

FABIO OSPITIA GARZÓN

Magistrado Ponente

SP3602 - 2021

Impugnación Especial No. 56357

Acta No. 206

Bogotá D.C., dieciocho (18) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

I. VISTOS

Resuelve la Corte la impugnación especial presentada por el defensor de Evaristo Zabala, contra la sentencia proferida el 26 de julio de 2019 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, que revocó la absolutoria emitida el 23 de enero del mismo año por el Juzgado Primero Promiscuo del Circuito con Función de Conocimiento de Leticia y, en su lugar, lo declaró penalmente responsable como autor del punible de acceso carnal violento agravado.

II. ANTECEDENTES

1. Fácticos

Por el sentido de la decisión que se adoptará, se transcriben los hechos jurídicamente relevantes referidos por la fiscalía en la acusación¹:

Inició la presente investigación con base en la denuncia instaurada el día 27 de [m]arzo de 2012, por la señora NANCY TANGO A AIMANI, [m]adre de la menor [A.P. del C.T.], quien refiere que su hija había sido abusada por su [p]adre el señor MANUEL DEL CASTILLO y por un señor de nombre EUSTACIO, [y] que el día 21 de [m]arzo de 2012, se enteró que el señor EVARISTO ZABALA también había abusado sexualmente de su hija, porque ese día el papá de la menor fue a buscarla al [c]olegio y le hacía el reclamo que ella no había denunciado a EVARISTO.

Refirió la señora que le preguntó a su hija y la menor le comentó que cuando ella tenía trece años de edad, cuando vivía con su papá, este señor le decía que fuera a su casa a lavar el carro, la loza, y cuando llegaba allí esto era mentira, la entraba a la casa y allá la encerraba, accedía carnalmente a la fuerza, y que luego le pagaba cinco mil pesos y amenazaba con matarla, si contaba lo ocurrido, afirma que el señor EVARISTO ZABALA, era propietario de una tienda en el kilómetro seis [de la vía Leticia-Tarapacá] y que los hechos ocurrieron allí, aproximadamente en el mes de [a]gosto de 2011.

Previo a la captura por orden judicial², en audiencias preliminares concentradas celebradas el 2 de abril de 2014 bajo la dirección del Juzgado Primero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Leticia (Amazonas), la fiscalía formuló imputación en contra de Evaristo Zabala como autor del delito de acceso carnal violento agravado (artículos 205 y 211 numeral 4 del Código Penal), en concurso homogéneo. El imputado no aceptó cargos. Se impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad consistente en detención preventiva en establecimiento de reclusión³.

Radicado el escrito de acusación⁴ -con relación al anunciado injusto-, la actuación la asumió el Juzgado Primero Promiscuo del Circuito con Función de Conocimiento de la misma

ciudad, ante el cual, el 18 de junio de 2014, la defensa propuso conflicto de jurisdicción entre esa célula judicial y el Resguardo Indígena Ticuna Huitoto – Comunidad Indígena de San José, kilómetros 6 y 11 de Leticia.

En virtud de que el juzgado reclamó la competencia para juzgar al procesado, el conflicto positivo fue dirimido el 3 de julio siguiente⁵ por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, en el sentido de asignar el conocimiento del asunto a la justicia ordinaria.

De regreso las diligencias al mencionado despacho, el 9 de septiembre⁶ y 22 de octubre de 2014⁷, respectivamente, se cumplieron las audiencias de formulación de acusación y preparatoria.

Por su parte, el juicio oral se agotó en sesiones de 4 de febrero⁸ y 3 de junio de 2015⁹; 28 de febrero¹⁰ de 2017; 15 de junio¹¹ y 21 de septiembre¹² de 2018; y, 23 de enero de 2019¹³, última fecha en la que el juez de conocimiento anunció sentido de fallo absolutorio¹⁴, del cual dio lectura de inmediato.

Al resolver el recurso de apelación interpuesto por el delegado fiscal, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, mediante sentencia del 26 de julio de 2019¹⁵ lo revocó y, en su lugar, condenó a Evaristo Zabala como autor de la infracción delictiva de acceso carnal violento agravado. Impuso las penas de 192 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso. Negó cualquier mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad y ordenó su captura.

Contra la sentencia de condena emitida por primera vez por el Tribunal, la defensa técnica recurrió en impugnación especial¹⁶. Surtido en silencio el traslado correspondiente a los no recurrentes, se allegan las diligencias a la Corte para resolver de fondo.

III. LAS SENTENCIAS

3.1 Primera instancia

Luego de memorar la prueba recaudada en la vista pública, el a quo expuso que no existe prueba testimonial que converja con la situación fáctica enrostrada al procesado, como tampoco se demostraron las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió el presunto abuso que A.P. del C.T. sufrió por parte de Evaristo Zabala.

Agregó que los relatos de la agraviada no son consistentes y tienden a mezclar los recuerdos de varios episodios sufridos, circunstancias que no permiten el convencimiento más allá de toda duda de la existencia del delito y de la responsabilidad del procesado, razón por la que lo absolvió.

3.2 Segunda instancia

El Tribunal empezó por señalar que, en atención a que se desconocía el paradero de la víctima, haría uso de las entrevistas rendidas por ella los días 14 de marzo de 2011 y, 2 de abril y 25 de junio de 2012, las dos primeras ante trabajadoras sociales del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar [en adelante ICBF] y la última ante una psicóloga del Cuerpo Técnico de Investigación [en adelante CTI] de la Fiscalía General de la Nación y mencionó lo que la menor de edad dijo en ellas.

Explicó que la adolescente fue sometida a diversos vejámenes sexuales por varias personas, incluido su progenitor. En lo que a Evaristo Zabala refiere, describió el abuso acaecido cuando ella iba hasta su casa con la pretensión de obtener recursos económicos al lavar su vehículo, lugar en el que, mediante la fuerza, la accedía carnalmente y la amedrantaba psicológicamente para que no lo denunciara.

Recordó el examen sexológico practicado a A.P., que enseñó un himen desgarrado antiguo (superior a diez días), indicativo de que habría sostenido relaciones sexuales compatibles con acceso carnal. Y la valoración psiquiátrica que le fue realizada, cuyo objetivo fue

establecer la credibilidad de su relato y la afectación producida, representada en síntomas como alteración del ánimo y del sueño, sentimientos de tristeza, humillación y temor al evocar los episodios en que fue accedida carnalmente.

Resaltó la poca información suministrada por la madre de la víctima y por su padrastro, debido a que la progenitora no hizo parte activa del crecimiento y bienestar de la niña, quien prácticamente estaba en situación de abandono, razón por la que sus aseveraciones sólo pueden versar acerca de lo que la menor de edad le haya contado.

En la misma línea, consideró de poca utilidad lo aportado por la prueba testimonial de descargo, cuyas declaraciones tienden a favorecer al acusado por la cercanía y amistad que por años los une a su familia, debido a la vecindad que ostentan.

El padre de A.P. del C.T., de quien el ad quem manifiesta fue condenado por hechos similares cometidos en su contra, en su declaración se desentendió del asunto, pues indicó desconocer cualquier detalle al respecto. Su atestación –recalcó el juez plural– no aportó información determinante y tampoco configuran duda o desmienten lo descrito por la menor ante los entrevistadores.

Por último, refirió lo dicho por el procesado como testigo en su propio juicio, quien subrayó que su residencia nunca estaba sola, dando a entender que no tuvo oportunidad de actuar como se le reprocha, circunstancia que para el Tribunal fue desmentida por la misma prueba de descargo.

Zabala también mencionó que fue extorsionado por el padrastro de A.P. para no denunciarlo, supuestamente por tener relaciones sexuales con la víctima, sin embargo, no aportó elementos de convicción que den cuenta que acudió a las autoridades ante la falsa acusación y no demostró una razón para que, precisamente, lo escogiera a él para hacerle una exigencia dineraria.

Por lo anterior, revocó la sentencia absolutoria y condenó al procesado por el punible objeto de acusación, imponiéndole las penas atrás reseñadas.

IV. LA IMPUGNACIÓN ESPECIAL

El recurrente trajo a colación la entrevista practicada por el médico psiquiatra Jorge Enrique Buitrago Cuellar a A.P. del C.T. y criticó que, a pesar que el galeno concluyó coherencia y espontaneidad en el relato de la adolescente, la realidad es otra, pues, como lo señaló la primera instancia, «todo es un mar de confusión».

Agregó que, debido al retardo cognitivo leve descrito por el psiquiatra, la menor era «manipulable» o podía ser preparada para mentir por quienes le rodeaban, de ahí que faltara a la verdad, como sucedió en una entrevista en la que negó ser víctima de abuso sexual, aun cuando los hallazgos físicos revelaban lo contrario, todo con el fin de proteger a su padre Manuel del Castillo Fernández.

Reprochó que se hubiera incorporado al juicio oral, a la manera de prueba trasladada, lo realizado al interior del proceso administrativo de restablecimiento de derechos del ICBF, cuyos fines son diferentes a los buscados en el proceso penal, por ello, las profesionales no estaban capacitadas para realizar entrevistas forenses.

Reiteró que la menor de edad fue preparada por su progenitora Nancy Tangoa Aimani para proteger la integridad de su compañero sentimental Alberto Cruz Hernández, sin medir las consecuencias que un comentario traía para el procesado y agregó que «todo este caso gir[ó] en torno a un triángulo amoroso del integrado por Manuel del Castillo, el cual crea una historia para desprestigiar a su mujer Nancy Tangoa Aimani que se fue con otro hombre ya conocido en autos como Luis Alberto Cruz».

Dijo dejar al descubierto la incoherencia del relato de la adolescente, en el que supuestamente es abusada por Evaristo Zabala, sin que el Tribunal verificara su

inverosimilitud, pues, considera que un hombre de 120 kilos, frente a los 25 kilos de la víctima, «destrozaría su zona pélvica... con solo el peso la asfixiaría».

Recordó la prueba de descargo, según la cual, para el tiempo que se asegura A.P. del C.T. era enviada por su padre a la casa de Zabala y este la accedía carnalmente, sus vecinos nunca la vieron cerca del lugar donde residía el procesado, máxime que el inmueble se ubicaba a la orilla de la carretera y al lado quedaba una tienda de barrio frecuentada a diario por los moradores del lugar.

Recriminó la labor de la fiscalía que, de acuerdo con sus intereses, modificó los hechos de la acusación conforme a lo que se dijo en juicio, aunado que, ante el cambio de versión de la víctima y el relato de múltiples episodios de abuso, «era necesario ampliar el espectro de investigación».

Por último, reiteró los argumentos presentados como no recurrente frente al recurso de apelación que en su momento interpuso la fiscalía en contra de la sentencia absolutoria de primera instancia, los que, en esencia, reproducen lo ya expuesto.

V. CONSIDERACIONES

5.1 Precisión inicial y delimitación del problema jurídico principal

En virtud de las directrices establecidas por la Corte desde el proveído CSJ AP1263-2019, 3 abr. 2019, rad. 54215, en concordancia con el numeral segundo del artículo 235 de la Carta Política, la Sala de Casación Penal es competente para resolver el mecanismo de impugnación propuesto por la defensa técnica de Evaristo Zabala, en atención a la garantía de doble conformidad o derecho a controvertir la primera condena, amparada por el Acto Legislativo n.º 1 de 18 de enero de 2018¹⁷.

Lo anterior, teniendo en cuenta que el precitado fallo de segunda instancia, dictado por el

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, revocó la absolución dispuesta por el juzgado a quo y, por primera vez, declaró la responsabilidad penal de Evaristo Zabala en el punible de acceso carnal violento agravado.

Como el recurrente expresó su rechazo frente a lo decidido por el Tribunal, a través de la senda de la impugnación especial, su escrito será analizado siguiendo la lógica propia del recurso de alzada. Por contera, en virtud del principio de limitación, la labor de la Corporación se concretará a examinar los aspectos sobre los cuales se expresa inconformidad, estudio que, de ser necesario, se extenderá a los temas inescindiblemente vinculados al objeto de la censura.

En este marco, la Sala debe determinar si a partir de la prueba incorporada a la actuación, es dable arribar al conocimiento, más allá de duda razonable, de la ocurrencia de los hechos constitutivos del punible objeto de acusación y de la responsabilidad del enjuiciado.

Para dilucidar el problema jurídico en cuestión: (i) reiterará los parámetros delineados por el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia en punto de los mecanismos previstos para la incorporación de las declaraciones anteriores de menores víctimas de delitos sexuales y la prueba de referencia, (ii) verificará la legalidad de la prueba de referencia introducida al presente diligenciamiento y, (iii) abordará el estudio del caso concreto a partir del examen de los medios de conocimiento allegados al paginario, a efecto de corroborar la validez del estándar demostrativo en relación con la estructura de la conducta punible y la responsabilidad de Evaristo Zabala en ella.

5.2 Mecanismos especiales para la incorporación de versiones anteriores de menores de edad víctimas de delitos sexuales. De la prueba de referencia.

5.2.1 La Sala reiteradamente ha explicado (Cfr. entre otras, CSJ SP606-2017, 25 en. 2017, rad. 44950 y CSJ SP399-2020, 12 feb. 2020, rad. 55957) que las declaraciones rendidas con anterioridad al juicio oral, además de su utilización durante la práctica del interrogatorio

cruzado del testigo, como método de refrescar memoria o de impugnar credibilidad (respectivamente, artículos 392 literal d) y 393 literal b), de la Ley 906 de 2004), pueden constituir prueba en dos circunstancias excepcionales:

- (i) ante la indisponibilidad del testigo (artículo 438 ibidem), situación que habilita la admisión excepcional de la declaración anterior como prueba de referencia; y,
- (ii) cuando el deponente comparece a juicio para cambiar su versión anterior o retractarse de la misma, caso en el cual la primigenia versión puede ser incorporada como «testimonio adjunto».

En ambos eventos, ha de agotarse el trámite previsto para la incorporación de declaraciones anteriores al juicio, a título de prueba de referencia (Cfr. CSJ AP5785-2015, 30 sep. 2015, rad. 46153), así:

- (i) la declaración anterior y los medios que se pretenden utilizar en el juicio oral para acreditar su existencia y contenido, deben ser objeto de descubrimiento,
- (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 su existencia y contenido;
- (iii) acreditar alguna de las situaciones que, de conformidad con las previsiones del artículo 438 del Código de Procedimiento Penal de 2004, facultan la admisión excepcional de la prueba de referencia; y
- (iv) solicitar y obtener en el juicio oral la incorporación de la declaración anterior, según los medios de prueba que para tal efecto haya seleccionado la parte.

Adicionalmente a ello se ha dicho que, si la circunstancia excepcional de admisibilidad es

sobreviniente, esto es, luego de surtirse la audiencia preparatoria (escenario natural para debatir dicha temática) o en el desarrollo del juicio oral, el interesado debe justificar ante el funcionario judicial la totalidad de los citados presupuestos, a fin de que resuelva su petición probatoria.

5.2.2 Por otra parte, cuando la víctima del delito es un menor de edad, la Sala ha precisado la necesidad de brindarles la protección especial dispuesta en el ordenamiento jurídico (especialmente en la Carta Política y en los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por Colombia).

Sin embargo, ha explicado que ello no puede hacerse con desconocimiento de las garantías mínimas del procesado, pues las mismas también están previstas en idénticos cuerpos normativos (Cfr. entre otras, CSJ SP2709-2018, 11 jul. 2018, rad. 50637; CSJ SP934-2020, 20 may. 2020, rad. 52045; CSJ SP4103-2020, 21 oct. 2020, rad. 56919 y CSJ SP4463-2020, 11 nov. 2020, rad. 53151).

5.2.3 En CSJ SP934-2020, 20 may. 2020, rad. 52045, en punto de la prueba de referencia (artículo 437 de la Ley 906 de 2004), la Corte reiteró sus precedentes y recordó que «[a] partir de ese precepto, la Sala ha decantado que una determinada manifestación previa será prueba de referencia en tanto sea «...rendida... por fuera del juicio oral... (y) presentada... en este escenario como medio de prueba... de uno o varios aspectos del tema de prueba... cuando no es posible su práctica en el juicio»¹⁸».

Y, en proveído CSJ SP606-2017, 25 en. 2017, rad. 44950, se dijo que la no disponibilidad del testigo para el contrainterrogatorio, tiene la virtualidad de situar la declaración anterior en el terreno de la prueba de referencia, y por contera, al sometimiento de las reglas previstas por el legislador para el efecto.

5.2.4 Por último, es pertinente reiterar que el carácter testimonial de una declaración rendida antes del juicio no desaparece por el hecho de estar documentada. Si una

declaración está vertida en un documento, no por ello pierde su naturaleza original, razón por la que debe sujetarse a las reglas previstas para ese tipo de pruebas (Cfr. CSJ AP5785-2015, 30 sep. 2015, rad. 46153; CSJ AP948-2018, 7 mar. 2018, rad. 51882 y CSJ SP729-2021, 3 mar. 2021, rad. 53057).

La Corte ha insistido (Cfr. CSJ SP4179-2018, 26 sep. 2018, rad. 47789) en que: (i) los relatos sobre los hechos investigados, entregados por los menores de edad en las valoraciones de carácter sexual, psicológico o psiquiátrico, tienen la condición de declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, y (ii) si la parte pretende utilizar estas versiones para probar la existencia del hecho investigado, debe sujetarse en su descubrimiento, incorporación y valoración, al trámite y reglas establecidas para la prueba de referencia.

5.3 El caso concreto

Con el fin de sustentar la afirmación de responsabilidad de Evaristo Zabala, el Tribunal construyó la aproximación a la verdad a partir de las versiones que A.P. del C.T. les confió a psicólogos, trabajadoras sociales y médicos, bajo la consideración que no había comparecido al juicio. Así pretendió franquear la prohibición del inciso segundo del artículo 381 de la Ley 906 de 2004, que impide condenar exclusivamente con base en pruebas de referencia.

Para un mejor entendimiento de la cuestión a dilucidar, es importante empezar por precisar que la fiscalía, en el escrito de acusación, relacionó como medios de prueba testimoniales, los siguientes:

(i) Nancy Tangoa Aimani, Alberto Cruz Hernández y Manuel del Castillo Fernández, respectivamente, madre, padrastro y padre de la menor de edad.

(ii) Arturo Hernán Reina Castillo, funcionario vinculado a la unidad de policía judicial del CTI que adelantó labores tendientes a identificar e individualizar al procesado, tomó entrevistas

a los arriba citados y recaudó las entrevistas psicológicas y los resultados de dictamen psiquiátrico.

(iii) Psicólogas Jessica Salazar Celis y Gloria Andrea Callejas Claros¹⁹, adscritas al CTI y al ICBF, respectivamente, quienes entrevistaron a la víctima.

(iv) Rosy Carolina Pinzón Salinas, trabajadora social del ICBF que tomó entrevista a A.P.

(v) Jorge Enrique Buitrago Cuellar, psiquiatra del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, quien practicó a la afectada valoración propia de su ciencia.

(vi) Hugo Martínez Cabezas, médico coordinador de la misma entidad, que el 27 de marzo de 2012 practicó examen sexológico a la menor de edad.

(vii) Wilson Andrés Chilito González, médico del Hospital San Rafael de Leticia, que el 1° de abril de 2014 realizó valoración médico legal al procesado. Y,

(viii) Jonathan Erazo do Santos, funcionario adscrito a la SIJIN, encargado de labores tendientes a lograr la plena identificación del imputado.

Con los anunciados deponentes, el ente instructor explicó la incorporación de los conceptos de los expertos y las entrevistas realizadas a la menor de edad.

Sin embargo, esta no fue citada como testigo y tampoco indicó las circunstancias por las cuales no comparecería a la vista pública.

En la audiencia preparatoria, la delegada fiscal, en sus solicitudes probatorias, insistió en la testimonial a que hizo alusión en el escrito de acusación, sin mencionar a A.P. del C.T. No justificó su inasistencia, ni la necesidad de suplir su testimonio con declaraciones suyas anteriores al juicio oral.

Al iniciar la vista pública y exponer su teoría del caso, la fiscalía aclaró que incurrió en el error de imputar y acusar conforme al agravante establecido en el numeral cuarto del artículo 211 del Código Penal, habida cuenta que para el momento de ocurrencia de los hechos (agosto de 2011), A.P. contaba con más de 14 años, razón por la que consideró que la conducta se circunscribía a la de acceso carnal violento (canon 205 ibidem).

A continuación, de forma sucinta, indicó los hechos jurídicamente relevantes, los cuales dijo demostrar «con el testimonio de la menor A.P. del C.T., quien es la víctima, las que se incorporarán a través de las entrevistas que se recibieron por parte de las funcionarias competentes»²⁰, además de los restantes testigos, de quienes dijo, informarían todo lo que les consta respecto de los hechos y su esclarecimiento.

En desarrollo del juicio declaró Nancy Tangoa Aimani, progenitora de A.P. del C.T., quien mencionó que su hija le comentó de los abusos sexuales de los que fue objeto por parte de varias personas, en distintas fechas y circunstancias, incluido su padre, quien dice fue condenado por esa agresión. De su declaración importa destacar ahora lo siguiente, respecto al paradero de la agraviada²¹:

Fiscalía: ¿Dónde se encuentra en este momento su hija A.P. del C.T.?

Testigo: Pues... ahora no sé dónde está...

(...)

Fiscalía: ¿Qué pasó con su hija A.P. del C.T.?

Testigo: La última vez que yo supe, se fueron a amenazarla una tal Lía y un tal de Fernando en la casa de mis papás en el Perú, entonces ella se fue de ahí y no sé nada de ella... yo le saqué a mi hija por intermedio del Bienestar Familiar, porque la familia del señor Eustacio que está preso le maltrataban en la calle... le golpeaban, ella estaba siendo atacada por la

familia del señor Eustacio... él es también un señor que abusaba de mi hija, está preso... Hice un documento donde que yo me haría cargo de mi hija para sacarle del país... le mandé donde mis papás aquí cerca a Caballococha... ella tuvo que volarse de allí porque según mis papás dijeron [sic] que ellos se fueron por mandados por un tal Evaristo, que andaban buscando a la niña para que le mataran, por eso es que ella se fue de la casa y no sé nada de ella.

De esta información, la Sala advierte que la situación de A.P. del C.T. era conocida con suficiencia por la fiscalía, no fue un acontecimiento imprevisto. No obstante, el ente persecutor en ningún momento solicitó la incorporación de las declaraciones anteriores de la menor como prueba de referencia, a través de las personas que la entrevistaron o examinaron, ni agotó el procedimiento previsto para su introducción y el aseguramiento de las garantías de publicidad y confrontación. No medió solicitud de admisión, ni se le dio a la defensa la oportunidad de ejercer el contradictorio.

Frente a esta problemática, el Tribunal planteó que el relato anterior vertido por la adolescente ante los profesionales que la entrevistaron no solo podía ser apreciado, sino que se erigía en prueba directa, toda vez que declararon en juicio, con sustento en decisión de la Sala que hace varios años perdió vigencia.

Es de aclarar que el entendimiento actual de la jurisprudencia (Cfr. a manera de ejemplo, CSJ SP2709-2018, 11 jul. 2018, rad. 50637; CSJ SP5295-2019, 4 dic. 2019, rad. 55651; CSJ SP358-2020, 12 feb. 2020, rad. 53127; y, CSJ SP2213-2021, 2 jun. 2021, rad. 53239, entre otras), explica que las declaraciones de las víctimas incluidas en las valoraciones médicas son pruebas de referencia y que los profesionales de la salud pueden acudir al juicio oral con los siguientes propósitos:

(i) acreditar la existencia y el contenido de declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, en sus valoraciones, que hayan sido admitidas como prueba de referencia;

(ii) declarar sobre lo que hayan percibido directamente sobre cambios comportamentales de las supuestas víctimas, signos o huellas de violencia o algún otro dato relevante para la solución del caso, y

(iii) emitir opiniones especializadas en los términos de los artículos 405 y siguientes de la Ley 906 de 2004, siempre y cuando se cumplan los requisitos allí previstos, entre los que se destacan la demostración de la base fáctica, la delimitación de las reglas técnico científicas aplicables y la explicación suficiente del paso de estos datos a las conclusiones emitidas por el experto.

En el asunto que se estudia, el propósito de la fiscalía al citar a los diversos profesionales (en trabajo social, psicología, medicina y psiquiatría), según se establece del contenido de la audiencia preparatoria, no fue el cifrado en el primer ítem acabado de mencionar.

La realidad procesal enseña que:

i. la versión que la niña entregó a los profesionales constituye declaración rendida por fuera del juicio oral, de claro contenido incriminatorio;

ii. la posibilidad de introducir esas declaraciones como prueba de referencia en sede de la audiencia de juicio oral, imponía cumplir el proceso de incorporación, como se dejó indicado; y,

iii. la fiscalía no agotó dicho trámite, pues no solicitó su inclusión a título de prueba de referencia, ni explicó por qué se cumplieran los presupuestos de admisibilidad.

Estas precisiones y aclaraciones son suficiente para concluir que las declaraciones de A.P. del C.T. no podían ser apreciadas por el Tribunal, mucho menos valoradas con alcances de prueba directa.

Al apreciarlas sin observar el debido proceso probatorio, por cuenta de evidentes irregularidades en su incorporación, como si se tratara de prueba de referencia admisible y directa, el ad quem incurrió en un error de derecho en la modalidad de falso juicio de legalidad, el cual no puede superarse acudiendo al argumento que los derechos de los niños, niñas y adolescentes priman sobre los derechos de los demás (canon 44 de la [Constitución Política](#)).

La Corte insiste, como ya lo advirtió en otros asuntos asociados al contexto de vulneración padecido por la misma menor (Cfr. CSJ SP4234-2020, 4 nov. 2020, rad. 55615 y CSJ SP2541-2021, 23 jun. 2021, rad. 52171) que la fiscalía, para evitar costos de impunidad, pudo apelar a la edad de la menor para solicitar que sus declaraciones anteriores se llevaran al juicio como prueba de referencia admisible a través de los sicólogos, trabajadores sociales, médicos e investigadores judiciales, e incluso de sus familiares o de cuantos le hubieran oído decir de las agresiones, como lo autoriza el literal e) del artículo 438 de la Ley 906 de 2004, adicionado por el artículo 3 de la Ley 1652 de 2013.

Sin embargo, no hizo uso de alguna de esas opciones, dando margen a que declaraciones anteriores de la menor no se pudieran apreciar válidamente, como lo asumió el Tribunal de forma equivocada, al considerarlas para revocar la sentencia absolutoria de primer grado y condenar por primera vez al acusado en segunda instancia.

Como se refirió en párrafos precedentes, acorde con la línea jurisprudencial de la Sala, ni a partir de aceptar que las entrevistas que la menor rindió a la trabajadora social Rosy Carolina Pinzón Salinas, a la psicóloga Jessica Salazar Celis y al psiquiatra Jorge Enrique

Buitrago Cuellar, forman parte de conceptos periciales y, como tal, componen una unidad, esa vía es admisible para incorporar válidamente al juicio sus declaraciones anteriores.

Es por ello que la conclusión que se impone no pueda ser otra que el juez colegiado se equivocó al apreciar las declaraciones que la menor suministró por fuera del juicio oral y al valorarlas como prueba de referencia admisible con alcances de prueba directa, al margen del debido proceso probatorio.

Frente a la comprobada existencia del yerro, resulta obligado examinar el asunto de cara al estándar probatorio requerido por el artículo 381 procedimental para proferir sentencia condenatoria.

Revisado el fallo del ad quem, se establece que la prueba de cargo que cimentó la atribución de responsabilidad en contra del procesado Evaristo Zabala, se circunscribió a:

(i) el testimonio de Luz Stella Cárdenas Duque, con quien se incorporó la entrevista recibida por la trabajadora social Gloria Andrea Callejas Claros; (ii) la valoración del psiquiatra Jorge Enrique Buitrago Cuellar; (iii) el testimonio de la trabajadora social Rosy Carolina Pinzón Salinas, quien entrevistó a la menor de edad; y, (iv) la declaración de la profesional Angela Milena Fontecha Bello, con quien se introdujo la entrevista tomada por la psicóloga del CTI Jessica Salazar Celis.

De estos testigos, ninguno percibió directamente los hechos. Todos dijeron lo que sabían por las lacónicas referencias que la adolescente efectuó (en esencia, que cuando iba a la casa de Evaristo Zabala a lavar su carro, este la abusaba) y en las que entremezcló varios episodios sexuales de los que, al parecer, fue víctima.

A estas evidencias, el Tribunal sumó el informe técnico médico legal sexológico n.º 2012C-0801010018122, del 27 de marzo de 2012, elaborado y verbalizado en juicio por el profesional de la salud Hugo Martínez Cabezas, en el que explicó que A.P. del C.T.

presentaba un «himen con desgarros lo cual indica una desfloración antigua mayor a 10 días».

Estos resultados, sin embargo, no aportan evidencia que incrimine directa o indirectamente al acusado, pues, como lo adujo el Tribunal, el progenitor de la menor, en otro diligenciamiento, fue condenado por conducta similar a la aquí juzgada, lo cual impide vincular el resultado del examen con el acceso imputado al procesado. En otras palabras, la prueba en cuestión tiene un valor probatorio neutro frente al objeto del proceso, en cuanto no compromete ni desvirtúa la responsabilidad penal de Evaristo Zabala en los hechos.

Por último, los testimonios de Nancy Tangoa Aimani, Alberto Cruz Hernández y Manuel del Castillo Fernández, en su orden, madre, padrastro y padre de la menor de edad, nula o exigua información reportaron al esclarecimiento de lo sucedido y así lo explicó el fallador corporativo al indicar que se limitaron a aseverar lo que medianamente la adolescente les pudo contar, o lo que escucharon de terceras personas por comentarios sin soporte alguno.

En las anotadas condiciones, solo el primer grupo de testigos (conformado por la trabajadora social, psicóloga y psiquiatra) podría servir de insumo para edificar la sentencia de condena. No obstante, de sus declaraciones solo podrían ser tenidas en cuenta sus percepciones directas y sus opiniones especializadas. Las versiones anteriores al juicio de A.P. del C.T. no pueden servir de soporte a la condena, por las razones ya vistas.

Ante la evidenciada precariedad de la prueba incriminatoria, es claro que no se cumple el nivel de conocimiento exigido por el artículo 381 de la Ley 906 de 2004 para condenar, por lo que la Corte revocará el fallo impugnado para, en su lugar, dejar en firme la sentencia de primer grado, que absolvió a Evaristo Zabala de la infracción delictiva por la cual fue acusado.

Consecuencialmente, dispondrá su libertad inmediata y la cancelación de las órdenes o anotaciones que afecten o puedan menoscabar de alguna manera su libertad en relación

con este diligenciamiento, con la advertencia que la orden de libertad solo producirá efectos si no es requerido por otra autoridad judicial en virtud de proceso diferente.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: Revocar la sentencia proferida el 26 de julio de 2019 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca que, por primera vez, condenó a Evaristo Zabala como autor del punible de acceso carnal violento agravado.

SEGUNDO: En consecuencia, confirmar la sentencia absolutoria emitida el 23 de enero de 2019 por el Juzgado Primero Promiscuo del Circuito con Función de Conocimiento de Leticia.

TERCERO: Ordenar la libertad inmediata de Evaristo Zabala, con la advertencia de que solo producirá efectos si no es requerido por otra autoridad judicial en virtud de proceso diferente.

CUARTO: Cancelar los registros, anotaciones, órdenes de captura y medidas previas de carácter real o personal que se hubieren dispuesto en contra del implicado, debido a este diligenciamiento. Igualmente, comuníquese a las autoridades la decisión absolutoria, órdenes que se cumplirán por el juzgado de primera instancia.

QUINTO: Informar a las partes e intervinientes que contra la presente decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

GERSON CHAVERRA CASTRO

Presidente

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

FABIO OSPITIA GARZÓN

EYDER PATIÑO CABRERA

HUGO QUINTERO BERNATE

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Cfr. Folio 49, C.O. n.º 1.

2 Expedida el 21 de marzo de 2014 por el Juzgado Segundo Penal Municipal con
Función de Control de Garantías de Leticia. Cfr. Folios 6 y 8, ib.

3 Cfr. Folios 15 a 18, ib. Del paginario emerge que el 8 de enero de
2015 recobró su libertad por vencimiento de términos. Cfr. Folios 124 y 125,
ib.

4 Cfr. Folios 48 a 55, ib.

5 Cfr. Folios 4 a 23, Cuaderno Anexo.

6 Cfr. Folio 93, C.O. n.º 1.

7 Cfr. Folio 99, ib.

8 Cfr. Folio 164, ib.

9 Cfr. Folio 208, C.O. n.º 2, ib.

10 Cfr. Folios 284 y 285, ib.

11 Cfr. Folio 334, ib.

12 Cfr. Folio 339, ib.

13 Cfr. Folio 355, ib.

14 Cfr. Folios 356 a 362, ib.

15 Cfr. Folios 18 a 39, Cuaderno del Tribunal.

16 Cfr. Folios 52 a 65, ib.

17 Por medio del cual se modifican los artículos 186, 234 y 235 de la [Constitución Política](#) y se implementan el derecho a la doble instancia y a impugnar la primera sentencia condenatoria.

18 En este sentido, CSJ SP 25 ene 2017, rad. 44950, reiterada en CSJ SP, 30 ene. 2017, rad. 42656.

19 Del paginario emerge que, en realidad, su profesión es la de trabajadora social

adscrita al CAIVAS – ICBF Regional Amazonas.

20 Sesión de audiencia de juicio oral de febrero 4 de 2015. Récord
91001610150920120008900_910013189001_0, minutos 13:39 a 13:52.

21 Sesión de audiencia de juicio oral de junio 3 de 2015. Récord
91001610150920120008900_910013189001_1, minutos 08:43 a 08:55 y 18:09 a
20:38.

22 Cfr. Folios 282 y 283, C.O. n.º 2.