



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Magistrado Ponente

SP5102-2021

Radicación # 56323

Acta 301

Bogotá D.C., diecisiete (17) de noviembre de dos mil
veintiuno (2021)

Vistos:

Resuelve la Sala la impugnación especial y el recurso de casación interpuesto por el defensor de **Evencio** y **Víctor Manuel Sánchez Morera**, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué el 3 de julio de 2019, mediante la cual condenó al primero por primera vez como autor del delito de trata de personas y ratificó la condena impuesta al segundo por el mismo delito.

Hechos:

Así pueden sintetizarse de acuerdo a la exposición que se hizo en la sentencia impugnada:

En el proceso de restablecimiento de derechos adelantado en diciembre de 2010 por el Instituto de Bienestar Familiar de Acacías, Meta, MDDC manifestó que entre 2007 y 2010 fue explotada sexualmente por su madre, Marlén Castro Barroso.

En el año 2007 llegó del sitio en donde vivía con una de sus tías a la casa de su mamá, quien trabajaba como meretriz en Mariquita, Tolima. Al enterarse que no era virgen, su madre la llevó a varios establecimientos de comercio sexual de la ciudad, y a otros en Guaduas, con el fin de que hiciera striptease y aprendiera lo necesario para ejercer la prostitución.

En esas andanzas conoció a **Víctor Manuel Sánchez Morera** en “Luna Bar”, un establecimiento del municipio de Guaduas. Lo distinguió porque les ordenaba a sus hermanos a qué sitios debían llevarla junto a otras menores de edad, le imponía multas cuando incumplía instrucciones o salía sin permiso del bar, se negaba a ingerir licor o a tener relaciones sexuales con los clientes.

Evencio Sánchez Morera, por su parte, fue quien como administrador de “Luna Bar” la recibió en Guaduas, lugar al que la llevó Pompilio, hermano de **Víctor** y **Evencio Sánchez Morera**, quien también le imponía multas y junto a **Evencio Sánchez Morera** la rotaba en el “Kiosco”, en Mariquita, y en

“Video Show” en Honda, lugares en los que obtenía recursos que le eran entregados a su madre.

Actuación Procesal:

En audiencias llevadas a cabo el 8 y 9 de marzo de 2011 ante el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Acacias, se legalizó la captura y se les imputó cargos a Romelio, **Víctor Manuel** y **Evencio Sánchez Morera**, por el delito de trata de personas agravado en concurso homogéneo (artículos 31, 188 A y 188 B del Código Penal).

El 5 de diciembre de 2011 se radicó el escrito de acusación, y el 9 de junio de 2012 el Juzgado Primero Penal del Circuito de Honda realizó la audiencia de formulación correspondiente.

Los días 8 de agosto y 12 de septiembre siguientes se realizó la audiencia preparatoria.

En sesiones del 14 de abril, 3, 4 y 5 de junio, y 27 de julio de 2015, se realizó el juicio oral.

En la primera sesión el juzgado precluyó la actuación por muerte de Romelio Sánchez Morera, y en la última anunció el sentido del fallo.

En sentencia del 15 de septiembre de 2016, el juzgado absolvió a **Evencio** y condenó a **Víctor Manuel Sánchez Morera** a la pena de 208 meses de prisión y multa de 1066.66 s.m.l.m.v., como autor responsable del delito de trata de personas agravado.

El apoderado de víctimas y el defensor de **Víctor Manuel Sánchez Morera** apelaron la decisión.

El Tribunal Superior de Ibagué, en decisión del 3 de julio de 2019, confirmó la sentencia condenatoria y revocó la absolutoria. Condenó por primera vez en segunda instancia a **Evencio Sánchez Morera** por la conducta por la cual fue acusado a 311 meses de prisión y multa de 1658.33 s.m.l.m.v.

No se ordenó la captura del sentenciado.

Contra estas decisiones, el defensor de los implicados impugnó la primera sentencia condenatoria contra **Evencio Sánchez Morera** e interpuso el recurso de casación contra la impuesta a **Víctor Sánchez Morera**.

El abogado sustentó la impugnación. Surtido el trámite de traslados ante el Tribunal, los no recurrentes guardaron silencio.

Primero: Impugnación Especial:

Señala que el fiscal solicitó la absolución de **Evencio Sánchez Morera**, petición que el juez aceptó y el Tribunal revocó infundadamente, imponiéndole una pena superior, por el mismo hecho, a la impuesta a **Víctor Manuel Sánchez Morera**.

Explica que por estas conductas fueron investigadas varias personas y se iniciaron tantas actuaciones cuantos imputados fueron vinculados a ellas. En lo que a su defendido concierne, sostiene que no se logró demostrar las circunstancias en que habría ocurrido la conducta que le fue imputada.

Expone que la primera instancia sustentó su decisión en la declaración que MDCC rindió en juicio. El tribunal lo hizo en declaraciones anteriores al debate oral. Por eso considera que el fallo es desatinado. Esas versiones, dice, se pueden utilizar para refrescar memoria o impugnar la credibilidad o como prueba de referencia admisible en los casos descritos en el artículo 438 de la Ley 906 de 2004, opciones que la fiscalía no utilizó. Aun así, el tribunal se valió de ellas para concluir que la testigo se retractó, pues según expresó, la verdad no la contó en el juicio, sino en sus declaraciones anteriores.

En su criterio, las declaraciones anteriores de la menor no fueron incorporadas legalmente al juicio. Por lo tanto, como no fueron empleadas para impugnar credibilidad o refrescar memoria, ni invocadas como prueba de referencia admisible, no podían apreciarse legalmente.

Asegura que de la declaración de la menor en el juicio no se infiere ningún dato que pruebe que **Evencio Sánchez Morera** fue el autor de la conducta, pues MDDC incluso lo confundió con “*Roque*”, persona de características distintas a las del acusado.

En consecuencia, solicita revocar la primera sentencia condenatoria proferida en segunda instancia, al haber sustentado la decisión en pruebas ilegalmente aportadas al juicio.

Segundo: Demanda de Casación:

Con fundamento en el numeral 3 del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, formula **un cargo** por manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba.

Señala que las pruebas determinantes de la sentencia son: (i) la entrevista psicológica semiestructurada de DMMC realizada por la doctora Susana Orregoso Georgi, y (ii) las actas de reconocimiento fotográfico de Romelio, **Evencio** y **Víctor Manuel Sánchez Morera**, incorporadas por el testigo Adrián Fernando Mora.

En su criterio, el Tribunal incurrió en un error de hecho por falso juicio de identidad.

Indica que las declaraciones anteriores al juicio pueden emplearse, sin necesidad de que se pidan como prueba, para refrescar memoria o impugnar credibilidad, algo que la fiscalía no hizo, o como prueba de referencia si el testigo no concurre al juicio en los eventos señalados en el artículo 438 de la Ley 906 de 2004.

En el juicio, explica, MDDC mencionó tangencialmente a algunos temas que le confió a la sicóloga (ese día que mi mamá me echó la policía yo estaba en Acacias, me echó la policía porque estaba pegantiada, estaba enmarihuana y pues yo respondía lo que me preguntaban). No se refirió a otros acontecimientos narrados en sus declaraciones anteriores, dado que no fue cuestionada por la fiscalía acerca de ellos.

De manera que en su parecer, la entrevista ante la psicóloga no podía ser utilizada como parámetro para valorar la declaración de la menor en el juicio. Por eso, *“el error de hecho por falso juicio de identidad consiste en que, el juez ad quem, desbordó los límites del recurso de apelación, adicionando al hecho base que la menor MDDC faltó a la verdad y que además quiso también favorecer a los acusados.”*

En últimas, la susodicha declaración anterior al juicio no fue legalmente allegada a la actuación, de manera que no se podía apreciar válidamente como prueba.

Agrega que el tribunal dio por aceptado que la declaración anterior al juicio es una prueba válida y la conjugó con el hecho de que **Víctor Manuel Sánchez Morera** aparece registrado como propietario del establecimiento “Luna Bar” en la Cámara de Comercio. A partir de ese enlace, concluyó que lo que dijo la menor de **Víctor Manuel Sánchez Morera** en la entrevista semiestructurada es cierto. Pero lo único claro es que en la audiencia se refirió a “Roque”, -a quien confundió con **Evencio**—, Romelio y Pompilio Sánchez Morera, no a los acusados.

De otra parte, anota que sobre el reconocimiento de los acusados en las plantillas fotográficas, la menor dijo que hizo lo que le dijeron los investigadores, por lo cual considera que esta prueba es ilegal y debe excluirse.

Concluye que los errores probatorios son trascendentes e inciden directamente en la legalidad del fallo, al contradecir la construcción jurisprudencial sobre la utilización de las declaraciones por fuera del juicio. Asimismo, asegura que el reconocimiento fotográfico de **Víctor Sánchez Morera** no fue utilizado en el interrogatorio de la “menor”, de manera que el acusado no fue legalmente reconocido por la víctima.

Solicita, en consecuencia, casar la sentencia y absolver al acusado.

Audiencia de sustentación:

En la forma prevista en el Acuerdo número 020 del 29 de abril de 2020, las partes e intervinientes presentaron sus alegatos de sustentación.

1.- El defensor.

Insistió en su argumento sin explicaciones adicionales que deban destacarse

2.- El Fiscal primero delegado.

Solicita no casar la sentencia.

Después de referirse a los argumentos del recurrente, señala que las declaraciones anteriores al juicio pueden usarse, según ha explicado la jurisprudencia, para refrescar memoria o impugnar credibilidad, o como medio de prueba, caso en el cual se debe acreditar que la declaración anterior es inconsistente con lo declarado en juicio y que la parte contra la que se aduce tenga la posibilidad de confrontar esa versión.

Explica que, como en este caso, las entrevistas anteriores al juicio fueron introducidas legalmente y además la defensa tuvo la oportunidad de confrontarlas, no existe obstáculo para atenerse a esas declaraciones como medio de aproximación a la verdad. Bajo esa idea sostiene que el tribunal acertadamente concluyó que **Víctor Manuel Sánchez Morera** y su hermano se dedicaban a la explotación sexual de mujeres menores y mayores de edad.

De otra parte, señala que el reconocimiento fotográfico que hizo la menor es legal y que si acaso existía alguna tacha debió proponerse su exclusión en la audiencia preparatoria sin que se hiciera. En el juicio tampoco se cuestionó la legalidad de ese procedimiento.

Existe, en consecuencia, la prueba para afirmar más allá de cualquier duda razonable que el ejecutado cometió el delito de trata de blancas.

3.- Procurador Segundo Delegado.

Después de referirse a las peculiaridades de los errores de hecho y de derecho, aborda el concepto y alcances de la prueba de referencia. Precisa que tratándose de menores de edad se ha considerado que la prevalencia de sus derechos permite manejar dúctilmente la prueba, pero siempre bajo las reglas del debido proceso probatorio.

Precisado ese punto, sostiene que la declaración de la menor en el juicio fue confrontada por el tribunal con la que rindió antes del juicio ante la sicóloga Susana Orregoso Georgi, para concluir a partir de esa comparación, que la “retractación” no era creíble y que lo adecuado era atenerse a la primera declaración de la niña.

Destaca que la profesional citó textualmente la declaración de DMMC, pero esa versión no fue empleada para impugnar la credibilidad de la menor, tarea que no puede asumir el juzgador. Estima, entonces, que no se probó legalmente y como se debe, por causa de ese manejo inadecuado de la prueba por la fiscalía, la responsabilidad de **Víctor Sánchez Morera**.

En relación con **Evencio Sánchez Morera**, considera que lo arroja la misma garantía, pues MDDC no lo identificó en la diligencia de reconocimiento realizada en el juicio y, de

otra parte, al excluir la entrevista semiestructurada de la menor surge el mismo déficit probatorio.

En consecuencia, solicita absolver a los acusados.

4.- El apoderado de víctimas

Señala que el delito de trata de personas se considera por su gravedad una nueva forma de esclavitud, consistente en captar, recibir o trasladar con fines de explotación, entre ellas la sexual.

Considera que no fue la única prueba la declaración de la testigo MDDC, sino que fue copiosa la forma como los investigadores llevaron información útil para demostrar la conducta, de manera que el censor fracciona el testimonio de la menor de los actos de investigación para obtener réditos inaceptables. En su criterio, la prueba permite sostener la sentencia que fue proferida por el tribunal mediante la cual se condenó a **Víctor Manuel Sánchez Morera**.

Consideraciones de la Corte:

Primero. La impugnación contra la primera sentencia condenatoria interpuesta a nombre de **Evencio Sánchez Morera** y la demanda de casación en favor de **Víctor Manuel**

Sánchez Morera se sustentan en el argumento: que la sentencia se basó en la entrevista que MDDC entregó a la sicóloga judicial, y en declaraciones practicadas por fuera del juicio, las cuales no pueden apreciarse válidamente al no haber sido empleadas para impugnar credibilidad y no haberse solicitado como prueba de referencia admisible. Al apreciarlas, se afirma, el Tribunal concluyó, contra las reglas del debido proceso probatorio, que la menor no dijo la verdad en su declaración en el juicio y que era cierto lo que expresó en versiones anteriores.

El Procurador respalda esa conclusión. La Corte está de acuerdo con esa opinión.

Segundo: Según la sentencia de segunda instancia, MDDC relató uniformemente lo sucedido entre los años 2008 y 2010 ante “*distintas autoridades que la interrogaron.*” Entre esas “*autoridades*” menciona a la sicóloga forense y a la fiscalía en el juicio. De esas declaraciones, concluye que la testigo fue coherente al explicar que su madre la introdujo en el mundo de la prostitución en negocios de lenocinio en Honda, Mariquita y Guaduas, establecimientos públicos que estaban registrados en las correspondientes Cámaras de Comercio a nombre de los acusados.

El llamado “Luna Bar,” en Guaduas, se explica en la decisión, aparece registrado a nombre de **Víctor Manuel Sánchez Morera**, según consta en el certificado de la Cámara

de Comercio de Honda. Eso se dijo, concuerda con lo expresado por la menor a la sicóloga Susana Orregoso, a quien le manifestó que una noche a sus 14 años, cuando estaba en ese sitio, llegó la policía y la detuvo, siendo liberada gracias a la intervención de **Víctor Manuel Sánchez Morera**. Después de ese suceso, manifestó, hubo de marcharse a Mariquita para siempre.

En la sentencia se anota que la entonces menor identificó a **Evencio** y **Víctor Manuel Sánchez Morera**, y dio detalles de su comportamiento y de cómo estuvo bajo sus órdenes en los sitios de lenocinio.

De todo ello concluyó que *“la joven afectada mintió durante el juicio respecto al tiempo o el número de veces que estuvo en el municipio de Guaduas laborando como prostituta en el establecimiento denominado “Luna Bar”, pues no solo aseguró que fue transportada en repetidas oportunidades de ese sitio a la ciudad de Honda por Romelio, sino que también puso en evidencia que **Evencio** estaba encargado de imponerle las denominadas multas cuando no acataba sus órdenes o indicaciones.”*¹

Explica que aun cuando la menor en el juicio trató de mostrarse ajena en relación a su estadía en “Luna Bar” y haber establecido relación con los hermanos **Sánchez Morera**, resalta que pese a ese intento, en el juicio, a instancias de la

¹ Página 27 de la sentencia.

fiscalía, sobre la relación entre ella y **Víctor Manuel Sánchez** dijo lo siguiente:

“No, solo de empleada a qué, a dueño. Preguntada: ¿Cómo dijo? ¿De empleada a qué? Contestó: La relación era como de empleada a dueño, administrador, o sea, nunca hubo una relación así, no.”

Eso significa, argumenta el Tribunal, que lo expresado en su declaración, en el sentido de que distinguió a **Víctor Manuel Sánchez** la única noche que estuvo en “Luna Bar”, no corresponde a la verdad, como tampoco es cierto que no lo volvió a ver nunca más.

Además, considera que el haber aceptado que estuvo en “Luna Bar” cuando tenía 14 años, en el momento en el que ese establecimiento fue intervenido por la policía, como se lo dijo a la sicóloga en la entrevista, denota que existió un vínculo ilegal con los acusados.

Todas estas manifestaciones, concluye el Tribunal,

*“Ponen en evidencia, como ya se dijo, que MDCC estuvo en repetidas oportunidades en el establecimiento nocturno “Luna Bar”, del municipio de Guaduas, Cundinamarca, ejerciendo la prostitución bajo las órdenes y dirección de **Víctor Manuel** y **Evencio Sánchez Morera**, quienes eran dueño y administrador de ese centro de lenocinio, respetivamente, siendo éste último quien, según lo indicó la víctima en el acta de reconocimiento fotográfico, además de haberla recibido el día en que llegó a ese sitio, era el encargado de imponerle multas por el incumplimiento de las directrices que le daba. No obstante lo anterior, MDCC durante su declaración en la audiencia pública contrarió, e incluso negó, muchas de las manifestaciones hechas por ella durante las*

*entrevistas que se le practicaron previamente, entre las que figura, precisamente lo consignado en el reconocimiento fotográfico de **Evencio Sánchez Morera**, dado que, pese a que allí indicó que no recordaba cómo se llamaba ese sujeto, lo reconoció en las dos planillas que le fueron expuestas y relató de manera detallada como lo conoció y cuáles eran las funciones que él cumplía en “Luna Bar”, sitio que, según ella, lo acompañaba en compañía de otro sujeto a quien se referían con el nombre de Roque; sin embargo, en el juicio oral aseguró que nunca antes lo había visto y que a quien distinguió con el nombre de Evencio era a otro individuo a quien lo llamaban Roque.”*²

Tercero. En el escrito de acusación, de conformidad con el numeral 5 del artículo 337 de la Ley 906 de 2004, la fiscalía relacionó testigos y documentos. Entre éstos últimos mencionó la “*entrevista psicológica forense de Susana Orregoso Giorgi*”, *actas de reconocimientos fotográficos de la menor MDDC de **Víctor Manuel Sánchez Morera**, **Evencio Sánchez Morera** y Romelio Sánchez Morera junto con los respectivos álbumes fotográficos*”, y la “*entrevista de la menor MDDC.*”

En la audiencia preparatoria el juzgado decretó la práctica de las siguientes:

Los testimonios de MDDC, del defensor de familia del ICBF, Pedro Pablo Murillo, de la médica legista Yuli Paola Vargas Amaya, y de la sicóloga Susana Orregoso.

Señaló, además, que “*Adrián Fernando Mora, Policía Judicial -decretada— no puede introducir entrevista realizada a la menor (informe 28 de octubre de 2011). Leonardo Salamanca Sierra, con el que se introducirá informes FPJ-20 del 6 de septiembre de 2011, que es (sic)*

² Páginas 28 y 29 sentencia.

los reconocimientos fotográficos de las personas que introdujeron a la prostitución a la menor.

... Dr. Pedro Pablo Murillo puede hacer referencia a las entrevistas tomadas a la menor y efectuar su introducción.”³

Se estipularon varios hechos: la identidad de los acusados, y la existencia de los establecimientos Luna Bar en Guaduas y Video Show en Honda. El primero, una taberna de propiedad de **Víctor Manuel Sánchez Morera**, y el segundo, un sitio de lenocinio de propiedad de Carlos Arturo León.

Cuarto. En el juicio oral, la sicóloga Susana Orregoso introdujo la entrevista semiestructurada de la menor. Se refirió textualmente a su versión. Salvo la consideración de que la menor era coherente en su relato no hizo ninguna anotación relacionada con su ciencia, ni fue interrogada por esos temas.⁴

Pedro Pablo Murillo Romero, defensor de familia del Instituto de Bienestar Familiar, introdujo la entrevista que le fue recibida a MDDC. En ella no se hace ninguna referencia a los acusados ni a la situación juzgada, y el defensor refirió que puso en conocimiento de las autoridades la explotación sexual de la menor por parte de su madre, de lo cual tuvo

³ *Página 152 Cuaderno 1*

⁴ *CD 1 desde minuto 1.13.31.*

conocimiento cuando trabajaba en Acacías, en el año 2010. Refirió que hizo un trabajo con la Dijin para establecer en qué sitios había sido explotada sexualmente la menor en municipios del Meta.⁵

Las actas de reconocimiento fotográfico se incorporaron por Adrián Fernando Mora. El testigo de acreditación leyó apartes de las manifestaciones de MDDC en esa diligencia, en la que dio detalles de la explotación de que habría sido objeto por parte de **Víctor Manuel, Evencio** y Romelio Sánchez Morera.⁶

MDDC declaró en juicio que trabajó desde niña en la prostitución en varios lugares y departamentos y aceptó que estuvo en “Luna Bar” en una noche en que fue retenida por ser menor de edad en un procedimiento policial. Aceptó que ese día distinguió a **Víctor Sánchez Morera**, quien intercedió para evitar el cierre del local (fue a poner la cara para que no le cerraran el negocio) y procurar su libertad, como en efecto ocurrió.⁷

No aceptó haber tenido tratos para ejercer el comercio sexual y en todo momento reafirmó esa idea. Admitió haber trabajado con Pompilio, hermano de **Víctor Manuel Sánchez Morera**. En lo que a aquel respecta, manifestó lo siguiente:

⁵ Minuto 38:33 CD 2.

⁶ Minuto 1:13:14

⁷ Minuto 29:26

“Preguntada: ¿Quién les manejaba el dinero?”

Contestó: Pues el dinero era de nosotras porque nosotras éramos las que lo trabajábamos, y nosotros lo dábamos a guardar y después nos los entregaban y claro, si, obviamente cobraban multa por salir tarde a trabajar le cobraban multa a uno.

Preguntada: ¿Quién cobraba esas multas?

Contestó: Pues Pompilio que era el dueño del negocio.”⁸

En cambio, en la entrevista ante la sicóloga, narró su problema familiar y las complicadas relaciones con su madre: cómo la indujo a la prostitución y su adicción a las drogas. En su relato refirió que **Víctor Manuel Sánchez** -de quién había dicho que tenía un negocio en la zona de tolerancia y era hermano de Pompilio—, un día que cerraron “Luna Bar”, donde se encontraba, intercedió ante las autoridades para que no sellaran el negocio y la dejaran libre, como en efecto ocurrió.⁹

En la diligencia de reconocimiento fotográfico expresó que era el dueño de “Luna Bar”, les cobraba multas y daba órdenes de esconder a las menores para evitar contratiempos con la policía.

En cuanto a **Evencio Sánchez Morera**, en diligencia similar, dijo que era hermano de Pompilio y no recordar su nombre. Aseguró que la recibió cuando llegó, que era el

⁸ Minuto 32:31

⁹ Folio 54 cuaderno 2 Juzgado.

dueño del negocio y lo administraba con otra persona de nombre Roque.

Quinto. A través de la prueba se busca la realización de uno de los fines esenciales del proceso penal: la aproximación racional a la verdad. Ese objetivo se materializa en el juicio, no antes, con la prueba que se practica en el debate oral. En ese propósito, la producción de la prueba no es una secuencia de formas, sino un método en el que la *contradicción y confrontación* son presupuesto de su legalidad y validez (AP 5785 del 30 septiembre de 2015, Rad. 46153; SP del 11 julio de 2018, Rad. 50637 y SP del 20 mayo de 2020, Rad. 52045, entre otras).

Eso explica que los actos de investigación que se realizan antes de la audiencia oral solo adquieren el carácter de prueba en la medida que se descubran en el escrito de acusación, soliciten y sustenten en la audiencia preparatoria y se practiquen en audiencia con contradicción de las partes e inmediación del juez. Si se pudiera valorar todos los actos de investigación sin respetar el debido proceso probatorio no habría entonces diferencias con el sistema de permanencia de la prueba, método en el cual se asume que todos los actos realizados después de la apertura de la investigación, e incluso durante la previa, son prueba.

Claro que hay formas de que actuaciones anteriores al juicio puedan apreciarse como prueba: en este sentido, la Sala ha definido que las declaraciones entregadas por fuera

del juicio pueden ser apreciadas como prueba de referencia admisible cuando no es posible su práctica en el juicio (*artículo 438 de la Ley 906 de 2004*) ¹⁰ e incluso si el testigo comparece, cuando es menor de edad, siempre que así se solicite en la oportunidad procesal correspondiente.

Asimismo ha precisado que declaraciones anteriores al juicio pueden ser utilizadas para impugnar credibilidad o refrescar memoria.

Igualmente -sobre lo que se volverá después al indicar el tratamiento de la jurisprudencia sobre la retractación y el testimonio adjunto—, pueden ser utilizadas como testimonio “*adjunto*” a condición de que se cumplan cuatro condiciones: (i) que el declarante cambie su versión, (ii) esté disponible en el juicio para ser interrogado sobre lo que manifiesta en ese escenario y lo que dijo con antelación, (iii) haya leído o escuchado su declaración anterior, y (iv), según criterio mayoritario de la Sala, medie solicitud de parte interesada para que esa declaración sea incorporada a la actuación para que el juez la aprecie.¹¹

En este sentido, ateniéndose a las particularidades del caso, se debe considerar los requisitos y las consecuencias de optar por estas opciones. Así, si se decide presentar al menor como testigo en el juicio, se debe evaluar, entre otras

¹⁰ Cfr., entre otras, SP del 30 de septiembre de 2015, rad. 46153.

¹¹ SP del 12 de mayo de 2021, radicado 56531.

eventualidades, la posibilidad de que se retracte o cambie la versión, y tener presente los requisitos para que, ante esa contingencia, la versión anterior pueda ser incorporada como “testimonio adjunto”.

Con suficiente ilustración, acerca de la retractación y el testimonio adjunto como medio para sortear esta posibilidad, la Sala en reciente decisión reiteró lo siguiente:

“i) se trata de un fenómeno de frecuente ocurrencia en los ámbitos nacional e internacional; ii) naturalmente, solo puede hablarse de retractación o cambio de versión cuando el testigo ha rendido declaraciones anteriores al juicio oral; iii) cuando ello ocurre, la parte tiene la opción de pedir la incorporación de la declaración anterior, a título de “testimonio adjunto”, siempre y cuando se cumplan los requisitos que permiten mantener el equilibrio entre las garantías debidas al procesado y la necesidad de proteger los derechos de las víctimas en el ámbito de una justicia pronta y eficaz.

En ese mismo contexto, ha resaltado que la incorporación de una declaración anterior a título de testimonio adjunto supone lo siguiente: i) por razones obvias, el testigo debe estar presente en el juicio oral; ii) como el juez no conoce -ni debe conocer- el contenido de las declaraciones antes de la práctica de la prueba en el juicio oral-, son las partes -especialmente la que presenta el testigo- las que primero detecten el cambio de versión; iii) para ilustrar al juez sobre lo que está sucediendo, se debe demostrar a través del interrogatorio que el testigo se ha retractado o cambiado su versión; iv) hasta ese momento, la declaración anterior no existe como prueba, porque estas versiones, por regla general, solo constituyen actos preparatorios del juicio oral; v) la parte interesada en que se incorpore la declaración anterior a título de “testimonio adjunto” debe hacer la solicitud expresa, entre otras cosas, para que la contraparte tenga la oportunidad de oponerse; vi) si el juez decide que es procedente la admisión, debe procederse a la incorporación de la declaración anterior; vi) es requisito esencial que el testigo no solo está disponible físicamente, sino que lo esté para ser contrainterrogado, ya que la posibilidad de ejercer esta faceta crucial del derecho a la confrontación constituye la principal diferencia entre la prueba de referencia y el testimonio adjunto y vii) por tanto, si el testigo no está disponible para ser contrainterrogado

sobre lo que testificó en el juicio y lo que declaró con antelación, la declaración rendida por fuera del juicio oral constituye prueba de referencia, sometida a las reglas ya mencionadas (CSJSP, 25 ene 2017, rad. 44.950; CSJ, 20 mayo 2020, rad. 52.045; CSJSP, 4 dic 2019, rad. 55.651, entre otras).

De todas estas alternativas la fiscalía no utilizó ninguna pese a que tenía las posibilidades de confrontar a la testigo acerca de la disparidad entre sus versiones anteriores y lo declarado en el juicio. Sobre sus manifestaciones realizadas en la entrevista dada a la sicóloga judicial, lo expresado en las diligencias de reconocimiento fotográfico y lo aseverado en la vista pública.

Hechas esas anotaciones, se debe precisar lo siguiente:

Ante la sicóloga, la menor detalló su recorrido en la prostitución, en especial en el departamento del Meta. Se refirió a los implicados tangencialmente. La profesional se limitó a citar textualmente esa versión y consideró, de acuerdo a su ciencia, que era coherente en su relato y decía la verdad, una cuestión que no le corresponde determinar. Esa es función privativa del juez no del perito.

En relación con dicha prueba, la fiscalía en la audiencia preparatoria destacó su pertinencia, argumentando que *“tuvo relación directa con la menor a quien le hizo una serie de preguntas y pudo constatar que posiblemente está diciendo la verdad sobre los delitos sexuales de los cuales fue objeto, la forma como le tocaba trabajar y quiénes la indujeron a cometer estas conductas punibles y este*

testimonio se introducirá como prueba de la fiscalía con la sicóloga Susana Orrego.”

Es evidente que la fiscalía pretendía con la declaración de la menor, la entrevista ante la sicóloga y las afirmaciones ante los investigadores en las diligencias de reconocimiento fotográfico, probar la incriminación que en el juicio habría de exponer MDDC. Sin embargo, ante el abrupto e inesperado comportamiento de la menor, no solicitó que se tuvieran las entrevistas como testimonio adjunto, y lo que es más, no la interrogó sobre ese cambio inesperado y con lo afirmado en la entrevista ante la sicóloga judicial y en la diligencia de reconocimiento fotográfico.

Seguramente, contra lo que ha explicado la Corte sobre estas materias, el fiscal pensó equivocadamente que no era necesario impugnar la credibilidad de la testigo o solicitar las declaraciones adjuntas, bajo el equivocado entendido de que bastaba incorporar declaraciones anteriores al juicio de la menor (la entrevista psicológica y el acta de reconocimiento fotográfico) para que el juez las apreciarla, como lo hizo el tribunal equivocadamente, incurriendo en un error de falso juicio de legalidad.

En la audiencia en la cual se recibió la declaración de la menor en la que insistió en que no tuvo ningún acuerdo con **Víctor Manuel Sánchez Morera** para prestar servicios de tratos sexuales en su establecimiento ni con **Evencio Sánchez Morera**, sino con sus hermano Pompilio y con otra persona, el fiscal en lugar de impugnar su credibilidad se limitó a preguntar si había sido interrogada sobre esos temas

por la sicóloga, pero no indagó qué le dijo, por qué su versión era distinta y qué la había llevado a cambiarla, como lo indica el siguiente interrogatorio.

¿Usted narró lo que no está contando a una sicóloga Susana Orregoso?

34:57: Si, en Villavo me llevaron a donde una sicóloga, así como se lo estoy contando se lo conté a ella.

¿Rindió una entrevista con el defensor de familia Pedro Murillo?

37:38: Si, el defensor de familia de Acacias. Cuando me cogieron en Acacias porque estaba peganteada y me entrevistaron estaba bajo el efecto de la droga...

De manera que la fiscalía en el directo no empleó las declaraciones anteriores para impugnar la credibilidad, ni solicitó que se las tuviera como testimonio adjunto, o como prueba de referencia admisible, de modo que, como lo señaló la Sala en la SP del 29 de septiembre de 2021, radicado 59825, desde el derecho a la confrontación, “la ausencia de incorporación en el momento adecuado, esto es, cuando el testigo está declarando, logrando que de viva voz se refiera a lo expuesto con anterioridad al juicio, implica la privación total de la posibilidad de contrainterrogar sobre los aspectos incriminatorios del testimonio.”

En últimas, aunque MDDC entregó múltiples versiones por fuera del juicio, el fiscal no formuló una sola pregunta orientada a establecer cómo fue captada o acogida con fines de explotación sexual. En ese sentido, para nada confrontó a la testigo con *el contenido* de sus anteriores versiones incriminatorias. En ese contexto, no se habilitó el escenario

para contrainterrogar a la testigo acerca de lo expuesto por fuera del juicio oral.

Se insiste: el hecho que con la doctora Susana Orregoso y con el investigador se hubiera incorporado declaraciones anteriores, no significa que se pueda sin más acudir a ellas para probar el supuesto fáctico del tipo penal imputado, dado que no fueron objeto de confrontación al no haber sido parte del interrogatorio de la menor en el juicio. De manera que su apreciación significaría hacerle esguinces al debido proceso probatorio para incorporar subrepticamente pruebas de referencia inadmisibles, consistentes en relatos ofrecidos por la niña a la sicóloga y al investigador judicial que realizó la diligencia de reconocimiento fotográfico.

Estas apreciaciones no significan conferirles primacía a las formas o que la aproximación racional a la verdad como finalidad principal del proceso penal ceda a la tramitología procesal, ni que los derechos de los menores no ostenten la reconocida jerarquía constitucional. Por el contrario, implica asumir que la aplicación del derecho sustancial es legítima si se respeta el método de aproximación a la verdad. Para eso precisamente se han diseñado alternativas para preservar las garantías del acusado y de la víctima, de todas las cuales la fiscalía ni hizo uso.

Ante esta situación se debe ratificar que el artículo 381 de la Ley 906 de 2004 dispone que para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda acerca del delito y la

responsabilidad penal del acusado, fundado en *pruebas debatidas* en juicio. En esta disposición se reafirma la contradicción como presupuesto fundante de la prueba y del conocimiento para condenar —por eso la prueba debe ser debatida— y se insiste en la legalidad del procedimiento probatorio al señalar que solo puede ser apreciada la prueba que es legalmente aducida al juicio.

De modo que nadie puede ser condenado sin el debido proceso probatorio. Ni siquiera la gravedad de la conducta puede ser una excusa admisible para desconocer garantías o hacerle esguinces al debido proceso probatorio para probar un comportamiento que podía ser demostrado siguiendo las formas del juicio. Esto para reiterar que la fiscalía pudiendo utilizar adecuadamente las declaraciones anteriores al juicio de la menor, desestimó tantas opciones a su alcance creando innecesarios riesgos de impunidad.

Sobre esas bases se debe precisar lo siguiente:

(i). A la doctora Susana Orregoso no le consta directamente los hechos (*artículo 402 de la Ley 906 de 2004*). Reiteró lo que le manifestó la menor e incorporó la declaración de la niña, la que no fue solicitada como prueba de referencia admisible, ni utilizada para impugnar credibilidad durante el interrogatorio, ni como testimonio adjunto.

(ii). La declaración de la menor consignada en el acta de reconocimiento en fila de personas es jurídicamente una extensión del testimonio. Desde este punto de vista, el acta no es una prueba en sí misma a la manera de un documento. Eso por cuanto, como lo ha señalado la Corte, *“en ese caso la parte contra quien se aduce, aun cuando puede contrainterrogar al testigo acerca de la forma como realizó la diligencia de reconocimiento, carece de esa posibilidad frente a las circunstancias en las cuales el reconocente percibió la ocurrencia de los hechos.”*¹² Por eso lo que refiera el reconocente se constituye en prueba de referencia, que será admisible si se dan las circunstancias señaladas en el artículo 438 del Código de Procedimiento penal y la parte que la aporta lo pide, algo que en este caso no sucedió.

(iii). Las declaraciones anteriores al juicio no fueron utilizadas por la fiscalía para impugnar credibilidad, refrescar memoria, ni como prueba de referencia admisible o testimonio adjunto.

Como consecuencia de lo anterior, la única prueba válida es la declaración de MDDC en el juicio. A dicho testimonio el Tribunal no le dio crédito porque consideró que la verdad está en las declaraciones anteriores -las que presentan problemas de legalidad—, es decir, sustentó su decisión en declaraciones que no pueden ser apreciadas válidamente.

¹² CSJ SP, 30 abr. 2014, rad. 37391.

En el juicio oral, MDDC señaló que con **Víctor Manuel Sánchez Morera** tuvo una relación de empleada a dueño. De allí y del hecho de que la menor en las declaraciones por fuera del juicio diera detalles sobre su relación como meretriz, del pago y control que aquel ejercía con el cobro de multas, el Tribunal dio por sentado que en verdad el acusado la contrató en su negocio para ejercer la prostitución.

Pero esa sola expresión de patrón a empleada, por fuera del sentido que le confieren las declaraciones por fuera del juicio, no permite inferir que la relación que subyace en esa expresión indique que haya sido captada por el acusado para prestar servicios sexuales bajo su mando. En otros términos, esa alocución por fuera de contexto no dice nada: no prueba los fines de explotación, porque ese dato es insuficiente para deducir que **Víctor Manuel Sánchez Morera** haya ejecutado la conducta de trata de personas por la cual fue acusado.

Desde luego que conjugada con declaraciones anteriores, algunos apartes de su versión pueden explicar una realidad y una imputación concreta. Pero separada de las versiones que entregó a la sicóloga y a los investigadores en las diligencias de reconocimiento fotográfico se torna difusa y deficitaria para aproximarse obtener el conocimiento más allá de toda duda para condenar, sobre todo si en el juicio la imputación la enfiló hacia “*Pompilio*”, persona distinta, aun cuando familiar de los acusados.¹³

¹³ Minuto 22:25

Además, al contrario de lo expresado en la diligencia de reconocimiento fotográfico, dijo no reconocer a los hermanos de Pompilio, pese a encontrarse en la audiencia.¹⁴ Eso implica que lo manifestado en la aludida diligencia como extensión del testimonio es inútil, con mayor razón si el fiscal al solicitar la prueba dijo que lo expresado en la diligencia de reconocimiento solo la utilizaría en caso de que la menor no compareciera al juicio.

Existen otros datos probados que pueden dar lugar a pensar que efectivamente **Víctor Manuel** y **Evencio Sánchez Morera** incurrieron en la conducta que se les atribuye. Que el primero era el dueño de Luna Bar, por ejemplo. Pero eso y que la menor haya reconocido que existía una relación de patrón a empleada, no dice nada respecto de la relación de imputación que se debe establecer entre la conducta y el tipo penal. La única manera de encontrarle sentido es a través de la “prueba” que no se puede apreciar.

En esas condiciones no hay lugar sino a revocar la primera sentencia condenatoria impuesta a **Evencio Sánchez Morera** y casar la dictada contra **Víctor Manuel Sánchez Morera**, para en su lugar absolverlo de los cargos que le fueron imputados, por haberse sustentado la decisión en pruebas que no fueron legalmente allegadas al juicio.

¹⁴ Minuto 22:35

Se ordenará, por lo tanto, la libertad inmediata de los acusados.

Por lo expuesto, La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por Autoridad de la Ley,

Resuelve:

Primero. Revocar la sentencia condenatoria impuesta en segunda instancia a **Evencio Sánchez Morera** y en su lugar absolverlo por el delito de trata de blancas por el cual fue acusado.

Segundo. Casar la sentencia impugnada dictada por el tribunal Superior de Ibagué el 3 de julio de 2019, en el sentido de absolver a **Víctor Manuel Sánchez Morera** por el delito de trata de personas.

Tercero. Ordenar la libertad inmediata e incondicional de **Víctor Manuel Sánchez Morera** por cuenta exclusiva de este proceso.

Contra esta decisión no proceden recursos.

Notifíquese y cúmplase.

GERSON CHAVERRA CASTRO

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA
Salvamento de voto

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

FABIO OSPITIA GARZÓN

EYDER PATIÑO CABRERA

HUGO QUINTERO BERNATE

Salvamento de voto

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria