 p.m. y de 4:50 a 6:30 p.m., el señor JOSÉ ALBERTO, en su condición de docente de ese curso, iii) ***indujo*** *a las menores S.N.Q.A. y S.S.C.F. a mirar en su equipo celular videos en el cual estaba desnudo sosteniendo relaciones sexuales con menores y en otro con mayores de edad,* indicándoles que podían tener cualquier cosa material *a cambio de hacer lo mismo de lo que veían en el vídeo.*

Esas premisas fueron incluso reiteradas en el acto de comunicación de cargos, luego de que la delegada del Ministerio Público solicitara la aclaración respecto del verbo rector que se le endilgaba al imputado en relación con el delito de actos sexuales con menor de 14 años, precisándose por parte de la fiscalía que se atribuía bajo la modalidad de **inducir**, pues aquel invitó *a las menores de edad a tener relaciones sexuales, les hizo ofertas con esos fines sexuales* cuando les pedía mirar los videos de contenido sexual y replicar esa práctica.
Bajo esas anotaciones, se advierte que, en el caso de la especie, la delegada de la fiscalía no incurrió en expresiones vagas, omisiones o imprecisiones al momento de relatar la situación fáctica objeto de imputación, a partir de las cuales se pueda deducir que no existen hechos jurídicamente relevantes que se adecúen en el tipo penal previsto en el artículo 209A del Código Penal.

Ahora, tratándose del otro reato, el Código Penal consagra lo siguiente:

> **"ARTÍCULO 210-A. ACOSO SEXUAL.** El que en beneficio suyo o de un tercero y **valiéndose de su superioridad manifiesta o relaciones de autoridad** o de poder, edad, sexo, posición laboral, social, familiar o económica, **acose**, persiga, hostigue o asedie física o verbalmente, con fines sexuales no consentidos, a otra persona, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años."

Frente a este componente delictivo, el ente acusador indicó que el señor JOSÉ ALBERTO incurrió en el verbo rector acosar, tanto de manera verbal como física, en el momento en que empezó a decirle a la niña Z.N.Q.A. que "*cuando la veía le daba parola*" y que "*ella era una mamasota rica*", además de acariciarle el brazo y sacar *la lengua* para hacer movimientos con la misma. De igual manera,

le manifestaba a S.S.C.F. que era una *"chiquita provocadora"* y que *"le prometiera que su virginidad iba a ser para él"*, exigiéndole besos.

En ese orden de ideas, se advierte que, lejos de hacer alusión a los mismos hechos y de incurrir en imprecisiones, la fiscalía especificó que el comportamiento dirigido a inducir a las menores de edad a prácticas sexuales, se tipifica en el delito contenido en el artículo 209 del Código Penal, mientras que, el acoso sexual lo circunscribe a las frases eróticas que reiteradamente les decía a Z.N.Q.A. y S.S.C.F. durante las clases de geometría y dibujo técnico, siendo del caso resaltar que el ente acusador no solamente hizo referencia a "*gestos morbosos*" y palabras *"de contenido sexual"*, sino que puntualizó cuáles eran esas expresiones y qué tipo de acciones con proyección libidinosa realizaba el señor JOSÉ ALBERTO para acosarlas valiéndose de su posición de autoridad como docente.

Con base en lo anterior, la Sala concluye que, de la narración expuesta en la audiencia preliminar se puede extraer con facilidad el componente fáctico y jurídico de los cargos formulados al señor JOSÉ ALBERTO, lo cual fue comunicado de manera clara, precisa y detallada en su momento, informándosele las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon los hechos por los cuales se le vinculó a la investigación penal. En ese sentido, la construcción de hechos jurídicamente relevantes en el caso de la especie y su respectiva adecuación típica, contrario a lo afirmado por el defensor, se ajusta a las exigencias previstas en el artículo 288 y siguientes del Código de Procedimiento.

De otra parte, no es cierto que la fiscalía no haya delimitado el espacio temporal en que se concretaron los hechos objeto de investigación, pues de manera clara y reiterativa se le informó al enjuiciado que, entre el 1º de febrero y el 3 de mayo de 2022, mientras dictaba clases de dibujo técnico y geometría en el aula del grado 7-7 del Instituto Tecnológico Salesiano Eloy Valenzuela, durante el

horario establecido para tal fin, esto es, los martes de 12:30 a 2:30 p.m. y los jueves de 4:50 a 6:30 p.m., incurrió en las mencionadas conductas punibles, sin que sea necesario que se especifique en cuál día de la semana expresó alguna de las frases eróticas antes mencionada o las fechas puntuales en que le acarició el brazo a una de las menores de edad, pues, recuérdese que uno de los reatos atribuidos es el contenido en el artículo 210A del Código Penal, en el cual es necesario verificar el comportamiento reiterado del acoso de cara al desarrollo del juicio oral.

Además, el marco temporal expuesto es bastante reducido y se contrae a un poco más de 3 meses, lo cual no le impide al señor JOSÉ ALBERTO que, por sí mismo o a través de su apoderado judicial, recopile elementos que permitan verificar si durante ese lapso efectivamente fue docente de las menores de edad en las asignaturas de geometría y dibujo técnico.

En todo caso, cabe mencionar que, a la fecha, no se ha consolidado el acto formal de acusación, de manera que, en la reanudación de la correspondiente audiencia, el defensor puede solicitar las adiciones o correcciones que estime pertinentes, siendo ese el escenario idóneo previsto por el legislador para tal fin, pues, conforme lo ha elucidado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el acto de acusación es complejo en la medida en que lo compone la presentación del escrito respectivo y su formulación en la diligencia con carácter definitivo.

Por último, en cuanto a la rebaja punitiva referida por el juzgado de conocimiento y que, a criterio del defensor, demuestra lo impreciso de la formulación de imputación, la Sala advierte que, en el marco de la respectiva audiencia preliminar, la fiscalía fue clara y concisa a la hora de informarle al señor JOSÉ ALBERTO que, de aceptar cargos, por expresa prohibición legal, no era posible concederle ningún tipo de descuento. En ese sentido, se trae a colación lo expuesto en esa oportunidad:

"Le entero señor JOSÉ que usted, en el día de hoy, en esta audiencia, una vez el señor juez le entere sus derechos, usted puede aceptar los cargos o no aceptarlos. Si usted no acepta los cargos, pues el proceso sigue su curso normal, se remite el proceso a un juez penal del circuito en donde se llevará a cabo una etapa probatoria, una serie de audiencias, entre esas, la de juicio oral de etapa probatoria, donde se escucharán testigos y debate probatorio, y el juez tomará la decisión si usted es condenado o absuelto.

Si usted acepta los cargos en el día de hoy, **pues debo señalar que no tendría derecho a ningún tipo de rebaja punitiva, y eso es por expresa prohibición de la ley, ya que hay una ley que es la Ley 1098 de 2006, Ley de Infancia y Adolescencia, en el artículo 199 señala que cuando se trate de niños, niñas y adolescentes que hayan sido vulnerados en su formación e integridad sexual, entre otros delitos, pero hago alusión a ese porque estamos hablando de unos actos sexuales, no se puede conceder ningún tipo de rebaja punitiva"**

Por consiguiente, no es cierto que la fiscalía incurriera en ambigüedades sustanciales, sino que se trató de una expresión errada del auto leído el 12 de septiembre de 2022, mediante el cual negó la solicitud de nulidad, posiblemente debido a un formato de decisión, pero lo cierto es que tanto en la comunicación de cargos como en el escrito de acusación, de manera expresa, se le explica al procesado que, dada la naturaleza de los delitos atribuidos, no es posible concederle ninguna rebaja punitiva por allanamiento a cargos.

Retomando lo anterior, según se indicó, a juicio de esta corporación, el relato efectuado por la fiscalía en el marco de la formulación de imputación contenía hechos jurídicamente relevantes que, lejos de ser confusos, precisan las circunstancias de tiempo, modo y lugar por las cuales se imputaron al procesado los delitos sexuales tantas veces referidos.

Por tanto, refulge evidente que en el caso de la especie no se configuró la irregularidad denunciada y en todo caso, se indica una vez más que los hechos aún pueden ser objeto de concreción al momento de formularse la acusación para el imputado a efectos de que pueda elaborar su estrategia defensiva,

luego, como la censura no tiene vocación de prosperidad, se confirmará la decisión apelada.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga,

**RESUELVE:**

**CONFIRMAR** la decisión interlocutoria apelada.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

Los magistrados,

**HAROLD MANUEL GARZÓN PEÑA**

**SHIRLE EUGENIA MERCADO LORA**

**GUILLERMO ANGEL RAMÍREZ ESPINOSA**

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA DE DECISIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE: GUILLERMO ÁNGEL RAMÍREZ ESPINOSA

Bucaramanga, ocho (8) de junio de dos mil veintitrés (2023)
Discutido y Aprobado virtualmente por Acta No. 555.

## OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la defensa **Helber Orlando Esparza Murillo,** contra la sentencia condenatoria proferida el 29 de julio de 2021 por el Juzgado Once Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bucaramanga, mediante la cual lo declaró penalmente responsable del delito de **acceso carnal violento**, a lo cual se procede conforme a las previsiones del artículo 179 del CPP.

## HECHOS

Fueron narrados por el juez de instancia de la siguiente manera: *«Conforme a lo manifestado en la audiencia de acusación se tiene que los hechos jurídicamente relevantes datan del 9 de julio de 2014, cuando de forma violenta contra la voluntad de la víctima, Helber Orlando Esparza, de 39 años de edad, accedió carnalmente a L.C.A.S., quien para la fecha de los hechos contaba con 16 años de edad, y con quien el procesado compartía una relación de carácter sentimental.*

*Los hechos se desarrollaron en los camerinos del Coliseo Juan Pablo Segundo ubicado en el barrio el Poblado del municipio de Girón, Santander, lugar donde la víctima entrenaba Taekwondo bajo la enseñanza de Helber Orlando Esparza, el cual se desempeñaba como instructor de esta disciplina. En concreto, sobre estos hechos la víctima refiere que el acusado para cometer el delito la tomó a la fuerza, golpeándola con el puño en la cadera y sosteniéndole a la fuerza*

*los brazos mientras le bajaba el pantalón, para seguido a esto penetrarla, situación que acaeció en una sola ocasión.*

*Agotado el delito, la víctima reportó lo sucedido a la progenitora en el mes de diciembre de 2014, situación que motiva a que ella instaure denuncia en contra de Helber Orlando Esparza el 6 de enero de 2015, aduciendo que, desde el año anterior, esto es, en el año 2014, su hija mantenía un noviazgo con Helber Orlando Esparza y que dicho sujeto la había violado.»*

## ACTUACIÓN PROCESAL

En audiencia del 21 de mayo de 2019 ante el Juzgado Cuarto Penal Municipal de Bucaramanga descentralizado en Girón, Santander[1], la fiscalía formuló imputación contra **Helber Orlando Esparza Murillo** por el delito de acceso carnal violento (art. 205 CP), cargos que no aceptó.

Repartido el escrito de acusación[2] correspondió por reparto al Juzgado Once Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bucaramanga, ante quien se adelantó la respectiva audiencia el 9 de diciembre de 2019[3].

La audiencia preparatoria se adelantó el 22 de octubre de 2020[4], mientras el juicio oral se desarrolló en sesiones del 3 de diciembre de 2020[5], 5 de febrero[6], 29 de marzo[7] y 27 de mayo[8] de 2021, oportunidad en la que finalizó la práctica probatoria y se emitió el sentido del fallo, acto seguido se realizó el traslado regulado en el artículo 447 del CPP y en la

[1] Acta de audiencia, folio 13 cuaderno digitalizado.
[2] Folios 14 a 22 cuaderno digitalizado.
[3] Acta de audiencia, folio 37 y 38 cuaderno digitalizado.
[4] Acta de audiencia, folio 45 a 47 cuaderno digitalizado.
[5] Acta de audiencia, folios 49 y 50 cuaderno digitalizado.
[6] Acta de audiencia, folios 52 y 53 cuaderno digitalizado.
[7] Acta de audiencia, folios 55 y 56 cuaderno digitalizado.
[8] Acta de audiencia, folio 58 cuaderno digitalizado.

misma diligencia se dio lectura de la providencia, ello tuvo lugar el 29 de julio de 2021[9].

## SENTENCIA RECURRIDA

El Juzgado Once Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bucaramanga, declaró penalmente responsable a **Helber Orlando Esparza Murillo** del delito de acceso carnal violento, en consecuencia, le impuso pena privativa de la libertad de 150 meses de prisión, así como la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas equivalente al período de la pena principal. A la par le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

Adveró que el fallo condenatorio se basa en la verificación de responsabilidad penal del procesado, que se sustenta en la apreciación del testimonio de la víctima LCAS, quien dijo realizó una exposición coherente, correspondiendo a la corroboración periférica del restante caudal probatorio, acotando que se afectó de manera directa la libertad e integridad sexual, por ende, se debe imponer una sanción.

Sobre la materialidad de la conducta dio cuenta del relato de la ofendida, detallando las circunstancias de modo, tiempo y lugar donde se cometió la conducta punible, ejerciendo violencia contra ella por su resistencia a tener relaciones sexuales en esa ocasión, de lo cual fue enterada la progenitora de la víctima en diciembre de 2014, presentando la denuncia el 6 de enero de 2015 contra el procesado.

Anotó que la conducta del encartado se puede adecuar al tipo penal de acceso carnal violento; que en el testimonio de LCAS constan los elementos estructurales del mismo, indicando que según la jurisprudencia,

[9] Acta de audiencia, folios 77 y 78 cuaderno digitalizado.

se erige bajo la consumación de intercambios sexuales, sin la aquiescencia de la persona ofendida.

Destacó el contenido del artículo 19 de la Ley 1719 de 2014, para mostrar que el reproche de la defensa sobre la no ocurrencia del acceso carnal por la inexistencia de evidencia física que acredite la violencia ejercida sobre la víctima, no encuentra asidero legal que lo fundamente, porque no encontrar lesiones en la ofendida no condiciona la materialización del evento de violencia sexual ejercido.

Refirió el enfoque de género que debe considerarse en el estudio y decisión de este tipo de delitos, ello para indicar que no es que se suponga flexibilizar el estándar cognoscitivo exigido para proferir condena, ni para tener por cierto lo dicho por quienes denuncian atentados de violencia sexual, sino únicamente que la apreciación de los medios suasorios se agote sin la invocación de argumentos o inferencias estereotipadas desprovistas de sustento probatorio en el caso concreto.

Arguyó que el testimonio de la ofendida encuentra corroboración en la declaración de Sonia Magaly Serrano, madre de aquella y las apreciaciones de la perito en psiquiatría Nohora Alba Beltrán, mostrando la verosimilitud de los hechos. De igual forma con la declaración del procesado, quien indicó que se encontraba en el lugar y la hora donde ocurrieron los hechos, espacio donde hablaban y ocasionalmente tenían relaciones sexuales consentidas, coincidiendo con el sitio en que la menor recibía las clases de taekwondo.

Afirmó el a-quo que el día de aquel encuentro sexual, según versión de la ofendida, se negó a tener relaciones sexuales con el enjuiciado, por lo que él ejerció violencia física sobre ella, tomándola por la fuerza pese a

que le dijo que se encontraba menstruando, que le pegó un puño en la cadera y la violó analmente.

Sobre la no afectación psicológica referida por la defensa, advirtió que en los delitos sexuales importa es la conducta desplegada por el autor del delito, siendo irrelevante el comportamiento asumido por la víctima posterior a la consumación de la violencia sexual, sin dejar de lado situaciones que permitan impugnar credibilidad, aseverando que para el caso concreto no hay lugar a demeritar lo expresado por LCAS, por haber asumido una actitud de superación y fortaleza frente al hecho punible de que fue víctima.

Agregó que la no existencia de secuelas psicológicas, no puede ser la base para afirmar que no existió o no se realizó el punible, puesto que, frente a hechos traumáticos, no todos reaccionan de la misma forma, indicando que la perito psiquíatra Nohora Alba Beltrán en su declaración mencionó la fortaleza de la víctima, al referir que pudo advertir una actitud de resiliencia ante los hechos investigados.

Señaló que aceptar acudir con el procesado a los camerinos del coliseo donde anteriormente habían tenido relaciones sexuales, no podía entenderse como expresión de su consentimiento para tener intimidad; pues tal apreciación sería atentatoria de la dignidad de la ofendida, es contraria a derecho y vulnera principios constitucionales encaminadas a la valoración desde una perspectiva de género, precisando que para la realización de conductas sexuales, debe existir voluntad inequívoca de su anuencia, estar presente durante el momento previo y concomitante a su ejecución.

## EL RECURSO

Inconforme con la decisión adoptada, la defensa de **Helber Orlando Esparza Murillo**[10] apeló con el propósito que se revoque y en su lugar se le absuelva del cargo por el que fue condenado, alegando la presunción de inocencia.

Como sustento de la alzada expuso que no comparte la valoración que se efectuó respecto de lo referido por la víctima, adujo que no le queda difícil a ella ofrecer versiones contradictorias porque tenía acceso a la denuncia y a su propia narración, datos como fecha, circunstancias de modo, tiempo y lugar de los hechos; además que iniciado su noviazgo con el procesado, la actividad sexual se realizaba continuamente en el mismo lugar, esto es en el camerino del coliseo, encuentros que no fueron negados por ellos y que no eran casuales, pues siempre se dirigían al sótano a tener sexo en la colchoneta del lugar, sin que exista prueba que evidencie lo contrario.

Adveró que si bien en los delitos de acceso carnal violento la conducta de la víctima es irrelevante en su actuar defensivo, se debe analizar la versión de la menor, la que calificó de falaz e inverosímil cuando dice que con un golpe en la cintura la colocó boca abajo y con sus manos logró maniatarla, taparle la boca y bajar los pantalones de ambos, además de resultar contradictorio ello de cara a la referencia a la grabación de gritos en el celular, elemento que en todo caso no se conoció.

Concluyó que el acceso carnal violento nunca existió, que el relato de LCAS no coincide con lo manifestado por la perito psiquiatra Nohora Beltrán, con quien se incorporó la respectiva base de opinión, la cual no pudo confrontar con las versiones de la menor, dado que fue incorporado

[10] Folios 79 a 91 cuaderno digitalizado.

con posterioridad a la declaración de aquella, a la par que no fue puesto de presente para los fines propios del juicio, lo que en su concepto viola el debido proceso y el derecho de contradicción.

Cuestionó lo consignado en el informe pericial, aduciendo que presenta inconsistencias en cuanto a la fecha de los hechos, la oportunidad en que se realizó el video utilizado para la coacción de sostener relaciones sexuales, dado que la experta señaló que el mismo fue grabado previo a los supuestos fácticos que concitan la atención, entre tanto la ofendida adujo que se registró en aquella ocasión, además de recalcar la consideración de que la víctima no presentó repercusiones significativas en áreas como la académica, familiar, social o mental, y relievar que en el referido informe se consignó pretensión de cesar la actuación penal.

Alegó que no obra prueba de corroboración periférica, en tanto, existen razones obvias para que la víctima y su madre mintieran, que la progenitora le insistió tanto a LCAS que contara la verdad del romance con el procesado, haciéndolo en forma diversa a lo sucedido al incluir que fue obligada y bajo amenaza, conllevando a que se formulara la denuncia, lo cual consta en el informe de la perito Nohora Beltrán, cuando relaciona que la ofendida le expresó que la mamá la presionó y su preocupación por el proceder de sus ascendientes, dada la diferencia de edad con el encartado.

Mentira a la que estima se acudió para encubrir su inicio sexual, sin considerar la posibilidad de que se formulara una denuncia, anotando que sostuvo relaciones sexuales con el implicado con posterioridad a la supuesta violación, que se hablaron al día siguiente y continuó con los entrenamientos de forma normal, sin que permitiera realizar exploración física en la zona genital.

Refirió que el a-quo se aparta del artículo 380 del CPP que consagra los criterios de valoración, la apreciación conjunta del canon 404 ibídem, acotando que si bien los delitos sexuales se cometen en la clandestinidad, no pueden desatenderse los criterios de análisis de los testimonios, en virtud de lo cual la versión de la víctima debe efectuarse bajo el tamiz de la sana crítica y de un elemento de convicción, sin eliminar las garantías mínimas del procesado.

Cuestionó la declaración de la progenitora de la ofendida, porque pese a rendirse en juicio, no presenció los hechos, que solo dio cuenta del relato de LCAS bajo la presión de llevarla al ginecólogo, además de contradecir a la víctima en cuanto a la amenaza del procesado de atentar contra su vida y la de sus progenitores, cuestión que no fue referida por la menor, y evidenciar la negativa de aquella a recibir atención psicológica.

Reiteró que la víctima llegó voluntariamente al lugar donde se presentaron los hechos, que allí normalmente sostenían relaciones sexuales consentidas, de manera que concurrir hasta allí representaba que se sostendría un encuentro de esta índole, que después de los supuestos hechos continuó con la actividad deportiva, así como con la relación hasta el mes de diciembre; anotando que la violencia física y psicológica solo existe en el relato inverosímil de LCAS, que no obra el video, supuesta prueba de lo ocurrido, como tampoco secuela física ni psicológica.

Que se evidenció la relación sentimental entre el procesado y LCAS, las relaciones sexuales consentidas entre ellos en diferentes sitios, ausencia de prueba de la violencia física o psicológica del encartado, así como de la supuesta grabación para presionarla y del actuar violento del enjuiciado en el marco de la relación afectiva.

Concluyó que la fiscalía no demostró con material probatorio la autoría más allá de toda duda en la agresión sexual endilgada, que por ello la condena debe revocarse y absolverse a su defendido, pues existe vacilación en torno a la realización del injusto y más aún el elemento estructural del tipo previsto en el artículo 205 del CP, lo anterior en concordancia con el canon 29 Constitucional y los artículos 7 y 448 del Código de Procedimiento Penal.

## CONSIDERACIONES DE LA SALA

**1. Competencia.** Conforme al numeral 1° del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, esta Sala es competente para conocer el recurso de apelación invocado por la defensa de **Helber Orlando Esparza Murillo,** contra la sentencia condenatoria del 29 de julio de 2021, a través de la cual el Juzgado Once Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bucaramanga, lo condenó como autor responsable del delito de acceso carnal violento.

**2. Caso concreto:**

Las censuras están dirigidas a determinar si con base en las pruebas aducidas y practicadas en juicio, se llega al conocimiento de que trata el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal, o por el contrario debe absolverse al encartado, pues según el apelante se presentó un sinnúmero de contradicciones entre los testigos de cargo, se aplicaron indebidamente las normas procesales y se incurrió en errores en la valoración de la prueba, sin que realmente se haya demostrado la ocurrencia del hecho ni la estructuración de la conducta punible descrita en el artículo 205 del CP, presentándose duda que debe resolver la judicatura en favor del procesado conforme el canon 7° del CPP.

Disensos que construye mediante cuestionamientos a la credibilidad del dicho de la víctima y la imposibilidad de confrontar su relato con la versión otorgada a la perito en psiquiatría, lo que en su criterio constituiría también una violación al debido proceso y al derecho de contradicción, además de plantear un debate en torno al contenido del informe incorporado por medio de la experta, la inexistencia de prueba de corroboración periférica y la no presencia de secuelas físicas o psicológicas en la presunta víctima.

Para resolver los reparos expuestos, la Sala considera necesario precisar, según el escrito de acusación verbalizado en la respectiva audiencia, cuáles fueron los supuestos fácticos que tuvo en cuenta la fiscalía para iniciar la acción penal contra Helber Orlando Esparza Murillo.

Conforme la teoría del caso abanderada por el ente acusador, el 9 de julio de 2014, en el Coliseo de Girón, Helber Orlando Esparza -de 39 años- accedió analmente y de manera violenta (física y psicológica) a LCAS -de 16 años-, con quien sostenía una relación amorosa. En el lugar donde ocurrió el atentado sexual se adelantaban prácticas de taekwondo impartidas por el indiciado, a las que acudía la ofendida.

Para perpetrar el hecho, el implicado la cogió por la fuerza, le pegó un puño en la cadera, le sostuvo los brazos, le bajó el pantalón y la penetró analmente; hecho que ocurrió en esa sola oportunidad.

Las pruebas practicadas en el juicio oral consistieron en las testimoniales de LCAS, Sonia Magaly Serrano y Nora Alba Beltrán, psiquiatra del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

Por parte de la defensa se interrogó al procesado Helber Orlando Esparza Murillo.

## 2.1. Análisis de la censura:

La Sala abordará los reparos formulados por la defensa, de la siguiente manera: (i) la coherencia de la declaración de la víctima, (ii) la valoración a otorgar a la declaración de la psiquiatra, y (iii) la corroboración periférica.

### (i) Sobre la coherencia de la declaración de la víctima

Como hemos indicado, el estrado defensivo centró la mayor parte del recurso en cuestionar el dicho de la víctima, estrategia que se torna razonable en la medida que la particularidad de los hechos se fundamenta en la contundencia de esta prueba; pues, como reconoce el opugnador, en casos de delitos sexuales el caudal probatorio suele reducirse al testimonio de la persona agredida.

Al respecto, la jurisprudencia ha indicado:

*«2.2. La clandestinidad que suele acompañar la comisión de los delitos sexuales comporta, casi siempre, que sólo se cuente con la versión de la víctima para determinar las circunstancias de tiempo modo y lugar en que se materializó el agravio.*

*El testimonio de la víctima, por tanto, constituye la pieza fundamental para establecer la materialidad del delito y la responsabilidad del acusado.»*[11]

Medio de conocimiento que en la presente actuación penal constituye el fundamento esencial de la sentencia condenatoria del 29 de julio de 2021, proferida por el Juzgado Once Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bucaramanga, apreciándose congruente,

[11] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 54.085, 6 de agosto de 2019.

estructurado y creíble como lo destacó la instancia, tornándose el relato persistente en la descripción de la forma que el enjuiciado logró satisfacer su libido a expensas de su libertad e integridad sexuales, el lugar en que se materializó el delito, la clase de violencia que ejerció para doblegar su resistencia, entre otros aspectos.

En audiencia del 3 de diciembre de 2020[12], la víctima LCAS narró que inició un noviazgo con el procesado a principios del año 2013, quien para la época era el profesor de taekwondo en un programa deportivo adelantado por la alcaldía de Girón, al que fueron invitados los estudiantes del colegio Francisco Serrano Muñoz y al que ella decidió vincular, el cual se adelantaba en el coliseo Juan Pablo Segundo, ubicado en el barrio El Poblado del citado municipio.

Relató que durante la relación sostuvieron encuentros sexuales, algunos en las instalaciones de aquel escenario deportivo, comentando que después de cierto tiempo se tornó enfermiza por los celos del enjuiciado, quien la controlaba constantemente y le prohibió hablar con amigos, primos y en general personas del sexo opuesto, situaciones que hicieron que la misma se volviera insoportable.

En concreto sobre los hechos que concitan la atención, memoró que fue citada por el encartado el 9 de julio de 2014 en el coliseo, donde estuvo aproximadamente entre las 2:30 a 3:00 p.m., oportunidad en la que fue accedida carnalmente y de manera violenta por aquel, pues ante su negativa a sostener relaciones sexuales uso la fuerza para asegurar el coito, concretamente le sujetó los brazos hacia atrás con sus manos, la acostó boca abajo, le propinó un puño a la altura de la cadera para detener su forcejeo, le retiró sus prendas de vestir inferiores y la penetró

[12] Récord: 12:00 a 51:00.

analmente con el pene, acto seguido le indicó que debía entrenar y abstenerse de comentar lo acaecido.

Comentó que cuando pretendió cesar el contacto con el procesado la amenazó con exhibir una grabación de este insuceso y comentar a sus padres lo acaecido, filmación que entendió había sido realizada en un celular el día de los hechos, dado que después de la agresión escuchó que el acusado reproducía sus gritos en un dispositivo, video al que acudía para obligarla a permitir su ingreso a su casa, en tanto que continuó hostigándola con su presencia en la residencia de ella, lo que generó un temor a la hora de revelar el atentado del que había sido objeto por parte de **Esparza Murillo,** del que únicamente habló por la confrontación de su ascendiente materna.

Adujo que en diciembre de 2014 viajó hacia Bogotá para huir de la situación, a su regresó el 20 del mismo mes y año fue requerida por su progenitora, quien después de escuchar rumores procedió indagarle sobre el particular, momento en el que decidió comentarle lo sucedido y formular la correspondiente denuncia, además de lograr el alejamiento absoluto con el encartado y entender terminada la relación afectiva, de manera que cambió de abonado telefónico, eliminó sus redes sociales y al utilizarlas nuevamente bloqueó a los conocidos en común, sin embargo, en una ocasión cuando transitaba por el municipio fue abordada por aquel.

En el contrainterrogatorio comentó que el día de los hechos usaba la ropa de entrenamiento (pantalón blanco y camiseta negra), que se dirigió con el procesado hasta el sótano donde ocurrió la agresión porque normalmente allí dialogaban y sostenían relaciones sexuales, sin embargo, no imaginó que sería atacada por aquel, acotando que su contextura física y la capacidad como entrenador contribuyeron al dominio de su cuerpo,

reiterando que el noviazgo finalizó cuando enteró a su progenitora de lo sucedido, pues antes la intimidaba y le impedía acabar el mismo.

Declaración que no deja ápice de duda sobre la materialidad de la conducta punible enrostrada a **Helber Orlando Esparza Murillo,** ni su responsabilidad en el atentado sexual violento que sufrió la víctima el 9 de julio de 2014, pues contrario a lo referido por la defensa ofrece una aproximación directa a lo sucedido, que dista absolutamente del escenario que el censor sugiere, pues refulge que la víctima no expresó su anuencia para la penetración anal, sino que fue forzada mediante el uso de la fuerza física por parte del incriminado.

Nótese que durante el interrogatorio la ofendida fue enfática en precisar que no deseaba sostener un encuentro de esta índole con el procesado, y así se lo hizo saber invocando la imposibilidad de hacerlo en virtud de su menstruación, afirmaciones que **Esparza Murillo** desatendió en su afán de satisfacer su libido, además de oponer resistencia a la materialización del coito mediante un forcejeo, que fue detenido por el encartado mediante la violencia física, en tanto que la sujetó con fuerza, la golpeó en el costado derecho de su cadera y le quitó las prendas de vestir, acto seguido la accedió analmente con su miembro viril.

Luego, no puede entenderse como lo pretende el censor que la mera concurrencia de la víctima al sótano o espacio debajo de las escaleras en el establecimiento deportivo, implicara su consentimiento para una relación sexual, se itera, hipótesis que choca frontalmente con el relato de la víctima en juicio oral, al comentar que le expresó directamente que no quería tener un encuentro íntimo con él y caracterizar una oposición física que requirió el uso de la fuerza del acusado para poder perpetrar el hecho.

Máxime cuando la víctima explicó a instancias del contrainterrogatorio, que si bien allí intimaron en otras oportunidades, no era la única razón por la que se dirigían aquel sitio, pues también dialogaban y además estaba dispuesto para el almacenamiento de los elementos deportivos *-pues como yo lo dije al señor fiscal antes, muchas veces nosotros anteriormente nos encontrábamos y siempre bajábamos a ese sitio, por lo general muchas veces a hablar, muchas veces a tener relaciones, pero como lo dije en el momento nunca pensé que el señor Orlando me fuera a hacer eso-,* lo que en todo caso resulta irrelevante dada su expresa oposición a sostener el encuentro sexual deseado por el encartado.

De manera que no se cierne duda alguna acerca de la materialización de un acceso carnal violento, mediado por violencia física, dada la exteriorizada negativa a su realización por parte de la víctima, y la imposición de la voluntad del encartado mediante el uso de la fuerza, tornándose las afirmaciones del recurrente en perjuicios subjetivos, toda vez que no puede desconocerse que el comportamiento del que fue objeto fue evidentemente encaminado a doblegarla y/o instrumentalizarla.

En este punto, la defensa cuestionó el comportamiento de la víctima de no defenderse de la agresión, enfatizando en el entrenamiento de taekwondo que venía recibiendo años atrás, argumento que riñe con la materialidad de lo evidenciado, pues, en cuanto a la pericia para someterla resulta más diciente que el agresor fuese precisamente el instructor, hombre de 39 años de edad, frente a una adolescente de 16 años de edad.

De este simple contraste sobresale verosimilitud del dicho de la ofendida, pues lo comentado no resulta irracional, ilógico o fácticamente imposible, sino que se corresponde con la realidad de la situación aquí analizada, por si esto fuera poco, durante el contrainterrogatorio la menor detalló demostrativamente la forma en que fue dominada por el sujeto

agente, indicando que, dada su estatura y contextura, no le resultó difícil someterla físicamente a pesar de su negativa[13].

Al derivarse estas manifestaciones del interrogatorio cruzado, nos muestra con bastante vehemencia que existió resistencia verbal y corporal de la agredida, máxime cuando dio cuenta que se trató de un tipo de coito que no había tenido lugar previamente durante la relación, esto es, la penetración anal.

Tal como estimó el a-quo, LSAC ofreció un relato coherente y congruente de lo acontecido, detalló las circunstancias de tiempo, modo y lugar del encuentro íntimo no consentido, además de señalar como agresor al aquí acusado y exponer otras situaciones propias de la relación afectiva que sostuvieron, las cuales no pueden desatenderse pues hacen parte de un patrón de violencia que Esparza Murillo desplegó con relación a su novia menor de edad.

Nótese que, según refirió la víctima se vio inmersa en una relación que describió como insoportable e invivible, dado que pasado un tiempo el procesado se tornó celoso, controlador y le prohibía el contacto con el sexo opuesto *-después de cierto tiempo a él le empiezan los celos, empieza a controlarme, que con quién hablo, me prohíbe hablar con gente de mi sexo opuesto, la relación se vuelve muy invivible, sí, me hace la vida imposible-,* lo que se extendió más allá del ataque sexual violento que sufrió, pues solía amenazarla con la supuesta exhibición de un video íntimo para asegurar su ingreso a la vivienda, dado que usualmente concurría a su domicilio.

Luego, no resulta admisible la pretensión de derruir la credibilidad del testimonio de la afectada, basado en la supuesta incriminación falsa derivada de la continuidad de la relación afectiva y de su participación en

[13] Audiencia juicio oral del 3 de diciembre de 2020, récord 00:46:00 y ss.

los entrenamientos de taekwondo, toda vez que ello ocurrió en virtud de la violencia moral que ejercía el procesado sobre su pareja, la que desplegó desde el mismo 9 de julio de 2014, en tanto le impuso permanecer en el escenario deportivo y desarrollar la clase con normalidad *-él si llegó y me dijo fue que tenía que entrenar y que no fuera a decir nada, yo seguí con el entrenamiento normal-.*

Maltrato que se hizo patente en momento posteriores cuando acudía la vivienda de la adolescente, desconociendo el opugnador con sus argumentos lo adverado de manera insistente por la ofendida, quien informó que no era su voluntad continuar con la relación afectiva, empero ello daba lugar a intimidaciones de diversa índole *-después de todo eso, que yo más de una vez intentaba terminar esa relación, era cuando él me amenazaba que iba a mostrar ese video, que le iba a contar a mis padres, que eso, y pues también me amenazaba para poder él ingresar a la casa-.*

De manera que, fue únicamente el acto valiente de la ofendida de revelar a su progenitora la situación en la que estaba envuelta lo que le permitió dar por terminado el vínculo afectivo, así como la formulación de la respectiva denuncia y la adopción de diferentes medidas encaminadas a evitar el contacto, dentro de ellas el cambio de número, la eliminación de redes sociales y evitar contacto de amigos en común.

La referencia a una grabación de los hechos no cambia nada estos aspectos del relato, la defensa insiste en que tal prueba no se allegó al proceso y por ende, la testigo mintió, desconociendo que no se afirmó que la misma hubiere sido realizada por ella, ni que en momento alguno la obtuviera y se haya abstenido de facilitarla a la fiscalía para la acreditación de la hipótesis incriminatoria.

Por el contrario, LCAS fue clara en señalar que creyó que el implicado hizo un registro videográfico del acceso carnal violento, pues

escuchó de manera posterior unos gritos que parecían los suyos; y porque luego, el implicado hacía referencia a esta grabación para presionarla en continuar la relación, empero, nunca afirmó haberlo visto manipular un celular durante el ataque sexual ni pudo observar esa representación.

Sobre este punto, parece que la defensa asumió que el reproche a su prohijado se deriva de dicho elemento, no obstante, de cara a la materialidad de la conducta imputada la existencia del video resulta intrascendente, se itera, en tanto que de existir estaría en poder del investigado, quien bien pudo haberlo aportado a las diligencias para mostrar, por ejemplo, que no ejerció fuerza sino que la menor consintió expresamente consumar una relación sexual, pues lo que ella adujo y en lo que se fincó el fallo condenatorio, fue que el 9 de julio de 2014 el procesado la accedió carnalmente vía anal, mediante el uso de la violencia física.

Empero, las aseveraciones sobre la capacidad demostrativa del citado elemento son meras conjeturas que no tuvo en cuenta el fallador de instancia, y que este Tribunal tampoco echa en falta a efectos de atribuir, o no, el delito de acceso carnal violento a **Helber Orlando Esparza Murillo**, se insiste, en razón al merito suasorio del que goza la declaración de la denunciante, corroborado de manera periférica por las otras pruebas de cargo, como se expondrá más adelante.

Las restantes aseveraciones, de aparente contrariedad sobre la fecha de los hechos se abordarán en el análisis de la declaración de la psiquiatra. Igualmente, los señalamientos sobre manipulación se dejan para el acápite de la prueba de corroboración periférica.

Para finalizar este apartado, se descarta el cuestionamiento de la defensa a la credibilidad de la víctima, en cuanto a la disposición de

documentos para verificar lo dicho en las etapas de indagación, investigación y juzgamiento, se itera, porque lo que finalmente constituye prueba dentro de la actuación penal es lo declarado en juicio oral, sin que se advierta que su interrogatorio estuvo mediado de la técnica para refrescar memoria o impugnar credibilidad, de ahí que sea únicamente lo adverado durante su testimonio lo que se valora en esta providencia, siendo evidente que pese al transcurso del tiempo la víctima hizo un relato claro sobre los hechos y el señalamiento del acusado como su agresor; manifestaciones que se mantienen con alto contenido emocional, incluso varios años después de lo acontecido, tal como se observa en la vista pública.

Las restantes aseveraciones, de aparente contrariedad sobre la fecha de los hechos se abordarán en el análisis de la declaración de la psiquiatra, igualmente, los señalamientos sobre manipulación se dejan para el acápite de la prueba de corroboración periférica, que desde ya se anuncia no serán acogidos por esta Colegiatura por no atender a la realidad procesal.

**(ii) Sobre la valoración de la declaración por psiquiatría.**

En este apartado se tendrá en cuenta tres puntos transversales y superpuestos. En primer lugar, las pretendidas contradicciones sobre las fechas; en segundo lugar, la imposibilidad de controvertir la declaración de la menor con la versión contenida en el informe; y en tercer lugar, el alcance que debe tener este tipo de declaraciones.

Para absolver los tres planteamientos, resulta necesario traer a colación consideraciones jurisprudenciales sobre las pruebas periciales:

*«33. Igualmente, se ha precisado que, cuando la actividad del perito se limitó a la práctica de una entrevista a un menor, será exclusivamente "testigo de la existencia y contenido de la misma, así como de las circunstancias que la rodearon"; y, a través de su dicho, no podrá incorporarse, a menos que sean admisibles.*

*Sin embargo, cuando el experto, a partir de la entrevista, observa directamente aspectos que conoce o interpreta gracias a sus saberes especializados, entonces, sobre ello, su testimonio será directo y no referencia. Así, lo ha resaltado esta Corporación:*

*De igual manera, se ha destacado la necesaria relación existente entre el dictamen pericial y su base fáctica, puesto que, aunque es posible que el perito comparezca al juicio oral con el único propósito de ilustrar sobre determinadas reglas "técnico-científicas", para que, a partir de las mismas, el Juez realice la valoración de los hechos, lo que ordinariamente sucede es que emita su opinión frente a un determinado aspecto fáctico.*

*En estos eventos, ha dicho la Sala, la base fáctica del dictamen está constituida por los hechos o datos sobre los que el experto emite la opinión, ya sea porque el perito los percibe directamente, caso en el cual se convierte en testigo de los mismos, o porque tales hechos son demostrados en el juicio oral a través de otros medios de prueba. Valga acotar que cuando el perito, dentro del estudio realizado, percibe síntomas en el paciente, a partir de los cuales pueda dictaminar la presencia de algún diagnóstico en particular, será testigo directo de esos síntomas.»*[14]

A partir de estos presupuestos jurisprudenciales, ha de afirmarse que la contradicción de las fechas consignadas en el documento debe reputarse a quien lo suscribe y no a la entrevistada.

[14] CSJ SCP, Rad. 58.476, 23 de noviembre de 2022.

De hecho, así aconteció en juicio oral, en el que, mediante el ejercicio del contrainterrogatorio y el re-directo, se abordaron estas supuestas inconsistencias. La defensa mostró con la testigo, que se indicaban fechas diferentes de lo acontecido; sin embargo, el fiscal logró aclarar el punto con la perito quien aseveró que tales datos se debían a un error al registrar la información suministrada por LSAC.

En este punto, la experta adujo que en este tipo de valoraciones se suele dar más trascendencia al contenido del relato que a una fecha exacta, que por demás, no es abiertamente contradictoria con el dicho de la víctima, pues ubica el suceso a mediados del año 2014. En gracia de discusión, puede mencionarse que el profesional en derecho, al interrogar a su defendido en juicio oral, le preguntó puntualmente sobre los hechos por los que es investigado, haciendo alusión a agosto de 2014.

Sin embargo, ello no resta ni suma contundencia al testimonio en juicio oral de LCAS, donde enfáticamente afirmó que la data de su agresión fue el 9 de julio de 2014, dado que la declaración con la que se pretende derruir su credibilidad no fue válidamente incorporada en juicio oral, recuérdese que conforme el criterio jurisprudencial, la versión anterior entregada por LCAS a la psicóloga únicamente podía ingresar como prueba de referencia ante la indisponibilidad de la deponente, la que no se dio pues la víctima acudió a la sesión del 3 de diciembre de 2020, data en la que se desarrolló el interrogatorio cruzado.

Luego, refulge que de manera antitécnica se permitió a instancias de la fiscalía dar lectura a las declaraciones previas de la ofendida, la defensa durante el contrainterrogatorio ahondó en el contenido de esa versión previa, planteando un debate irrelevante en torno a las fechas consignadas en el informe, desconociendo que se trataba de una situación ajena al conocimiento directo de la experta, cuya concurrencia a juicio se

habilitó para presentar las conclusiones derivadas de la labor desarrollada respecto de la víctima en materia de psiquiatría, de manera que no puede apreciarse lo declarado por la víctima fuera del juicio oral, tampoco lo que no hayan dicho sus familiares de manera directa en la vista pública.

En cuanto al segundo punto y directamente relacionado con lo acabado de señalar, no es de recibo que la defensa afirme no haber podido controvertir las inconsistencias de la fecha y demás aspectos, por cuanto este documento fue introducido en la posterior declaración de la Dra. Nora Alba Beltrán, dado que al haber sido descubierta la base de opinión tenía la posibilidad de impugnar credibilidad a la víctima a partir del relato allí contenido, oportunidad que desdeñó deliberadamente, pretendiendo ahora excusarse en el orden en que se practicaron las pruebas.

Esto sobresale del descubrimiento probatorio que se hiciera a la defensa desde la audiencia de formulación de acusación, y de la inexistencia de solicitudes u oposiciones de su parte en la audiencia preparatoria, se insiste, por lo que de haberse encontrado inconsistencias en las declaraciones rendidas por las victima previo al juicio oral, bien pudo el recurrente valerse de estos documentos para ejercer la oportuna contradicción en el contrainterrogatorio, cuando menos de forma indirecta.

En efecto, en aquella oportunidad, la defensa no adujo para su beneficio este u otros documentos en los que pudieran, a su juicio, aparecer contradicciones en el dicho de la afectada. Pero incluso sin haber ejercido tales facultades, nada obstaba para que abordara posibles falencias en relación a la fecha de los hechos; ante esto, lo acontecido es que LCAS nunca dudó en indicar que la afrenta a su indemnidad e integridad sexual aconteció puntualmente el 9 de julio de 2014; sin que las preguntas del contrainterrogatorio lograran hacer ver al juzgador que existían falencias respecto a la data referida.

Sobre el tercer punto, entrelazado con los comentados, encontramos que la psiquiatra hace valoraciones de lo manifestado ante ella, desde su experticia y experiencia, enfatizando ante los cuestionamientos del interrogatorio cruzado, que el relato muestra coherencia, respaldo emocional, y que el juicio de realidad parece adecuado[15], además de mencionar que al efectuar el relato del abuso se le humedecieron los ojos, circunstancia que se consignó en el aspecto afectivo de la paciente.

Por tanto, tal como indica la jurisprudencia citada, tales apreciaciones no constituyen prueba de referencia, sino que poseen una connotación directa dada su vinculación estrecha con la labor asignada como perito psiquíatra, respecto de la situación puesta en su conocimiento por la víctima del atentado sexual violento, específicamente el estudio de las condiciones psicológicas y determinar la eventual existencia de perturbación por los hechos denunciados, que se adujó no se detectó por la resiliencia de la evaluada.

Teniendo presente la línea de valoración que compete a esta declaración, vale la pena abordar uno de los cuestionamientos que se trataran en el siguiente apartado, la defensa aludió a lo consignado en la base de opinión pericial acerca de posibles segundos intereses de la progenitora de la afectada; esto, por cuanto al parecer, Sonia Serrano preguntó a la psiquiatra si era posible no seguir con el proceso, cuestión que no permite arribar a la conclusión pretendida por el opugnador.

Nótese que, de las posibles explicaciones de tal manifestación, la perito nuevamente desde su perspectiva profesional, explicó al juez

[15] Como parámetro de evaluación de este tipo de valoración, se puede tener en cuenta el siguiente señalamiento jurisprudencial: *«En este contexto, el examen sicológico de los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos contra la formación e integridad sexual, constituye un importante elemento probatorio para verificar la coherencia y fuerza demostrativa del relato incriminatorio. Sin embargo, debe ser valorado en conjunto con las demás pruebas frente a las circunstancias específicas del caso.»* CSJ SCP, Rad. 51.672, 30 de enero de 2019.

unipersonal y a los demás intervinientes, que en delitos de naturaleza sexual en los que las víctimas son mujeres, puede resultar agobiante -revictimizante- para la afectada y la familia, el tener que presentarse ante diversos entes, personas y escenarios a relatar una y otra vez lo acontecido.

También expuso contextualmente frente a la duda del defensor, relacionada con la supuesta presión de la madre sobre LCAS para su declaración, que la exploración sexual de adolescentes suele ser mucho más restrictivo para las mujeres, debido al entorno socio-cultural; donde las reacciones familiares pueden ser más intensas frente a las jóvenes que inician su vida sexual de forma temprana, situación que daría cuenta de que la menor mantuviese en secreto su relación sentimental con Helber Orlando Esparza Murillo; y de contera, la demora en comentar el suceso de afrenta que sufrió.

Finalmente, la alegación defensiva sobre la existencia previa o concomitante del video, no tiene lugar; en particular por lo señalado en párrafos anteriores sobre la intrascendencia de tal aspecto. Pero a su vez, porque la aparente contradicción de que el video fungió como base de la violencia ejercida previamente contra LSAC, obedece a una opinión de la perito, que se confronta con la vehemente exposición de la agredida; quien ubica la eventual grabación el mismo día de los hechos.

### (iii) Sobre la prueba de corroboración periférica

Para analizar este apartado, es necesario hacer mención a la jurisprudencia que desarrolla este planteamiento:

> *«(…) en los casos en los que no quedan huellas materiales, la versión de la víctima constituye el único elemento de juicio a partir del cual reconstruir lo sucedido, dificultad probatoria morigerada por la jurisprudencia de la*

*Corte a través de la corroboración periférica de los hechos, metodología analítica que impone examinar los datos demostrados en el proceso que puedan hacer más creíble la versión de la persona afectada. En tal sentido, la Sala ha señalado:*

*En el derecho español se ha acuñado el término "corroboración periférica", para referirse a cualquier dato que pueda hacer más creíble la versión de la víctima, entre ellos: (i) la inexistencia de razones para que la víctima y/o sus familiares mientan con la finalidad de perjudicar al procesado; (ii) el daño psíquico causado a raíz del ataque sexual; (iii) el estado anímico de la víctima en los momentos posteriores a la ocurrencia de los hechos; (iv) regalos o dádivas que el procesado le haya hecho a la víctima, sin que exista una explicación diferente de propiciar el abuso sexual, entre otros. (…).*

*Es claro que no es posible, ni conveniente, hacer un listado taxativo de las formas de corroboración de la declaración de la víctima, porque ello dependerá de las particularidades del caso. No obstante, resulta útil traer a colación algunos ejemplos de corroboración, con el único propósito de resaltar la posibilidad y obligación de realizar una investigación verdaderamente exhaustiva: (i) el daño psíquico sufrido por el menor; (ii) el cambio comportamental de la víctima; (iii) las características del inmueble o el lugar donde ocurrió el abuso sexual; (iv) la verificación de que los presuntos víctima y victimario pudieron estar a solas según las circunstancias de tiempo y lugar incluidas en la teoría del caso; (v) las actividades realizadas por el procesado para procurar estar a solas con la víctima; (vi) los contactos que la presunta víctima y el procesado hayan tenido por vía telefónica, a través de mensajes de texto, redes sociales, etcétera; (vii) la explicación de por qué el abuso sexual no fue percibido por otras personas presentes en el lugar donde el mismo tuvo ocurrencia, cuando ello sea pertinente; (viii) la confirmación de circunstancias específicas que hayan rodeado el abuso sexual, entre otros».*[16]

[16] CSJ SCP, Rad. 58.476, 23 de noviembre de 2022; en reiteración de: CSJ SCP, Rad. 54.408, 28 de julio de 2021; CSJ SCP, Rad. 54.085, 6 de agosto de 2019.

Para el defensor, existen motivos para creer que LSAC y su progenitora Sonia Serrano, tenían intención de perjudicar a su defendido. No obstante, ninguna de sus hipótesis hace referencia a esos supuestos motivos, ni en el curso de la práctica probatoria ejerció las debidas facultades para enrostrar tal aspecto; más allá de los cuestionamientos realizados a la psiquiatra.

El poco respaldo de tal perspectiva parece confundir al propio censor, pues, incluso en los cuestionamientos que plantea en la alzada, entiende que las presiones de la madre de LSAC se dirigían a *«que contara la verdad respecto del romance sostenido con HELBER»,* es decir, al pretende recalcar motivos para una eventual falsa incriminación, terminó por recalcar que la presión de Sonia Serrano era para saber la verdad de la relación de su hija con el implicado; situación normal al tener en cuenta la clandestinidad del noviazgo, y a que la eventual pareja de su hija era una persona que le doblaba la edad y era su instructor deportivo.

Evacuado sin incidencia este disenso, la declaración de la madre de LSAC viene a enrostrar aspectos que corroboran periféricamente lo acontecido, pues refirió que luego de mediados de 2014 empezó a percibir cambios en su hija, que bajaba de peso, que lloraba y tenía desinterés por las prácticas deportivas que antes la motivaban, situación que aunada a los comentarios de posible vinculación sentimental de aquella con el instructor de taekwondo, implicaron que tomara la decisión de apartarla de tales entrenamientos en octubre de 2014.

Ello, significa que Sonia Serrano corrobora desde su perspectiva que después del suceso existieron cambios circunstanciales en la agredida, cuestión que vendría a verificar cuando su descendiente toma el valor de contarle todo lo acontecido en diciembre de 2014, oportunidad en la cual la menor lloraba demasiado, acotando que cuando su descendiente no

asistía a las prácticas deportivas, se comunicaba telefónicamente con ella para indagar los motivos de la ausencia, incluso, el 20 de diciembre de 2014 lo avizoró en el conjunto donde residían.

Tampoco del relato de la menor se observan razones para creer que tuviese motivos para perjudicar al acusado, por el contrario, la joven es enfática en afirmar que la agresión sólo aconteció una vez, además de aclarar que antes, durante e inmediatamente después del hecho el acusado no la amenazó, que al comienzo de la relación todo le parecía bien, pero que el deterioro de la misma se ocasionó por celos y el control que su pareja ejercía sobre sus relaciones personales y familiares, después de lo cual se presentó el insuceso e inició la intimidación moral.

Así pues, pudiendo, por la misma clandestinidad de la relación y de los hechos, arremeter contra el aquí implicado, LSAC hace salvedades sobre lo acontecido y en favor de quien la atacó sexualmente, lo que impide inferir un ánimo vindicativo o la intención de excusar el inicio de su vida sexual.

Además de estas precisiones, debe considerarse también una corroboración periférica aquello que el defensor cuestiona a la víctima, pues si bien se alude a su actitud posterior a los hechos, la continuidad de la relación y la espera de varios meses para comentarle a su progenitora los sucesos, se debe conjugar el relato sobre su partida a Bogotá en diciembre de 2014, que según refiere, era esencialmente para alejarse de su entonces pareja -el acusado-; con el dicho de su progenitora, de que la habría retirado de las prácticas deportivas en octubre de 2014 y su finalización de estudios académicos en noviembre de 2014.

Estas menciones nos permiten observar una evolución temporal de acontecimientos, que reflejan un progresivo alejamiento de la entonces

menor respecto del sujeto por quien, aun en la actualidad, LSAC manifiesta repulsión. Es decir, se comprende que, con el pasar del tiempo y la progresiva reducción del contacto con el encartado, la afectada fuera armándose de valor para comentar a su familiar lo que le había pasado.

Con este contexto probatorio, no resulta extraño el convencimiento más allá de toda duda que expresó el a-quo en la sentencia condenatoria proferida, pues lo debatido en juicio oral permite atribuir responsabilidad a Helber Orlando Esparza Murillo por el comportamiento que desplegó el 9 de julio de 2014 en los camerinos del Coliseo de Girón, cuando entre las 2 y las 3 de la tarde, previo al entrenamiento de taekwondo, a pesar de la oposición de LSAC, la cogió por la fuerza, sosteniéndole los brazos, bajándole el pantalón de entrenamiento y accediéndola analmente.

Frente a esta materialidad probada, no se echa en falta evidencia física que corrobore todo lo expuesto, contrario a la percepción de la defensa, que no puedan encontrarse rastros físicos del ataque, no mengua lo acontecido e imputado objetivamente, sino que demuestra como el caso concreto se ajusta a los estereotipos usuales de los delitos sexuales; puntualmente, a la poca o nula evidencia física, la no existencia de testigos directos adicionales a la víctima, todo esto derivado de la usual clandestinidad de los hechos.

Frente a ello, al comienzo de estas consideraciones se recalcó, con respaldo en la jurisprudencia, que por tales particularidades la evaluación del acontecer debe seguir unas pautas en relación al dicho de la víctima, quien fue clara, coherente y contundente en relatar la materialidad de lo acontecido como una agresión violenta contra su integridad sexual, señalando a quien era su pareja en ese entonces, el acusado Esparza Murillo.

Su testimonio halla correspondencia en las declaraciones de los restantes testigos, como quedó dicho; incluso con lo que aporta el implicado[17] en cuanto al lugar de los acontecimientos, sitio en el que habitualmente sostenían relaciones sexuales, sin aportar nada concreto en cuanto a la dinámica de los hechos denunciados, pues adujo que no podía recordar lo acaecido en una fecha exacta, ni tenía presente el insuceso atribuido, lo que impide rebatir con su declaración el dicho de la menor.

Esta Sala no comparte la apreciación de que no exista evidencias de secuelas o afectación psicológica, pues si bien la psiquiatra recalcó el proceso de resiliencia de LSAC frente a lo acontecido, y la progenitora señaló que su hija se entregó a los estudios, no se puede asumir por ello que el hecho no aconteció, es decir, no resulta apropiado cuestionar la credibilidad de una víctima de ataque sexual por asumir una actitud de superación frente al delito.

Pero aún con esas salvedades, hay aspectos que si reflejan retazos de afectación de la víctima, como se puso de presente en el anterior apartado, la psiquiatra consideró que el relato de LSAC guardaba respaldo emocional, por su reacción al narrar el suceso. Además, en juicio oral, cuando la víctima rindió su declaración sobre los hechos, dejó ver la significativa afectación que todavía le causa memorar aquel evento, a la par que comentó sobre un encuentro posterior con el implicado, denotando una fuerte impresión emocional por tal careo[18].

Por otra parte, el juez de instancia no abordó de manera inadecuada las pautas sobre la perspectiva de género, es decir, no obvió o pretermitió pruebas o el debido proceso para darle preponderancia a los mandatos constitucionales de proscribir la desigualdad frente a las mujeres. Por el

[17] Audiencia de juicio oral del 26 de marzo de 2021, minuto 59:25 y ss.
[18] Audiencia juicio oral del 3 de diciembre de 2020, récord 40:00 y ss.

contrario, lo que hace es interpretar racional y jurídicamente la prueba debidamente practicada, dando cabida a la jurisprudencia sobre la materia, sin por ello menguar las garantías que le correspondían al implicado.

En síntesis, no se encontró mérito en ninguno de los fundamentos de inconformidad de la defensa, observando que la valoración realizada por el juez de instancia fue ponderada, ajustada a los criterios de la sana crítica y congruente con las pruebas practicadas. Por tanto, se confirmará la sentencia condenatoria del 29 de julio de 2021, proferida por el Juzgado Once Penal del Circuito de Bucaramanga, en contra del Helber Orlando Esparza Murillo por el delito de **acceso carnal violento.**

## 2.6. Cuestiones adicionales.

Advierte la Sala que los argumentos invocados por el defensor en desarrollo del juicio oral y especialmente los relacionados en los alegatos conclusivos, sin perjuicio de su deber de representar los intereses del enjuiciado, demeritaron a la víctima en su condición de mujer, especialmente tratándose de una menor de edad para la fecha de los hechos, desconociendo las normas nacionales e internacionales dirigidas a combatir la discriminación de género y los delitos graves que afectan a la población femenina.

Preceptos que de manera reiterada ha desarrollado en sus decisiones el órgano de cierre de la justicia penal, haciéndolos cobrar eficacia material, al considerar inaceptable toda manifestación contraria a la Constitución Política y a los derechos fundamentales de la mujer, especialmente si se refieren al tema sexual, como una forma para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas.

Sobre el particular, precisó la Corte Constitucional que, *«la violencia sexual contra las mujeres y niñas es un fenómeno que genera múltiples afectaciones a la vida de una persona, lo que implica que en el proceso de investigación, juzgamiento y sanción de estas conductas deban observarse reglas especiales para evitar atentar contra la intimidad o generar circunstancias revictimizantes. Adicionalmente, como es reconocido por la jurisprudencia de la Corte y por organismos internacionales, la violencia sexual contra la mujer es un tipo de agresión muy particular, toda vez que se sustenta en prejuicios sociales discriminatorios contra las mujeres y cargas históricas del género femenino. El acceso a la justicia de estas víctimas es trascendental para visibilizar los hechos y evitar la impunidad de los asuntos. Ello exige que las autoridades investigativas y judiciales, así como todas las que intervienen en estos casos, encaminen sus diligencias con el debido respeto de las circunstancias que denuncia la persona y al margen de cualquier prejuicio social o histórico del género femenino.»*[19]
(Subrayado por la Sala)

Criterio quebrantado por el profesional del derecho que representó los intereses del procesado, quien en aras de sacar avante su tesis defensiva, realizó varias manifestaciones tendientes a demeritar a la víctima en razón de su vida sexual y/o su personalidad, deduciendo el consentimiento para la relación sexual a partir de valoraciones subjetivas que en nada se acompasan con la realidad cultural, las cuales son inaceptables por implicar una revictimización, al punto que el juez unipersonal debió llamarle constantemente la atención durante sus intervenciones, particularmente a instancias del interrogatorio del encartado.

En ese orden de ideas, esta Corporación **requiere** al abogado José Antonio Portilla Villamizar para que en adelante adopte para su ejercicio profesional la perspectiva de género, la cual viene siendo desarrollada a través de la jurisprudencia en los casos de violencia sexual, sin perjuicio

[19] CC, ST126-2018, abril 12.

de los mandatos que sean conferidos por sus representados, toda vez que como participante de los procesos de investigación y juzgamiento de este tipo de conductas delictivas, es su deber respetar a la denunciante y mantenerse al margen de cualquier prejuicio.

Finalmente, evidencia la Sala que la víctima no fue conclusiva al referirse a las exigencias sexuales del procesado Helber Orlando Esparza Murillo, con posterioridad al hecho que aquí se investiga (julio 9 de 2014), a la par que el encartado adujo haber sostenido relaciones sexuales con la menor hasta diciembre de 2014, motivo por el cual se compulsarán copias con destino a la Fiscalía General de la Nación, para que se investigue si en otras oportunidades se vulneró la libertad e integridad sexual de LCAS.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA (Sder), SALA DE DECISIÓN PENAL,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

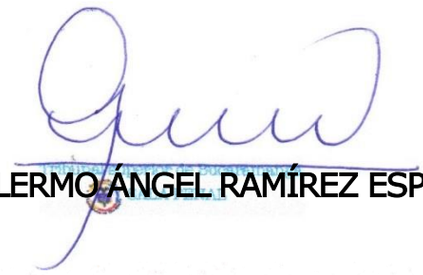
**Primero. - Confirmar** la sentencia condenatoria proferida el 29 de julio de 2021, por Juzgado Once Penal del Circuito de Bucaramanga, contra **Helber Orlando Esparza Murillo** por el delito de **acceso carnal violento**.

**Segundo. -** Por intermedio de la Secretaría de esta Sala, compulsar copias con destino a la Fiscalía General de la Nación, para que investigue si con posterioridad a los hechos aquí investigados (julio 9 de 2014), el procesado **Helber Orlando Esparza Murillo** vulneró la libertad e integridad sexual de la menor LCAS.

**Tercero. -** Esta decisión se notifica en estrados y contra la misma procede el recurso de casación.

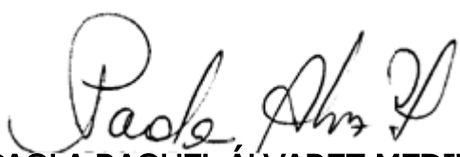
**Cuarto. -** Una vez ejecutoriada, devuélvanse las diligencias a la oficina de origen.

Los Magistrados,



**GUILLERMO ÁNGEL RAMÍREZ ESPINOSA**

**SUSANA QUIROZ HERNÁNDEZ**



**PAOLA RAQUEL ÁLVAREZ MEDINA**

Registro de proyecto el 30 de mayo de 2023.