República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

HUGO QUINTERO BERNATE
Magistrado Ponente

SP101-2023
Radicado No. 52977
Acta No. 057

Sala Casación Penal@ 2023

Bogotá, D. C., veintidós (22) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

I. ASUNTO

Procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto por la defensa de RAÚL MAURICIO GÓMEZ HENAO, contra la decisión del 4 de abril de 2018, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, que confirmó la condena emitida el 21 de junio de 2017, por el Juzgado 5 Penal del Circuito de Conocimiento de la misma ciudad, mediante la cual se condenó al procesado por el delito de acceso carnal violento agravado.

II. HECHOS

De la sentencia de segunda instancia se extraen los siguientes:

> *"el 14 de agosto de 2015 la señora Lina Marcela Lizarazo Herrera salió de trabajar y se fue con una amiga para una discoteca, tomó licor hasta las 4 de la madrugada [del siguiente día], cuando regresó a su casa, su esposo le revisó los genitales para asegurarse si había tenido relaciones sexuales con alguien, para lo cual le metió los dedos en la vagina y la olió, luego le pidió que le hiciera sexo oral y como no le gustó la forma en que se lo hizo, le pegó una cachetada y procedió a despojarla de su ropa interior, para accederla por el ano".*

III. ACTUACIÓN PROCESAL

El 27 de septiembre de 2016 se llevó a cabo la audiencia de formulación de imputación ante el Juzgado 27 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín, en la cual la Fiscalía le imputó al procesado la autoría en el delito de acceso carnal violento agravado, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 205 y 211, numeral 5, del Código Penal.

@Sala Casación Penal@ 2023

La Fiscalía General de la Nación presentó escrito de acusación el 1 de noviembre de 2016, el cual correspondió al Juzgado 5 Penal del Circuito de Medellín, razón por la que el 9 de diciembre del mismo año se realizó audiencia de acusación, en la que la Fiscalía formuló cargos en los mismos términos de la imputación.

El 24 de enero de 2017 se llevó a cabo la audiencia preparatoria. En distintas sesiones, culminadas el 21 de junio de 2017, se adelantó el juicio oral que finiquitó con la emisión del sentido de fallo condenatorio.

El Juzgado de Conocimiento profirió sentencia el 21 de junio de 2017, a través de la cual condenó a RAÚL MAURICIO GÓMEZ HENAO a la pena principal de 192 meses de prisión y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la principal. Asimismo, le negó al procesado los subrogados penales de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

En contra de la anterior decisión el defensor del procesado interpuso recurso de apelación, por lo que el 4 de abril de 2018, la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, resolvió confirmarla.

Sala Casación Penal@ 2023

El defensor interpuso y sustentó el recurso extraordinario de casación, por lo que la Sala el 18 de julio de 2019 admitió la demanda de casación y el 26 de junio de 2020 corrió traslado al demandante y los sujetos procesales no recurrentes para que presentaran alegatos de sustentación y refutación, respectivamente.

IV. DEMANDA DE CASACIÓN

Conforme se extrae del libelo, el demandante formula un cargo, como se expone a continuación:

De acuerdo con lo establecido en el numeral 3 del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, el libelista acusa la sentencia de segundo grado de haber incurrido en una violación indirecta de la ley sustancial, por error de derecho en la modalidad de falso juicio de legalidad, al desconocer los artículos 33 de la Constitución y 385, 437 y 438 del Código de Procedimiento Penal, al incorporar y valorar la declaración de MARCELA LIZARAZO HERRERA, aun cuando se acogió al derecho a no ser obligada a declarar en contra de su compañero permanente.

Afirma que al proceso se incorporaron y valoraron los relatos de los hechos realizados por LINA MARCELA LIZARAZO HERRERA en la denuncia (a través de JHON JAIRO HOYOS GARCÍA) y en la anamnesis (por medio del dictamen médico legal rendido por CARLOS MAURICIO BEDOYA GONZÁLEZ), como prueba de referencia.

Sala de Casación Penal@ 2023

Considera que los relatos de la víctima fuera de juicio fueron valorados *"ilegalmente"* como prueba de referencia, porque el hecho de que LIZARAZO HERRERA hubiera ejercido su derecho a guardar silencio no habilitaba la admisión excepcional de la prueba de referencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 438 de la Ley 906 de 2004.

Indica que con la exclusión de la prueba de referencia inadmisible *"solamente queda la construcción indiciaria realizada en los fallos sobre la ausencia de consentimiento en el acto sexual. Sin embargo, el hecho indicado nada aporta a dilucidar al responsable de dichas lesiones, dado que el único testigo que podía dar cuenta de forma directa sobre el responsable de las*

lesiones sufridas en su cuerpo guardó silencio, sin que tampoco pueda tomarse esta decisión -como erradamente se establece en el fallo- como indicio de responsabilidad penal del enjuiciado. Máxime si se tiene en cuenta que es imposible conocer a quien pertenece el semen encontrado en la denunciante".

Aduce que, de todas formas, si se tuviera en cuenta los dichos de la víctima antes del juicio como prueba de referencia, tampoco sería posible deducir la responsabilidad del procesado, porque esos dichos no tienen el alcance de una prueba directa, sino de referencia, sobre lo cual no es posible edificar la condena.

Finamente, solicita *"que se case la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín y, en consecuencia, absuelva al señor RAÚL MAURICIO GÓMEZ HENAO por el delito de acceso carnal violento agravado descrito en los artículos 205 y 211.5 del Código Penal"*.

Sala de Casación Penal@ 2023

V. ALEGATOS DE SUSTENTACIÓN

El nuevo defensor del procesado resume el cargo propuesto por el abogado que interpuso y sustentó el recurso extraordinario de casación. Asimismo, solicita casar la sentencia de segunda instancia en favor de su prohijado.

VI. TRASLADO A LOS NO RECURRENTE

6.1. El delegado de la **Fiscalía General de la Nación** considera que la causal de admisibilidad de la prueba de

referencia contenida en el artículo 438, literal b, debe ampliarse a los casos donde hay indisponibilidad de la testigo para declarar por ser la víctima de violencia de género, aplicando el principio de flexibilidad procesal, con el objeto de evitar la revictimización de la mujer.

En todo caso, afirma que la sentencia no está basada únicamente en prueba de referencia, porque las manifestaciones que le hizo la víctima al policía que recibió la denuncia y al médico legista hicieron que estos dos últimos al declarar dieran cuenta (i) del estado en que se encontraba la víctima; (ii) de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que hizo la narración de los hechos; (iii) de los hallazgos físicos encontrados en la víctima (como el semen encontrado en el frotis perineal realizado a la víctima); y (iv) de la consistencia de las lesiones con penetración anal.

Sala Casación Penal@ 2023

Por lo expuesto, solicita mantener la condena dictada en contra del procesado.

6.2. El delegado del **Ministerio Público** considera que la denuncia introducida al juicio por el acusador y lo relatado por el policía adscrito a la SIJIN en su declaración, sobre los dichos de la víctima al momento de interponer la denuncia, no pueden ser valorados, pues solo habría podido apreciarse si LINA LIZARAZO hubiera declarado en juicio, al ser la única legitimada para ratificar sus dichos previos.

Manifiesta que no es posible llegar al convencimiento de la responsabilidad del procesado, a pesar de tener en cuenta las pruebas que fueron valoradas por las instancias, porque no

demuestran que el enjuiciado hubiera accedido a la víctima sin su consentimiento.

Por lo anterior, solicita casar la sentencia recurrida.

VII. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

En vista de que la demanda presentada se declaró ajustada conforme con los parámetros del artículo 184 de la Ley 906 de 2004, la Corte analizará los problemas jurídicos allí propuestos, de conformidad con las funciones del recurso de casación, dirigidas a la búsqueda de la eficacia del derecho material, el respeto de las garantías de quienes intervienen en la actuación, la reparación de los agravios inferidos a las partes y la unificación de la jurisprudencia, según lo establecido en el artículo 180 *ibídem*.

Sala Casación Penal@ 2023

7.1. Planteamiento del problema Jurídico

El casacionista pretende la remoción del fallo impugnado reclamando la absolución del procesado, al estimar que no fue demostrada la ocurrencia del hecho y la responsabilidad penal atribuida en las sentencias proferidas por los jueces de instancia.

Lo anterior, porque la sentencia de condena se fundamentó en prueba de referencia consistente en las declaraciones anteriores al juicio de LINA MARCELA LIZARAZO HERRERA, cuando estas no constituían un medio demostrativo de esa categoría, pues la víctima se acogió a su derecho a guardar silencio, todo lo cual constituye una transgresión a los artículos

33 de la Constitución y 385, 437 y 438 del Código de Procedimiento Penal.

Así las cosas, el problema jurídico planteado estriba en determinar si era posible incorporar las declaraciones anteriores de la víctima como prueba de referencia y si de los medios de conocimiento legalmente incorporados en juicio se puede arribar al conocimiento, más allá de toda duda razonable, de la ocurrencia de los hechos constitutivos del delito de acceso carnal violento agravado y de la responsabilidad del procesado RAÚL MAURICIO GÓMEZ HENAO.

7.2. Metodología de la solución del problema jurídico

Para resolver el problema jurídico atrás planteado la Sala (i) reiterará su jurisprudencia sobre la prueba de referencia; (ii) revisará las sentencias proferidas en primera y segunda instancia; (iii) examinará la legalidad de la valoración de las declaraciones previas como prueba de referencia; y, (iv) estudiará la responsabilidad del acusado, de conformidad con las pruebas legalmente aducidas en juicio.

Sala Casación Penal@ 2023

7.3. Prueba de referencia -reiteración de jurisprudencia-

Según lo tiene señalado la Sala, en el marco de la Ley 906 de 2004, por regla general, solo pueden ser valorados los testimonios practicados en el juicio oral con inmediación, contradicción, confrontación y publicidad de esas pruebas.

Ese es el mandato que se deriva del artículo 16 *ibídem*, norma rectora del estatuto procesal, al disponer que *"en el juicio*

únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada y sujeta a confrontación y contradicción…" y de los artículos 379 y 402 *ibídem,* al referir que *"el juez deberá tener en cuenta como pruebas únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia. La admisibilidad de la prueba de referencia es excepcional"* y que el testigo "*únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir"*.

Responde lo anterior a que la posibilidad de utilizar declaraciones anteriores al juicio oral como medio de prueba implica, generalmente, aparte de la limitación a la inmediación que debe tener el juez con los medios de conocimiento que servirán de base a la sentencia, la afectación del derecho a la confrontación del testigo, que supone la posibilidad de asegurar la comparecencia al juicio de los testigos de cargo y, con ello, la oportunidad de interrogarlos o hacerlos interrogar y de controlar el interrogatorio[1].

Sala Casación Penal@ 2023

De allí que las declaraciones rendidas por fuera del escenario del juicio oral y público en principio no tienen el carácter de pruebas y únicamente en situaciones excepcionales[2] pueden ser incorporadas al juicio con fines demostrativos, bajo el cumplimiento de las exigencias previstas en la ley para tal efecto[3].

---

[1] CSJ AP-5785-2015, 30 sep. 2015, rad. 46153. En el mismo sentido, CSJ SP-14844 2015, 28 oct. 2015. rad. 44056; CSJ SP-5798-2016, 4 may. 2016. rad. 41667; CSJ SP-12229-2016, 31 ago. 2016, rad. 43916, CSP SP-1664-2018, 16 may. 2018, rad. 48284, entre otras.
[2] Cuando se practiquen como pruebas anticipadas, se demuestre una causal de admisión excepcional de prueba de referencia o se establezca que el testigo disponible en juicio se retractó o cambió su versión, de tal manera que su versión anterior deba ser incorporada como testimonio adjunto. Cfr. CSJ AP-5785-2015, 30 sep. 2015, rad. 46153.
[3] CSJ AP-5785-2015, 30 sep. 2015, rad. 46153; CSJ SP-606-2017, 25 ene 2017, Rad. 44950, entre otras.

Según lo previsto en los artículos 392, literal d, y 393, literal b, de la Ley 906 de 2004, las declaraciones rendidas por fuera del juicio pueden utilizarse con dos finalidades: (i) para refrescar memoria del testigo durante su interrogatorio o (ii) para impugnar credibilidad en el contrainterrogatorio.

Tales declaraciones pueden constituir medio de prueba en dos circunstancias excepcionales: i) ante la indisponibilidad del testigo, artículo 438 de la Ley 906 de 2004 (prueba de referencia); y ii) cuando el declarante comparece al juicio para modificar sustancialmente su versión anterior o retractarse de ella (testimonio adjunto). En estos eventos, para su incorporación resulta imperativo el agotamiento del trámite previsto como garantía del debido proceso probatorio[4].

En relación con la admisión excepcional de la prueba de referencia, esta Corporación tiene decantado que, según lo reglado en el artículo 437 de la Ley 906 de 2004: (i) debe tratarse de una declaración; (ii) realizada por fuera del juicio oral; (iii) que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito u otro de los aspectos referidos en el artículo 375 ídem, de donde se sigue que sólo puede hablarse de prueba de referencia cuando la declaración es utilizada como medio de prueba; y, (iv) cuando no sea posible practicarla en el juicio, porque de ser ello factible deben seguirse las reglas generales sobre el testimonio[5].

Sala Casación Penal@ 2023

[4] CSJ SP, 30 sep. 2015, rad. 46153.
[5] CSJ AP-5785-2015, 30 sep. 2015, rad. 46153; CSJ SP-3332-2016, 16 mar. 2016, rad. 43866; CSJ SP, 6 mar. 2008, rad. 27477; entre otras.

Como trámite para la debida aducción de la prueba de referencia la Sala ha establecido que (i) debe ser objeto de descubrimiento dentro de la oportunidad legal, (ii) en la audiencia preparatoria a la parte interesada le corresponde solicitar su incorporación y relacionar los medios que utilizará para demostrar su existencia y contenido, (iii) acreditar alguna de las situaciones previstas en el artículo 438 del Código de Procedimiento que faculta la admisión excepcional de dicha prueba y (iv) en el juicio oral solicitar y obtener su incorporación a través del medio de prueba seleccionado.

De otro lado, el artículo 381 de la Ley 906 de 2004 limita la eficacia probatoria de la prueba de referencia y registra una tarifa legal negativa en tanto prohíbe proferir sentencia condenatoria cuando el fundamento se basa, de manera exclusiva, en esa clase de elemento de convicción.

Sala Casación Penal@ 2023

Por lo tanto, la prueba de referencia por sí sola no es suficiente para proferir condena, y cuando la fiscalía utiliza este medio para sustentar su teoría del caso, debe contar con prueba complementaria que permita: (i) alcanzar los estándares de conocimiento requeridos para dictar un fallo de responsabilidad, y (ii) superar la prohibición consagrada en el artículo 381, inciso segundo, de estatuto procesal penal.

7.4. Estudio probatorio realizado por los juzgadores de instancia

7.4.1. El Juzgado 5 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín condenó al procesado con fundamento en lo siguiente:

Consideró que, a pesar de que LINA MARCELA LIZARAZO HERRERA se abstuvo de rendir declaración, se cuenta con los elementos probatorios que comprometen la responsabilidad del acusado, como la denuncia que *"en forma libre consciente, voluntaria, y sin apremio hiciese la víctima el mismo día de los hechos (…) motivada en la consecución de justicia frente al grave vejamen de que había sido víctima por su compañero"*, donde narró las agresiones sexuales y físicas, la cual se valora como prueba de referencia.

En lo que tiene que ver con el dictamen pericial del médico de medicina legal, CARLOS MAURICIO BEDOYA GOANZÁLEZ, sostuvo que su declaración no es prueba de referencia. Con base en ese testimonio arguyó que *"no admite duda que la señora LINA MARCELA LIZARAZO HERRERA, en la anamnesis hace un relato de lo sucedido con su compañero luego de que ella regresara de una reunión con amigos de labores, esto es que su compañero, refiriéndose al acusado, la revisó para mirar si había tenido relaciones con algún hombre, le metió los dedos por la vagina y los olió, luego le dijo que le hiciera sexo oral, ella se lo hace y como a él no le gustó, entonces le pegó una cachetada, ella empieza a llorar, él le tapa la boca y trata de ahorcarla, luego le quitó las medias veladas, los interiores, le dejó puesto el vestido, la volteó y la penetró por el ano"*.

Consideró que ese panorama descriptivo es el que permite al médico legista determinar las múltiples lesiones que presentaba la víctima y que no encuentran mejor justificación que la de haber sido víctima de un grave atentado contra su integridad física y sexual por parte de su compañero permanente.

Adujo que no tiene razón de ser que una persona de la cual se presume conocimientos, que labora en una entidad bancaria, luego de sucedida una relación sexual consentida, recurra ante la autoridad a denunciar los hechos como vejámenes sexuales que luego los ratifique ante el médico legista.

Por las anteriores razones, concluyó que el procesado materializó la conducta de acceso carnal violento con circunstancias de agravación, porque está demostrado que *"la accedió carnalmente vía oral y anal, comportamiento que realizó sin el consentimiento de ella, bajo amenazas, con violencia física, acontecer que esta pusiera de presente a todas aquellas personas que la atendieron en razón a estos hechos, esto es, a quien recibiera su declaración al interior de la Fiscalía y al médico legista"*.

7.4.2. La Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín confirmó la sentencia emitida en primera instancia con base en lo siguiente:

Sala Casación Penal 2023

Manifestó que el recurso de apelación lo centró la defensa en que la anamnesis y la declaración del policía son prueba de referencia inadmisible, por lo que no podían ser valoradas y eso deja sin fundamento la declaratoria de responsabilidad de la primera instancia.

Consideró que es necesario aclarar que *"no existe duda sobre la existencia de esa denuncia, pese a que no se incorporara la misma, pues a través del testimonio del Patrullero John Jairo Hoyos García, quien fue el encargado de recibir la denuncia en*

actos urgentes, se probó que el 15 de agosto de 2015, Lina Marcela Lizarazo, arribó hasta las instalaciones de la Unidad de Reacción Inmediata ubicada en el centro de esta ciudad, para poner en conocimiento que en horas de la madrugada, tras haber llegado a su residencia después de una salida con una compañera, encontró a su compañero permanente (Raúl Mauricio Gómez Henao) furioso, quien la golpeó, le pidió que le hiciera sexo oral y la penetró vía anal mediante el uso de la fuerza".

Afirmó que la declaración de JOHN JAIRO HOYOS es prueba de referencia frente al acceso carnal y directa sobre la instauración de la denuncia, por parte de la víctima en contra del procesado, lo cual es indicio en torno a que la penetración no fue consentida, porque, quien ha tenido una relación sexual consentida no denuncia.

En esa misma línea, aseguró que el receptor de la denuncia también es prueba directa respecto al estado emocional de LINA MARCELA y del miedo que la embargaba, porque tuvo contacto directo con ella mientras relataba los hechos.

Consideró que el testimonio de CLAUDIA AMPARO TAMAYO, investigadora, dio cuenta de que el procesado se encontraba recluido en la cárcel de Bellavista en razón a un proceso por violencia intrafamiliar en el que también figuraba como víctima LINA MARCELA LIZARAZO HERRERA, lo cual quiere decir que no era la primera vez que la agredía.

Manifestó que no hay ningún yerro en la apreciación de la prueba pericial, "*pues además de considerar los hallazgos y conclusiones periciales del galeno, concluyó el funcionario que no*

existe duda que la señora Lina Marcela Lizarazo Herrera, en la anamnesis hace un relato de lo sucedido con su compañero permanente, luego de que ella regresara de una reunión".

Estimó bien valorada la pericia por el Juez a quo, al haber sido incorporada debidamente a la actuación, pues los resultados de esta corroboran el relato que la víctima brindó al policía y al médico legista, como que esas múltiples lesiones en la cara, senos y miembros superiores e inferiores demuestran que fue golpeada, en tanto que las laceraciones en su ano confirman que había sido penetrada vía anal, como también que eso había ocurrido hacía poco tiempo.

Por esas razones, concluyó que además de la prueba de referencia, existen medios de conocimiento de otra naturaleza que la acompañan, *"como el dictamen sexológico y los otros indicios que fueron valorados, situación que permite realizar una reconstrucción de los hechos igual a la planteada por el a quo"*.

Sala de Casación Penal © 2023

7.5. Estudio de legalidad de la prueba de referencia admitida por los juzgadores de instancia

7.5.1. Para solucionar el problema planteado en el único cargo formulado por la defensa, la Corte estima necesario examinar si se cumplieron las condiciones procesales para la incorporación de las declaraciones rendidas antes del juicio para poderlas valorar como prueba de referencia, teniendo en cuenta que la víctima renunció a declarar habiéndose presentado en juicio.

En este punto, cabe agregar, que no solamente se valoraron como prueba de referencia los hechos plasmados en la denuncia

y en la anamnesis, sino que también se intentó introducir como prueba de referencia la entrevista telefónica que le realizó la investigadora a la víctima, en ejercicio de sus labores; es decir, fueron tres las declaraciones anteriores al juicio las que fueron valoradas por los juzgadores como prueba de referencia, por lo que el despacho revisará la legalidad de su introducción para descartar o encontrar cualquier yerro sobre el referido trámite.

7.5.2. En este caso, como quedó plasmado *ut supra*, el *a quo* y el *ad quem* le otorgaron valor persuasivo de prueba de referencia a todas las declaraciones anteriores rendidas por la víctima, en la medida de que hicieron una ponderación separada de estas, brindándole valor demostrativo a los hechos plasmados allí, para, luego, ponderarlas con los demás medios de prueba, como los dictámenes periciales y declaraciones incorporadas en juicio, con lo cual llegaron a la conclusión de que el procesado es responsable del delito de acceso carnal violento agravado.

Sala Casación Penal@ 2023

La apreciación de los juzgadores de las declaraciones anteriores es abiertamente equivocada, en la medida de que el testimonio que rindió la víctima (i) ante el policía judicial, al presentar la denuncia, (ii) ante el médico forense, al comparecer al examen médico legal, y (iii) ante la investigadora, al ser entrevistada vía telefónica, no podían valorarse como prueba de referencia, porque no fueron legalmente producidas, al no cumplir el debido proceso para su incorporación, de acuerdo con lo considerado por la Sala en reiterada jurisprudencia.

Los juzgadores dieron por sentada la existencia legal de esas declaraciones, como si se tratara de un sistema de enjuiciamiento criminal regido por el principio de permanencia de la prueba, y

no del modelo regulado en la Ley 906 de 2004. En este, como se sabe, la regla general es que solo pueden valorarse como pruebas las practicadas en el juicio oral con inmediación, concentración, contradicción y confrontación, tal como lo manda la norma rectora consagrada en el artículo 16 *ibídem*.

7.5.3. Las declaraciones contenidas en la denuncia, la anamnesis y la entrevista de la investigadora, fueron descubiertas por la Fiscalía en el acto procesal de acusación, junto con las declaraciones con las cuales serían introducidas, sin embargo:

(i) En audiencia preparatoria no se solicitaron como prueba de referencia, en caso de que la víctima no compareciera en juicio o renunciara a declarar (artículo 33 constitucional). No se demostró la causal excepcional de admisibilidad de la prueba de referencia y, en consecuencia, tampoco se explicó cuáles medios de prueba utilizaría para probar la existencia y contenido de las declaraciones anteriores al juicio oral, por lo que el Juez no las decretó en ese sentido.

Sala Casación Penal © 2025

(ii) En audiencia de juicio no se solicitó su incorporación como prueba de referencia, justificando la causal excepcional que permitiera su introducción y práctica, a pesar de la renuncia de la víctima a declarar, por acogerse a su derecho constitucional de no hacerlo contra su compañero permanente.

7.5.4. La Sala desde la sentencia del 2 de septiembre de 2020, rad. 50587[6], ha precisado que, especialmente en contextos de violencia de género, cuando la víctima manifiesta en juicio que

[6] Reiterada en la SP2213-2021, jun. 2, rad. 53239 y SP1177-2022, abr. 6, rad. 58668.

no desea rendir testimonio contra miembros de su núcleo familiar y tal manifestación obedezca a amenazas, presiones indebidas o al ambiente de coacción o dependencia a que ha sido sometida por el agresor, sus declaraciones anteriores serán admisibles como prueba de referencia por constituir un *"evento similar"* a los consagrados en el literal b del artículo 438 del C.P.P.

En ese estudio la Corte llegó a las siguientes conclusiones:

*Si en el proceso se **prueba** que la víctima invoca el privilegio consagrado en el artículo 33 de la Constitución Política, no por una expresión libre de la autonomía de la voluntad sino a raíz de las amenazas u otro tipo de presiones ilegales a que ha sido sometida, orientadas expresamente a evitar que rinda testimonio, sus declaraciones anteriores podrán ser incorporadas como prueba de referencia.*

Lo anterior porque: (i) si la declaración anterior se pretende introducir como medio de prueba, por la imposibilidad de su práctica en el juicio, dicha declaración constituye prueba de referencia, a la luz de lo establecido en el artículo 437 de la Ley 906 de 2004 (CSJAP, 30 sep 2015, Rad. 43156, entre muchas otras); (ii) ese evento de no disponibilidad del testigo hace parte de las excepciones a la prohibición general de admisibilidad de prueba de referencia, en la medida en que encaja en los eventos similares de que trata el literal b del artículo 438 ídem, atinente a la indisponibilidad del testigo por actuaciones ilegales que impiden que su testimonio sea escuchado en el juicio oral; y (iii) si esas acciones intimidatorias son realizadas directa o indirectamente por el procesado, este no podría invocar la vulneración del derecho a la confrontación, ya que es su propia conducta la que impide que la versión de la víctima se reciba en el juicio, según las reglas del interrogatorio cruzado.

Si no logra demostrarse que el procesado (u otra persona) realizó acciones expresamente dirigidas a que la víctima no rindiera su

testimonio, pero se infiere que la invocación del privilegio previsto en el artículo 33 superior no es producto de una decisión libre, sino de las secuelas del maltrato, de las presiones derivadas de la dependencia económica o alguna otra expresión de la relación de desequilibrio y sometimiento, sus declaraciones anteriores también pueden incorporarse como prueba de referencia. Ello, por cuanto el evento encaja en la cláusula abierta prevista en el literal b del artículo 438 de la Ley 906 de 2004, en la medida en que la no disponibilidad del testigo es consecuencia del delito mismo, sin perjuicio de la obligación de ajustar, en la mayor medida posible, el ordenamiento interno a las obligaciones adquiridas por Colombia en materia de prevención, sanción y erradicación de la violencia contra las mujeres.

No sobra reiterar la importancia de que la Fiscalía asuma sus obligaciones frente a las víctimas, en este caso de violencia de género, no solo porque esa es su obligación constitucional y legal, sino además porque ello permitiría tomar, a tiempo, las medidas orientadas a preservar la prueba, bien porque deba optarse por su práctica anticipada o porque se adopten las medidas que resulten necesarias para que el testigo, que tiene a la vez la calidad de víctima, pueda comparecer a rendir su testimonio con total libertad y rodeado de todas las garantías" (Subrayas y negrillas fuera de texto).

En ese orden de ideas, contrario a lo asegurado por la defensa, en casos en que la víctima de un delito sexual renuncie a su derecho a declarar en juicio, sí es posible la aducción de las declaraciones anteriores como prueba de referencia, siempre y cuando su decisión de guardar silencio haya sido producto de presiones indebidas.

Distinto es que, como sucedió en este caso, no se hayan cumplido los requisitos procesales esenciales para la admisión excepcional de la prueba de referencia, pues no se solicitó ni se demostró, en su momento, la causal excepcional de admisión de

las declaraciones anteriores como prueba de referencia y, por eso, fueron valoradas ilegalmente por los juzgadores de primer y segundo grado.

Para que en esta clase de procesos –donde la víctima de un delito sexual se presenta al juicio a declarar, pero se acoge a su derecho a guardar silencio, porque el procesado era su compañero permanente— se puedan aducir las declaraciones anteriores como prueba de referencia, la fiscalía debe demostrar que la negativa de la víctima a rendir su testimonio deviene de amenazas u otro tipo de presiones ilegales a que ha sido sometida.

La Sala ha considerado que ese deber de la fiscalía, supone la obligación de probar: (i) que la víctima está siendo amenazada o presionada para que no rinda declaración; o, (ii) el contexto en el que se presenta la violencia de género y el daño físico y psicológico sufrido por la víctima. Por eso, cuando se avizoren riesgos para la prueba, debe tomar las medidas necesarias, entre ellas, la posibilidad de acudir a la prueba anticipada[7].

Sala Casación Penal@ 2023

Justamente, por el enfoque de género que debió guiar en este caso la actividad de investigación de la Fiscalía, se habría podido develar de manera puntual las razones que la llevaron a hacer uso en juicio del privilegio de no declarar para no perjudicar a su ofensor; no obstante, la Fiscalía omitió constatar las circunstancias que rodeaban aquella relación, para probar si transcurría en un contexto de sometimiento estructural.

---

[7] CSJ SP3274-2020, 2 de sep. 2020, rad. 50587

En este caso, el acusador ni siquiera elevó (en la audiencia preparatoria), como requisito mínimo, la solicitud de admisión excepcional de las declaraciones anteriores como prueba de referencia. Se pasó por alto la eventualidad que existía de que la víctima no asistiera a declarar o desistiera de hacerlo, dados los aspectos fácticos que rodeaban la acusación y la teoría del caso que le mostraban a la fiscalía la existencia de un caso con alta probabilidad de violencia de género estructurado.

Tampoco procedió a demostrar por qué el ejercicio de la prerrogativa constitucional de no declarar utilizada por la víctima y si se debió a un fenómeno de sujeción y sometimiento al victimario, sin lo cual era imposible la valoración de las referidas declaraciones como prueba de referencia.

En la etapa de juicio oral en la que la Fiscalía también habría podido aducir y demostrar la configuración de la cláusula abierta prevista en el literal b del artículo 438 de la Ley 906 de 2004, en la medida en que la no disponibilidad de la testigo y víctima sería consecuencia del delito mismo –razón por la cual renunció a testificar en juicio— como consecuencia de la violencia de género, omitió completamente su enunciación y demostración.

@Sala Casación Penal@ 2023

Semejante situación no puede ser pasada por alto por la Sala pues no se trata de un error procesal de menor implicación, sino un requisito necesario de acreditar para la introducción y practica de las declaraciones anteriores en el juicio.

Contrario a lo anterior, se evidenció que la Fiscalía utilizó el documento de la denuncia, que contenía la declaración extra-juicio de la víctima, para refrescar memoria y, por su parte, la defensa la

utilizó para impugnar credibilidad, sin que en ningún momento se insinuara, al menos, la intención de tener en cuenta aquella declaración como prueba de referencia, pero intentándola introducir a través de la declaración del policía judicial.

Algo similar ocurrió con la declaración contenida en la anamnesis del dictamen médico legal, pues sobre esta tampoco se solicitó y justificó su incorporación excepcional como prueba de referencia a pesar de que el testigo perito leyó en su integridad su contenido, por hacer parte de la base fáctica de su peritaje, cuando solo de esa manera podía incorporarse esa narración.

Mientras tanto, la declaración que rindió la víctima a la investigadora por medio telefónico, la Fiscalía la intentó ingresar al juicio oral mediante su testimonio, pero sin solicitar su ingreso como prueba de referencia y, menos, explicando la causal excepcional que habilitaba su ingreso.

Sala Casación Penal@ 2023

En ese orden de las cosas, solo con estudiar las condiciones procesales que debía cumplir la Fiscalía para incorporar las declaraciones anteriores al juicio como prueba de referencia, se puede advertir que esas narraciones de los hechos no podían ser valoradas por los jueces de instancia, porque no se cumplió con las exigencias que establece el Código de Procedimiento Penal y ha desarrollado la Sala para la introducción de un medio de prueba de esas características.

7.5. Valoración de los medios probatorios legalmente aducidos en juicio y responsabilidad del enjuiciado

Así entonces, los juzgadores de primer y segundo grado emitieron decisión con fundamento en elementos de prueba que no podían ser valorados, porque no fueron debidamente incorporados, razón que obliga a la Sala a verificar si, con los elementos de prueba legalmente aducidos en juicio, es posible llegar a determinar la responsabilidad del procesado, más allá de toda duda, como lo establecieron las instancias.

7.5.1. Pruebas incorporadas en juicio

De la revisión exhaustiva del juicio se desprende que se practicaron las siguientes pruebas:

7.5.1.1. La estipulación de la plena identidad del acusado RAÚL MAURICIO GÓMEZ HENAO. Se sustentó con el certificado de preparación de la cédula de ciudadanía.

@Sala Casación Penal@ 2023

7.5.1.2. El testimonio de JOHN JAIRO HOYOS GARCÍA, en calidad de patrullero de la Policía Nacional, quien manifestó que el 15 de agosto de 2015 *"me asignaron un acto urgente por el delito de acceso carnal violento en el cual le correspondía recepcionar la denuncia y remitir la víctima a medicina legal"*.

Luego de ponerle de presente el Informe Ejecutivo FPJ-3 para que refrescara memoria, donde se encontraba plasmada la denuncia que realizó la víctima, HOYOS GARCÍA indicó que el 15 de agosto de 2015 LINA MARCELA le manifestó que *"el día anterior salió del trabajo a eso de las 7:00 p.m. y se encontró con un amiga con quien se fueron a Sabaneta a departir unos tragos, donde estuvieron un rato"*; *"después de eso fueron a otro lado ubicado en Envigado donde se quedaron hasta las 4:00 a.m."*; *"LINA MARCELA*

se dirigió a su residencia, ubicado en el barrio Villa Hermosa la Mansión, donde encuentra a su compañero sentimental totalmente furioso, el cual le hace reclamos sobre la hora de su llegada"; *"ella le explica lo que estaba haciendo, pero él no le cree y continúa furioso por lo que la obliga a practicarle sexo oral, la maltrata físicamente, cogiéndola del cuello, tratando de asfixiarla, le quita la ropa a la fuerza y le practica sexo anal"*; *"a eso de las 9:00 a.m. se levanta y su compañero sentimental tiene su celular, le pide que se lo desbloquee, que por qué tiene unos condones en el bolso, a lo que le responde que eso lo estaban regalando en el lugar donde estaban"*; *"la reacción del sujeto es dañarle el celular, ir a la cocina tomar un cuchillo y dañarle unos zapatos y nuevamente la agrede físicamente hasta que ella se escapa de la residencia para ocultarse donde una vecina"*.

Asimismo, el policía declaró que la víctima, luego de denunciar, *"se remite a medicina legal y se le da orden de protección"*, y que *"se notaba muy exaltada y triste"*. Además, que *"manifiesta que él es muy agresivo y obviamente la amenaza de que si ella se separa o lo deja que podrían llegar hasta la muerte"*.

Sala Casación Penal@ 2023

7.5.1.3. El testimonio de CARLOS MAURICIO BEDOYA GONZÁLEZ, en calidad de médico forense del Instituto Nacional de Medicina Legal, quien elaboró el reconocimiento médico legal de LINA MARCELA LIZARAZO HERRERA del 15 de agosto de 2015, el cual declaró que *"la paciente relató sobre los hechos que la noche anterior desde las 9:00 p.m. hasta las 3:00 a.m., aproximadamente, había estado consumiendo alcohol con una compañera-amiga, vodka con jugo de naranja, había llegado a las 4:00 a.m. a su lugar de residencia (…) le había revisado su vagina para evaluar si había tenido relaciones sexuales con algún hombre (…) le había metido los*

dedos en la vagina y la había olido (…) como a él no le había gustado como le hacía el sexo oral entonces le había pegado una cachetada, ella comenzó a llorar y para callarla le tapaba la boca y la ahorcaba (…) le quitó los interiores y las medias veladas, dejándole el vestido y la penetró por el ano, que le había pegado y arrastrado (…) se había quedado dormida (…) que cuando se levantó entre las 9:00 y 9:30 am le había revisado el celular y se lo había dañado con un cuchillo (…) al orinar y al defecar, al limpiarse, notó sangre (…) se escapó para donde una amiga".

Asimismo, expuso que *"en el examen físico encontró múltiples lesiones en la cavidad oral, en el cuello, en ambos miembros superiores e inferiores, en el seno izquierdo, en la región de los glúteos y puntualmente, en el área genital, lo que era el introito vaginal y los labios no había estigmas de traumas recientes, pero al evaluar el esfínter anal se encontraron algunas laceraciones (fisuras) hemorrágicas en la piel del esfínter anal".*

Sala Casación Penal@ 2023

Igualmente, indicó que, al momento de la evaluación médica, *"aproximadamente 14 o 15 horas después, no presentaba signos clínicos de embriaguez y que a nivel vaginal no tenía lesiones, pero a nivel anal si presentaba las laceraciones descritas, tomando frotis de la región perianal y una muestra de sangre para posibles cotejos de ADN, ya que no se había bañado, no se había cambiado y no usaba ropa interior (…) le otorgó una incapacidad de 10 días".*

Finalmente, a la pregunta de la defensa: (i) *"¿Los hallazgos encontrados que usted observó en este caso son posibles encontrarlos en una relación sexual consentida sí o no?*, declaró: *"si";* y, (ii) a la pregunta de la fiscalía: *¿de acuerdo a su experiencia, a lo consignado por usted en todo el informe, en lo* ***narrado por la***

paciente en la anamnesis *y a toda esa descripción de hallazgos plasmados por usted en su informe (…) podría obedecer a una relación sexual consentida?*, respondió: *"podría en casos de sadomasoquismo presentarse lesiones así, pero dentro* ***del relato y lo descrito*** *y en el examen físico, más los hechos de que ella en el momento de lo sucedido y después de haberse volado para donde una amiga, pues hay completa congruencia entre el relato y los hallazgos de las lesiones".*

Asimismo, procedió a hacer lectura integra del dictamen pericial, el cual se pondrá de presente más adelante por lo innecesaria de su transcripción en dos oportunidades.

7.5.1.4. El informe pericial del 15 de agosto de 2015, elaborado por CARLOS MAURICIO BEDOYA GONZÁLEZ, médico forense del Instituto Nacional de Medicina Legal, en el que se describe lo siguiente:

@Sala Casación Penal@ 2023

> *"RELATO DE LOS HECHOS: La examinada refiere que ayer estuvo con una amiga tomando vodka con jugo de naranja entre las 9:00 pm y las 3:30 am, media botella entre las dos, hoy a las 4:00 am llegó a su casa, su esposo la estaba esperando y la revisó para mirar si había tenido relaciones con algún hombre, dice que le metió los dedos en la vagina y la olió, luego le dijo que le hiera sexo oral, ella se lo hizo y a él no le gustó entonces le pegó una cachetada, empezó a llorar y para callarla le tapaba la boca y la ahorcaba, luego le quitó las medias veladas y los interiores, le dejó puesto el vestido, la volteó y la penetró por el ano, no sabe si eyaculó. En la mañana al entrar al baño a orinar y al limpiarse notó sangre, luego al defecar y limpiarse también notó sangre. Después de llorar mucho se quedó dormida. Al despertar a las 9:30 am él le revisó el celular y se lo dañó con un cuchillo, ella se voló para donde una vecina, pero antes la había arrastrado por las escalas. No se ha bañado, so se*

ha cambiado de ropa, dice que no tiene interiores desde el momento de los hechos. Vino sola y no tiene ropa de cambio.

ANTECEDENTES: Medico legales: ninguno. Patológicos. Niega estreñimiento o hemorroides. Quirúrgicos: Implantes mamarios y glúteos. Traumáticos: ninguno. Antecedentes Ginecológicos: No se encuentra embarazada. Menarquia: 11 años. Ciclos: irregulares. Fecha de la última menstruación: 2015-08-03. Gravidez: 2. Partos. 0. Abortos: 2. Vivos: 0.

Antecedentes sexuales: Relaciones sexuales en la semana inmediatamente anterior a los hechos: Vaginal 2015-08-10, con su compañero sentimental, eyaculación intravaginal. No usó condón.

Métodos empleados por el agresor: golpes.

Hechos relacionados con el uso de sustancias embriagantes SÍ: víctima, lo anotado en el relato. Actividades Sexuales y Relaciones: tocamientos, desnudez forzada, retiro de medias veladas e interiores.

Historia de penetración: Pene: Cavidad oral y ano.

Objeto diferente: dedos en cavidad oral.

Historia de Eyaculación: No sabe. No sabe si usó condón. No sabe si usó lubricantes.

Actividades posteriores a los hechos: Ingirió alimentos o bebidas, defecó.

Síntomas o molestias relacionadas con los hechos: dolor anal.

Atención en servicio de salud: No recibió atención en un servicio de salud.

EXAMEN DE LA CAVIDAD ORAL: Último diente erupcionado. Presenta los terceros molares superiores e inferior izquierdo (Permanente), fase de erupción dentaria. Incisal u Oclusal.

DESARROLLO DE CARACTERES SEXUALES SECUNDARIOS: Desarrollo mamario: completo, proyección papila, vello axilar: rasurado. Vello púbico: Rasurado.

Datos Antropométricos: Peso: 53 kg. Talla. 157 cm.

EXÁMEN MÉDICO LEGAL: Buen estado general, tranquila, consciente, alerta, orientada, leguaje coherente.

-Neurológico: sin eritema conjuntival, sin aliento alcohólico, sin disartria, sin alteración de la convergencia ocular, pruebas de movimiento rápidos alternos normales, marcha normal.

- Órganos de los sentidos: Otoscopias sin petequias.

Cara, cabeza, cuello: Múltiples equimósis rojizas menores de 1 cm de diámetro en la región submandibular derecha y paratiroideas derecha e

Sala Casación Penal 2023

izquierda. No hay presencia de lesiones petequiales palpebrales ni hemorragias subconjuntivales.

-Cavidad oral: Equímosis petequiales en la mucosa yugal derecha e izquierda, también del labio inferior en la zona central y laceración superficial hemorrágica del frenillo del labio superior.

-Senos: Equímosis difusa y mal definida de aspecto petequial y aproximadamente 3 cm de diámetro, periareolar, en la unión de los cuadrantes superiores de la mama izquierda.

-Región glútea: Cuatro escoriaciones lineales superficiales paralelas, de entre 4 y 5 cm de longitud verticales, en la región externa del glúteo izquierdo.

-Miembros superiores: Brazo derecho con una equímosis de 1 cm de diámetro en la región anterior proximal, dos equímosis entre 1 y 1.5 cm de diámetro en la región distal del antebrazo derecho. Hombro izquierdo con equímosis irregular de 4x2 cm en la región externa del deltoides. Brazo izquierdo con equímosis lineal longitudinal eritematosa de 4x0.2 cm en la región externa distal. Equímosis de 1 cm de diámetro en la región interna del codo izquierdo. Abrasión superficial irregular de 2x2 cm en la región posterior proximal del antebrazo izquierdo. Dos equímosis menores de 1 cm en la región interna distal del antebrazo izquierdo.

-Miembros inferiores. Muslo derecho con abrasiones superficiales de entre 3 y 4 cm en la región anteroexterna proximal y dos en la región anterior distal. Abrasión lineal vertical de 2 cm en la región externa distal de la pierna derecha. Abrasión superficial de 7x2 cm en la región externa distal del muslo izquierdo. Tres equimósis de aproximadamente 1 cm de diámetro cada una en la región pretibial izquierda. Tres excoriaciones superficiales eritematosas verticales y paralelas de aproximadamente 4 cm en la región externa distal de la pierna derecha. Abrasiones superficiales irregulares menores de 2 cm en la región externa distal de la pierna izquierda.

EXAMEN GENITAL: Genitales externos femeninos normoconfigurados: Vello púbico: Rasurado. Posición para el examen: litotomía. Región púbica, labios mayores, labios menores, horquilla vulvar, clítoris, meato urinario, vagina periné y región inguinal. Sin estigmas de trauma.

Himen: con desgarros antiguos múltiples cicatrizados. No presenta signos de contaminación venérea.

Sala Casación Penal 2025

EXAMEN ANAL Y PERIANAL: Posición para el examen: supina. Hallazgos: Forma: Circular. Tono: Normal. Descripción y ubicación de lesiones: cuatro laceraciones de lecho hemorrágicas en los pliegues anales tres hacia las seis una hacia las doce del reloj. Contaminación venérea: No hay signos.

ANÁLISIS, INTERPRETACIÓN Y CONCLUSIONES

Valoración de embriaguez: examen clínico negativo para embriaguez aguda y se hace innecesaria la toma de muestras para laboratorio.

Valoración de edad: Hallazgos para una edad clínica aparente de 25 a 30 años.

Valoración de lesiones: Mecanismos traumáticos de lesión. Contundente, Abrasivo.

Incapacidad médico legal DEFINITIVA: DIEZ (10) DÍAS. Sin secuelas médico legales al momento del examen,

Presenta cuatro laceraciones superficiales hemorrágicas en los pliegues anales, sin hemorroides.

Se tomaron muestras de sangre por punción digital para ADN de referencia y frotis perianal para análisis de espermatozoides.

SUGERENCIAS Y/0 RECOMENDACIONES: Se remite a la Casa de la Mujer para valoración del riesgo de muerte por violencia de pareja".

Sala Casación Penal 2023

7.5.1.6. El testimonio de NATALIA AGUDELO INCAPIÉ, microbióloga del Instituto Nacional de Medicina Legal, quien manifestó que *"llegaron al laboratorio 2 muestras que consistían en un frotis perianal (para identificar fluidos) y una tarjeta FTA tomada a la víctima"*. Asimismo, indicó que en el análisis halló semen de un hombre, sin determinar a quién correspondía.

7.5.1.7. El informe pericial de biología forense elaborado el 6 de noviembre de 2015 por la microbióloga NATALIA AGUDELO INCAPIÉ, en el que se describe lo siguiente:

"MOTIVO DE LA PERITACIÓN:

búsqueda e identificación de espermatozoides

(…)
HALLAZGOS:
Se observan 5 espermatozoides en la preparación
IDENTIFICACIÓN DE LOS RESULTADOS.
ID EMP 2: Positivo para espermatozoides.
CONCLUSIONES:
En las muestras de los aplicadores con frotis perianal (ID EMP1) tomados a LINA MARCELA LIZARAZO HERRERA se detectó semen
OBSERVACIONES:
Los resultados obtenidos se relacionan únicamente con los EMP analizados.
En caso de requerir cotejo genético es necesario contar con la muestra de referencia del indiciado y la solicitud firmada por el discal encargado del caso.
(…)
REMANENTES, CONTRAMUESTRA O MATERIAL DE APOYO:
Los remanentes de las muestras analizadas, una (1) tarjeta FTA como muestra de referencia y dos (2) aplicadores con frotis vaginal, se guardan en el almacén de evidencia del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Regional Noroccidente y quedan a disposición de la autoridad".

Sala Casación Penal 2023

7.5.1.8. La declaración de CLAUDIA AMPARO TAMAYO SEPULVEDA, investigadora de la Fiscalía, en la que manifestó que en las labores investigativas encomendadas en una llamada le hizo unas preguntas a LINA MARCE LIZARAZO HERRERA, quien le suministró los datos del procesado y le narró algunas circunstancias así: *"los datos personales y familiares fueron suministrados en el mes de mayo de 2016 vía telefónica por la señora LINA MARCELA LIZARAZO HERRERA, quien había sido la compañera sentimental";* a la pregunta: *"¿quién era ella?"*, respondió: *"ella en el proceso la víctima"*, a la pregunta: *"que datos le suministró ella"*, respondió: *"nombres completos, cedula nombre de los padres, estudios, grado de escolaridad, que en la actualidad,*

para esa fecha, mayo de 2016, se encontraba detenido en el patio número 4 del centro penitenciario y carcelario Bella Vista por un proceso de violencia intrafamiliar que es donde ella era víctima; a la pregunta: *¿le informó algo más sobre la ocupación o el modus vivendi del procesado?,* respondió: *"informó que para antes de que ocurrieran esos hechos ella vivía con él en una casa de su propiedad (…) ella para esa fecha se encontraba trabajando en Bancolombia, que prácticamente él se dedicaba, dentro de sus estudios, tenía estudios en artes, que era bachiller y a veces trabaja en publicidad (…) ella manifestó que las relaciones familiares eran regulares, no manejaba buenas relaciones con los familiares o los vecinos, que casi no se relacionaba, ella también informó vía telefónica (…) manifestaba que el señor Mauricio desde la cárcel estaba haciendo llamadas tanto a su teléfono celular como a su teléfono fijo (…) concretamente la intimidaba para que no continuara con los procesos donde ella aparecía como denunciante o víctima, que era el de violencia intrafamiliar y el de acceso carnal violento".* Agregó que, sobre los procesos adelantados en contra del procesado que mencionó la víctima, que para *"corroborar la información yo consulte el sistema del ESPOA al cual nosotros tenemos acceso".*

Sala Casación Penal@ 2023

7.5.2. Pruebas legalmente introducidas en juicio y susceptibles de valoración

7.5.2.1. Importa precisar, en primer lugar, que, si bien las entrevistas, denuncias o declaraciones recibidas por miembros de la Policía Nacional o investigadores de la Fiscalía en desarrollo de las actividades de policía judicial, respectivamente, contenidas en el informe ejecutivo que condensa los actos urgentes realizados una vez se tiene conocimiento de la comisión de un delito (art. 205 Ley 906 de 2006), no son susceptibles de valoración, salvo que se

integren a la declaración del testigo como objeto de impugnación de su credibilidad (arts. 347, 393 b. y 403-4 *ibidem*). El conocimiento directo de los hechos que perciban dichos funcionarios sí constituye una fuente susceptible de ser apreciada como prueba. Desde luego, siempre y cuando dicha información sea puesta de presente por el investigador en su comparecencia a juicio, en los términos del artículo 399 *ibidem*[8].

Asimismo, las declaraciones anteriores al juicio que han sido recibidas por los miembros de la policía judicial o investigadores y que son ingresadas y practicadas legalmente en el juicio como prueba de referencia, a través del testimonio del que la recibió, integran el acervo probatorio susceptible de valoración por el juez, con las limitaciones de la tarifa legal negativa que impone el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, sobre la prueba de referencia.

En ese orden de ideas, en este caso, es claro que lo único plausible de valoración por parte de la Sala sobre el testimonio del policía judicial y la investigadora que recibieron la denuncia de la víctima y la entrevista telefónica, respectivamente, se limita a aquello que ellos hubieran percibido directamente con sus sentidos, toda vez que las declaraciones extra-juicio no fueron incorporadas como prueba de referencia. Además, en el caso puntual de la denuncia, solo fue utilizada para refrescar memoria e impugnar credibilidad sobre los hechos contados por la víctima en su denuncia, lo cual no implicó la introducción de ningún suceso narrado por ella.

Sala Casación Penal@ 2023

[8] SP4817-2021, Rad. 49997, 27 oct. 2021.

Por esa razón, a través de la declaración de JOHN JAIRO HOYOS GARCÍA, en calidad de patrullero de la Policía Nacional, únicamente se demuestra que el 15 de agosto de 2015, LINA MARCELA LIZARAZO HERRERA presentó denuncia, que ella se encontraba *"muy exaltada y triste"* y que él la remitió a medicina legal y le otorgó una orden de protección.

Las demás partes del testimonio tienen relación, únicamente, con los hechos narrados en la denuncia presentada por la víctima y que se intentaron incorporar subrepticiamente a través del testigo para que fueran valorados; no obstante, como se ha advertido, esa alocución sobre los hechos solo podía ser introducida al juicio como prueba de referencia.

Lo mismo ocurre con la declaración de la investigadora de la Fiscalía General de la Nación, CLAUDIA AMPARO TAMAYO SEPULVEDA, pues nótese que la mayor parte de su relato en juicio oral esta nutrido por una entrevista telefónica realizada a LINA MARCELA LIZARAZO HERRERA, que, como ya se dijo, no puede ser valorada como prueba de referencia.

Sala Casación Penal@ 2023

Por esa razón, lo único susceptible de valoración sobre la declaración de TAMAYO SEPULVEDA, es lo narrado sobre lo que percibió al revisar el ESPOA, donde evidenció que en contra del procesado cursan dos procesos donde funge como víctima LINA MARCELA LIZARAZO HERRERA, uno por violencia intrafamiliar y otro por acceso carnal violento, que es el que acá se estudia.

7.5.2.2. De otro lado, la Sala, en relación con la base fáctica de los dictámenes periciales, tiene decantado que en el informe pericial se suelen relacionar, de una parte, hechos percibidos

directamente por el perito, como cuando éste emite opiniones sobre los hallazgos médicos a partir de la observación y análisis personal de las heridas causadas, caso en el cual ha tenido conocimiento *personal y directo* de las mismas; y, de otra parte, datos o información fáctica suministrada por otros medios de prueba, como declaraciones de testigos o relatos sobre la conducta investigada que la examinada ofrece a los peritos en las valoraciones médicas.

Las versiones recibidas por los peritos médico-legales en el abordaje forense, conocidas como anamnesis, por tratarse de declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, solo pueden tener la condición de pruebas de referencia, en caso de ser incorporadas bajo las condiciones previstas en los artículos 437 y siguientes de la Ley 906 de 2004[9]; no obstante, en caso de que no sea incorporadas de esa manera, a estas no se les puede otorgar ningún valor probatorio, ni a las conclusiones a las que el perito llegue con fundamento en ellas, cuando no hagan parte de su percepción personal y directa, sino de la estimación de un relato que no puede ser apreciado por el juzgador, porque no fue incorporado legalmente.

Sala Casación Penal@ 2023

Al respecto, la Sala en providencia SP2709-2018, Rad. 50637, del 11 de julio de 2018, aclaró, frente a la base fáctica del dictamen, lo siguiente:

> *"La base fáctica del dictamen está constituida por los hechos o datos sobre los que el experto emite la opinión. Por ejemplo: (i) la presencia y ubicación de las heridas en el cuerpo de la víctima pueden ser insumos*

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

suficientes para que el médico legista explique la causa de la muerte; (ii) la localización de la víctima para cuando fue atropellada por un automotor, la ubicación final del cuerpo, las características del rodante, la extensión de la huella de frenada, etcétera, le pueden permitir a un físico calcular la velocidad que el procesado le imprimía al automotor en los momentos previos al accidente; (iii) las reacciones de la persona sometida a un evento traumático pueden resultar útiles para que el experto en la respectiva disciplina dictamine sobre las afectaciones de orden psíquico derivadas de la conducta punible; etcétera.

La base fáctica del dictamen puede estar conformada por lo que el perito percibe directamente[10]*, como sucede, verbigracia, con los médicos legistas que estudian un cadáver y, a partir de esa información y de sus conocimientos especializados, emiten una opinión sobre la causa de la muerte. Igual sucede, también a manera de ilustración, con el perito en mecánica automotriz que inspecciona un vehículo involucrado en un accidente y, luego, aplica su experticia a los datos obtenidos, para arribar a una determinada conclusión. En estos casos,* ***el perito es testigo de los hechos o datos a partir de los cuales emite su opinión, los cuales, en sí mismos, son relevantes para tomar la decisión, bien porque tengan el carácter de hechos jurídicamente relevantes o de "hechos indicadores"*** *(…).*

@Sala Casación Penal 2025

Es igualmente posible que ***la base fáctica del dictamen esté conformada por hechos que son demostrados en el juicio oral a través de otros medios de prueba****. Por ejemplo, el físico que se basa en lo expresado por los testigos en torno a la ubicación de la víctima para cuando fue atropellada, la posición final del cuerpo y, en general, los datos a partir de los cuales pueda dictaminar sobre la velocidad del automotor. En estos eventos, el dictamen se rendirá en el juicio oral, tal y como lo dispone el artículo 412 de la Ley 906 de 2004: "Las partes solicitarán al juez que haga comparecer a los peritos al juicio oral y público, para ser interrogados o contrainterrogados en relación con los*

[10] A diferencia del denominado testigo técnico, el perito percibe estos aspectos en el ejercicio de su rol.

informes periciales que hubiesen rendido, o para que los rindan en la audiencia[11]".

En los dos ejemplos anteriores, la parte contra la que se aduce el dictamen tendría la oportunidad de ejercer la contradicción y la confrontación frente a las pruebas destinadas para demostrar la base fáctica del dictamen. ***Si el perito percibió directamente esos hechos o datos, podrá ser contrainterrogado sobre el particular, sin perjuicio de la utilización de otras herramientas jurídicas para impugnar su credibilidad*** *(…).* ***Si los aspectos factuales sobre los que se emite la opinión son demostrados con otras pruebas (testimonios, documentos, etcétera), las mismas deben practicarse con apego al debido proceso.***

El dictamen pericial puede ser excluido, rechazado o inadmitido (CSJ AP, 07 Mayo 2018, Rad. 51882) si su base fáctica está soportada en pruebas que no reúnan los requisitos legales para su práctica o incorporación. Así, por ejemplo, ***el experto en física no podría dictaminar sobre la velocidad de un vehículo involucrado en un accidente de tránsito en el que haya fallecido una persona, si los fundamentos factuales del concepto están soportados en evidencia inadmisible (declaraciones anónimas, pruebas excluidas por haber sido obtenidas con violación de derechos fundamentales, etcétera).*** *De lo contrario, el dictamen pericial podría ser utilizado como un mecanismo subrepticio para incorporar pruebas en contravía del ordenamiento jurídico, o, visto de otra manera, para demostrar algunos elementos estructurales del tema de prueba con medios de conocimiento violatorios del debido proceso.*

Con frecuencia, principalmente en este tipo de casos, el dictamen pericial recae sobre la declaración de un menor de edad (CSJSP, 09 Mayo 2018, Rad. 47423, entre otras). En estos eventos, pueden presentarse variables como las siguientes: (i) si el niño declara en el

Sala Casación Penal @ 2023

[11] Negrillas fuera del texto original.

juicio oral, es razonable que el dictamen recaiga sobre esa versión[12]*; (ii) cuando ello sucede, no se discute que la versión del menor constituye uno de los medios de prueba en que puede basarse la sentencia; (iii) la opinión del experto puede referirse a una declaración rendida por el niño por fuera del juicio oral (ídem); y (iv)* ***si la parte pretende que esa versión sea valorada como prueba, debe solicitar su incorporación con apego a las reglas de la prueba testimonial,*** *que serán analizadas en el numeral 6.3.*

(…)

No obstante, ***debe aclararse que si las partes pretenden hacer valer como prueba el contenido de la anamnesis (o cualquier otra declaración plasmada en esos reportes) para demostrar uno o varios de los elementos estructurales del tema de prueba (como cuando el paciente afirma que una determinada persona lo lesionó o lo sometió a abuso sexual), debe agotar los trámites previstos para la incorporación de declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, que serán analizados en el próximo apartado****".* (Negrilla fuera del texto original)

Sala Casación Penal 2025

En síntesis, frente a la base fáctica del dictamen, cabe resaltar lo siguiente: (i) salvo que el perito sea llevado a juicio con el único propósito de explicar unas determinadas reglas "técnico-científicas", para que el Juez las aplique a una específica realidad fáctica, los expertos suelen emitir opiniones sobre unos hechos en particular; (ii) la base fáctica del dictamen puede coincidir con hechos que integren el tema de prueba; (iii) la base fáctica puede demostrarse con el testimonio del perito, cuando este ha tenido conocimiento "personal y directo" de la misma, como sucede con

[12] Tal y como se indicó en el numeral 6.2.2, el artículo 412 de la Ley 906 de 2004 consagra la posibilidad de que el dictamen se rinda en el juicio, lo que adquiere mayor relevancia cuando el perito debe basarse en información suministrada en ese escenario procesal.

las observaciones que hace el médico legista en el cadáver de la víctima, a partir de las cuales emite su opinión sobre la causa de la muerte; (iv) también puede demostrarse con las pruebas legalmente practicadas en el juicio oral; (v) el dictamen pericial no puede convertirse en un instrumento para incorporar de forma subrepticia pruebas inadmisibles o, de cualquier otra manera, violatorias del debido proceso; (vi) cuando el dictamen recae sobre una declaración atinente a los hechos que integran el tema de prueba, y la parte pretende que la misma sea valorada como soporte de su "teoría del caso", no le basta con solicitar el decreto de la prueba pericial, también debe solicitar la incorporación de la declaración anterior al juicio oral, según las reglas del debido proceso.

En el presente caso, el médico legista, en su intervención durante el juicio oral, se refirió, en primer término, al relato que la víctima suministró sobre los hechos investigados, narración que no puede ser valorada, porque, como se dijo, solo podía aducirse como prueba de referencia y ese trámite lo omitió la fiscalía.

Sala Casación Penal@ 2023

Entonces, lo que es susceptible de la valoración es todo aquello que el perito percibió directamente y que tiene que ver con todo lo que advirtió con sus sentidos, lo cual fue puesto de presente con claridad con antelación. Justamente, como se trató de un dictamen médico legal, este tenía como base fáctica directa el examen físico de la víctima y, sobre esto, enunció sus hallazgos.

Por esa razón, es válido afirmar que de la declaración de CARLOS MAURICIO BEDOYA GONZÁLEZ y su dictamen pericial

se puede extraer que el 15 de agosto de 2015, día en que fue examinada la víctima: (i) se encontraba en *"buen estado general, tranquila, consciente, alerta, orientada, leguaje coherente";* (i) no tenía ninguna secuela neuronal aparente; (iii) los sentidos se encontraban en estado normal; (iv) a nivel corporal tenía distintas lesiones en la región submandibular, en la mucosa yugal derecha e izquierda, en el labio inferior, en el labio superior, en la mama izquierda, en el glúteo izquierdo, en el brazo derecho, en el hombro izquierdo, en el brazo izquierdo, en el codo izquierdo, en el antebrazo izquierdo, en el muslo derecho, en el muslo izquierdo; (v) no presentaba lesiones recientes en la vagina; (vi) presentaba lesiones anales consistentes *"en cuatro laceraciones de lecho hemorrágicas en los pliegues anales tres hacia las seis una hacia las doce del reloj";* (vii) *"las lesiones corporales se ocasionaron con "mecanismos traumáticos de lesión. Contundente, Abrasivo", "lo cual le ocasionó incapacidad médico legal de 10 días"; y,* (viii) se realizó un frotis perianal a la víctima.

@Sala Casación Penal@ 2023

7.5.2.3. De otro lado, a través de la declaración y el dictamen pericial de la microbióloga NATALIA AGUDELO INCAPIÉ, se logró establecer que el 15 de agosto de 2015 en el ano de la víctima había semen de un hombre, toda vez que del frotis realizado en el ano se determinó que había 5 espermatozoides.

7.5.2.4. Finalmente, de la declaración de CLAUDIA AMPARO TAMAYO SEPULVEDA, investigadora de la Fiscalía, se logró determinar que el procesado estaba siendo procesado por el delito de violencia intrafamiliar, donde la víctima también era LINA MARCELA LIZARAZO HERRERA.

7.5.3. Análisis de la responsabilidad del procesado

7.5.3.1. El régimen probatorio contenido en Ley 906 de 2004, demanda que para proferir sentencia condenatoria el juez, a partir de las pruebas practicadas y controvertidas en su presencia, debe llegar al conocimiento, más allá de toda duda razonable, acerca del delito y de la responsabilidad del acusado. En caso de advertir duda, siempre que sea de tal entidad que le impida predicar la concurrencia de alguno de esos aspectos, la ley establece como alternativa acudir al principio de *in dubio pro reo*, esto es, resolver la incertidumbre probatoria en punto de demostración de la verdad, a favor del acusado[13].

Con el fin de corroborar en este asunto la concurrencia de los presupuestos indicados, resulta de interés examinar el contenido de los medios de prueba legalmente aducidos en juicio de manera conjunta, bajo parámetros de sana crítica.

Sala Casación Penal@ 2023

7.5.3.2. De esa manera, lo primero es aclarar los hechos que, a partir de los medios de prueba legalmente aducidos en juicio, son demostrados. Para ello, la Sala elaborará la siguiente secuencia de sucesos probados objetivamente dentro de la actuación, separándose de las declaraciones anteriores al juicio oral, incorporadas con violación del debido proceso, así:

(i) El 15 de agosto de 2015 LINA MARCELA LIZARAZO HERRERA se acercó a la URI ubicada en el centro de Medellín, a denunciar a su compañero sentimental RAÚL MAURICIO GÓMEZ HENAO, en contra de quien se adelantaba otro proceso por violencia intrafamiliar;

---

[13] CSJ SP, 27 ene. 2021, rad. 47911.

(ii) La denuncia fue recibida por el Policía Judicial JOHN JAIRO HOYOS GARCÍA;

(iii) LIZARAZO HERRERA, al contar los hechos, se notaba exaltada y triste;

(iv) HOYOS GARCÍA, luego de recibir la denuncia, la remitió a medicina legal y le otorgó una orden de protección;

(v) Ese mismo día, el médico forense CARLOS MAURICIO BEDOYA GONZÁLEZ le realizó un examen físico dentro del cual se hallaron distintas lesiones ocasionadas con mecanismo contundente y abrasivo en la región submandibular, en la mucosa yugal derecha e izquierda, en el labio inferior, en el frenillo del labio superior, en la mama izquierda, en el glúteo izquierdo, en el brazo derecho, en el hombro izquierdo, en el brazo izquierdo, en el codo izquierdo, en el antebrazo izquierdo, en el muslo derecho y en el muslo izquierdo. Particularmente, presentaba lesiones anales, sobre las cuales no se precisó el mecanismo de lesión, consistentes en cuatro laceraciones de lecho hemorrágicas en los pliegues anales, tres hacia las seis y una hacia las doce del reloj. El médico, igualmente, le toma un frotis perianal o, en palabras más sencillas, una muestra de residuos alrededor del ano.

Sala Casación Penal@ 2023

(vi) Las lesiones le ocasionaron incapacidad médico legal de 10 días, sin secuelas.

(vii) Alrededor del ano de LIZARAZO HERRERA fue hallado semen de hombre.

De acuerdo con los hechos demostrados, estudiados en su conjunto, se puede establecer que LINA MARCELA LIZARAZO HERRERA el 15 de agosto de 2015 presentó denuncia en contra del procesado y que el mismo día le hallaron lesiones en distintas partes del cuerpo, entre ellas unas laceraciones anales y, alrededor de esa cavidad, se encontraron restos de espermatozoides. Situación fáctica que, se puede decir desde ya, está muy alejada de la que pretendió probar la fiscalía.

7.5.3.3. De acuerdo con lo expuesto, solo quedan algunos datos claramente insuficientes para emitir la condena, toda vez que los hechos demostrados no logran el estándar legal (más allá de toda duda razonable) para dilucidar la participación y la responsabilidad del procesado en los hechos endilgados, pues no dan cuenta de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron.

Sala Casación Penal@ 2023

De ninguna manera se demuestra que la víctima hubiera sido accedida por el procesado de forma vaginal, oral y analmente, sin su consentimiento y que eso hubiera ocurrido momentos antes de la realización del examen médico legal.

No hay ningún rastro de que la víctima hubiera sido accedida vaginalmente, en tanto, de los dictámenes periciales, que son los únicos elementos de prueba que algo podrían indicar con contundencia, ningún vestigio se halló de que un hombre le hubiera introducido los dedos en la vagina y, mucho menos, que el autor de ese acto hubiera sido el procesado.

Tampoco se encuentran pruebas de que la víctima hubiera sido accedida vía oral, en la medida en que, si bien del dictamen

médico legal se extrae que tenía algunas lesiones en su boca, no se encontró que estas fueran producto de la introducción del miembro viril de un hombre vía oral, que no hubiera existido consentimiento para ello y, menos, que ese hombre hubiera sido el procesado.

El médico legista de forma clara concluye en su dictamen que se hallaron lesiones externas (extremidades, cuello, boca, etc.) e internas (ano) en el cuerpo de la víctima. Sobre las lesiones externas define con claridad con que mecanismos podrían haber sido causadas (*"contundente, abrasivo")*.

Sobre las fisuras anales, concretamente, no determinó cuál había sido el mecanismo con el que se causaron estas y, menos, que estas correspondieran a lesiones causadas por la introducción del miembro viril de un hombre o de algún otro objeto, lo que descartaría, de entrada, la existencia de penetración anal.

Sala Casación Penal@ 2023

La inexistencia de penetración anal sigue cobrando vigencia al analizar en conjunto la anterior experticia con el resultado del frotis tomado alrededor del ano por el médico legista y estudiado por la microbióloga, el cual permite concluir que los espermatozoides se hallaron alrededor de este y no dentro, circunstancia que impide mostrar con certeza que el miembro viril penetró la cavidad anal, pero que hace posible determinar que LIZARAZO HERRERA participó en un evento sexual con un hombre, a quien pertenecía el fluido encontrado en el cuerpo de la víctima.

Entonces, de manera objetiva y desde la perspectiva técnico-científica, no se desprende con certeza que la víctima hubiera sido penetrada vía anal sin su consentimiento, dejando el hecho de que eso ocurrió en una completa incertidumbre o en una mera probabilidad o hipótesis sin capacidad demostrativa.

No obstante, la anterior conclusión no es la única a la que es posible llegar al evaluar los elementos de prueba, pues la Sala no desconoce que existen algunos hechos indicadores que permiten deducir hechos consecuentes con la ocurrencia de un episodio sexual violento en el que participó la víctima y un hombre no identificado, de los cuales se puede desprender otra hipótesis sobre los sucesos que, al final, terminan fortaleciendo la duda.

En efecto, los elementos de prueba dan cuenta de que (i) la víctima presentó lesiones en diversas partes en su cuerpo (boca, brazos, muslos y ceno izquierdo), ocasionadas con mecanismo contundente; (ii) se hallaron en la cavidad anal de LINA MARCELA LIZARAZO HERRERA algunas fisuras anales; y, (iii) alrededor de la cavidad anal de LIZARAZO HERRERA se encontraron espermatozoides.

Sala Casación Penal@ 2023

De esos hechos indicadores se deriva, a diferencia de lo planteado por la Sala en la hipótesis inicial, que la víctima tuvo un encuentro o un episodio sexual violento con un hombre, que "posiblemente" incluyó penetración anal, debido al semen encontrado en la periferia del ano de la víctima, las fisuras halladas dentro de aquella cavidad y las diversas lesiones ocasionadas con mecanismo contundente en la parte externa de su cuerpo.

Justamente, (a) las fisuras al interior del ano y el semen encontrado en la periferia de este pueden dar cuenta de que el líquido seminal expulsado se encontró en dicha cavidad por el ingreso del pene de un hombre en el ano de la víctima, lo cual ocasionó las fisuras allí encontradas, y (b) las lesiones en distintas partes del cuerpo corresponden a golpes ocasionados por el mismo sujeto en el desarrollo de las relación sexual, lo cual da cuenta de que fue un encuentro sexual agresivo y desaforado.

De todas formas, las diversas deducciones refuerzan la duda sobre la ocurrencia de los hechos jurídicamente relevantes, porque en las dos hipótesis planteadas se sigue desconociendo si existió o no consentimiento de la víctima y quién es el sujeto que participó en aquel hecho.

Por lo mismo, la conjetura, hipótesis o suposición realizada por el médico legista en su declaración, sobre la probabilidad de que las lesiones correspondieran a una relación sexual consentida sadomasoquista, no cobra relevancia para demostrar los hechos jurídicamente relevantes, en la medida de que esa atestación, además de no ser certera, no refiere que la víctima hubiese sido penetrada analmente, tampoco que hubiera sido sin su consentimiento (requisitos indispensables para la configuración del acceso carnal) y, menos, que el procesado hubiese participado en el encuentro sexual.

Sala Casación Penal@ 2023

Los anteriores aspectos, implican que sea imposible la configuración de la conducta punible endilgada con fundamento en lo demostrado en este caso, porque ni siquiera se probó con certeza que la mujer hubiese sido penetrada con el miembro viril

de un hombre de forma oral, vaginal o anal. Y, en todo caso, si demostrado estuviera que la víctima fue accedida carnalmente, los dictámenes periciales no logran esclarecer si el acceso carnal fue sin su consentimiento y en caso de haber ocurrido así, quién fue el autor de este.

No se descarta que la denuncia fue presentada el 15 de agosto de 2015 y que el examen físico de medicina legal fue realizado el mismo día, pero eso no prueba que las lesiones físicas que quedaron demostradas ocurrieran aquel día o días pasados, es decir, el momento en que ocurrieron los hechos queda en una indeterminación temporal indescifrable, aunada a la ya incertidumbre sobre la existencia o no se una penetración anal, si esta fue consentida o no y si el procesado es autor de esta.

El médico legista, luego de su estudio técnico científico, no concluyó en su dictamen cuándo fueron ocasionadas las fisuras anales y las lesiones corporales externas y la microbióloga no determinó cuanto tiempo llevaban los espermatozoides en el lugar encontrados, lo cual habría servido para establecer, al menos, el momento de los hechos.

Sala Casación Penal@ 2023

Mucho menos es posible conocer el lugar de los sucesos, porque las experticias y las declaraciones, en lo que son susceptibles de valoración, nada aportan sobre este aspecto que también aportaría elementos de juicio al proceso y, sobre todo, a despejar las dudas sobre los hechos jurídicamente relevantes que le fueron endilgados al procesado.

7.5.3.4. En gracia de discusión, el hecho de que la víctima se hubiera acercado a denunciar al procesado podría, desde la

precaria información probatoria que logró recaudar la fiscalía legalmente, tener un sin número de hipótesis, que, finalmente, solo demuestran que el procesado fue denunciado, sin conocer por qué hechos o razones, pues estos legalmente no fueron introducidos como prueba de referencia, como lo habría podido solicitar el ente acusador.

Esto quiere decir que el hecho de que la víctima se acercara a denunciar no implica *per se* que lo que se halle en su cuerpo, luego de un estudio forense, sea producto de las acciones de la persona a quien denunció, o que la denuncia hubiera estado encaminada o razonada en hechos relacionados con lo encontrado en el examen físico de la víctima, sobre todo, cuando no hay pruebas que demuestren la relación de la denuncia con las agresiones, ni de que el denunciado sea quien las causó.

Lo anterior, significa que no se demostró que el hecho de que la víctima se hubiera acercado a denunciar al procesado estuviera intrínsecamente relacionado con las lesiones encontradas en su cuerpo, porque probatoriamente se desconoce la razón por la que la víctima denunció y los sucesos por los cuales fueron ocasionadas las lesiones en su cuerpo, lo cual nos deja solamente con la demostración de un cúmulo de lesiones físicas de las cuales se desconoce su causa.

Sala Casación Penal@ 2023

Las distintas hipótesis que se pueden plantear en torno a las razones por las que la víctima se acercó a denunciar y los hechos que ocasionaron las lesiones internas y externas, es lo que causa duda a la Sala para condenar con los elementos legalmente incorporados en juicio. La incertidumbre se deriva de la deficiencia probatoria.

Incluso, si se aceptara (hipotéticamente) que la denuncia implica un señalamiento al procesado como el autor de las agresiones encontradas en el cuerpo de la víctima, eso no permitiría concluir que el acusado perpetró el delito de acceso carnal violento agravado, pues, de la valoración conjunta de las pruebas legalmente aportadas al juicio, no es posible establecer con certeza si existió penetración vaginal, oral o anal, en la medida de que el análisis de los dictámenes no permite objetivamente concluir que eso ocurrió y, si sucedió, se itera, no se mostró que acaeció sin el consentimiento de la víctima.

7.5.3.5. En conclusión, la Sala no encuentra que de los elementos materiales probatorios legalmente introducidos en juicio pueda llegarse al conocimiento, más allá de toda duda, sobre la responsabilidad penal del enjuiciado en el delito de acceso carnal violento agravado y lo que se advierte es un cúmulo de dudas sobre lo que realmente aconteció. No se desconoce que con la introducción de las declaraciones anteriores al juicio de la víctima otro hubiera sido el panorama, pero desafortunadamente la deficiente dirección del proceso por parte de la Fiscalía no permitió un estudio y resultado diferente.

Sala Casación Penal@ 2023

Por lo expuesto, la Sala casará la sentencia emitida por el Tribunal Superior de Medellín para, en su lugar, revocar la condena emitida y absolver al procesado por el delito de acceso carnal violento agravado. Por lo tanto, se ordenará su libertad inmediata, así como la cancelación de órdenes de captura o cualquier otra limitación de sus derechos, relacionada con este proceso.

7.6. Precisión sobre la actuación de la Fiscalía General de la Nación en el presente asunto

La Sala observa con profunda preocupación lo que viene sucediendo con este tipo de casos, que no logran esclarecerse por el manejo inadecuado de la prueba por parte de la Fiscalía, a pesar de que en los últimos años la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal ha fijado parámetros para la incorporación del testimonio rendido antes del juicio por mujeres que comparecen a la actuación penal en calidad de víctimas, cuando estas han sido sometidas estructuralmente o maltratadas gravemente (CSJ SP3274-2020, Rad. 50587, 2 sep. 2020, AP-5785-2015, 30 sep. 2015, rad. 46153; CSJ SP-3332-2016, 16 mar. 2016, rad. 43866; CSJ SP, 6 mar. 2008, rad. 27477; entre otras).

Por lo mismo, se estima pertinente recordar que, tal como se señaló en acápite anterior, en Colombia, tanto las autoridades judiciales como las administrativas, tienen a su cargo un deber de diligencia debida en materia de protección a las mujeres, ello como consecuencia de las obligaciones adquiridas por el Estado al momento de suscribir y ratificar instrumentos internacionales como la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer –CEDAW- y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres –Convención de Belem do Pará-[14].

Sala Casación Penal@ 2023

Así las cosas, el cumplimiento de tales compromisos le imponían al delegado de la Fiscalía el deber de reorientar su

[14] CSJ SP3583-2021, Rad. 57196, 18 de agosto de 2021.

estrategia en aras de alcanzar el pleno esclarecimiento de los hechos objeto de juzgamiento y obtener una declaración de justicia acorde con la realidad de lo acontecido, cometido que no se alcanzó por la falta de diligencia advertida.

Por tanto, se hace un llamado de atención para que la Fiscalía actúe con la diligencia debida, pues solo de esa manera podrán garantizarse los derechos de quienes comparecen en calidad de víctimas, sin arrasar con los derechos de los procesados.

Asimismo, con la finalidad que en casos futuros se superen las deficiencias advertidas dentro del presente trámite, la Sala considera importante remitir copia de esta providencia al Fiscal General de la Nación[15].

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Sala Casación Penal@ 2023

RESUELVE

PRIMERO: CASAR la sentencia proferida el 21 de junio de 2018 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: ABSOLVER a RAÚL MAURICIO GÓMEZ HENAO, por el delito de acceso carnal violento agravado, previsto en los artículos 205 y 211, numeral 5, del Código Penal.

---

[15] CSJ SP3583-2021, Rad. 57196, 18 de agosto de 2021.

TERCERO: ORDENAR la libertad inmediata del procesado y disponer la cancelación de la respectiva orden de captura, si estuviere vigente en relación con este asunto.

CUARTO: REMITIR copia de esta decisión al Fiscal General de la Nación, para los fines indicados en el numeral 7.6 de esta providencia.

Contra la presente decisión no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

HUGO QUINTERO BERNATE

Presidente

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

2023

GERSON CHAVERRA CASTRO

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

FABIO OSPITIA GARZÓN

Sala Casación Penal@ 2023

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria