

**TEMA: TRASGRESIÓN DEL DERECHO A LA PRUEBA DE LA VÍCTIMA** - En vista de la decisión de la víctima de no comparecer como testigo, avalada por su familia, como informa el fiscal, no puede hablarse de que la renuncia voluntaria afecte el derecho a lo renunciado, por lo que, de prosperar las alegaciones del apelante, lo más que podría hacerse sería ordenar la incorporación de la entrevista como prueba de referencia admisible. / **PRUEBA DE REFERENCIA** - La sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en prueba de referencia /

**HECHOS:** Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el representante judicial de víctimas en contra de la sentencia proferida, el 19 de diciembre de 2022, por el Juzgado 1° Penal del Circuito de Bello, que absolvió al señor VAGR del delito de actos sexuales con menor de 14 años, por el que había sido acusado, en concurso homogéneo.

**TESIS:** Interesante cuestión surge, entonces, para establecer si también le asiste a la víctima la misma protección del derecho a probar que al procesado, lo que podría deducirse en virtud de la igualdad de trato constitucional que debe darse a las personas y aún más específicamente a los litigantes, aunque es de precisar que la igualdad de armas está referida a la posibilidad de actuación de las partes en el juicio oral que para el caso se reduce a la Fiscalía y defensa, así la primera tenga a su cargo escuchar los intereses de la víctima y su representación judicial. En todo caso, la fundamentación que hace el recurrente, mostrando la conexidad de derechos fundamentales con su pretensión, obligaría a efectuar mayores reflexiones; sin embargo, ello surge como un ejercicio académico sin réditos en la solución del caso, puesto que, de superarse el obstáculo de la legitimidad del apelante para el reclamo que hace, será menester hacer un juicio de trascendencia, esto es, si la prueba echada de menos tiene la entidad o virtualidad de cambiar el sentido absolutorio del fallo. (...) Aunque por la lealtad que debe guardar y los deberes oficiales que le imponen el ejercicio del cargo puede aseverarse que es verdad lo dicho por el fiscal, tanto en el sentido de que se pretendió evitar la revictimización de la víctima, postura coincidente con la de los familiares, lo dicho sobre el aval de lo mismo por parte del representante judicial de las víctimas, no consta puesto que no estaba presente en la audiencia respectiva, de modo que no resulta acreditado que esta haya avalado que ni siquiera se incorporara la versión de la menor ofendida con la infracción al ordenamiento penal como prueba de referencia. En estas circunstancias, la Sala le reconocerá legitimidad al apelante para acudir a la segunda instancia. (...) Pero, si lo que se echa de menos es la aducción de prueba de referencia admisible, como sería la incorporación de la versión de la víctima, ha de entenderse que no se trata de una prueba crucial, pues no logra variar el sentido de la decisión en tanto solo seguiría obrando pruebas de referencia, unas inadmisibles y otra admitida, por lo cual el sentido absolutorio del fallo no variaría. (...) En suma, se tiene que, aunque tuviera razón el apelante y se le debiera reconocer a la víctima el derecho a probar que se le concede al procesado, al estar justificada la no comparecencia de la víctima para evitar su revictimización, solo podría ordenarse la incorporación válidamente de la prueba de referencia de su versión, lo que tornaría inútil retrotraer el trámite para dicho efecto porque, de todos modos, no cambiaría el sentido absolutorio de la decisión.

M.P. MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS

FECHA: 05/05/2023

PROVIDENCIA: SENTENCIA



## SALA PENAL

Radicado: 05-001-60-00201-2011-00710  
Procesado: VAGR  
Delito: Actos sexuales con menor de 14 años  
Asunto: Apelación de sentencia absolutoria  
M. Ponente: Miguel Humberto Jaime Contreras

Aprobado por Acta No. 047

Medellín, cinco (5) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

### 1. EL ASUNTO

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el representante judicial de víctimas en contra de la sentencia proferida, el 19 de diciembre de 2022, por el Juzgado 1° Penal del Circuito de Bello, que absolvió al señor VAGR del delito de actos sexuales con menor de 14 años, por el que había sido acusado, en concurso homogéneo.

### 2. ANTECEDENTES

#### 2.1. De los hechos

Fueron reseñados en la formulación de acusación de la siguiente manera:

“El día 10 de octubre del año 2011, la señora Sandra Patricia Laverde Cuervo formula denuncia penal en contra del señor VG, en razón de que le dio a conocer su hija JDL, menor de edad, que había sido objeto de abuso sexual



absolutorio fue emitido el 25 de octubre de 2022, ordenándose la libertad del procesado.

El día 19 de diciembre de 2022, se dio lectura a la sentencia, contra la cual interpuso el recurso de apelación el apoderado de víctimas, que sustentó oportunamente por escrito.

### 3. LA SENTENCIA IMPUGNADA

El juez de primera instancia estimó procedente emitir sentencia absolutoria porque en su sentir no existieron elementos de juicio suficientes que permitieran deducir con certeza la responsabilidad penal del acusado y porque no es posible condenar exclusivamente con prueba de referencia.

Precisó que para probar la materialidad del delito y que su autor es el procesado solo se aportó prueba de referencia, que obliga a obedecer la prohibición legal de fundamentar la condena exclusivamente en prueba de esta naturaleza.

Cita la providencia del 21 de febrero de 2007, Radicado 20902, de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia para ilustrar que la jurisprudencia ha considerado que la mejor evidencia en este tipo de delitos que se cometen en la privacidad, por lo general de manera oculta, sería la víctima que suele ser el único testigo directo de lo sucedido, por lo que,

además de ello, se debe contar con prueba que corrobore sus dichos.

Sostuvo que, al no comparecer a juicio la ofendida, el conocimiento que se obtuvo frente a los hechos derivó de lo que escucharon otros testigos, esto es, su madre, la señora Sandra Patricia Laverde Castañeda, y la legista Zulima Astrid Noreña Mosquera en la anamnesis previa a la valoración de la afectada. Aunque se trataría de testigos contestes sobre la narración de la menor de que una persona de nombre V la tocaba en la vagina en casa de su abuelo, no dejan de ser prueba de referencia pues también es claro que no percibieron por sí mismas estos hechos, que por sí solos impiden fundamentar una condena.

Indicó que el fiscal, aun habiendo sido noticiado de que la postulada víctima JDL estaba renuente a comparecer al juicio y que era una menor víctima de abuso sexual, no se ocupó de solicitar su declaración anterior como prueba de referencia, pretendiendo fincar las probanzas de su teoría del caso en declaraciones de otros que son de referencia inadmisibles, como lo ha expuesto este Tribunal en providencia emitida dentro del radicado SPOA 05212 60 00201 2015 06164.

Señaló que el restante material suasorio solo da cuenta del comportamiento de la menor durante una entrevista, la descripción de la identidad del señalado abusador, la percepción que de JDL tenía su madre luego de conocer la narración del abuso acusado y que la legista no encontró en la

niña ningún signo de violencia o de abuso sexual o huellas externas al respecto o en sus genitales.

Valoró, además que, aunque la madre de la menor manifestó que el procesado frecuentaba la casa del abuelo de esta última, no precisó los espacios, momentos o circunstancias en que ello ocurría y, por el contrario, se cuenta con el testimonio de ICGR, hermana del acusado, quien indicó que este nunca llegó a entrar a dicha residencia, sin que exista prueba de corroboración que confirme alguna de estas versiones enfrentadas, por lo que no se podría colegir la oportunidad y presencia del procesado para tener a su merced a la menor y mancillarla.

En síntesis, no encontró prueba suficiente de que, mínimamente, el procesado hubiese cometido actos lascivos sobre la humanidad de JDL y menos de haber contado con la oportunidad espaciotemporal para ello. En consecuencia, profirió sentencia absolutoria al estimar que no fue desvirtuada la presunción de inocencia del acusado.

#### 4. LA SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN

El representante de víctimas interpuso recurso de apelación en contra de la anterior decisión con el fin de que se declare la nulidad de la actuación procesal desde la audiencia preparatoria, con el fin de que la Fiscalía ubique a la víctima

para continuar con el proceso o, de lo contrario, si existe mérito para ello, solicite la preclusión.

Lo anterior por cuanto la víctima no fue escuchada en el juicio y con la sentencia absolutoria se vulnerarían sus derechos a la dignidad humana, a la igualdad y al debido proceso, teniendo en cuenta que la menor, quien para el momento de los hechos contaba con escasos 6 años de edad, fue dejada a su suerte en tanto la Fiscalía no le brindó el acompañamiento necesario en estos eventos para paliar el dolor padecido y se dejó paralizada la investigación por mucho tiempo, incumpliendo con la obligación de probar el hecho atribuido.

Sostiene que, según su madre, la víctima estaba tan decepcionada que no quiso presentarse a declarar y no quería que le hablaran del tema; pero, en su sentir, debió habersele solicitado que se presentara y así lo expusiera, lo que bien pudo efectuar desde el país en que se hallaba, de forma virtual.

Como fundamentos jurídicos trae a colación el artículo 44 de la Constitución Política, el artículo 11 de la Ley 1098 de 2006, los artículos 137 y 138 de la Ley 906 de 2004, la sentencia T-843 de 2011 de la Corte Constitucional, referentes a la protección de los derechos fundamentales de los menores, víctimas de violencia sexual, advirtiendo que, cuando se trata

de la investigación de delitos sexuales contra menores, adquiere relevancia la prueba indiciaria.

Así mismo, cita la providencia AP-2399-2017, radicado 48965, de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia atinente a la existencia de las nulidades procesales para asegurar la vigencia y eficacia del debido proceso y de las garantías fundamentales.

## 5. CONSIDERACIONES

De lo expuesto como antecedentes puede establecerse que los reparos del representante judicial de víctimas no están referidos al acierto de la decisión de fondo del juez que desató la primera instancia con la absolución, sustentada en que solo obra prueba de referencia inadmisibles, sino que aluden a la validez de la actuación procesal.

En sentido contrario, no cuestiona - y por esa vía acepta - que no hay pruebas directas incriminatorias con la capacidad suasoria de demostrar la existencia de la conducta punible y la responsabilidad del procesado, por lo que, de no establecerse la nulidad pretendida, atendiendo a los postulados de la justicia rogada y con mayor precisión la limitación temática del recurso, se deberá confirmar la sentencia absolutoria.

Aunque el apelante asevera que existe afectación de derechos fundamentales de su asistida como la dignidad, la protección especial de los menores establecida en el artículo 44



de la Carta Política, el debido proceso, el derecho humano a ser oído públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, y el derecho convencional, que como garantía constitucional establece el artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, lo cierto es que precisa la causal de nulidad en la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso, dado que, como motivo de nulidad, se invoca que “no se escuchó a la menor como un derecho fundamental que ella tiene como víctima.”

Ahora bien, juzga la Sala que la alegación de la defensa no puede ser entendida en el sentido amplio que procesalmente se le da a ser escuchado en juicio, en tanto su progenitora denunció, la Fiscalía ejerció la persecución penal y ha sido asistida en el proceso por representación judicial idónea; además, según lo dicho por el fiscal, ha sido decisión propia de la víctima no concurrir a declarar, avalada por sus familiares y por su representante judicial de ese entonces, aunque se trata de un dicho de la Fiscalía y no la ofendida directamente o de este sujeto procesal interviniente.

En consecuencia, bien puede reconducirse la alegación de la defensa a un específico aspecto, como es la invocación de la trasgresión del derecho a la prueba de la víctima, puesto que lo que eventualmente estaría comprometido es el derecho a probar, el cual se encuentra expresamente consagrado en el orden constitucional o convencional como un derecho del procesado. Veamos:

### **Constitución Política**

"Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

(...) Quien sea sindicado tiene derecho (...) a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra ..."

### **Convención Americana sobre Derechos Humanos**

"Artículo 8. Garantías Judiciales (...)

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

(...)

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; ..."

### **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**

"Artículo 14 (...)

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo..."

Interesante cuestión surge, entonces, para establecer si también le asiste a la víctima la misma protección del derecho a probar que al procesado, lo que podría deducirse en virtud de la igualdad de trato constitucional que debe darse a las personas y aún más específicamente a los litigantes, aunque es de precisar que la igualdad de armas está referida a la posibilidad de actuación de las partes en el juicio oral que para el caso se reduce a la Fiscalía y defensa, así la primera tenga a

su cargo escuchar los intereses de la víctima y su representación judicial.

En todo caso, la fundamentación que hace el recurrente, mostrando la conexidad de derechos fundamentales con su pretensión, obligaría a efectuar mayores reflexiones; sin embargo, ello surge como un ejercicio académico sin réditos en la solución del caso, puesto que, de superarse el obstáculo de la legitimidad del apelante para el reclamo que hace, será menester hacer un juicio de trascendencia, esto es, si la prueba echada de menos tiene la entidad o virtualidad de cambiar el sentido absolutorio del fallo.

La dificultad de la legitimidad procesal que es menester sortear deriva de que, si la decisión de no presentar a la víctima para atestiguar, con miras a evitar su revictimización, fue avalada por su representante, esa postura le resulta vinculante al nuevo abogado que asumió su representación.

Aunque por la lealtad que debe guardar y los deberes oficiales que le imponen el ejercicio del cargo puede aseverarse que es verdad lo dicho por el fiscal, tanto en el sentido de que se pretendió evitar la revictimización de la víctima, postura coincidente con la de los familiares, lo dicho sobre el aval de lo mismo por parte del representante judicial de las víctimas, no consta puesto que no estaba presente en la audiencia respectiva, de modo que no resulta acreditado que esta haya avalado que ni siquiera se incorporara la versión de la menor ofendida con la infracción al ordenamiento penal como prueba

de referencia. En estas circunstancias, la Sala le reconocerá legitimidad al apelante para acudir a la segunda instancia.

Procede, por consiguiente, determinar si en el caso se ve efectivamente comprometido el derecho de la víctima a probar en los términos en que la jurisprudencia internacional o nacional lo ha delimitado para el procesado, esto es, en tanto se trate de “diligencias probatorias cruciales para los fines de la defensa” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Cantoral Vs. Perú, sentencia del 18 de agosto de 2000).

Por fuera de cualquier discusión se tiene que, como no se cuestionan los fundamentos de la absolución, salvo en lo concerniente a su validez y, como se puede corroborar, ciertamente solo obra en el proceso prueba de referencia, dado que el juez ni siquiera percibió que se hubiera demostrado el indicio de oportunidad por dos dichos enfrentados al respecto, sin elementos de comprobación de una u otra versión.

Igualmente, es de considerar que, en vista de la decisión de la víctima de no comparecer como testigo, avalada por su familia, como informa el fiscal, no puede hablarse de que la renuncia voluntaria afecte el derecho a lo renunciado, por lo que, de prosperar las alegaciones del apelante, lo más que podría hacerse sería ordenar la incorporación de la entrevista como prueba de referencia admisible.

Atendiendo a la fecha atribuida de la comisión de los hechos, por razón de favorabilidad, no opera la causal que la Ley 1652 de 2013 adicionó, esto es, el literal e), que con las

solas condiciones de que se proceda por un delito contra la libertad, integridad y formación sexuales, y ser la víctima menor de edad, permite la incorporación de prueba de referencia, lo que solo debe ser anunciado.

Pero, si lo que se echa de menos es la aducción de prueba de referencia admisible, como sería la incorporación de la versión de la víctima, ha de entenderse que no se trata de una prueba crucial, pues no logra variar el sentido de la decisión en tanto solo seguiría obrando pruebas de referencia, unas inadmisibles y otra admitida, por lo cual el sentido absolutorio del fallo no variaría.

Naturalmente, que esta última conclusión solo puede surgir si se descarta que sea obligatorio que la víctima comparezca personalmente en las circunstancias señaladas; esto es, cuando, por el amplio paso del tiempo, volver sobre el tema le puede causar desazón, angustia y, en general, revictimización.

En este contexto, es de precisar que no aparecen elementos de juicio, ni el apelante los invoca, que revelen que la decisión del fiscal de no hacer comparecer al juicio a la menor víctima de un delito sexual carezca de razonabilidad atendiendo a que está fundada la necesidad de evitar la eventual revictimización, puesto que se dice que incluso la emigración se hacía en procura de distanciarse de los sucesos abusivos, lo cual haría por lo menos difícil entender que no se le esté dando

prevalencia a sus derechos cuando se le pretende asegurar su tranquilidad.

Aunque estas contingencias las debe prever el fiscal y echar mano de instrumentos como la prueba anticipada en su momento, lo cierto es que no se hizo y ni siquiera se incorporó debidamente la versión de la niña como prueba de referencia, es decir, con la invocación y acreditación de una causal, como podría ser que la testigo no estaba disponible.

Pese a que se incorporó la versión de la menor recibida por la investigadora, no se cumplió con el rito debido, pero, en todo caso, lo esencial es que la prueba de cargos, salvo lo estipulado y comprobado por la legista, es insuficiente para demostrar la conducta y la responsabilidad penal, toda vez que el acervo probatorio se reduce a prueba de referencia, con lo cual es sabido que no se podrá proferir condena, según lo establece el inciso 2 del artículo 381 de la Ley 906 de 2004, que a la letra dispone: “La sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en prueba de referencia”.

En suma, se tiene que, aunque tuviera razón el apelante y se le debiera reconocer a la víctima el derecho a probar que se le concede al procesado, al estar justificada la no comparecencia de la víctima para evitar su revictimización, solo podría ordenarse la incorporación válidamente de la prueba de referencia de su versión, lo que tornaría inútil retrotraer el

trámite para dicho efecto porque, de todos modos, no cambiaría el sentido absolutorio de la decisión.

En ningún caso, procedería retrotraer el trámite hasta la audiencia preparatoria, que en si no contiene irregularidad alguna, pues en ella se decretaron las pruebas pedidas en lo que tiene autonomía técnica el fiscal, porque si alguna falencia habría sería en la práctica de la prueba que no se dio en el juicio oral, el que se extendió por años, siendo este un elemento también a considerar dentro del contexto que permite apreciar razonable la postura del Fiscal.

En estas circunstancias, la irregularidad señalada no trasciende en la afectación de garantías de las partes ni trastoca la estructura procesal, lo que será razón suficiente para confirmar el fallo recurrido.

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

#### R E S U E L V E

Primero: Denegar la nulidad pretendida y en consecuencia confirmar el fallo absolutorio objeto de recurso, obra del Juzgado 1° Penal del Circuito de Bello.

Segundo: Esta sentencia queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso de casación el que se podrá interponer dentro de los cinco (5) días siguientes, luego de lo

