

Bogotá D.C., 24 de agosto de 2021

Honorables Magistrados

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA -SALA PENAL**

Atn. **Dra PATRICIA SALAZAR CUELLAR**

E. S. D.

**Ref: Expediente No. 58668**

**CUI. 11001-60-00-721-2014-00565-01**

**Contra: CARLOS EDUARDO OLANO OBANDO**

Respetados Señores Magistrados:

**LUDY SANTIAGO SANTIAGO**, abogada en ejercicio adscrita a la Defensoría del Pueblo, identificada civil y profesionalmente como aparece al pie de mi firma, en calidad de defensora del señor CARLOS EDUARDO OLANO OBANDO, hallándome dentro del término legalmente establecido y conforme a lo dispuesto en el auto de fecha 8 de julio de 2021 por el cual se admitió la demanda de casación que interpuse contra la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Bogotá con funciones de conocimiento del 13 de septiembre de 2018 y sentencia de segunda instancia emanada por Sala

de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá de fecha 25 de febrero de 2019, a continuación procedo a presentar sustentación, así:

Como se precisó en la demanda y ahora lo ratifico señores Magistrados, he acudido a la violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho, específicamente por un falso juicio de convicción, toda vez que la prueba de referencia, tiene una tarifa legal negativa, que aparece prevista en forma imperativa por el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal, así: *“La sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia”*. Esto significa que este tipo de evidencia, carece de la fuerza suficiente para derivar certeza o conocimiento más allá de toda duda, luego no logra materializar el conocimiento necesario para emitir un fallo de condena.

La Corte Suprema de Justicia, ha sido reiterativa en señalar que el falso juicio de convicción es la vía jurídica adecuada para proponer en sede de casación se reconozca la violación a la tarifa legal: *“Las particularidades de la prueba de referencia y la dificultad práctica de controvertir los contenidos referidos, determinan que a ese género de pruebas la legislación reconozca un poder suasorio restringido, al estipular en el artículo 381 que “la sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia”, consagrando así una tarifa legal negativa, cuyo desacatamiento podría configurar un falso juicio de convicción.*

*Quiere decir lo anterior que el aporte del testigo de referencia no es suficiente por sí solo como medio de conocimiento válido para desvirtuar la presunción de inocencia, pues para tal efecto es indispensable la presencia de otros medios probatorio para verificar o confirmar el contenido del relato indirecto. Así es que, la entidad suasoria de la prueba de referencia no depende de sí misma, sino del respaldo que le brinde las otras pruebas...” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia 24468 del 30 de marzo de 2006. M.P. Edgar Lombana Trujillo).*

La línea jurisprudencial de la Corte, es muy precisa y coincide con el lineamiento legal trazado por el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal en el sentido de que la voluntad del legislador fue la de impedir la prueba de referencia como sustento único de una sentencia judicial, independiente del precepto normativo o norma típica de la cual se trate. No puede olvidarse que la prueba de referencia es un concepto que procede del common law, que en Colombia se acogió para la redacción de la actual constitución y luego para la ley 906 de 2004; pero en esencia, lo que expresa es el repudio que tiene nuestro constituyente hacia la prueba llamada “hearsay evidence”. Quiero ampliar este criterio en el sentido de que la tarifa legal negativa que crea la prueba exclusiva de referencia, aún se mantiene y no tendría por qué ser restringida, dado que de acuerdo con los principios rectores del derecho que rigen en nuestro medio, cuando la expresión legal sea clara, no se podrá desatender su alcance bajo el supuesto de consultar su espíritu y en ese sentido el artículo 381 del C.P.P., es muy preciso, claro y contundente en que a la

verdad se llega con certeza probatoria y no exclusivamente a través de elucubraciones intelectivas, a veces equívocas. Según el artículo 437 del C.P.P., la prueba de referencia es toda declaración realizada por fuera del juicio oral y es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención, una causal de atenuación o de agravación, la naturaleza y extensión del daño o cualquier otro aspecto sustancial del debate, que no es posible practicarlo en juicio.

Para la Corte Suprema de Justicia, la prueba de referencia es aceptable, pero en los términos de razonabilidad que pregona el mismo legislador en el artículo 381 del C.P.P. y en procura de alcanzar la justicia material. Pero es claro que este tipo de probanza no puede ser la única fuente de la declaración de la responsabilidad penal: *"...el aporte del testigo de referencia no es suficiente por sí solo como medio de conocimiento válido para desvirtuar la presunción de inocencia, pues para tal efecto es indispensable la presencia de otros medios probatorios para verificar o confirmar el contenido del relato indirecto. Así es que, la entidad suasoria de la prueba de referencia no depende de sí misma, sino del respaldo que le brinden las otras pruebas,"*<sup>1</sup> que aunque permitirían construir indicios, serían insuficientes para dar solidez a una declaratoria de responsabilidad judicial, puesto que recorta abiertamente las garantías judiciales al crear racionios de tipo fáctico.

---

<sup>1</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia 24468 ya referida anteriormente

Como se indicó en la demanda y ahora lo reitero en la presente sustentación, el fallo objeto de impugnación se fundamentó única y exclusivamente en prueba de referencia, lo cual verdaderamente desconoce el principio de presunción de inocencia y el derecho de contradicción probatoria, ya que para condenar se requiere un conocimiento más allá de toda duda.

Está bien que al momento de ponderar los derechos de los menores víctimas de delitos sexuales y por la forma como suelen ocurrir estos hechos (casi siempre a puerta cerrada o en lugar despoblado o solitario), se deben aceptar excepciones en aras de arribar a la verdad y a la aplicación del derecho sustancial, pero ello en forma alguna puede aceptarse cuando conlleva un atropello a las garantías judiciales del procesado, sobre todo, cuando en este tipo de delitos sexuales, el artículo 68A del Código Penal prohíbe el acogimiento a la justicia premial, la concesión de subrogados, la suspensión condicional de la pena, la prisión domiciliaria, y ahora resulta que se debe tolerar también una condena basada esencialmente en prueba de referencia, cuya tarifa legal degradada se niega, precisamente porque no permite llegar a un conocimiento más allá de toda duda y porque implica un quebranto absoluto al derecho de contradicción probatoria en sede del juicio. El artículo 16 del C.P.P., principio rector que irradia la aplicación del estatuto adjetivo, es preciso al indicar: *“Inmediación.- 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 ante el juez de conocimiento...”*

El Tribunal, ante la evidencia clara de que en este asunto no existe prueba distinta a la de referencia, advirtió el inconveniente y lo sorteó de una forma desafortunada. Afirmó que existía un testigo de referencia y directa a la vez: se trata de la señora Gloria Cristina Páez Méndez, sicóloga de la institución educativa donde estudia la joven L.V.O.B, de quien dice le consta que la menor bajó en su rendimiento académico y perdió el año (testigo directo de ese hecho), e indirecto del relato del hecho investigado (de referencia). Error evidente porque lo directo o indirecto de un testigo, se reputa es del hecho objeto de investigación y no de uno distinto, como es aquél que pretende demostrar cuál fue el desempeño de la menor durante un año escolar.

Aunque en una sentencia de tutela la Corte Constitucional ha dicho que en los delitos de violencia sexual es aceptable tener como prueba los indicios (Sentencia T-698 del 13 de diciembre de 2016), aspecto que coincide con la Corte Suprema de Justicia, cada caso debe ser oteado en forma particular de acuerdo con sus perfiles y contornos. El Tribunal, en el fallo que aquí se impugna pretende crear el conocimiento más allá de toda duda, tomando como fuente la misma prueba de referencia, con lo cual hábilmente le hace el quite a la valoración legal o tarifa de insuficiencia que le concede la ley a ese tipo de evidencia. Es decir, el Tribunal, trató de construir una evidencia directa que no existe, que no se puede elaborar, todo con el fin de emitir un fallo de condena a cualquier costo.

Es realmente contrario a la verdad que el Honorable Tribunal afirme que en el proceso se cuenta con prueba directa. Todos los testimonios y evidencia del juicio son de referencia o indirecta<sup>2</sup>. Veamos. La señora Constanza Barrera Piramanrique, bajo la gravedad del juramento, expresó que nunca tocó el tema con su hija, que se limitó a acompañarla al sicólogo y que se enteró en el colegio donde ésta estudia, que la menor le había dicho que su padre le hacía masajes con cremas “de papá a hija”.

Por su parte, las menores L.V.O.B. y L.J.O.B. si bien acudieron al juicio, se acogieron a su derecho constitucional de no declarar en el juicio, razón por la cual las entrevistas no podían ingresar al juicio, porque de acuerdo con la audiencia preparatoria, su ingreso dependía de que las menores no acudieran a la audiencia pública. Y aunque sí lo hicieron, expresaron no querer declarar contra su padre, luego la lógica indica que esas entrevistas, no podían ser tenidas como prueba porque se trataba de la declaración de hechos contra su progenitor, contra quien la víctima –ya mayor de edad- y su hermana menor, no deseaban que se tuvieran como prueba: es decir, esas entrevistas se convirtieron en simple prueba de referencia, pero viciadas, por violar preceptos constitucionales, ya que de acuerdo con el artículo 33 de la

---

<sup>2</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 6 de marzo de 2008. M.P. Augusto Ibañez Guzmán: *“Una de las particularidades más sobresalientes de la prueba de referencia, y que, a no dudarlo, marca la diferencia con la prueba directa, es que tenga por objeto probar la verdad de una declaración rendida por fuera del juicio oral por una persona que tuvo conocimiento personal y directo de aspectos que interesan a la justicia, quien no concurre al proceso. O lo que es igual, que la prueba tenga por finalidad introducir al debate oral conocimientos personales ajenos”*.

Constitución: *“Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.*

En cuanto al testimonio de la señora DANIELA CLAVIJO, prueba de referencia, puesto que no es testigo presencial del hecho investigado y durante su práctica se proyectó la entrevista rendida por la menor víctima, he de indicar que la defensa se opuso, ya que la menor, había señalado su interés de no declarar, luego la entrevista, entendida como elemento material de prueba no podía ingresar al proceso, porque quedaba como un testimonio de la hija hacia su padre y la menor no había querido declarar cuando fue requerida para ello durante el juicio oral y público. Es decir, no sólo es una prueba de referencia, sino que, además, condensa una manifestación de la menor de no querer declarar contra su padre, luego tampoco podía ingresar al juicio. Si la menor no quiso declarar contra su padre y si sus entrevistas se iban a introducir con ella, es claro que la prueba de referencia con tarifa legal degradada no podía ser fuente de conocimiento.

El testigo Carlos Enrique Lozano Reyes, quien suscribe el dictamen de clínica forense, es un testigo de oídas respecto a la anamnesis, que repite lo que supuestamente le señaló la supuesta víctima, esto es: i) se trata de la reproducción del dicho de una declarante que fue a juicio y se acogió al derecho constitucional de no declarar contra su padre; ii) se trata de la reproducción de una manifestación que al testigo de referencia no le consta; iii) el medio de prueba que se ofreció para dar validez a la anamnesis, que era el testimonio de la supuesta víctima,



corresponde a los hechos que ella expresa no querer declarar durante el juicio; iv) el contenido que se pretendía demostrar de reafirmar el hecho investigado, no fue corroborado porque la víctima si bien acudió al juicio expresó no querer declarar, es decir, la anamnesis que pudiera ser un medio de impugnación de credibilidad (artículo 402 del C.P.P.), no podía cumplir su cometido, ya que nadie está obligado a declarar contra su padre legítimo.

Honorables Magistrados: La prueba de referencia tiene una tarifa legal, es decir, la ley porcentúa su valor en forma negativa para una condena y el operador jurídico debe observarlo, es decir, el valor legal no puede ser obviado y menos bajo el amparo de una hermenéutica contraria al debido proceso: no puede ser la base exclusiva de la condena. Pero como el Tribunal señaló: “...en el presente asunto se encuentra que la prueba de referencia, la cual es clara y contundente frente a los tocamientos libidinosos...”<sup>3</sup>, es deber de la defensa demostrar que esa prueba de referencia no es sólida y no puede ser la base de la creación de un indicio.

En la entrevista que se recibió a la menor L.V.O.B., el 3 de septiembre de 2014, expresó que los tocamientos habían ocurrido en tres oportunidades: la primera dos meses anteriores a la entrevista; la segunda un mes antes y la tercera dos semanas antes; sin embargo, la Fiscalía dispuso la ampliación de la entrevista y ella tuvo lugar el 23 de julio de 2015 en donde la menor ya no dice que los hechos ocurrieron

---

<sup>3</sup> Ver folio 11 de la Sentencia del Tribunal Superior de Distrito Judicial.

en tres ocasiones, sino que refiere que fue en 6 ocasiones y que el primero de ellos fue cuando vivían en otra casa en el año 2012 (minuto 03:39). No obstante lo anterior, ni la primera instancia, ni la segunda instancia, individualizaron las circunstancias de tiempo, modo y lugar de las 6 o las 3 ocasiones, aspecto que era de suma relevancia, ya que si la última vez y la penúltima en que el hecho ocurrió fue un mes y una semana antes de la entrevista del 3 de septiembre de 2014, para esa fecha ya la menor tenía 14 años, luego la conducta era atípica frente al delito de acto sexual abusivo con menor de 14 años consagrado en el artículo 209 del Código Penal. Cada acto sexual es independiente y autónomo, y lo mínimo que se espera es circunstanciar cada hecho y en este caso, la menor detalló dos hechos de los tres que narró en su primera entrevista del 3 de septiembre de 2014, cuando ya tenía 14 años, luego la conducta es atípica respecto a estos delitos y el concurso de hechos punibles que pregona el fallo de segunda instancia, no existe, o no está con certeza demostrado, luego como mínimo la pena deberá ser redosificada.

Con estas contradicciones, se pregunta la defensa, podrá construirse un indicio?. Será que de aquí puede surgir un hecho indicador?. Y si se construye un hecho indicador, será válido que tal hecho corresponda a la demostración de conductas que ocurrieron cuando la menor ya tenía 14 años de edad en contraposición de lo dispuesto por el tipo penal? He aquí el por qué esta defensora afirma que la prueba que confirmaría la de referencia no arroja la certeza que el Tribunal pregona en su decisión.

Además, nunca se tuvo certeza de que el primer hecho hubiera ocurrido dos meses antes de la entrevista, y menos podía tenerse, cuando en la segunda entrevista, la menor pasó de tres a seis los hechos de abuso, sin especificar ninguno de ellos, limitándose la Fiscalía a afirmar en su acusación: *“Ocurrió en varias oportunidades...”*, pero cuándo, cómo, dónde, cada hecho debió ser individualizado, porque, insisto, la certeza para condenar ha de ser más allá de toda duda y alejada de la prueba de referencia.

Ahora bien. El Tribunal refiere en su fallo, y en ello estamos de acuerdo, que en aras de la verdad y dada la forma como rutinariamente se cometen los delitos sexuales, en lugares aislados y recónditos, es prudente acoger otras fuentes de conocimiento, verbi gracia, indicios, pero ocurre que en este caso, el Tribunal no tuvo en cuenta que este tipo de prueba, requiere el empleo de un esfuerzo intelectual ya sea inductivo o deductivo, partiendo de un hecho indicador, un hecho indicado, un nexo causal, una inflexión lógica y una regla de la experiencia. Simplemente habló de indicios partiendo de la existencia de unas pruebas indirectas y de referencia, dando por demostrado el indicio, pero omitiendo que se trata de una prueba que requiere una elaboración lógica. Además, debió indicar cuál era el indicio, por ejemplo, si era el de presencia, oportunidad, manifestaciones anteriores o posteriores al hecho, huellas, o cualquier otro. Es decir, se quedó el simple enunciado.

Como se aprecia, las reflexiones del Tribunal, efectuadas para afirmar el conocimiento más allá de toda duda, está fincado únicamente en


prueba de referencia en contravía de la tarifa legal que pregona el inciso segundo del artículo 381 del C.P.P.

En este asunto, el error de derecho por falso juicio de convicción se estructura porque la decisión se fundó únicamente en prueba de referencia y nunca se trajo a mención qué otra prueba pudiera legal y jurídicamente acompañar esa forma de fuente de conocimiento. Quiero precisar, señores Magistrados que a lo largo de la demanda de casación que fuera admitida, la suscrita siempre planteó un error de hecho por falso juicio de convicción y ratifico que es esa la causal que invoco y que solicito se evalúe por parte de la Honorable Sala; Infortunadamente por un lapsus involuntario, en la parte final aludí a que en este asunto estábamos ante un error de hecho por falso raciocinio. De la lectura atenta de la demanda, surge con claridad que la causal invocada es un falso juicio de convicción, aspecto es mi deber poner de manifiesto en ejercicio de la lealtad procesal.

Honorables Magistrados: En este momento, la suscrita defensora no tiene argumentos nuevos para aportar distintos a los ya anotados, los cuales corroboran a plenitud el cargo que fuera puesto de manifiesto por la defensora en su demanda y de ahí que solicito se case la sentencia recurrida por haberse demostrado la existencia de la causal invocada. Me remito en lo demás al texto de la demanda.

En el evento de que la Honorable Corte advierta quebranto de garantías fundamentales, solicito se disponga su reconocimiento en forma oficiosa.

Atentamente,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Ludy Santiago Santiago'. The signature is written in a cursive style with some horizontal lines extending from the letters.

**LUDY SANTIAGO SANTIAGO**

C. C. No. 37.321.645 de Ocaña (N. de S.)

T.P. No. 144.213 del C. S. de la Judicatura.

Defensora Publica – Unidad de Casación.