

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada ponente

SP2709-2018

Radicación n°. 50637

(Aprobado Acta n° 227)

Bogotá D.C., once (11) de julio de dos mil dieciocho (2018)

1. VISTOS

Se resuelve el recurso de casación interpuesto por la defensora de DIEGO ALFONSO CAMPO VIDAL en contra del fallo proferido el 13 de marzo de 2017 por el Tribunal Superior de Cali, que confirmó la condena emitida el 28 de agosto de 2014 por el Juzgado Once Penal del Circuito de esa ciudad, en los términos que serán referidos más adelante.

2. HECHOS

El Tribunal declaró probado que el cuatro de abril de 2009, en horas de la madrugada, DIEGO ALFONSO CAMPO VIDAL ingresó a la habitación de la niña M.J.G.G., de seis años de edad para ese entonces, hija de su compañera sentimental, y la sometió a actos sexuales diversos del acceso carnal. Los hechos ocurrieron en el inmueble donde residían el procesado, la víctima y la madre de esta, ubicado en la zona urbana de la ciudad de Cali.

3. ACTUACIÓN RELEVANTE

El 20 de octubre de 2012 la Fiscalía le imputó a CAMPO VIDAL el delito de actos sexuales con menor de catorce años, agravado, previsto en los artículos 209 y 211 -numeral 2º- del Código Penal. Lo acusó bajo los mismos presupuestos fáctico y jurídico.

Una vez agotados los trámites previstos en la Ley 906 de 2004, el Juzgado Once Penal del Circuito de Cali lo condenó a las penas de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 144 meses, tras hallarlo penalmente responsable del delito objeto de acusación. Consideró improcedentes la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

El recurso de apelación interpuesto por el defensor del procesado activó la competencia del Tribunal Superior de Cali, que confirmó la condena, mediante proveído del 13 de marzo de 2017, que fue objeto del recurso de casación impetrado por el mismo sujeto procesal, cuya demanda fue admitida el 11 de junio de 2017, surtiéndose la respectiva audiencia el 27 de octubre del mismo año.

4. LA DEMANDA DE CASACIÓN

Bajo la égida de la causal de casación prevista en el artículo 181, numeral 3º, de la Ley 906 de 2004, la impugnante plantea que el Juzgado y el Tribunal violaron indirectamente la ley sustancial, porque las “manifestaciones tendenciosas de Luis José Guarín Mantilla”, que no fueron consideradas por los juzgadores, y la diversidad de versiones suministradas por la niña M.J.G.G., impedían predicar, más allá de duda razonable, la ocurrencia del acto sexual.

Se queja de que para valorar el relato de la víctima solo se tuvo en cuenta lo que expresó el psicólogo Fernando Grueso. Además se omitieron varios apartes de la declaración de Guarín Mantilla, en los que se hace evidente su animadversión hacia el procesado y la consecuente manipulación que ejerció sobre la niña para “perjudicarlo”. Hizo hincapié, además, en que la grabación incorporada por la Fiscalía como prueba sobrevenida, contentiva de la conversación que el padre de M.J.G.G. sostuvo con la tía de esta, hace palmaria la duda que dicha señora tenía sobre la ocurrencia del hecho, al tiempo que puso en evidencia las actuaciones del denunciante para incidir en el proceso, entre las que destaca la intermediación de un tío suyo, del que dice era senador, para que el fiscal inicial fuera cambiado, y la decisión de un coronel, también de su familia, de poner a su disposición un funcionario de la SIJIN para investigar al procesado y a los familiares de este.

En la misma línea, resaltó que en esa conversación Guarín Mantilla hizo hincapié en que había llegado a un acuerdo con una empresa de televisión para que este caso fuera ventilado por ese medio si el procesado no era condenado, y cuando su interlocutora le preguntó por la integridad de la niña M.J.G.G, este contestó que no le importaba y que solo se mencionarían los nombres de los adultos. Esto, y muchas otras cosas más, fueron desconocidas por el Tribunal -concluyó-.

De otro lado, expresó que los juzgadores tampoco tuvieron en cuenta las diversas versiones de M.J.G.G, lo que, aunado a lo anterior, denotan la “manipulación o sugestión de que fue objeto”. Al efecto, resalto que la niña: (i) el cuatro de abril dijo que “alguien había entrado a su cuarto y le había tocado sus partes íntimas”; (ii) el 10 de mayo, “luego de que permaneció con Guarín Mantilla”, dijo que “Diego, el amigo de la madre, una noche entró a su cuarto, le tocó las piernas y con mis manos se sobaba el pipí”; y el 12 de mayo de 2009 indicó que “yo vivía con mi mamá y con DIEGO, una noche yo estaba durmiendo en mi cama y abrí los ojitos y vi que Diego me estaba tocando el cuerpo, yo tenía la pijama puesta, no me la quitó, él se bajó un poquito el short y se sacó el pipí y con una mano de él y otra mía me hacía así con el pene (hace señales de frotación con las manos)... al otro día le

conté a mi mamá ... pasó una vez no más”.

Luego de analizar la relación que, según ella, existe entre estos cambios de versión y la actuación de Guarín Mantilla, resalta que M.J.G.G. le dijo al psicólogo de la Fiscalía lo siguiente:

“Es que yo estaba dormida, la cama estaba y yo estaba, entonces cuando miré la pared así pensé que era una persona como un fantasma...si Diego no está no hay nadie más en la casa que sea hombre. Y entonces yo le dije que Diego, porque no hay más hombres. Era una persona porque yo vi así. Me hacía con el pipí y me hacía así (...). Es que la puerta tiene las llaves siempre metidas en el cosito, la chapa, pero yo no la cierro porque a mí me da calor, sino me muero del sudor. Yo nunca duermo con pijama.

A continuación, expone los argumentos que la llevan a concluir que la niña introdujo ideas que son más propias del pensamiento adulto, al tiempo que resalta su incoherencia, porque en una de las versiones dijo que tenía puesta el pijama y en otra expresó que nunca duerme con esa prenda.

En medio de múltiples argumentos orientados a demostrar la ya referida manipulación, hizo notar que

[t]ampoco puede descartarse que el relato de la menor obedeciera a un sueño, pues la niña ante el psicólogo del Cuerpo Técnico de Investigación Criminal de la Fiscalía, Fernando Grueso, se refirió a que cuando estaba dormida vio “un fantasma”. Luego ante el psiquiatra Óscar Armando Díaz Beltrán también refiere “yo estaba dormida, así ... yo pensé que me estaba haciendo algo ... digo no sé si era cierto o era un sueño...”. Más adelante a la pregunta del profesional para que fuera más precisa la niña, dijo: “estaba dormida, entonces sí, yo pensé que era eso ...era sueño o realidad y le dije a mi mamá ... No sé... estaba dormida ... no sé si eso era un sueño o si es realidad ... no sé ... tengo piquiña ... mentiras ... te lo creíste ... todo lo que digo en broma todo el mundo se lo cree ... es chistoso”.

Agregó que también ante el psiquiatra Andrés Peláez Maya la niña indicó que “sentía que la habían (sic) malinterpretado lo que ella había dicho”.

Concluye que el yerro de los juzgadores consistió en no valorar la totalidad de la versión de Guarín Mantilla “frente a las demás pruebas”, y que, de haberlo hecho, necesariamente hubiera concluido que existe duda razonable frente a la responsabilidad penal del procesado. Ello, según dice, constituye una violación indirecta de la ley sustancial, por error de hecho en la modalidad de falso juicio de identidad.

Basada en lo anterior, y en otros argumentos que serán relacionados más adelante en cuanto resulte necesario, solicita a la Sala casar el fallo impugnado y emitir uno de reemplazo, de carácter absolutorio.

5. SUSTENTACIÓN Y RÉPLICAS

La defensa reiteró, en esencia, los argumentos expuestos en la demanda. Resaltó: (i) la animadversión del denunciante hacia el procesado se hizo evidente en su intervención ante un senador para lograr el cambio de fiscal, las manifestaciones que le hizo a los jefes de Campo Vidal sobre los hechos objeto de juzgamiento, etcétera; (ii) amenazó con llevar el presente asunto a un programa de televisión, “con nombres propios, si no le otorgaban la razón”; y (iii) el Tribunal no tuvo en cuenta las múltiples versiones de la menor, ni valoró, en conjunto con los demás medios de prueba, la totalidad de la versión de Guarín Mantilla.

De otro lado, el delegado de la Fiscalía, la representante del Ministerio Público y el apoderado de las víctimas pidieron desestimar la pretensión de la demandante.

El primero, hizo énfasis en que la impugnante no demostró la trascendencia del error que le atribuye al Tribunal, porque incluso si se aceptara lo que expresa frente al denunciante, lo

cierto es que el soporte principal de la condena es el testimonio del psicólogo Fernando Grueso, así como las versiones de los demás profesionales que atendieron a M.J.G.G, quienes concluyeron que lo que esta dijo “soporta la verdad de los hechos”. Hizo hincapié en que la defensa no propuso como teoría la supuesta manipulación de la menor, ni aportó pruebas al respecto. Agregó que de la infidelidad de la madre de la víctima, que dio lugar a la ruptura de la relación que tenía con Guarín Mantilla, no se sigue que este haya manipulado a la niña, máxime si se tiene en cuenta que aquel intervino porque la tía de esta lo llamó a contarle lo que había sucedido, de tal suerte que si ese llamado no hubiera existido, el denunciante no hubiera intervenido en este asunto. Puso de presente, además, que a lo largo del proceso se demostró el amor de la víctima y de la madre de esta hacia el procesado, así como su evidente intención de favorecerlo, razón por la cual los juzgadores “no tuvieron por cierto” lo que expresó dicha señora sobre lo que le dijo su hija en el sentido de que “alguien” la había tocado aquella madrugada. En suma, considera que los juzgadores valoraron las pruebas a la luz de la sana crítica y que la demandante no presentó argumentos suficientes sobre el supuesto error que invoca en su escrito.

Por su parte, la representante del Ministerio Público tildó de inexistentes las contradicciones de la menor, porque esta, en un lenguaje acorde a su edad, reiteró que fue objeto de abuso aquella madrugada. Agregó que la situación de Guarín Mantilla es ajena a los hechos objeto de juzgamiento.

Finalmente, el apoderado de la víctima hizo suyos los argumentos de la Fiscalía y del Ministerio Público. Resaltó que: (i) la niña M.J.G.G. hizo una inferencia notoriamente lógica, que le permitió concluir que necesariamente fue el procesado quien la sometió a los actos sexuales aquella madrugada, como quiera que era el único hombre presente en la casa; (ii) Guarín Mantilla se comportó como lo haría cualquier padre al enterarse del abuso de que fue víctima su hija, por lo que considera desafortunado lo que expuso el magistrado que salvó el voto, en el sentido de que el denunciante, con el ánimo de perjudicar al procesado, le indicó a su hija en qué consistían las prácticas “masturbatorias” (sic); (iii) el procesado

pernoctó en la casa de la abuela de la niña, donde también estaban la tía de esta y un amigo, por lo que no tuvo tiempo de realizar la alegada manipulación; (iv) una niña de seis años no está en capacidad de reproducir lo que fue objeto del supuesto aleccionamiento, como si se tratara de una connotada actriz, por lo que debe concluirse que lo que le contó al psicólogo de la Fiscalía es producto de sus vivencias; y (v) la madre de la víctima fue quien eludió sus deberes de protección, a lo que se aunaron las actitudes evasivas de la abuela y la tía de la menor, quienes pasaron de denunciar -ante el padre- el abuso sexual, a convertirse en defensoras del procesado, a quien finalmente quisieron mostrar como un hombre “excelso”.

6. CONSIDERACIONES

La Sala observa con preocupación que el presente trámite sufrió notorias dilaciones, al punto que la imputación se formuló el 20 de octubre de 2012, a pesar de que los hechos ocurrieron el cuatro de abril de 2009 y que el 11 de junio del mismo año la menor M.J.G.G. rindió la entrevista que, finalmente, constituyó la base de la condena. La sentencia de primera instancia se profirió el 28 de octubre de 2014, y la de segunda el 13 de marzo de 2017. En ese interregno, la víctima fue sometida a plurales interrogatorios, varios de ellos realizados con el propósito de obtener diversos dictámenes periciales (seis en total), lo que no solo afectó la celeridad del trámite sino que, además, puso en riesgo la integridad de la niña.

Aunado a lo anterior, aunque la prueba principal de cargo (el testimonio de M.J.G.G.) tuvo una corta duración, incluso si se considera en conjunto lo que le dijo a los expertos y lo que declaró en el juicio oral aproximadamente cuatro años después, el debate se extendió por más de 10 meses, en buena medida destinados a la práctica de prueba pericial (que no se ajustó a los parámetros legales) y a la introducción de información más enfocada en las

relaciones interpersonales de los adultos que conforman el núcleo familiar de la menor, que en los hechos jurídicamente relevantes. Incluso, se trajo a colación, como prueba, las advertencias que hizo el denunciante sobre su intención de ventilar este asunto ante los medios de comunicación si el caso no se resolvía conforme a sus intereses, lo que, según se verá, no solo resulta impertinente, sino claramente atentatorio contra la autonomía e independencia de los jueces. Lo anterior, sin perjuicio de las constantes alusiones a las influencias utilizadas por los interesados para incidir de una u otra manera en la presente actuación.

Ante esa realidad, para abordar el presente caso la Sala seguirá el siguiente derrotero: (i) retomará sus propios precedentes sobre el tema de prueba y la respectiva explicación de la pertinencia de los medios de conocimiento que las partes pretenden utilizar para soportar sus respectivas teorías; (ii) analizará la regulación de la prueba pericial en la Ley 906 de 2004; (iii) reiterará su postura sobre el tratamiento de los testimonios de menores que comparecen en calidad de víctimas de abuso sexual u otros delitos graves, y hará algunas precisiones sobre el particular; (iv) analizará el caso sometido a conocimiento de la Sala; y (v) se pronunciará respecto de las manifestaciones del denunciante sobre la posibilidad de ventilar este asunto ante los medios de comunicación, que fueron introducidas al juicio oral a instancias de la Fiscalía.

1. La delimitación del tema de prueba y la explicación de la pertinencia de las pruebas que las partes pretenden utilizar para soportar sus teorías factuales

De forma reiterada esta Corporación se ha referido a la importancia de delimitar la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes incluida en la acusación, porque la misma, sumada a la propuesta factual de la defensa (cuando opta por esa estrategia), constituye el tema de

prueba del juicio oral. Al efecto, ha resaltado aspectos como los siguientes: (i) la diferencia entre hechos jurídicamente relevantes, hechos indicadores y medios de prueba (CSJSP, ocho marzo 2017, Rad. 44599, entre muchas otras); (ii) el tema de prueba se integra, en esencia, por los hechos jurídicamente relevantes propuestos por las partes; y (iii) cuando la Fiscalía o la defensa pretenden valerse de un dato o “hecho indicador” para inferir un hecho que encaja en la respectiva descripción normativa, debe probarlo, lo que implica que, de esa manera, se integre al tema de prueba (ídem).

En consonancia con lo anterior, la Sala, además de establecer las diferencias entre pertinencia, conducencia y utilidad, ha establecido lo siguiente: (i) la argumentación de la pertinencia conlleva la explicación de la relación que existe entre la prueba que se solicita y el hecho que integra el tema de prueba; (ii) esa relación puede ser directa, por ejemplo, si el testigo asegura haber presenciado cuando el procesado disparó, hurtó, secuestró, etcétera; (iii) también puede ser indirecta, verbigracia, cuando el testigo no presenció el hecho jurídicamente relevante, pero sí un dato a partir del cual el mismo, aisladamente o en asocio con otros hechos indicadores, pueda ser inferido, verbigracia, cuando asegura que lo vio salir corriendo del lugar de los hechos, presenció amenazas previas, etcétera (CSJAP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153; CSJAP, entre otras).

Debe resaltarse que el análisis de la pertinencia, y las excepcionales evaluaciones de la conducencia y utilidad (ídem), cumplen un papel trascendental en el proceso penal, en la medida en que permiten desarrollar el derecho de las partes a presentar pruebas, sin que se menoscaben la celeridad y eficacia de la administración de justicia, que pueden verse comprometidas con la destinación del tiempo judicial al acopio de información irrelevante.

Trasladado lo anterior a casos como el que ocupa la atención de la Sala, no se discute que los tocamientos, el carácter libidinoso de los mismos, la edad de la víctima, etcétera, hacen parte del tema de prueba, por constituir hechos jurídicamente relevantes en cuanto encajan en el artículo 209 del Código Penal. Los cambios comportamentales de la supuesta víctima,

su posible afectación psicológica, etcétera, pueden tenerse como hechos indicadores de que el hecho penalmente relevante realmente ocurrió.

Es igualmente posible que un medio de prueba sea pertinente cuanto se refiere a “la credibilidad de un testigo o de un perito” (Art. 375). En esos casos, debe diferenciarse si se trata de datos externos a la declaración, como sucede con la prueba de corroboración, o si se circunscriben al contenido del relato, tal y como sucede, por ejemplo, con los estudios de la “validez” y “credibilidad” del testimonio” realizados, por ejemplo, a la luz de técnicas como las denominadas CBCA y SVA¹. Esto, por razones obvias, incide en la valoración de la prueba, pero también puede ser relevante para verificar si la condena está fundamentada exclusivamente en prueba de referencia, tal y como se indicará en el apartado 6.3.

En todo caso, las partes tienen la obligación de explicar la pertinencia de las pruebas que pretenden hacer valer como soporte de su “teoría del caso”. Cuando se trata de prueba pericial, deben considerar las reglas generales establecidas en los artículos 372 y siguientes de la Ley 906 de 2004, y la reglamentación específica consagrada en los artículos 405 y siguientes ídem, a las que se hará alusión en el siguiente apartado. Y si pretenden hacer uso de prueba testimonial, deben, igualmente, ceñirse a la respectiva reglamentación, lo que será objeto de estudio en el numeral 6.3.

2. La regulación de la prueba pericial en la Ley 906 de 2004

1. La base “técnico- científica” del dictamen

En la Ley 906 de 2004 se establecieron reglas puntuales sobre la prueba pericial, especialmente en lo que concierne a la base “técnico-científica” de la misma.

Recientemente, esta Corporación se ocupó de esta temática, con el ánimo de resaltar la necesidad de que los expertos convocados por las partes expliquen suficientemente “los principios científicos, técnicos o artísticos en los que fundamenta sus verificaciones o análisis y grado de aceptación”, tal y como lo dispone expresamente el artículo 417 de esa codificación. Todo bajo el entendido de que los jueces no deben aceptar de forma irreflexiva lo que expresen los peritos, a partir de la simple autoridad de quien emite la opinión. En tal sentido, en la decisión CSJSP, 09 Mayo 2018, Rad. 47423 se resaltó lo siguiente:

El artículo 405 de la Ley 906 de 2004 dispone que “la prueba pericial es procedente cuando sea necesario² efectuar valoraciones que requieran conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados”. Esta disposición debe armonizarse con lo establecido en el artículo 376 ídem, en cuanto dispone que toda prueba pertinente es admisible, salvo que exista “probabilidad de que genere confusión en lugar de mayor claridad al asunto (...) exhiba escaso valor probatorio” o “sea injustamente dilatoria del procedimiento”.

En complemento de lo anterior, el ordenamiento jurídico establece quiénes pueden comparecer al juicio en esa calidad (Artículos 406 y 407), regulan la emisión de la base de opinión pericial (Artículos 415 y siguientes) y consagra las instrucciones para interrogar y contrainterrogar al experto (Artículos 417 y 418, respectivamente).

Al margen de la discusión sobre la admisibilidad de las opiniones emitidas por quienes no tienen la calidad de peritos (CSJSP, 23 Nov. 2017, Rad. 45899), la ley establece las condiciones para que las opiniones de los expertos puedan ser valoradas. De manera puntual, el artículo 417 consagra la secuencia lógica de ese interrogatorio, así: (i) en primer término, debe establecerse la calidad de perito, a lo que apuntan los temas tratados en los tres primeros numerales -conocimiento teórico, conocimiento y experiencia en uso de instrumentos, y conocimiento práctico-; (ii) la explicación de los “principios científicos, técnicos o artísticos en los que verifica fundamenta sus verificaciones o análisis”; (iii) el grado de aceptación de los mismos; (iv) los “métodos empleados en las investigaciones y

análisis relativos al caso”; (v) la aclaración sobre si “en sus exámenes o verificaciones utilizó técnicas de orientación, de probabilidad o de certeza”; entre otros.

A la luz de esta reglamentación, es claro que los peritos comparecen al juicio oral a explicar unas determinadas reglas o principios técnico-científicos, que sirven de fundamento a sus conclusiones frente a unas situaciones factuales en particular. Igualmente, deben precisar el nivel de probabilidad de la respectiva conclusión, que, a manera de ejemplo, suele ser más alta en los exámenes de ADN que en algunos conceptos psicológicos. Del experto se espera que, en cuanto sea posible, traduzca al lenguaje cotidiano los aspectos técnicos, de tal suerte que el Juez: (i) identifique y comprenda la regla que permite el entendimiento de unos hechos en particular; (ii) sea consciente del nivel de generalidad de la misma y de su aceptación en la comunidad científica; (iii) comprenda la relación entre los hechos del caso y los principios que se le ponen de presente; (iv) pueda llegar a una conclusión razonable sobre el nivel de probabilidad de la conclusión; etcétera.

Visto de otra manera, al perito le está vedado presentar conclusiones sin fundamento, opinar sobre asuntos que escapan a su experticia, eludir las aclaraciones que debe hacer sobre el fundamento técnico científico de sus apreciaciones, no precisar el grado de aceptación de esos principios en la comunidad científica, abstenerse de explicar si las técnicas utilizadas son de orientación, probabilidad o certeza, etcétera.

La intención del legislador de evitar que los expertos emitan opiniones que no tengan un adecuado soporte técnico-científico se hace palmario en la reglamentación de la admisibilidad de publicaciones y de prueba novel, prevista en el artículo 422 de la Ley 906 de 2004:

Para que una opinión pericial referida a aspectos noveles del conocimiento sea admisible en el juicio, se exigirá como requisito que la base científica o técnica satisfaga al menos uno de los siguientes criterios:

1. Que la teoría o técnica subyacente haya sido o pueda llegar a ser verificada;
2. Que la teoría o técnica subyacente haya sido publicada y haya recibido la crítica de la comunidad académica;
3. Que se haya acreditado el nivel de confiabilidad de la técnica científica utilizada en la base de opinión pericial;
4. Que goce de aceptabilidad en la comunidad académica.

En esa misma línea, en la decisión CSJSP, 23 Mayo 2018, Rad. 42631 la Sala reiteró la importancia de que los peritos expliquen el fundamento de sus opiniones. En tal sentido, hizo las siguientes precisiones: (i) aclaró lo que debe entenderse por ley científica –en sentido estricto-, a partir de un específico marco teórico; (ii) indicó que los dictámenes periciales, tal y como lo disponen los artículos 405 y 417 de la Ley 906 de 2004, pueden estar fundamentados en ese tipo de leyes (lo que implica asumir las respectivas cargas argumentativas), pero, igualmente, pueden estar soportados en otros enunciados, también producto de las investigaciones y avances en las respectivas disciplinas, que aunque no tengan el alcance de las denominadas “leyes científicas”, pueden servir de fundamento a conclusiones importantes para el proceso penal; y (iii) a manera de ejemplo, la Sala se refirió a la posibilidad de utilizar datos de orden estadístico, que se asemejan a las máximas de la experiencia en cuanto se estructuran con fórmulas como “siempre” o “casi siempre”³, bajo el entendido de que esa enunciación no es taxativa, porque ello iría en contravía de la fórmula amplia que utilizó el legislador en los artículos 405 y 417 atrás citados, donde se hace énfasis en que el dictamen puede emitirse a partir de “conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados”; y (iv) en todo caso, el perito debe dar las respectivas explicaciones, para que el Juez, a partir de una adecuada comprensión de la opinión experta, pueda tomar las decisiones que le corresponden. Al efecto, anotó:

. La Sala, en la decisión CSJ AP6371, 27 sep. 2017, rad. 46540, se ocupó de un tema similar al presente. En dicho caso, el actor planteó un «falso raciocinio por desconocimiento de los postulados de la sana crítica, específicamente de una regla de la ciencia de la psicología que dispone que, cuando se recauda información a través de entrevistas a menores, y se realiza de manera indebida, se origina fuente de sugestión en los relatos que conduce a implantación de memoria y creación de falsos recuerdos»⁴.

La Corte no admitió tal demanda tras aducir que el actor (i) «no acreditó el carácter de ley científica de su postulación»⁵, por cuanto «no basta transcribir extensos apartes de literatura especializada para darle tal condición»⁶; y (ii) «no demostró de qué manera, y en forma concreta, las reales o supuestas falencias en la práctica de las entrevistas a la niña víctima condujeron a la “implantación de memoria y falsos recuerdos”»⁷.

En cuanto a la acreditación del carácter científico de una tesis, ley o enunciado, la Sala, en sentencias como CSJ SP, 10 abr. 2003, rad. 16485, se ha referido a principios como los de «universalidad, síntesis, verificabilidad y contrastabilidad»⁸. Este último rasgo, que alude a la facultad de confrontar la teoría de la cual se predica su científicidad con la experiencia, también es conocido como ‘falsabilidad’, ‘falibilidad’ o ‘refutabilidad’. Y ha sido tratado por la jurisprudencia a la hora de desestimar la naturaleza científica de una aserción, por ejemplo, en CSJ AP, 5 sep. 2013, rad. 36411 («no hay enunciado científico que no esté asociado a uno empírico»⁹), o CSJ AP8169, 29 nov. 2017, rad. 46710 («a los planteamientos del libelista sí subyace el desconocimiento de un principio de la ciencia, cual es la falibilidad»¹⁰).

Fue en la sentencia CSJ SP, 6 mar. 2013, rad. 39559, en donde la Corte adoptó el criterio conforme al cual «cualquier hallazgo o descubrimiento científico no solo debe someterse a la crítica racional, sin perjuicio de su aceptación o vigencia en el respectivo campo especializado, sino que además la opinión dominante en materia de filosofía de la ciencia sostiene que es precisamente la posibilidad de ser refutada por la experiencia la que

delimita el carácter científico o metafísico de una tesis»¹¹.

En este orden de ideas, es científico todo enunciado que sea contrastable con el mundo empírico, esto es, que haya sido confrontado mediante experimentos sin llegar a ser refutado. Dicho rasgo está presente cuando la ley implica o asegura «que ciertos acontecimientos concebibles no ocurrirán»¹², es decir, «toda teoría contrastable prohíbe que ocurran determinados acontecimientos»¹³. De ahí que sea posible trazar la ley bajo «la forma “tal y cual cosa no pueden suceder”»¹⁴.

Así, por ejemplo, es contraria a la ciencia la afirmación de un testigo según la cual una persona “saltó del piso al techo de un edificio de 100 metros de altura”, porque se trataría de un aspecto imposible de ocurrir, en tanto reñiría con la ley de la gravedad. Y constituiría un error de hecho por falso raciocinio en el caso de que un juez le brindara credibilidad a ese preciso punto del relato.

De idéntica manera, la demostración de un determinado acontecimiento fáctico que en principio haya sido prohibido o negado por la ley es lo que permite evidenciar sus falencias como ciencia o, en términos más precisos, falsear el carácter científico de aquella. Así, si un juez le otorga el valor de ciencia a un enunciado que ya fue empíricamente objeto de refutación (y, por lo tanto, descartado como tal), también podrá incurrir en un falso raciocinio en la valoración de la prueba.

Entonces, la facultad de confrontarse con la experiencia es lo que deviene en científica cualquier ley, tesis o postulado. Y, en cambio, será dogmática (o metafísica) toda aserción no contrastable, es decir, la que sea imposible de refutar, falsear o advertir sus fallas por medios empíricos.

En este punto, la Sala precisa el sentido del fallo CSJ SP, 8 sep. 2010, rad. 34650, en tanto definió como ley científica «aquella frente a la cual cualquier examen de comprobación mantiene condiciones de aceptación e irrefutabilidad universal». Aclara la Corte que

ninguna ley científica tiene la propiedad de ser irrefutable o imposible de desvirtuar, porque de ser así su contenido nunca sería ciencia sino dogma. Será científico todo enunciado que, a pesar de ser confrontado racionalmente con la experiencia, no haya sido refutado o falseado. Pero esto no significa que alguna vez pueda dejar de serlo, pues siempre se habrá de permitir, por medios empíricos, su contrastación.

En este contexto, en clara alusión a la necesidad de la prueba pericial (Art. 405 de la Ley 906 de 2004), la Sala dejó sentado que no es necesario presentar un perito en juicio para demostrar leyes científicas que, no obstante tener esa calidad, hacen parte del acervo de conocimiento del conglomerado social, a manera de máximas de la experiencia. Así, verbigracia, para demostrar que al ser lanzado desde un piso elevado el cuerpo de la víctima cayó velozmente y sufrió un fuerte impacto contra el piso, no será necesario presentar a un físico para que explique la ley de la gravedad. De esta manera debe entenderse lo que se manifestó en el fallo 42631 en el sentido de que “no será necesario acreditar en el juicio la ley científica de amplia tradición y divulgación (por ejemplo: las de la física no cuántica, las de la termodinámica, el principio de Arquímedes, etcétera”).

En síntesis, frente a la base técnico científica del dictamen pericial se tiene lo siguiente: (i) la opinión puede estar soportada en “conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados”; (ii) el interrogatorio al perito debe orientarse a que este explique suficientemente la base “técnico-científica” de su opinión, lo que implica asumir las respectivas cargas, como cuando, a manera de ejemplo, se fundamenta en una “ley científica” –en sentido estricto-, en datos estadísticos, en conocimientos técnicos, etcétera; (iii) el experto debe explicar si “en sus exámenes o verificaciones utilizó técnicas de orientación, probabilidad o certeza”, lo que resulta determinante para establecer el peso que el dictamen puede tener en la decisión judicial, porque, a manera de ejemplo, no es lo mismo que se afirme que existe más del 99% de probabilidad de que un hecho haya ocurrido, a que se concluya que es “más probable que menos probable” –preponderancia- que un determinado fenómeno haya tenido ocurrencia; (iv) cuando se pretende la admisión

de “publicaciones científicas o de prueba novel”, se deben cumplir los requisitos previstos en el artículo 422 de la Ley 906 de 2004; (v) lo anterior, bajo el entendido de que el Juez no está llamado a aceptar de forma irreflexiva el dictamen pericial, sino a valorarlo en su justa dimensión, lo que supone el cabal entendimiento de las explicaciones dadas por el experto; y (v) en buena medida, la claridad sobre la base científica del dictamen pericial, y de los demás aspectos que lo conforman, depende de la actividad de las partes durante el interrogatorio cruzado, lo que es propio de un sistema de corte adversativo, del que es expresión la regulación del interrogatorio al experto, prevista en los artículos 417 y siguientes de la Ley 906 de 2004.

Finalmente, debe resaltarse que la explicación suficiente de la base “técnico-científica” del dictamen adquiere mayor relevancia cuando: (i) la opinión se soporta en áreas del conocimiento poco difundidas, (ii) frente a las mismas no existen consensos consolidados, (iii) los procedimientos que sirven de soporte a la conclusión no están suficientemente estandarizados, etcétera. Esto se compagina con lo dispuesto en el artículo 422 de la Ley 906 de 2004 sobre los requisitos para la admisión de “publicaciones científicas y prueba novel”.

Así, aunque los peritos tienen el deber de explicar este aspecto, lo que se traduce en la obligación de la parte de incluirlo en el interrogatorio (Art. 417, numerales 4, 5 y 6), en cada caso debe evaluarse la incidencia de las omisiones que se presenten sobre el particular, sin perder de vista que es imperioso que las partes y los jueces comprendan y acaten la respectiva reglamentación legal.

2. La base fáctica del dictamen

Aunque no se descarta que un experto comparezca al juicio oral con el único propósito de ilustrar sobre determinadas reglas “técnico-científicas”, para que, a partir de las mismas, el

Juez realice la valoración de los hechos, lo que ordinariamente sucede es que el perito emita su opinión frente a un determinado aspecto fáctico.

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 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 directamente¹⁵, 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”, según lo indicado en el numeral 6.1.

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 informes periciales que hubiesen rendido, o para que los rindan en la audiencia¹⁶”.

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, tal y como se indicará en el apartado 6.4. 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 inadmisibile (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 juicio oral, es razonable que el dictamen recaiga sobre esa versión¹⁷; (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.

Finalmente, es posible que la base fáctica del dictamen no coincida con los hechos que integran el tema de prueba, como puede suceder, por ejemplo, con ciertas evaluaciones psicológicas orientadas a demostrar el estado mental de una persona, para lo que se utilizan historias clínicas, se practican entrevistas, etcétera. Como en estos eventos lo relevante desde el punto de vista probatorio es la opinión del experto, no es necesario incorporar como prueba las historias clínicas y la otra información destinada a esos fines. Sin embargo, esos datos deben ser descubiertos oportunamente, para que la contraparte tenga la ocasión de utilizarlos en el contrainterrogatorio y, en general, para impugnar la credibilidad del perito, la solidez del dictamen, etcétera.

Lo anterior gira en torno a la idea de que los expertos utilizan ese tipo de información para tomar decisiones relevantes en su práctica cotidiana, como sucede con los médicos que diagnostican y resuelven sobre los procedimientos procedentes a partir de las historias clínicas elaboradas por otros colegas¹⁸. De tiempo atrás esta Corporación consideró que este criterio se aviene al sistema procesal regulado en la Ley 906 de 2004 (CSJSP, 21 Feb. 2007, Rad. 25920).

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.

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 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.

3. El perito como testigo

En el numeral anterior se indicó que la base fáctica de la opinión pericial puede demostrarse en el juicio oral con el testimonio del perito, como sucede con el médico legista que inspeccionó el cadáver, el técnico en balística que obtuvo la muestra indubitada y pudo establecer las coincidencias de esta con el proyectil hallado en el cadáver, etcétera.

En esos casos puede predicarse que el perito es “testigo directo” de ese hecho o dato que

resulta relevante para el esclarecimiento de los hechos. Sin embargo, a la luz de lo precisado en el numeral 6.1, las partes, en la preparación del caso, y los jueces, al emitir la sentencia, deben constatar si el perito da cuenta de un hecho jurídicamente relevante, o de un dato o “hecho indicador” a partir del cual pueda inferirse uno de los presupuestos factuales de la consecuencia prevista en la respectiva norma penal.

En el mismo sentido, la opinión del perito (que puede tener como base lo que él presenció o la información suministrada por otros testigos), puede referirse a un hecho jurídicamente relevante (por ejemplo, “la muerte ocurrió a causa de los disparos”) o a un hecho indicador (verbigracia, “con alta probabilidad, la muestra de sangre examinada corresponde al acusado”).

En el ámbito de los dictámenes emitidos por los psicólogos, debe precisarse lo siguiente: (i) si se pretende introducir como prueba de referencia una declaración rendida por fuera del juicio oral, es posible que la demostración de la existencia y el contenido de la misma puedan demostrarse a través del experto, esto es, el perito puede constituir el “vehículo” para llevar la declaración al juicio (CSJAP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153); (ii) si, por ejemplo, el psicólogo, en ejercicio de su función, percibe síntomas en el paciente, a partir de los cuales pueda dictaminar la presencia del “síndrome del niño abusado”, será testigo directo de esos síntomas, de la misma manera como el médico legista puede presenciar las huellas de violencia física; y (iii) a la luz del ejemplo anterior, si el perito dictamina sobre la presencia del referido síndrome, su opinión se refiere, sin duda, a un hecho indicador de que el abuso pudo haber ocurrido.

En este orden de ideas, cuando las partes y/o el Juez aducen que el perito psicólogo (o cualquier otro experto) es “testigo directo”, tienen la obligación de precisar cuál es el hecho o el dato percibido en los términos del artículo 402 de la Ley 906 de 2004. Esto es necesario para dotar de racionalidad el alegato o la decisión y para permitir mayor control a las conclusiones en el ámbito judicial. Así, por ejemplo: (i) si el experto limitó su intervención a

la práctica de una entrevista a un menor, será testigo de la existencia y contenido de la misma, así como de las circunstancias que la rodearon¹⁹; (ii) si durante esa diligencia percibió síntomas a partir de los cuales pueda emitirse una opinión sobre la existencia del “síndrome del niño abusado” o cualquier otro efecto psicológico relevante para la solución del caso, se debe indicar con precisión ese aspecto de la base fáctica y, obviamente, la misma debe explicarse a la luz de una base “técnico-científica” suficientemente decantada, según se indicó en precedencia; (iii) en el evento de que el perito se haya basado en otra información para estructurar la base fáctica de la opinión, la misma debe ser adecuadamente explicada, sin perjuicio de la obligación de descubrirla oportunamente; etcétera.

Cuando la sentencia está basada en prueba de referencia, las anteriores precisiones adquieren una especial relevancia, porque se hace necesario determinar si el perito realmente aporta información adicional (a la declaración rendida por fuera del juicio oral), que permita superar la prohibición prevista en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, para lo que, sin duda, resulta insuficiente con expresar, sin ninguna aclaración, que el perito es “testigo directo”. Sobre este tema se volverá en el apartado 6.3.8.

4. La explicación de la conexión que existe entre las bases fáctica y “técnico científica” del dictamen

El perito debe explicar la relación que existe entre la base “técnico-científica” y la base fáctica, lo que incluye la determinación de si “en sus exámenes o verificaciones utilizó técnicas de orientación, de probabilidad o de certeza” (Art. 417).

En esencia, el experto debe explicar por qué el caso objeto de opinión encaja en las reglas técnico científicas que ha explicado. Cuando se refiere a estudios o experimentos, con la intención de demostrar que al caso sometido a decisión judicial le son aplicables las

conclusiones obtenidas durante los mismos, debe precisar si existen coincidencias o diferencias relevantes entre las muestras utilizadas para ese propósito y las particularidades del caso. Por ejemplo, si la investigación científica se orientó a establecer la reacción típica de los niños ante determinadas situaciones, deben precisarse aspectos como la edad, la extracción socio cultural o cualquier otro factor relevante. (CSJSP, 23 Mayo 2018, Rad. 42631).

Estos aspectos son determinantes para que el Juez pueda valorar en su justa dimensión el dictamen pericial, todo bajo el entendido de que no debe aceptar como una verdad apodíctica las conclusiones por el simple hecho de provenir de un experto, porque, a manera de ejemplo, es posible que el dictamen haya sido emitido por el profesional más calificado, pero: (i) la técnica utilizada solo sirva de orientación, o permita establecer en un nivel medio de probabilidad que un determinado hecho pudo haber ocurrido (Art. 417); (ii) las características del caso objeto de decisión judicial sean sustancialmente diferentes a las de la muestra utilizada para los experimentos o estudios a los que alude el perito, etcétera.

5. Pasos para la solicitud y práctica de la prueba pericial

Según se anotó en precedencia, en el sistema procesal regulado en la Ley 906 de 2004 las partes tienen a cargo la estructuración, verificación y demostración de la hipótesis factual. Como bien se sabe, la presentación de hipótesis fácticas es imperativo para la Fiscalía y facultativo para la defensa.

En ese proceso, las partes eligen los medios de prueba que utilizarán para demostrar su “teoría del caso”, bien los que se refieran directamente a los hechos jurídicamente relevantes, o los que resultan útiles para demostrar los hechos indicadores a partir de los cuales puede inferirse el hecho que encaja en la respectiva norma penal.

Cuando la parte pretende utilizar dictámenes periciales para demostrar su hipótesis factual, debe tener claros los aspectos analizados en precedencia, entre los que cabe resaltar: (i) cuál es la base fáctica del dictamen; (ii) cómo pretende demostrar ese componente del dictamen; (iii) cuál es el hecho jurídicamente relevante o el hecho indicador que busca demostrar con la opinión; (iv) cuando pretende fundamentar su teoría del caso en prueba de referencia, debe precisar cuáles son los datos adicionales que se demostrarán con el experto, bien porque los haya percibido “directa y personalmente” o porque puedan acreditarse con su opinión; (v) tiene el deber de constatar si esa información es suficiente para cumplir el requisito previsto en el artículo 381 en cita; etcétera.

En este contexto, la Sala debe resaltar el riesgo de que la Fiscalía descuide la actividad investigativa y la consecuente obtención de “verdaderas pruebas”, por su confianza en que cualquier opinión emitida por un experto pueda ser tenida como prueba irrefutable de la responsabilidad penal, sin sentar mientes en los aspectos epistémicos atrás analizados y, en general, en la reglamentación de la prueba pericial. Así, por ejemplo, en ocasiones se observa que el ente acusador, en lugar de asegurar en debida forma la prueba testimonial y realizar con prontitud y rigor científico los actos de investigación orientados a recoger y analizar los vestigios del abuso sexual (CSJSP, 31 Agos. 2016, Rad. 43916, entre otras), confía en que los dictámenes sobre la “validez” o “credibilidad” de las declaraciones pueden ser suficientes para soportar su hipótesis factual, cuando ni siquiera se ha logrado obtener una versión idónea para realizar ese tipo de pruebas y sin considerar las limitaciones que tienen las mismas, incluso cuando son aplicadas con todo rigor (CSJSP, 09 Mayo 2018, Rad. 47423). Estas mismas reflexiones son procedentes frente a la actividad de la defensa, cuando propone hipótesis factuales alternativas.

La prueba pericial debe ser objeto de descubrimiento oportuno, en los términos previstos en los artículos 344 y siguientes, 355 y siguientes, y 405 y siguientes de la Ley 906 de 2004. Para tales efectos, las partes deben poner en conocimiento de su antagonista el informe de que trata el artículo 413, bajo el entendido de que, en todo caso, la base de opinión pericial,

que abarca los aspectos analizados en precedencia, debe ser divulgada como mínimo cinco días antes de la celebración de la audiencia pública, tal y como lo dispone el artículo 415 ídem.

Como sucede con todas las pruebas que las partes pretenden hacer valer como soporte de sus teorías, en la audiencia preparatoria es imperioso sustentar la pertinencia del dictamen. Resulta elemental que, para ello, debe precisarse el sentido de la opinión, para poder establecer su relación, directa o indirecta, con los hechos jurídicamente relevantes que integran el tema de prueba. Así, por ejemplo, debe explicarse que con el testimonio del médico legista que examinó el cadáver se pretende establecer que la víctima falleció a causa de los disparos; que el perito psicólogo, a partir del estudio de la historia clínica de la víctima, explicará por qué los síntomas que esta presenta son compatibles con el denominado “síndrome del niño abusado”; que el perito en física, sobre la base de lo que declaren los testigos en el juicio oral acerca de las circunstancias que rodearon el accidente automovilístico, establecerá la velocidad que el procesado le imprimía a su vehículo para cuando ocurrió el impacto, etcétera.

Lo anterior pone en evidencia que las aclaraciones sobre el sustento de la base fáctica del dictamen le permitirán a las partes y al Juez decidir aspectos relevantes del desarrollo del juicio, como, por ejemplo, el orden en que será practicada la prueba testimonial. A la luz del último ejemplo, resulta obvio que primero deben declarar los testigos que tuvieron conocimiento “personal y directo” de los pormenores del accidente, para que el experto cuente con los insumos suficientes para emitir su opinión.

Lo anterior también resulta fundamental para establecer si la prueba pericial es necesaria, en los términos del artículo 405 de la Ley 906 de 2004, esto es, si se requiere de “conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados” para comprender o demostrar un aspecto puntual del tema de prueba.

En consonancia con lo anterior, debe tenerse en cuenta que la admisibilidad de la prueba pericial está supeditada a la confiabilidad de la base técnico científica. En tal sentido, deben considerarse los parámetros consagrados en el artículo 422 ídem cuando se trata de publicaciones científicas o prueba novel”.

Además del análisis de pertinencia, es necesario considerar lo dispuesto en el artículo 376 del mismo ordenamiento, en el sentido de que “toda prueba pertinente es admisible”, salvo que exista “probabilidad de que genere confusión en lugar de mayor claridad al asunto”, “exhiba escaso valor probatorio” o “sea injustamente dilatoria del procedimiento”. Esta norma adquiere especial relevancia en materia de prueba pericial, porque aunque es cierto que los expertos pueden aportar información relevante para la adecuada solución del caso, también lo es que el uso inadecuado de este recurso puede introducir aspectos tan confusos como innecesarios, que, finalmente, incidan negativamente en la recta y eficaz administración de justicia, máxime si se parte de las ideas equivocadas de que todo dictamen pericial es admisible y que la opinión del perito debe tomarse como una verdad apodíctica solo en atención a su autoridad (CSJSP, 09 Sep. 2015, Rad. 34514).

En el mismo sentido, el legislador dispuso la obligación de demostrar la idoneidad del experto. Al efecto, el artículo 408 establece “quiénes pueden ser peritos” y dispone que “a los efectos de la cualificación podrán utilizarse todos los medios de prueba admisibles, incluido el propio testimonio del declarante que se presenta como perito”; el artículo 413, que trata de la “presentación de los informes”, establece que a los mismos deberá agregarse la “certificación que acredite la idoneidad del perito”, y los tres primeros numerales del artículo 417, que regulan el interrogatorio del experto, establecen la acreditación de su “conocimiento teórico sobre la ciencia, técnica o arte”, (...) sobre los antecedentes que acrediten su conocimiento en el uso de instrumentos o medios en los cuales es experto” y “sobre los antecedentes que acrediten su conocimiento práctico en la ciencia, técnica, arte, oficio o afición aplicables”.

6. Escenarios procesales para solicitar la prueba pericial y demostrar los respectivos requisitos de admisibilidad.

Es claro que la pertinencia del dictamen pericial debe explicarse en la audiencia preparatoria, salvo que se trate de prueba sobreviniente, evento en el cual este análisis puede trasladarse al juicio oral. Lo mismo sucede con el estudio de la utilidad de la prueba y los demás aspectos regulados en el artículo 376 de la Ley 906 de 2004.

No obstante, debe tenerse en cuenta que en este sistema de enjuiciamiento criminal el análisis de estos aspectos se difiere a lo largo de la fase de juzgamiento, porque, a manera de ejemplo, es posible que un testimonio haya sido decretado como prueba en la audiencia preparatoria, pero en la audiencia de juicio oral, al momento de su práctica, se establezca que el testigo no tiene conocimiento “personal y directo” (Art. 402) de los hechos sobre los que versa el interrogatorio, lo que faculta a la otra parte para plantear las respectivas oposiciones y, así, evitar que la esa versión se incorpore como prueba.

Lo anterior es así, porque en la audiencia preparatoria no se practican pruebas, de tal suerte que las partes presentan sus argumentos sobre la admisibilidad de las mismas, pero es en el juicio oral donde se demuestra si los testigos presenciaron los hechos objeto de declaración, si las evidencias físicas o documentos en realidad son lo que las partes alegan, etcétera. (CSJSP, 09 Sep. 2015, Rad. 34514).

Algo semejante sucede con la prueba pericial. Piénsese, por ejemplo, en un perito que no cuente con títulos académicos (Art. 408, numeral 2º), evento en el cual: (i) la parte debe explicar en qué consiste la opinión, pues de ello depende el análisis de pertinencia y la determinación de los aspectos previstos en el artículo 376; y (ii) si para probar la cualificación opta por utilizar “el propio testimonio del declarante que se presenta como perito” (Art. 408), es claro que ese aspecto (si reúne o no las condiciones para ser tenido

como experto) solo podrá resolverse en el juicio, así la prueba haya sido decretada en la audiencia preparatoria a partir de los argumentos presentados por la parte.

Lo anterior no impide que la prueba sea inadmitida desde la audiencia preparatoria, por ejemplo, cuando es evidente que (i) el dictamen es impertinente, (ii) la base “técnico científica” de la opinión no se ajusta a lo previsto en el artículo 422, (iii) el dictamen puede “generar confusión en lugar de mayor claridad al asunto” o ser “injustamente dilatorio del procedimiento”, (iv) el testigo no reúne los requisitos para ser catalogado como experto, etcétera.

En síntesis, la admisibilidad de la prueba pericial está supeditada a reglas como las siguientes: (i) la parte debe argumentar la pertinencia, lo que supone una explicación sucinta del sentido de la opinión que emitirá el experto; (ii) además de establecer la necesidad de la prueba pericial, en los términos del artículo 405, deben considerarse los parámetros establecidos en el artículo 376, orientados a evaluar si con el dictamen podrá obtenerse mayor claridad o si, por el contrario, el mismo puede generar confusión, sin perjuicio de establecer si su relevancia para la solución del caso se aviene al tiempo judicial que habrá de destinarse para su práctica; (iii) la prueba pericial será admisible si se establece la confiabilidad de la base técnico-científica, lo que no tiene mayor dificultad cuando se trata de teorías o técnicas consolidadas, pero requiere del cumplimiento de los puntuales requisitos previstos en el artículo 422 cuando se trata de “publicaciones científicas y prueba novel”; (iv) el dictamen no puede ser utilizado como medio subrepticio para incorporar pruebas con violación del debido proceso; (v) debe demostrarse la idoneidad del perito, para lo que resulta imperioso anexar al informe los respectivos certificados, sin perjuicio de la posibilidad de demostrar este aspecto con el testimonio del experto, principalmente cuando se trata de personas que no cuenten con título legalmente reconocido (Art. 408); (vi) a partir de estos parámetros, el Juez debe resolver sobre la admisibilidad de la prueba pericial; y (vii) las partes tienen la carga de interrogar y contrainterrogar al perito en los términos de los artículos 417 y siguientes de la Ley 906 de

2004.

En lo que concierne a la práctica del interrogatorio, debe considerarse que “al perito le serán aplicables, en lo que corresponda, las reglas del testimonio” (Art. 408), por lo que las partes podrán controlar el interrogatorio a través de las oposiciones, tendrán la oportunidad de impugnar la credibilidad del perito, bien durante el contrainterrogatorio o presentando, de ser el caso, prueba de refutación. Más adelante se retomará esta temática.

7. La prueba pericial y la protección de derechos fundamentales al interior del proceso penal

Además de los límites atrás señalados, la prueba pericial está supeditada, como todas las demás, a que con su práctica no se afecten derechos fundamentales por fuera del marco constitucional y legal previsto para tales efectos, lo que bien puede ocurrir en la estructuración de la base fáctica del dictamen (por ejemplo, en la toma de muestras al imputado o a la víctima sin el cumplimiento de los requisitos previstos en la Constitución y la ley) o en los estudios practicados por el experto (verbigracia, la realización de análisis de ADN que puedan acarrear discriminación racial).

En el ámbito de los dictámenes psicológicos, debe tenerse en cuenta lo que se expresará en el numeral 6.3.3 en torno a la prohibición de someter a las víctimas a doble victimización o victimización secundaria. Ello puede suceder por el hecho de exponer a los menores a reiterados interrogatorios sobre los hechos objeto de investigación, o porque el análisis psicológico, claramente orientado a la obtención de pruebas de cargo o descargo, genere ese tipo de afectaciones.

En este caso, M.J.G.G. fue sometida a múltiples interrogatorios y fue objeto de varios “estudios”, la mayoría orientados a obtener las pruebas que la Fiscalía y la defensa

consideraron útiles para soportar sus teorías. La menor se mostró saturada ante las excesivas intervenciones, a lo que también hizo alusión su tía Martha Grajales cuando declaró en el juicio oral.

Ante esa realidad, la Sala recuerda enfáticamente el rol que la Ley 1098 de 2006 le asigna a la Defensoría de Familia en la protección de los menores víctimas de delitos, especialmente de aquellos de mayor gravedad, y la función que el legislador le asignó a los jueces en la salvaguarda de los derechos al interior del proceso penal.

Así, cuando, como en este caso, las partes consideren necesario realizar nuevos dictámenes psicológicos, y estimen que las anteriores entrevistas rendidas por el menor son insuficientes para ese propósito²⁰, esto es, que se requiere una nueva intervención a quien comparece en calidad de víctima, no resulta suficiente la autorización de los padres o representantes legales; es necesario que el asunto sea resuelto por el Juez, con la intervención del Defensor de Familia.

Lo anterior es así, entre otras cosas porque: (i) la práctica de múltiples interrogatorios o exámenes orientados a la obtención de pruebas pueden afectar la integridad psíquica del menor que tiene la calidad de víctima de abuso sexual u otros delitos graves, tal y como se explica en el apartado 6.3.3; (ii) el Estado tiene la obligación de proteger a los niños, especialmente cuando se encuentran en esa particular situación de vulnerabilidad -ídem-; (iii) la protección de los derechos fundamentales al interior del proceso penal le está confiada al Juez, sin perjuicio de las obligaciones y los límites que deben ser observados por las partes; y (iv) al efecto, debe tenerse en cuenta que el artículo 250 de la Constitución, y los artículos 153 y siguientes de la Ley 906 de 2004, disponen que se tramitará en audiencia preliminar, a cargo del juez de control de garantías, entre otras cosas, “la adopción de medidas necesarias para la protección de víctimas y testigos”, lo que ha sido ampliamente desarrollado por la jurisprudencia, entre otras, en la sentencia C-822 de 2005, de la Corte Constitucional.

3. El manejo de los testimonios de los niños que comparecen a la actuación penal en calidad de víctimas

Por su importancia para la solución del presente caso, la Sala considera pertinente abordar los siguientes temas:

1. El derecho a la confrontación como garantía judicial mínima en el ámbito de la prueba testimonial

En la decisión CSJSP, 16 Mar. 2016, Rad. 43866 esta Corporación, basada en sus propios precedentes y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, hizo las siguientes precisiones sobre la consagración, el sentido y el alcance del derecho a la confrontación como garantía judicial mínima en el ámbito de la prueba testimonial:

A manera de resumen, la Sala estima conveniente resaltar los siguientes aspectos: (i) el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo, la posibilidad de controlar el interrogatorio, el derecho a estar frente a frente con los testigos de cargo y la posibilidad de lograr la comparecencia de los testigos, aun por medios coercitivos, constituyen las principales expresiones del derecho a la confrontación; (ii) este derecho está consagrado en la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 8, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles, artículo 14, como una garantía judicial mínima del acusado, que fue desarrollada a lo largo de toda la Ley 906 de 2004; (iii) las normas internas, incluyendo el artículo 29 de la [Constitución Política](#), deben interpretarse a la luz de lo dispuesto en los tratados internacionales en mención; (iv) la posibilidad de ejercer el derecho a la confrontación no es sólo una garantía del procesado; también es un mecanismo de depuración de la prueba, que incluso puede favorecer los derechos de las víctimas a la

verdad, justicia, reparación y no repetición, en la medida en que permite contar con mejor evidencia para decidir sobre la responsabilidad penal y, además, evita la aplicación de la tarifa legal negativa prevista en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, y (v) el Estado tiene la obligación de garantizar, en la mayor proporción posible, el derecho a la confrontación, o, visto de otra manera, sólo puede limitarlo en cuanto resulte estrictamente necesario para desarrollar otros aspectos constitucionalmente relevantes.

2. La relación que existe entre el derecho a la confrontación y la prueba de referencia

En la decisión CSJAP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153 la Sala retomó el análisis del concepto de prueba de referencia y dejó sentado que, en esencia, esta figura constituye una forma de regulación del derecho a la confrontación. Dijo:

Criterios para establecer cuándo una declaración anterior al juicio constituye prueba de referencia

El debate que aquí se plantea por los recurrentes pone en evidencia la dificultad que suele presentarse en la práctica para diferenciar cuándo una declaración anterior al juicio oral constituye o no prueba de referencia.

Para la solución de este asunto es necesario hacer algunas precisiones sobre lo que debe entenderse por prueba de referencia, a partir de los conceptos desarrollados por esta Corporación desde hace ya varios años. Para tales fines, se abordarán, en su orden, los siguientes temas: (i) el derecho a la confrontación como aspecto central en el análisis de la prueba de referencia; (ii) el concepto de prueba de referencia, según el desarrollo legal y jurisprudencial; (iii) las declaraciones anteriores al juicio oral como tema de prueba o medio de prueba; y (iv) las reglas de admisibilidad de un documento cuando contiene

declaraciones.

El derecho a la confrontación como aspecto central en el análisis de la prueba de referencia

La posibilidad de utilizar declaraciones anteriores al juicio oral como medio de prueba generalmente implica la afectación del derecho a la confrontación del testigo, básicamente porque la parte contra la que se aduce no tendrá la oportunidad de tener frente a frente al declarante; no podrá formularle preguntas orientadas a impugnar su credibilidad, con las prerrogativas que ofrece el ordenamiento jurídico para tales efectos; ni tendrá control sobre las preguntas formuladas para obtener el relato, cuando la versión es producto de un interrogatorio. Lo anterior sin perjuicio de la limitación a la inmediación que debe tener el juez con los medios de conocimiento que servirán de base a la sentencia.

Como quiera que la posibilidad de ejercer la confrontación es uno de los aspectos más importantes al momento de evaluar si el uso de una declaración anterior al juicio constituye o no prueba de referencia, a continuación se hará un breve recorrido por las normas del ordenamiento jurídico colombiano que consagran este derecho.

A diferencia de lo que sucede en la Ley 600 de 2000 y los sistemas procesales que la antecedieron²¹, el derecho a la confrontación tiene un amplio desarrollo en la Ley 906 de 2004. No sólo aparece expresamente consagrado en su artículo 16, sino que, además, sus elementos estructurales fueron regulados a lo largo de la normatividad.

Así, el artículo 8º, literal k, consagra el derecho de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo, y las normas sobre impugnación de testigos le brindan prerrogativas a la parte para que pueda ejercer a cabalidad este derecho. Ello se ve reflejado en la posibilidad de formular preguntas sugestivas durante el contra interrogatorio, de utilizar declaraciones anteriores con el fin de impugnar la credibilidad y de valerse de prueba de refutación para los mismos fines (CSJ SC, 20 Agos. 2014, Rad. 43749).

En el literal k del artículo 8º también se consagra el derecho a lograr la comparecencia de testigos que puedan “arrojar luz sobre los hechos”, y dispone que ello podrá hacerse por medios coercitivos.

De otro lado, el artículo 15 de la misma codificación dispone que las partes tienen derecho a participar en la práctica de la prueba. En materia de prueba testimonial, esta norma encuentra desarrollo en las reglas sobre interrogatorio cruzado de testigos, que abarcan la posibilidad de participar en la formulación de preguntas durante el interrogatorio directo o el contra interrogatorio, según el caso; de formular oposiciones a las preguntas, etc.

Además, el artículo 402 establece que el testigo “únicamente podrá declarar sobre aspectos que de forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar y percibir”, y deberá hacerlo, por regla general, en el juicio oral. Con esto se garantiza que la parte contra la que se aduce el testimonio tenga la oportunidad de interrogar o hacer interrogar al testigo y, en general, de impugnar su credibilidad, así como de controlar el interrogatorio a través de las oposiciones a las preguntas o conductas que pudieran incidir ilegalmente en la obtención de la versión. Con ello también se facilita la posibilidad de que el acusado esté frente a frente con los testigos de cargo, salvo en los casos en los que el legislador ha limitado esa posibilidad²².

Así las cosas, cuando una parte solicita la inadmisión de una declaración anterior al juicio oral, por constituir prueba de referencia, debe verificarse si dicho uso afecta los elementos estructurales del derecho a la confrontación. Esta, sin duda, constituye una herramienta idónea para tomar una decisión adecuada.

El concepto de prueba de referencia, según el desarrollo legal y jurisprudencial

De la redacción del artículo 437 de la Ley 906 de 2004 se colige que son elementos estructurales de la prueba de referencia: (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, sin duda, que sólo puede hablarse de prueba de referencia cuando la declaración es utilizada como medio de prueba; (iv) cuando no sea posible practicarla en el juicio, porque de ser ello posible deben seguirse las reglas generales sobre el testimonio.

De tiempo atrás la Sala se ha ocupado de delimitar los elementos estructurales de la prueba de referencia. En tal sentido, ha resaltado que podrá hablarse de prueba de referencia cuando concurren los siguientes elementos: “(i) una declaración realizada por una persona fuera del juicio oral, (ii) que verse sobre aspectos que en forma directa y personal haya tenido la ocasión de observar y percibir, (iii) que exista un medio o modo de prueba que se ofrece como evidencia para probar la verdad de los hechos de que informa la declaración...” (CSJ SC, 6 Mar 2008, Rad. 27477).

En el aparte subrayado, la Sala hace alusión a un aspecto que no aparece expresamente consagrado en el artículo 437, pero que se infiere de su redacción: se considerará prueba de referencia la declaración anterior al juicio oral, si es ofrecida para probar la verdad de su contenido o, lo que es lo mismo, como medio de prueba de algún aspecto relevante del debate.

De este planteamiento surge el interrogante de si es posible llevar al juicio oral declaraciones anteriores con fines distintos a mostrar la verdad de su contenido o, visto en otros términos, si la declaración anterior al juicio oral puede ser usada con un fin diferente al de ser medio de prueba. La respuesta es afirmativa, porque es perfectamente viable que una parte incluya la existencia y contenido de una declaración como parte del tema de prueba. Este aspecto será desarrollado en el siguiente apartado.

Declaraciones anteriores al juicio oral como tema de prueba y como medio de prueba

Si se entiende que el tema de prueba está integrado por los hechos que deben probarse, según el contenido de la acusación y las eventuales alternativas fácticas que proponga la

defensa, y medio de prueba es el que se utiliza para hacer dicha demostración, la Sala abordará esta temática con el fin de precisar cuándo una declaración puede tenerse como objeto específico de prueba²³ y en qué eventos constituye medio de prueba, lo que resulta determinante para decidir si se trata o no de prueba de referencia.

Las declaraciones realizadas por una persona por fuera del juicio oral pueden hacer parte del tema de prueba. Ello es palmario en los delitos que sólo pueden cometerse a través de declaraciones: falso testimonio, falsa denuncia, falsa auto incriminación, injuria, calumnia, etcétera. En estos eventos, uno de los aspectos relevantes del tema de prueba es establecer que la declaración existió y que su contenido es el que alega la parte en su teoría del caso.

La Ley 906 de 2004 no establece límites para la demostración de la existencia y contenido de las declaraciones que hacen parte del tema de prueba, lo que es coherente con el principio de libertad probatoria que inspira todo el ordenamiento procesal penal (Art. 373 ídem). Así, es posible que la existencia y contenido de una declaración injuriente pueda demostrarse a través de un documento y/o de un testigo que la haya escuchado. También es posible que se requiera de un perito para establecer, por ejemplo, que un manuscrito es autoría del acusado, que la voz que se escucha en una grabación magnetofónica corresponde a una determinada persona, etcétera.

En estos casos, es necesario distinguir el tema de prueba y los medios de prueba. De lo primero hará parte la declaración falsa, injuriente, entre otras, y el medio de prueba será el documento, el testimonio o el dictamen pericial que sirven para demostrarle al juez la existencia y contenido de la declaración.

Esta diferencia entre tema de prueba y medio de prueba es determinante en materia de prueba de referencia, porque cuando la declaración anterior es parte del tema de prueba, es admisible el documento que la contenga y/o la declaración de la persona que la percibió

directa y personalmente. Lo fundamental es que en estos casos no se afecta el derecho a la confrontación porque, a manera de ejemplo, la contraparte podrá utilizar todos los medios de impugnación frente al testigo que tuvo conocimiento «personal y directo» de aquello que constituye objeto de prueba: el falso testimonio, la declaración injuriante, etcétera.

Lo anterior sin perjuicio de que en casos donde la declaración anterior haga parte del tema de prueba, los medios utilizados para la demostración de su existencia y contenido puedan constituir prueba de referencia. Así, por ejemplo, si en un caso de injuria la Fiscalía presenta a un testigo que no escuchó directa y personalmente las frases injuriantes, pero tuvo conocimiento de las mismas por lo que otra persona le contó, se presenta un problema de prueba de referencia, porque se trata de una declaración anterior al juicio oral, que se está ofreciendo como medio de prueba de un elemento estructural de la conducta punible, y porque la defensa tendría derecho a ejercer la confrontación frente al testigo que dice haber presenciado los hechos, posibilidad que le sería truncada si su versión es llevada a juicio a través del testigo que escuchó el relato pero que no presenció el hecho jurídicamente relevante.

En la práctica suele suceder que cuando una parte le pregunta a un testigo sobre lo que le escuchó decir a una persona por fuera del juicio oral, se levanta la objeción por prueba de referencia. Según vimos, la decisión dependerá en buena medida de si la declaración anterior constituye objeto específico de prueba o medio de prueba, pues si el testigo en juicio escuchó la injuria y lo que se está probando en el juicio es el supuesto atentado contra la integridad moral, podrá exponer todo aquello que escuchó de manera personal y directa, y la defensa tendrá todas las posibilidades de impugnarlo.

Es común que muchas manifestaciones anteriores al juicio hagan parte del tema de prueba y, por ello, cualquier persona que las haya escuchado directamente puede ser citado en calidad de testigo: la amenaza durante un hurto calificado por la violencia moral, las frases utilizadas por el estafador para hacer incurrir en error a su víctima, los escritos a través de

los cuales se presiona a las víctimas en los casos de extorsión o constreñimiento ilegal, entre otros. La existencia y contenido de este tipo de manifestaciones también podría probarse a través de prueba documental o pericial. Igual sucede cuando la manifestación anterior de una persona puede tenerse como hecho indicador de su estado de ánimo, del móvil para realizar una determinada conducta o de cualquier otro aspecto relevante para la establecer la responsabilidad penal.

La determinación de lo que es tema de prueba depende de la actividad de las partes, pues es a ellas a quienes les corresponde elaborar las teorías que luego debatirán ante el juez.

Por ello es tan importante que para la audiencia preparatoria se tenga absoluta claridad sobre lo que se pretende probar en el juicio (tema de prueba) y los medios que se pretenden usar para su demostración (medio de prueba), lo que en últimas entraña la explicación de pertinencia a que están obligadas las partes como presupuesto del decreto de la prueba.

Reglas de admisibilidad de un documento cuando contiene declaraciones anteriores al juicio

El análisis sobre la admisibilidad de una declaración anterior al juicio no puede reducirse a si se trata de una prueba testimonial o documental, porque, según se ha visto, lo de fondo es establecer cuál es el papel que juega la declaración en la teoría del caso de las partes, esto es, si constituye parte del tema de prueba o si se está utilizando como medio de prueba, y si la admisión de la declaración anterior afecta el ejercicio del derecho a la confrontación.

La utilización de documentos que contienen declaraciones ya había sido analizado por esta Corporación en el contexto de la prueba pericial. En un caso donde la Fiscalía solicitó introducir como prueba los informes preparados por el médico legista, bajo el argumento de que se trata de documentos, la Sala aclaró, basada en su propio precedente, que el informe pericial contiene la declaración anterior del perito y que, en consecuencia, la versión de éste debe someterse a las reglas generales de la prueba pericial, a la que se le aplican en lo

pertinente las normas sobre el testimonio, según lo establecido en el artículo 405 de la Ley 906 de 2004 (CSJ SC, 17 Sep. 2008, Rad. 30214).

Así, por ejemplo, si en un caso de muerte en accidente automovilístico la Fiscalía pretende aducir como prueba el informe del agente de tránsito, que contiene las entrevistas de dos testigos, no puede reducir su argumento para la admisibilidad a decir que se trata de prueba documental, porque, en últimas, el documento sólo constituye un instrumento para llevar al juicio unas declaraciones anteriores con clara vocación de medio de prueba, como quiera que pretenden usarse para probar los pormenores del accidente.

En el ejemplo anterior, las entrevistas constituyen prueba de referencia, a pesar de estar incorporadas en un documento, público por demás. Primero, porque encajan en la definición del artículo 437, en cuanto se trata de (i) declaraciones rendidas por fuera del juicio oral; (ii) que se llevan al juicio oral, en este caso por la Fiscalía y a través del informe suscrito por el agente de tránsito; (iii) con la finalidad de probar con ellas un aspecto trascendente del debate o, lo que es lo mismo, como medio de prueba. Y segundo, porque la defensa tendría derecho a interrogar a los testigos que rindieron las entrevistas y difícilmente podría lograr su impugnación si no están presentes en el juicio oral, sometidos a interrogatorio cruzado.

Lo anterior pone de relieve un aspecto importante en materia de documentos. Un documento no es admisible únicamente por su carácter (documental) o por la posibilidad que tenga la parte de autenticarlo. Debe verificarse, además, que su contenido no esté prohibido (como en los casos de declaraciones del abogado con su cliente o cuando contienen las conversaciones previas de las partes para lograr un acuerdo, la reparación de las víctimas o la aplicación del principio de oportunidad). Además del estudio de pertinencia (común a cualquier medio de conocimiento), y de los debates que puedan suscitarse en torno a la manera como el documento fue obtenido, en los casos en que contienen declaraciones debe precisarse si las mismas hacen parte del tema de prueba o constituyen medio de prueba y, en este último caso, si esa declaración anterior al juicio resulta admisible

como prueba de referencia, según lo dispuesto en los artículos 437 y siguientes de la Ley 906 de 2004, sin perjuicio, claro está, de los otros usos que pueden hacerse de este tipo de declaraciones, como el refrescamiento de memoria, la impugnación de testigos, etcétera.

Igualmente, cuando se decide admitir una declaración anterior como prueba de referencia, el documento puede ser un medio idóneo para llevar al juicio la declaración que constituye medio de prueba. Por ejemplo, si una persona rindió una entrevista y luego no puede ser ubicada para que declare en juicio, es posible que se admita dicha declaración como medio de prueba, y el documento que la contiene constituye un instrumento idóneo para demostrar su existencia y contenido, sin perjuicio de que el policía judicial que la recibió también pueda referirse a este aspecto, porque, según se indicó, la demostración de la existencia y contenido de las declaraciones anteriores al juicio se rige por el principio de libertad probatoria.

3. La obligación de proteger los derechos de los niños al interior del proceso penal

A la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de esta Corporación, en la decisión CSJSP, 28 Oct. 2015, Rad. 44056, se hizo hincapié en la necesidad de proteger los derechos de los niños que figuran como víctimas de delitos, especialmente cuando se trata de abuso sexual y otras conductas graves. En esa oportunidad se dejó sentado que las reglas generales sobre prueba testimonial deben ser flexibilizadas en orden a proteger el interés superior del menor, lo que se traduce en la posibilidad de incorporar como prueba sus declaraciones anteriores, así el niño comparezca al juicio oral. Se dijo:

En la Ley 906 de 2004, la regla general es que los testigos deben comparecer al juicio oral para ser sometidos a interrogatorio cruzado (Arts. 391 y siguientes). De esta manera se garantizan los derechos de contradicción y confrontación, así como los principios de

concentración e inmediación. Para facilitar el desarrollo del interrogatorio, este ordenamiento permite utilizar las declaraciones anteriores para refrescar la memoria del testigo (Arts. 392, 399 y 417), y en pro de dotar a las partes de herramientas efectivas para ejercer la confrontación, faculta su uso para impugnar la credibilidad de los declarantes (Arts. 347, 393 y 403 ídem). Igualmente, permite el uso de las declaraciones anteriores, a título de prueba de referencia, bajo las reglas indicadas en los numerales precedentes.

Así, cuando el testigo comparece al juicio oral, por regla general sus declaraciones anteriores no podrán ser aducidas como prueba, sin perjuicio de lo establecido en precedencia sobre los usos para refrescar memoria e impugnar la credibilidad. Lo anterior tiene una excepción, cuando se trata de declaraciones de niños, y factores como la edad, la naturaleza del delito, las particularidades del menor, entre otros, habilitan el uso de las declaraciones anteriores a título de prueba de referencia, así el menor haya sido llevado como testigo al juicio oral.

De tiempo atrás la jurisprudencia ha decantado las razones de orden constitucional que justifican la admisión de las declaraciones anteriores de niños abusados sexualmente, en orden a evitar que sean nuevamente victimizados con su comparecencia al juicio oral. El tema ha sido tratado a profundidad por la Corte Constitucional, entre otras, en las sentencias T-078 de 2010 y T-117 de 2013, y por esta Corporación en las sentencias CSJ SP, 18 Mayo. 2011, Rad. 33651; CSJ SP, 10 Mar. 2010, Rad. 32868; CSJ SP, 19 Agos. 2009, Rad. 31959; CSJ SP, 30 Mar. 2006, Rad. 24468, entre otras.

La anterior doctrina fue consolidada por la Corte Constitucional en la sentencia C-177 de 2014, donde, de nuevo, hizo un completo recorrido por los tratados internacionales y las normas internas que consagran la obligación del Estado de Proteger a los niños en el contexto del proceso penal, principalmente cuando han sido víctimas de abuso sexual.

Al analizar la constitucionalidad de los artículos 1º, 2º y 3º de la Ley 1652 de 2013, la Corte

resaltó la obligación de considerar el principio pro infans en las decisiones que deben tomar los funcionarios judiciales y la obligación de brindar el mayor nivel de protección posible a los menores víctimas de abuso sexual; dijo:

Resulta diáfano que acorde con diversos tratados internacionales, la Constitución y múltiples normas contenidas en el ordenamiento interno, existe un mandato general válidamente fundado para que se garantice el restablecimiento de los derechos de los niños que hayan sido víctimas de delitos, cualquiera que sea su naturaleza y en especial aquellos contra la libertad, integridad y formación sexuales, situaciones que de suyo afectan gravemente sus derechos fundamentales ampliamente reconocidos.

Acorde con algunos de los matices de los derechos de las víctimas brevemente reseñados, donde se recalca la preponderancia no sólo del acceso efectivo a la administración de justicia, sino de la salvaguarda de la dignidad humana para prevenir la revictimización, y en consonancia con el interés superior de los menores de edad, como quedo visto, constitucionalmente y legalmente se ha recalcado la importancia de adoptar medidas dentro del proceso penal que no afecten a los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos, en particular aquellas afligidas por execrables conductas de carácter sexual.

Bajo esos derroteros, ha sido un querer común internacional²⁴ proteger a los menores de edad víctimas de delitos sexuales, atendiendo básicamente dos aspectos. En primer lugar, la corta edad de la víctima quien está en formación física y psicológica y, en segundo, la ignominiosa naturaleza de esos comportamientos sujetos a reproche penal, la cual afecta negativamente el desarrollo personal, moral y psíquico del agredido.

En tal sentido, hizo énfasis en los pronunciamientos proferidos en el plano internacional donde se resalta que los juicios por delitos sexuales pueden resultar tortuosos para las víctimas, lo que es incompatible con la obligación que tiene el Estado de brindar especial protección a los niños, principalmente cuando su edad y la naturaleza del delito hagan

obligatoria la intervención en bien de la protección de su dignidad, integridad y demás derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico.

En este orden de ideas, consideró ajustado a la Constitución Política lo establecido en los tres primeros artículos de la Ley 1652 de 2013²⁵, donde se regula la forma como debe tomarse la entrevista a los menores y se dispone que las versiones entregadas por éstos por fuera del juicio oral pueden ser admitidas como prueba de referencia, con lo que se evita su presencia en la fase de juzgamiento y, con ello, que el trámite procesal se convierta en otro escenario de victimización.

Además, la Corte Constitucional reseña las normas de carácter interno orientadas a garantizar los derechos de los niños víctimas de delitos sexuales, entre las que destaca la Ley 1098 de 2006 (Ley de Infancia y Adolescencia) y la Ley 1652 de 2013, y a renglón seguido resalta que “bajo tales supuestos, la Constitución y la ley especializada en la protección de menores de edad, imponen a la autoridad judicial tener presentes tales criterios, entre otros, de modo que se garantice la satisfacción de sus intereses y se evite ponerlos en riesgo frente a eventuales nuevos actos de agresión”.

Así, es claro que en los planos legislativo y jurisprudencial, desde hace varios años existe consenso frente a la necesidad de evitar que en los casos de abuso sexual los niños sean nuevamente victimizados al ser interrogados varias veces sobre los mismos hechos y, principalmente, si son llevados como testigos al juicio oral, lo que puede convertir para ellos el procedimiento en el escenario hostil a que hacen alusión el Tribunal Constitucional de España y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las decisiones citadas por la Corte Constitucional en la sentencia C-177 de 2014 atrás referida²⁶.

A pesar de la tendencia proteccionista ampliamente desarrollada por la jurisprudencia en las sentencias atrás referidas, es posible que el niño víctima de abuso sexual sea presentado como testigo en el juicio oral, tal y como sucedió en el caso que ocupa la atención de la

Sala. Ante situaciones como esta, cabe preguntarse si las declaraciones rendidas por el menor antes del juicio oral son admisibles como prueba para todos los efectos. La Sala considera que sí, por las siguientes razones:

En primer término, por la vigencia del principio pro infans, de especial aplicación en atención a la corta edad de la víctima y la naturaleza de los delitos investigados, tal y como se destaca en la jurisprudencia atrás referida. Aunque el principal efecto de la aplicación de este principio es que el niño no sea presentado en el juicio oral, el mismo adquiere especial relevancia cuando el menor es llevado como testigo a este escenario, porque una decisión en tal sentido incrementa el riesgo de que sea nuevamente victimizado y, en consecuencia, obliga a los funcionarios judiciales a tomar los correctivos que sean necesarios para evitarlo.

Lo anterior por cuanto es posible que para el momento del juicio oral el niño no esté en capacidad de entregar un relato completo de los hechos, bien porque haya iniciado un proceso de superación del episodio traumático, porque su corta edad y el paso del tiempo le impidan recordar, por las presiones propias del escenario judicial (así se tomen las medidas dispuestas en la ley para aminorarlo), por lo inconveniente que puede resultar un nuevo interrogatorio exhaustivo (de ahí la tendencia a que sólo declare una vez), entre otras razones. Todo esto hace que su disponibilidad como testigo sea relativa, razón de más para concluir que las declaraciones rendidas antes del juicio son admisibles bajo los requisitos y limitaciones propios de la prueba de referencia.

Lo contrario sería aceptar que el niño víctima de abuso sexual, presentado como testigo en el juicio oral (en contravía de la tendencia proteccionista ya referida), esté en una situación desventajosa frente a otras víctimas que, en atención a su edad y a la naturaleza del delito, fueron interrogados una sola vez, generalmente poco tiempo después de ocurridos los hechos, y su declaración fue presentada como prueba de referencia, precisamente para evitar que fueran nuevamente victimizados.

Por lo tanto, la Sala concluye que las declaraciones rendidas por fuera del juicio oral por un niño víctima de abuso sexual, son admisibles como prueba, así el menor sea presentado como testigo en este escenario.

4. La protección de los derechos de los niños puede justificar la limitación, mas no la eliminación de las garantías judiciales mínimas del procesado.

Bajo ninguna circunstancia puede entenderse que las personas que comparecen al proceso penal en calidad de víctimas tienen derecho a que, irremediabilmente, se emita una sentencia condenatoria, así ello implique la eliminación de los derechos del procesado. Ello negaría la razón de ser del proceso, entendido como escenario dialéctico al que comparecen las partes con el propósito de demostrar las teorías factuales que han estructurado en la fase de preparación del juicio oral, según las reglas definidas previamente por el legislador, que abarcan, entre otras cosas, los requisitos para que una prueba sea admitida, el estándar de conocimiento que debe lograrse para la imposición de la sanción penal, e incluso algunas prohibiciones, como la de basar la condena exclusivamente en prueba de referencia. Al respecto, en la decisión CSJSP, 16 Mar. 2016, Rad. 43866 se hizo alusión a algunos ejemplos de armonización de los derechos de las víctimas y las garantías del procesado:

En España, por ejemplo, recientemente el Tribunal Supremo –Sala Penal-, en un caso por abuso sexual a un menor de edad²⁷, hizo un análisis pormenorizado de la jurisprudencia interna y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la forma de armonizar los derechos de los niños que comparecen al proceso en calidad de presuntas víctimas de delitos sexuales y los derechos del procesado.

Inicialmente, cabe resaltar que la norma en torno a la cual gira el análisis de la

jurisprudencia española relacionada a continuación (Art. 6º del Convenio Europeo de Derechos Humanos²⁸) tiene un contenido semejante al de los artículos 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a que se hizo alusión en precedencia, lo que la reviste de mayor utilidad para el estudio de la temática que ocupa la atención de la Corte.

En primer término, el Tribunal Supremo se refirió a la importancia de esclarecer este tipo de delitos y de imponer a los responsables las sanciones que correspondan:

[L]os delitos contra la libertad sexual, máxime cuando afecten a menores de edad, merecen un especial reproche moral y social que impone una contundente reacción penal, proporcionada a su acentuada gravedad, a la especial relevancia del bien jurídico contra el que atentan y a la reforzada tutela que dichas personas merecen como víctimas de los mismos.

Pero a renglón seguido aclara que para lograr dichos fines no es posible degradar las garantías judiciales de los procesados:

Pero siendo todo ello cierto (la gravedad de los delitos sexuales y la obligación estatal de salvaguardar los derechos de los niños), en ningún caso puede aceptarse que el carácter odioso de los hechos denunciados determine una degradación de las garantías propias del proceso penal y especialmente del derecho constitucional a la presunción de inocencia, que constituye un derecho fundamental y presupuesto básico de todas las demás garantías del proceso...

En el ámbito del derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo (Art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos), el Tribunal Supremo concluyó que, por regla general, los menores de edad deben ser interrogados en el juicio oral, con las salvaguardas necesarias para proteger su integridad psíquica. Agregó que de ser necesario reemplazar la declaración en el juicio oral por la vertida por fuera de este escenario, deben garantizarse

los derechos del procesado:

Esta Sala ha estimado (SSTS 96/2009 de 10 de marzo, 743/2010, de 17 de junio, 593/2012, de 17 de julio y 19/2013, de 9 de enero, entre otras) que la previsión de “imposibilidad de practicar una prueba testifical en el juicio oral, exigible para justificar la práctica anticipada de la prueba durante la instrucción, incluye los riesgos de victimización secundaria, especialmente importantes en menores de muy corta edad, cuando sea previsible que dicha comparecencia pueda ocasionar daños psicológicos a los menores. Serán, pues, las circunstancias del caso las que, mediante un razonable equilibrio de los derechos en conflicto, especialmente la defensa del interés del menor y el derecho fundamental del acusado a un juicio con todas las garantías, aconsejen o no la ausencia del menor en el juicio, valorando las circunstancias concurrentes. Es evidente que no se puede, ni se debe, sustituir la regla general de la presencia del testigo en el acto del juicio oral por la regla general contraria cuando se trate de menores.

(...)

Cuando existan razones fundadas y explícitas (informe psicológico sobre un posible riesgo para los menores en caso de comparecer), puede prescindirse de dicha presencia en aras de la protección de los menores. Pero ha de hacerse siempre salvaguardando el derecho de defensa del acusado, por lo que tiene que sustituirse la declaración en el juicio por la reproducción video gráfica de la grabación de la exploración realizada durante la instrucción judicial de la causa, en cuyo desarrollo haya sido debidamente preservado el derecho de las partes a introducir a los menores cuantas preguntas y aclaraciones estimen necesarias, y ordinariamente practicadas en fechas próximas a la ocurrencia de los hechos perseguidos.

Posteriormente, el Tribunal Supremo resalta que atendiendo los tratados internacionales orientados a la protección de los niños, especialmente cuando han sido víctimas de delitos sexuales, “es posible, ya desde la fase de instrucción, dar protección a los intereses de las

víctimas, sin desatender el derecho de defensa, acordando que la exploración de los menores se realice ante expertos, en presencia del Ministerio Fiscal, acordando su grabación para una posterior utilización y asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes”, siempre bajo las medidas necesarias para evitar la afectación psíquica del menor.

Resalta, además, que son tres aspectos claves de la contradicción: (i) “conocer la existencia de la exploración” (interrogatorio); (ii) “acceder a su contenido mediante la grabación audiovisual”, y (iii) “tener la posibilidad procesal de cuestionarla, durante su realización o un momento posterior, indicando aquellos aspectos adicionales sobre los que la defensa considera deben ser interrogados”.

Finalmente, la jurisprudencia española destaca la manera como este tema ha sido abordado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH):

En este sentido el TEDH ha declarado que la incorporación al proceso de declaraciones que han tenido lugar en la fase de investigación del delito no lesiona por sí misma los derechos reconocidos en los párrafos 3.d y 1 del artículo 6 del CEDH, siempre que exista una causa legítima que impida la declaración en el juicio oral y que se hayan respetado los derechos de defensa del acusado; esto es, siempre que se dé al acusado una ocasión adecuada y suficiente de contestar el testimonio de cargo e interrogar a su autor bien cuando se presta, bien con posterioridad (SSTWDJ de 20 de noviembre de 1989, caso Kostovski; 15 de junio de 1992, caso Lüdi; 23 de abril de 1997, caso Van Mechelen y otros; 10 de noviembre de 2005, caso Bocos-Cuesta, y de 20 de abril de 2006, caso Carta).

Por ello, de forma reiterada, el Tribunal Europeo ha declarado en los pronunciamientos citados que “los derechos de defensa se restringen de forma incompatible con las garantías del art. 6 CEDH cuando una condena se funda exclusivamente o de forma determinante en declaraciones hecha por una persona a la que el acusado no ha podido interrogar o hacer

interrogar ni en la fase de instrucción ni durante el plenario”.

En el plano latinoamericano, la Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (UNODC), en la Opinión Técnica Consultiva Nro. 001 de 2014, realizó una propuesta de armonización de los derechos del procesado y los derechos de los menores que comparecen en calidad de víctimas de delitos sexuales, materializada en “el uso del anticipo de prueba para disminuir la revictimización de los niños, niñas y adolescentes en la República de Panamá”.

El concepto, emitido en el marco de la implementación del sistema acusatorio en la República de Panamá, considera los siguientes aspectos: (i) la obligación de los Estados de proteger la integridad de los niños que comparecen al proceso en calidad de víctimas, de acuerdo a los tratados internacionales que han regulado esta materia; (ii) la definición de victimización secundaria (daño causado a víctimas o testigos durante el proceso); (iii) la necesidad de armonizar los derechos de las víctimas con los derechos de los procesados, y (iv) la utilidad de interpretar las normas que regulan la prueba anticipada a la luz del “corpus juris del derecho internacional de los derechos del niño”.

Sobre el anterior concepto, en la Opinión Técnica Consultiva se concluye:

En este sentido, UNODC ROPAN ES DE LA OPINIÓN que a través del uso del anticipo de prueba en una Cámara Gesell se puede recabar el testimonio como prueba, en una única diligencia, que será presentada e introducida por su reproducción o lectura en el juicio oral. Si la prueba anticipada es utilizada de manera correcta y en estricta observancia de las normas nacionales e internacionales, el testimonio (la prueba) será recogido por única vez y no será necesario volver a convocar a la víctima o testigos para que se realice de nuevo una entrevista, de esta manera se logra reducir la revictimización; además al ser grabada en la Cámara Gesell, se tiene una constancia (grabación) de lo ocurrido.

UNODC ROPAN señala que el anticipo de prueba es una de las diligencias en el SPA que de

ser utilizadas correctamente puede ser un instrumento para la reducción de la revictimización. Tal como se ha revisado en la legislación panameña, queda establecido que lo que se realice en la audiencia de anticipo jurisdiccional de la prueba debe tener una constancia de lo sucedido por medio de una grabación en audio o video.

De otro lado, el Código de Procedimiento Penal de Chile, en su artículo 191 bis, dispone expresamente la posibilidad de recibir la declaración de los menores víctimas de delitos sexuales a título de prueba anticipada, bajo el entendido de que la declaración deberá practicarse en el juicio si varían las circunstancias que llevaron a adoptar esta medida excepcional:

Artículo 191 bis.- Anticipación de prueba de menores de edad. El fiscal podrá solicitar que se reciba la declaración anticipada de los menores de 18 años que fueren víctimas de alguno de los delitos contemplados en el Libro Segundo, Título VII, párrafos 5 y 6 del Código Penal. En dichos casos, el juez, considerando las circunstancias personales y emocionales del menor de edad, podrá, acogiendo la solicitud de prueba anticipada, proceder a interrogarlo, debiendo los intervinientes dirigir las preguntas por su intermedio. Con todo, si se modificaren las circunstancias que motivaron la recepción de prueba anticipada, la misma deberá rendirse en el juicio oral. La declaración deberá realizarse en una sala acondicionada, con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva del menor de edad. En los casos previstos en este artículo, el juez deberá citar a todos aquellos que tuvieren derecho a asistir al juicio oral.

Luego, en el mismo proveído se hizo hincapié en que el ordenamiento jurídico le otorga a la Fiscalía General de la Nación diferentes opciones frente al manejo de los testimonios de menores que comparecen a la actuación penal en calidad de víctimas, pero debe ser consciente de los límites que implica cada una de ellas. Al respecto, en la decisión CSJSP, 16 Mar. 2016, Rad. 43866, luego de analizar varias legislaciones extranjeras sobre la armonización de los derechos de las víctimas y las garantías judiciales mínimas de los

procesados, se resaltó lo siguiente:

Es sabido que en el sistema procesal implementado con el Acto Legislativo 03 de 2002 y desarrollado en la Ley 906 de 2004 la Fiscalía tiene a su cargo el ejercicio de la acción penal. Esta función implica, entre muchas otras cosas, la posibilidad de seleccionar los medios de conocimiento que podrá utilizar para demostrar su teoría del caso ante los jueces, según los límites constitucionales y legales de la práctica de la prueba en el ámbito penal.

Según se indicó en los anteriores apartados, el ordenamiento jurídico consagra varias posibilidades para el manejo de las declaraciones de menores de edad que comparecen a la actuación penal en calidad de probables víctimas de abuso sexual o de otros delitos graves. Las normas en mención deben interpretarse a la luz de los tratados internacionales sobre derechos humanos y las normas del ordenamiento interno que consagran los derechos de los niños probables víctimas de delitos graves y los derechos del acusado, sin perjuicio del legítimo interés de la comunidad en que los delitos sean esclarecidos y los responsables sancionados. Además, debe considerarse la jurisprudencia de la Corte Constitucional y los pronunciamientos de esta Corporación, según las reglas del precedente en el ordenamiento jurídico nacional.

La Fiscalía, al tomar las decisiones sobre el manejo de las declaraciones de los niños que comparecen a la actuación penal en la calidad ya indicada, debe evaluar con detenimiento cada evento en particular. En todo caso, debe considerar aspectos como los siguientes:

La Ley 1652 de 2013 estableció que el ente investigador debe sopesar en cada situación la necesidad de utilizar la declaración del menor para soportar la teoría del caso, especialmente cuando se cuenta con otros medios de conocimiento que puedan ser suficientes para el cabal ejercicio de la acción penal.

La Fiscalía debe analizar las consecuencias que se derivan de este tipo de decisiones. Así, por ejemplo, si opta por presentar como prueba de referencia la declaración anterior del

menor, está en la obligación de adelantar una investigación especialmente minuciosa, orientada a obtener otros medios de conocimiento que permitan superar la prohibición consagrada en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, según el cual la condena no puede estar basada exclusivamente en prueba de referencia. Ello no significa que en los casos en que no se enfrente la problemática de la prueba de referencia la Fiscalía no tenga la obligación de corroborar la versión de quien comparece en calidad de víctima; lo que se quiere resaltar es que la tarifa legal negativa consagrada en el artículo 381 en cita le impone al ente acusador cargas adicionales.

La Fiscalía tiene la posibilidad de optar, cuando lo considere procedente, por la figura de la prueba anticipada, que generalmente le permite al procesado el ejercicio del derecho a la confrontación y, en consecuencia, evita que la declaración anterior del menor sea considerada prueba de referencia. En todo caso, deben tenerse en cuenta las previsiones consagradas en las leyes 1098 de 2006 y 1652 de 2013, orientadas a evitar que el niño sea objeto de una nueva victimización.

Según se indicó en el apartado 2.5.3.2.1, la práctica de prueba anticipada no sólo resulta útil para evitar la limitación excesiva del derecho del acusado a interrogar o contrainterrogar a los testigos de cargo. También puede favorecer los intereses de la víctima en la medida en que el medio de conocimiento no estará sujeto a la restricción de que trata el artículo 381 atrás citado, a lo que debe sumarse que el juez de conocimiento contará con mejores elementos de juicio para valorar la declaración, según se ha indicado a lo largo de este proveído.

La Fiscalía debe tomar todas las medidas a su alcance para que las entrevistas tomadas a los niños por fuera del juicio oral sean adecuadamente documentadas, bien para que la defensa pueda ejercer de mejor manera sus derechos, ora para que el juez tenga mejores elementos de juicio para valorar el testimonio del menor. Al efecto, debe considerarse que ello no sólo es una tendencia a nivel internacional, según se indicó en el apartado 2.5.2.,

sino que además resulta imperativo a raíz de la entrada en vigencia de la Ley 1652 de 2013.

En la misma decisión, se resaltó que la prueba anticipada: (i) constituye una importante herramienta para proteger o asegurar la prueba; (ii) permite la materialización de los derechos del procesado; (iii) también puede favorecer los derechos de las víctimas, no solo porque con ella se puede evitar la victimización secundaria, sino además porque permite superar la restricción prevista en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004; y (iv) es notoria la tendencia del legislador a potenciar el uso de la prueba anticipada para proteger los medios de prueba sin un sacrificio desmedido de las garantías del procesado. En tal sentido se dijo:

De otro lado, la Ley 906 de 2004, en los artículos 284 y siguientes, consagra la posibilidad de practicar pruebas anticipadas, bajo las siguientes reglas: (i) la actuación debe adelantarse ante el juez de control de garantías; (ii) puede ser solicitada por el fiscal, la defensa, el Ministerio Público o la víctima; (iii) deben mediar “motivos fundados y de extrema necesidad”, y la finalidad es evitar la pérdida o alteración del medio probatorio; (iv) debe practicarse en audiencia pública y con observancia de las reglas previstas para la práctica de pruebas en el juicio.

En las reformas introducidas a la Ley 906 de 2004 el legislador ha evidenciado su propósito de ampliar la cobertura de la prueba anticipada cuando el medio de conocimiento se encuentre en riesgo. Así, por ejemplo, en la Ley 1474 de 2011, en su artículo 37, se dispuso la posibilidad de practicar como prueba anticipada el testimonio de quien haya recibido amenazas en su contra o la de su familia por razón de los hechos que conoce, en las actuaciones seguidas por delitos contra la Administración Pública y por delitos contra el patrimonio económico que recaigan sobre bienes del Estado, cuando frente a los mismos proceda la detención preventiva.

Frente a los menores de edad que comparecen a la actuación penal en calidad de víctimas o testigos, desde ahora cabe resaltar que si la finalidad principal de la prueba anticipada es evitar la pérdida o alteración del medio probatorio, su procedencia en este tipo de casos es evidente, no sólo porque la práctica de varios interrogatorios puede dar lugar a la victimización secundaria, sino además porque el medio de conocimiento podría verse afectado en la medida en que el menor “haya iniciado un proceso de superación del episodio traumático, porque su corta edad y el paso del tiempo le impidan recordar, por las presiones propias del escenario judicial (así se tomen las medidas dispuestas en la ley para aminorarlo), por lo inconveniente que puede resultar un nuevo interrogatorio exhaustivo (de ahí la tendencia a que sólo declare una vez), entre otras razones” (CSJ SP, 28 Oct. 2015, Rad. 44056).

La práctica de prueba anticipada no es incompatible con las medidas establecidas en las leyes 1098 de 2006 y 1652 de 2013 para proteger a los niños durante los interrogatorios. Es más, resulta razonable pensar que la intervención de un juez es garantía de que el procedimiento se llevará a cabo con pleno respeto de los derechos del menor.

De otro lado, en este tipo de casos la prueba anticipada puede reportar beneficios importantes, en cuanto: (i) si se le da a la defensa la posibilidad de ejercer la confrontación, con los límites necesarios para proteger la integridad del niño, la declaración no tendrá el carácter de prueba de referencia y, en consecuencia, no estará sometida a la limitación de que trata el artículo 381 de la Ley 906 de 2004; (ii) la intervención del juez dota de solemnidad el acto y, además, permite resolver las controversias que se susciten sobre la forma del interrogatorio; (iii) la existencia de un registro judicial adecuado le permitirá al juez conocer de manera fidedigna las respuestas del testigo menor de edad, así como la forma de las preguntas y, en general, todos los aspectos que pueden resultar relevantes para valorar el medio de conocimiento, y (iv) permite cumplir la obligación de garantizar en la mayor proporción posible la garantía judicial mínima consagrada en los artículos 8 y 14 de la CADH y el PIDCP, respectivamente, reglamentada en el ordenamiento interno en las

normas rectoras 8, 15 y 16 de la Ley 906 de 2004 y en los artículos que regulan aspectos puntuales de la prueba testimonial.

A lo anterior debe sumarse que la práctica de prueba anticipada no sólo constituye una forma de protección de los derechos del acusado, sino además una forma de obtener medios de conocimiento más útiles para la toma de decisiones en el ámbito penal, lo que también favorece los intereses de las víctimas y el interés de la sociedad en una justicia pronta y eficaz.

Sobre la referida tendencia del legislador frente a la prueba anticipada, debe resaltarse que en el artículo 19 de la Ley 1908 de 2018 se dispuso que la misma “se podrá practicar en todos los casos en que se adelanten investigaciones contra miembros de Grupos Delictivos Organizados y Grupos Armados Organizados...”.

5. Si se opta por presentar como prueba una declaración rendida por fuera del juicio oral, debe procurarse que la misma contenga información suficiente para su valoración

Parece elemental que si una parte pretende sustentar su teoría del caso en una declaración anterior al juicio oral, debe procurar que la misma tenga la mejor calidad, esto es, debe procurar obtener la “mejor evidencia”, entendido este concepto en su sentido más amplio (CSJAP, 08 Nov. 2017, Rad. 51410). Al respecto, no puede perderse de vista que la calidad de una declaración puede verse enriquecida si la parte contra la que se pretende aducir tiene la posibilidad de formularle preguntas al testigo (CSJSP, 23 Nov. 2017, Rad. 45899), así sea con las limitaciones del interrogatorio dirigido a niños que comparecen en calidad de víctimas. Ello es así, porque es natural que la Fiscalía y la defensa aborden las pruebas desde enfoques diferentes, lo que puede permitir que se aclaren aspectos relevantes para la decisión que debe tomar el juez. De ahí la importancia de hacer uso, en cuanto sea posible,

de la figura de la prueba anticipada, en la medida en que esta garantiza el ejercicio de la confrontación, así sea con algunas restricciones, bajo el entendido de que esta, además de estar consagrada como una garantía judicial mínima, constituye un importante factor de dinamización de la prueba testimonial.

Según se indicó en precedencia, la Sala observa con preocupación que en ocasiones las partes, en lugar de tomar las medidas pertinentes para obtener declaraciones de la mejor calidad y recaudar evidencias físicas u otra información relevante para la demostración de sus hipótesis factuales, intentan suplir esas carencias con la presentación de dictámenes sobre la “validez” o “credibilidad” de esas versiones, sin tener en cuenta aspectos como los siguientes: (i) finalmente, el estudio de la credibilidad de los testigos está reservado al juez; (ii) sin perjuicio de los debates que existen sobre la confiabilidad de esas técnicas, su utilización está supeditada a la existencia de una declaración debidamente practicada (CSJSP, 09 Mayo 2018, Rad. 47423); (iii) a mayor calidad de la declaración rendida por fuera del juicio oral, mayores serán los insumos con los que contará el Juez para su valoración; y (iv) basta recordar, solo a manera de ilustración, lo referido recientemente por esta Corporación sobre algunos de los criterios utilizados en la técnica CBCA, para establecer que la claridad sobre estos aspectos le pueden facilitar al Juez la valoración del testimonio, independientemente de si se presenta o no el concepto de un experto sobre su “validez” o “credibilidad”:

La evaluación de la validez de una declaración (SVA, por su sigla en inglés²⁹) está concebida como un sistema de generación y falsación de hipótesis sobre el origen de una declaración (experiencia real, engaño deliberado, errores no intencionales, etcétera). La generación de las hipótesis supone el estudio pormenorizado de la información, tanto la relacionada con las capacidades cognitivas del menor y su relación con el presunto agresor, como las características del hecho, entre muchos otros datos. Así, esta metodología está orientada, entre otras, por preguntas atinentes a la fuente de la declaración, a su correspondencia con hechos reales y a las posibles causas de una “declaración incorrecta”.

La doctrina especializada sugiere contemplar hipótesis como las siguientes, sin que deba entenderse que se trata de un listado taxativo, que evite el análisis cuidadoso de cada caso en particular: “(a) la declaración es válida; (b) la declaración es válida pero el menor ha sido influenciado o ha inventado información adicional que no es verdadera; (c) el menor ha sido presionado por una tercera persona para que formule una versión falsa de los hechos; (d) por intereses personales o para ayudar a terceras personas el menor ha presentado una declaración falsa y (e) a consecuencia de problemas psicológicos el menor ha fantaseado o inventado su declaración”. Lo anterior sin desatender la posibilidad de que el menor “esté relacionando un hecho falso por un error de interpretación o por contaminación no intencional de sus recuerdos, dando lugar a un falso recuerdo”³⁰.

La lista de validez del SVA, que incluye el análisis de las características psicológicas del niño (limitaciones cognitivo-emocionales, lenguaje y conocimiento, emociones durante las entrevistas, etcétera), el estudio de la calidad de la entrevista (tipo de preguntas, procedimientos, influencias sobre los contenidos de las declaraciones) y la motivación (aspectos motivacionales que pueden influir en una posible declaración falsa), debe articularse, en cuanto sea procedente, con el análisis de la credibilidad basada en criterios (CBCA, por su sigla en inglés³¹), lo que, en su conjunto, obedece a la idea de que “los relatos verdaderos de las víctimas de abuso sexual difieren de los relatos imaginados o creados”³².

La técnica CBCA recae sobre una declaración en particular, a partir de 19 criterios, entre ellos: (i) la estructura lógica del relato, (ii) la cantidad de detalles; (iii) el engranaje contextual, (iv) la descripción de interacciones, (v) detalles inusuales³³, etcétera. Dependiendo de si cada uno de estos aspectos está o no presente en la declaración objeto de análisis, se asigna una puntuación, sin perder de vista el carácter cualitativo y no cuantitativo de la evaluación. Estos análisis se realizan a partir de presupuestos como los siguientes:

Contenidos específicos: se cuantifican los detalles, sean contextuales, descriptores de informaciones o conversaciones, o inesperados. Se asume que un niño que inventara la declaración no sería capaz de incluir en la misma estos contenidos, ya que ello superaría sus capacidades cognitivas (...).

Particularidades del contenido: son aquellas características del testimonio que incrementan su concreción y viveza. Se asume que un niño que inventara la declaración no sería capaz de incluir en la misma estos contenidos, ya que ellos superarían sus capacidades cognitivas (...).

Contenidos referidos a la motivación: alguien que, de forma deliberada, ofrezca un testimonio falso para acusar a una persona inocente no introduciría estos contenidos, porque entendería que le restarían credibilidad.

Frente a estos dictámenes, la doctrina especializada ha resaltado aspectos importantes, los que, en buena medida, se avienen a la reglamentación de la prueba pericial en la Ley 906 de 2004. Se ha resaltado, por ejemplo, la necesidad de que el perito tenga suficiente formación, para evitar la tergiversación del instrumento, lo que corresponde a lo regulado en el ordenamiento procesal penal sobre la procedencia de la prueba pericial (405), los requisitos para ser perito (Art. 408), la acreditación de las respectivas calidades (Art. 413), y el deber de incluir en el interrogatorio las preguntas orientadas a aclarar los conocimientos teóricos, así como sus “antecedentes que acrediten su conocimiento en el uso de instrumentos o medios en los cuales es experto” y “su conocimiento práctico en la ciencia, técnica, arte, oficio o afición aplicables” (Art. 417), entre otros.

También se ha resaltado la importancia de aclarar que: (i) la prueba es de carácter cualitativo y no cuantitativo, (ii) no está libre de la influencia de los sesgos que pueda tener el perito; (iii) las conclusiones pueden estar incididas por diversos factores, como la calidad de la entrevista objeto de análisis, la intención del interrogador de “entrenar” al testigo para

que produzca “una declaración de alta calidad con respecto al CBCA”, etcétera; (iv) cada uno de los 19 criterios puede tener un peso mayor o menor, según las particularidades del caso; entre otros³⁴. Aspectos como estos deben ser aclarados durante el interrogatorio al perito, según lo establece el artículo 417, en los numerales 4, 5 y 6, que, en su orden, aluden a “los principios científicos, técnicos o artísticos”, “los métodos empleados en la investigación y análisis relativos al caso” y a si se utilizaron “técnicas de orientación, probabilidad o de certeza” (CSJSP, 9 Mayo 2018, Rad. 47423).

6. La obligación de procurar la mejor evidencia sobre la existencia y el contenido de la declaración rendida por fuera del juicio oral.

De otro lado, la Sala ha resaltado que la Fiscalía tiene la obligación de presentar la mejor evidencia en lo que concierne a la existencia y el contenido de la declaración rendida por los menores por fuera del juicio oral. Ha dicho:

Si una parte pretende aducir como prueba de referencia una declaración anterior al juicio oral, asume la carga de demostrar que esa decisión existió y que su contenido es el que alega según su teoría del caso. Frente a este aspecto también opera el principio de libertad probatoria, según lo indicó la Sala en la decisión CSJ SP, 28 de Oct. 2015, Rad. 44056, donde además se analizó todo el proceso de incorporación de una declaración anterior a título de prueba de referencia.

Como suele suceder con cualquier aspecto incluido en el tema de prueba, frente a la existencia y contenido de la declaración anterior puede debatirse, por ejemplo, si el documento representa de manera fidedigna el relato o si el testigo percibió con exactitud lo expresado por el declarante por fuera del juicio oral, el contexto en el que se hizo la declaración, la intención del declarante, la forma de las preguntas que dieron lugar a las

respuestas del testigo, etcétera³⁵. En consecuencia, frente a esta temática también deben aplicarse los criterios de valoración de la prueba, bien los consagrados para cada medio en particular (Artículos 404, 420, 432, entre otros, de la Ley 906 de 2004), o los criterios generales atinentes a la sana crítica.

Aunque, según se dijo, la demostración de la existencia y contenido de la declaración anterior está regida por el principio de libertad probatoria, entre otras cosas porque en ocasiones la documentación del relato se puede dificultar por las circunstancias que rodean la declaración (verbigracia, cuando una persona moribunda declara sobre la identidad de quien le ha causado las heridas mortales, o cuando la declaración se hace ante un particular), la Fiscalía debe tomar las medidas necesarias para lograr el mejor registro posible de las declaraciones anteriores al juicio oral, principalmente cuando de antemano se sabe que podrán ser aducidas al juicio oral a título de prueba de referencia, porque con ello se favorece el ejercicio de la contradicción por la contraparte y la valoración que debe realizar el juez para decidir sobre la responsabilidad penal.

En este sentido, la Ley 1652 de 2013 que, valga aclararlo de una vez, no estaba vigente para cuando se adelantó el proceso en contra del procesado GS, en su artículo 2º establece que la entrevista forense de niños, debe ser “grabada o fijada por cualquier medio audiovisual o técnico en los términos del numeral 1 del artículo 146 de la Ley 906 de 2004”, que, a su turno, dispone que en las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación o la Policía Judicial serán registradas y reproducidas “mediante cualquier medio técnico que garantice su fidelidad, genuinidad u originalidad”.

Aunque las omisiones sobre el particular no conducen inexorablemente a la inadmisión de la declaración anterior, como quiera que se trata de un problema probatorio (la demostración de la existencia y contenido de la declaración anterior), regido, según se dijo, por el principio de libertad probatoria, el adecuado registro de las entrevistas de menores puede generar efectos favorables para la prontitud y eficacia de la justicia, entre otras

cosas porque (i) pueden disminuirse los debates sobre la existencia y contenido de la declaración anterior, que es el tema central de la demanda de casación que se analiza, (ii) la defensa tendrá mejores oportunidades para ejercer los derechos del acusado, no obstante los límites que para la confrontación implica la admisión de prueba de referencia, y (iii) el juez tendrá mejores elementos de juicio para valorar la declaración anterior al juicio oral, presentada a título de prueba de referencia.

Lo anterior, se insiste, bajo el entendido de que la jurisprudencia (CSJ AP, 28 Oct. 2015, Rad. 44056 y la que allí se relaciona) estableció la admisión de las declaraciones rendidas por los niños y niñas por fuera del juicio oral a título de prueba de referencia, para evitar que sean nuevamente victimizados, lo que coincide con lo establecido en la Ley 1652 de 2013 en el sentido de que será prueba de referencia admisible la declaración rendida por fuera del juicio oral por una persona que “es menor de dieciocho años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo código”.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que los casos tramitados antes de la Ley 1652 de 2013 deben ser analizados a la luz de la legislación vigente para ese momento y su desarrollo jurisprudencial.

En síntesis, considera la Sala que la demostración de la existencia y contenido de una declaración anterior al juicio oral se rige por las siguientes reglas: (i) se trata de un problema probatorio y, en consecuencia, está regido por el principio de libertad probatoria que inspira toda la actuación penal; (ii) La Ley 906 de 2004, en sus artículos 206 y 146, establece la obligación de documentar de la mejor manera posible las actuaciones de la Fiscalía y la Policía Judicial, lo que fue reiterado en la Ley 1652 de 2013; (iii) la Fiscalía tiene la obligación de procurar el mejor registro posible de las entrevistas o declaraciones juradas, principalmente cuando tienen clara vocación de ser incorporadas en el juicio oral a título de prueba de referencia, para facilitar el ejercicio de los derechos del acusado, reducir los

debates frente a este aspecto y brindarle mejores elementos al juez para la valoración del medio de conocimiento, y (iv) en cada caso debe evaluarse si se demostró o no la existencia y contenido de la declaración anterior al juicio oral que pretende aducirse como prueba de referencia, según las reglas generales y específicas de valoración probatoria (ídem).

7. El trámite para la solicitud e incorporación de la prueba de referencia.

En la decisión CSJSP, 28 Oct. 2015, Rad. 44056 la Sala analizó el trámite que debe surtir para la solicitud e incorporación de una declaración rendida por fuera del juicio oral a título de prueba de referencia. Señaló:

Los pasos que deben seguir las partes para la incorporación de la prueba de referencia y la consecuente actuación del Juez

El artículo 441 de la Ley 906 de 2004 dispone expresamente que la prueba de referencia, en lo pertinente, debe regularse “en su admisibilidad y apreciación por las reglas generales de la prueba y en especial por las relacionadas con el testimonio y lo documental”. Así, la parte que pretende aducir como prueba una declaración anterior al juicio oral, a título de prueba de referencia, debe agotar todos los trámites correspondientes a cualquier prueba, sin perjuicio de los requisitos específicos para la admisión de este tipo de declaraciones.

En consecuencia, deberá: (i) realizar el descubrimiento probatorio en los términos previstos por el legislador; (ii) solicitar que la prueba sea decretada, para lo que deberá explicar la pertinencia de la declaración rendida por fuera del juicio oral, sin perjuicio de los debates que puedan suscitarse frente a su conducencia y utilidad; (iii) demostrar la causal excepcional de admisibilidad de la prueba de referencia (iv) explicitar cuáles medios de

prueba utilizará para probar la existencia y contenido de la declaración anterior al juicio oral, y (iv) incorporar la declaración anterior al juicio oral durante el debate probatorio.

El descubrimiento de la declaración que constituye prueba de referencia.

El descubrimiento probatorio debe sujetarse a las reglas generales establecidas para todos los medios de prueba ((CSJ AP, 13 Jun 2012, Rad. 32058, CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153, CSJ SC, 20 Feb. 2007, Rad. 25920, CSJ AP, 08 Nov 2011, Rad. 36177, CSP AP, 03 Sep. 2014, Rad. 41908 entre otras).

En materia de prueba de referencia, debe tenerse especial cuidado en descubrir tanto la declaración anterior al juicio oral, que se pretende introducir como prueba al tenor de lo dispuesto en los artículos 437 y siguientes de la Ley 906 de 2004, así como los medios de prueba que se pretenden utilizar para demostrar la existencia y contenido de dicha declaración.

Este requisito debe ser minuciosamente verificado, habida cuenta de los límites para el ejercicio del derecho a la confrontación asociados a la admisión de prueba de referencia.

Así, por ejemplo, si se trata de la declaración rendida por un testigo antes de fallecer, debe descubrirse dicha declaración, así como los documentos que la contengan y/o los datos de los testigos que la escucharon y que pretenden ser utilizados como prueba de su existencia y contenido.

La explicación de pertinencia como requisito esencial de la solicitud de la prueba

En reiteradas ocasiones la Sala ha resaltado la importancia de la explicación de la pertinencia de la prueba como presupuesto para su decreto, sin perjuicio de los debates que puedan suscitarse en torno a su conducencia, utilidad, etc. (entre otras, CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153).

Cuando se trata de prueba de referencia, la parte que pretende su aducción debe cumplir dos cargas puntuales en materia de prueba de referencia.

En primer término, tiene la carga de explicar la pertinencia de la declaración anterior al juicio oral, que se pretende aducir como medio de prueba de alguno de los aspectos relevantes del debate. Sobre el particular, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 441 de la Ley 906 de 2004 en el sentido de que la “admisibilidad y apreciación” de la prueba de referencia debe regularse “por las reglas generales de la prueba y en especial por las relacionadas con el testimonio y lo documental”.

Además, debe explicar la pertinencia de los medios de prueba elegidos para acreditar la existencia y el contenido de la declaración anterior al juicio oral.

Así, por ejemplo, si la parte pretende que se decrete como prueba lo expresado por una persona antes de fallecer o de ser víctima de secuestro o desaparición forzada, etcétera (Art. 438 de la Ley 906 de 2004), debe explicar la pertinencia de dicha declaración, y si quiere demostrar la existencia y contenido de la misma a través de un documento, de un testimonio y/o de un dictamen pericial, debe cumplir los requisitos generales y específicos de admisibilidad frente a estos medios de prueba.

La demostración de la causal excepcional de admisión de prueba de referencia

La parte que pretende la aducción de la declaración anterior al juicio, a título de prueba de referencia, debe demostrar la causal excepcional de admisibilidad, esto es, que la persona falleció, perdió la memoria, ha sido secuestrada, padece enfermedad que le impide declarar, etcétera. Esta demostración puede hacerse con cualquier medio de prueba, en desarrollo del principio de libertad probatoria que inspira todo el ordenamiento jurídico, salvo lo dispuesto en el primer literal del artículo 438 en cita³⁶.

Si para el momento de la audiencia preparatoria la parte conoce la causal de admisión

excepcional de prueba de referencia, debe hacer la solicitud en dicho escenario, porque una de las finalidades de esta audiencia es depurar todos los aspectos probatorios de cara al juicio (CSJ AP, Jun 18 de 2014, Rad. 2014, entre otras). Cuando se trata de situaciones fácticas que no pueden ser modificadas (la muerte del testigo, por ejemplo), el asunto puede resolverse de manera definitiva en la preparatoria; cuando se trata de situaciones que pueden variar (por ejemplo, que el testigo no ha podido ser ubicado), durante el juicio se debe demostrar que la situación anunciada en la audiencia preparatoria no ha variado.

La causal de aceptación de prueba de referencia prevista en el numeral 3º de la Ley 1652 de 2013 está supeditada a la verificación de que la víctima sea menor de 18 años y se trate de un delito contra la integridad, libertad y formación sexuales.

Determinación de los medios de prueba que se pretenden utilizar para demostrar la existencia y contenido de la declaración anterior.

Cuando se admite una declaración anterior al juicio oral a título de prueba de referencia, la parte que lo solicita debe demostrar su existencia y contenido. A su vez, la parte contra la que se aduce la prueba de referencia tiene derecho a ejercer los derechos de contradicción y confrontación frente a estos medios de prueba. Por ejemplo, puede atacar la autenticidad del documento que contiene el relato o la credibilidad de los testigos que dicen haberlo escuchado, sin perjuicio de la posibilidad de impugnar la credibilidad del testigo que declaró por fuera del juicio oral (Arts. 440 y 441 Ley 906 de 2004).

En desarrollo del principio de libertad probatoria, la Ley 906 de 2004 no limita a las partes para utilizar cualquier medio de prueba con el fin de demostrar la existencia y contenido de la declaración anterior al juicio. Sin embargo, la parte tiene el deber de procurar la mejor evidencia para realizar dicha demostración.

Tal y como sucede con cualquier otro aspecto incorporado al tema de prueba, si la parte ha elegido varios medios de prueba para demostrar un determinado aspecto del debate (en

este caso de la existencia y contenido de la declaración anterior), es libre de utilizar los que considere suficientes para cumplir con la respectiva carga probatoria y, en consecuencia, puede decidir renunciar a uno o varios de los solicitados en la audiencia preparatoria para tales efectos. Una vez admitida la prueba de referencia, la confiabilidad de los medios de prueba utilizados para demostrar la existencia y contenido de la declaración debe analizarse durante la valoración de la prueba (CSJ SP, 6 Mar. 2013, Rad. 34509).

La incorporación de la declaración anterior al juicio oral a título de prueba de referencia

En el sistema de tendencia acusatoria regulado en la Ley 906 de 2004, el descubrimiento de la prueba y la solicitud de decreto que debe hacerse en la audiencia preparatoria son presupuestos necesarios pero no suficientes para la incorporación del medio de prueba, puesto que esto último sólo puede ocurrir en el juicio. Este es un rasgo que diferencia el nuevo esquema procesal de aquellos que le antecedieron, inspirados en el principio de permanencia de la prueba.

El proceso de incorporación de la declaración anterior al juicio oral dependerá del medio de prueba utilizado por la parte para lograr dicho cometido. Así, por ejemplo, si lo dispuesto para dichos efectos es un documento, deberán aplicarse en lo pertinente las reglas de la prueba documental (autenticación, admisión, lectura del documento, etc.), y si se pretende utilizar un testimonio, son aplicables las reglas de la prueba testimonial (el testigo deberá comparecer al juicio para ser sometido a interrogatorio cruzado, sólo podrá declarar sobre lo que directa y personalmente haya percibido, etc.) (CSJ SP, 8 Abr. 2014, Rad. 36784).

8. La prohibición de basar la condena exclusivamente en prueba de referencia

En la decisión CSJSP, 16 Mar. 2016, Rad. 43866 la Sala hizo precisiones como las siguientes:

(i) la prohibición de basar la condena únicamente en prueba de referencia es una expresión de la garantía judicial mínima analizada en el numeral 6.3.1; (ii) para decidir si se reúne o no el requisito previsto en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, es necesario tener claridad sobre lo que debe entenderse por “prueba directa” y “prueba indirecta”; (iii) por las circunstancias en que suelen rodear los delitos sexuales, es determinante el diseño y ejecución de un programa metodológico adecuado, que permita la obtención de pruebas que sirvan de complemento a la versión de quien comparece en calidad de víctima; y (iv) en este ámbito puede ser determinante la denominada prueba de corroboración, incluso la de carácter “periférico”. Dijo:

El artículo 381 de la Ley 906 de 2004 establece que “la sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en prueba de referencia”.

En estricto sentido, se trata de una garantía para el procesado, íntimamente relacionada con el derecho a la confrontación, toda vez que, según se indicó en el apartado 2.2., la reglamentación de la prueba de referencia es una manera de regular el ejercicio de la confrontación, en la medida en que se consagran parámetros para establecer cuándo una declaración anterior al juicio oral puede comprometer dicho derecho (cuando es usada como medio de prueba sin que el testigo esté disponible en el juicio oral, según lo dispone el artículo 437); determina el carácter excepcional de la admisibilidad de la prueba de referencia (Art. 438) y establece la prohibición de que trata el artículo 381.

De hecho, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Superior de España, cuando se analiza la garantía judicial consagrada en el artículo 6º del Convenio Europeo de Derechos Humanos³⁷, cuya semejanza con los artículos 8º y 14 de la CADH y el PIDCP es evidente, se articulan el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo, la admisión excepcional de declaraciones anteriores al juicio oral (con las particularidades de esos modelos procesales) y la prohibición de que la condena se funde exclusivamente en declaraciones frente a las cuales el acusado no ha podido ejercer este

derecho:

[A]simismo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que la incorporación al proceso de declaraciones que han tenido lugar en la fase de instrucción no lesiona en todo caso los derechos reconocidos en los párrafos 3d y 1 del art. 6 CEDH, siempre que exista una causa legítima que impida la declaración en el juicio oral, y que se hayan respetado los derechos de defensa del acusado; esto es, siempre que se dé al acusado una ocasión adecuada y suficiente de contestar los testimonios de cargo e interrogar a su autor bien cuando se prestan, bien con posterioridad (SSTEDH de 20 de noviembre de 1989, caso Kostovski; 15 de junio de 1992, caso Lüdi; 23 de abril de 1997, caso Van Mechelen y otros. Como el Tribunal de Estrasburgo ha declarado (STDH de 27 de febrero de 2001, caso Lucá), “los derechos de defensa se restringen de forma incompatible con las garantías del artículo 6º del Convenio cuando una condena se funda exclusivamente o de forma determinante en declaraciones hechas por una persona que el acusado no ha podido interrogar o hacer interrogar ni en la fase de instrucción ni durante el plenario”³⁸.

En la práctica judicial, la Sala ha advertido que existen algunas imprecisiones, que impiden aplicar el artículo 381 en toda su dimensión, entre ellas: (i) la confusión entre prueba de referencia y prueba indirecta; (ii) la posibilidad de demostrar cualquier aspecto del tema de prueba a través de prueba “indiciaria” o “indirecta”; (iii) la forma de corroborar las versiones sobre delitos que suelen ocurrir en la clandestinidad, como es el caso del abuso sexual; y (iv) la diferencia entre la restricción consagrada en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004 y la valoración de las pruebas aportadas en cumplimiento de dicha prohibición.

Al margen de las diferentes posturas teóricas en torno a lo que debe entenderse por prueba directa o indirecta, la Sala estima conveniente aclarar que los aspectos relevantes de la prueba de referencia no tocan necesariamente con esta temática, por lo menos no de forma diferente de lo que acontece con los testimonios rendidos en el juicio oral. Si se adopta como criterio diferenciador de la prueba directa e indirecta su conexión con el hecho que

integra el tema de prueba, la primera categoría la tendrán, por ejemplo, el testigo que dice haber visto disparar o el video donde aparece el procesado cometiendo el hurto, mientras que la segunda se podrá predicar, verbigracia, del testigo que dice haber visto al procesado salir corriendo de la escena de los hechos, de la huella dactilar del procesado hallada en la escena del crimen, etcétera.

La declaración anterior al juicio oral, que pretende aducirse como prueba de referencia, puede tener el carácter de prueba directa o indirecta, según el criterio establecido en el párrafo anterior. Así, por ejemplo, es posible que el testigo antes de morir declare que una determinada persona fue quien le disparó (prueba directa), o también lo es que asegure que luego de recibir el disparo vio a un viejo enemigo suyo salir corriendo del lugar donde ocurrieron los hechos (prueba indirecta).

Otra cosa es que ante la muerte del testigo, o la ocurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el artículo 438 de la Ley 906 de 2004, su declaración deba ser llevada a juicio a título de prueba de referencia, por lo que será necesario presentar pruebas de su existencia y contenido, según los parámetros analizados en el numeral anterior, sin perjuicio de la obligación de agotar todos los trámites para su aducción (CSJ SP, 28 Oct. 2015, Rad. 44056, entre otras).

De otro lado, la Sala ha aclarado que la responsabilidad penal puede establecerse a través de inferencias, a pesar de que en la Ley 906 de 2004 no se incluyó la “prueba indiciaria” como un medio de conocimiento, supresión que, sin duda, constituye un avance conceptual, por las razones expuestas en pasadas decisiones (CSJ SP 30 Mar. 2006, Rad. 24468, entre otras).

En esta línea de pensamiento, no existe duda de que la prueba que acompañe la de referencia, en orden a superar la prohibición consagrada en el artículo 381, puede ser indirecta, porque si la condena puede estar basada exclusivamente en este tipo de

pruebas³⁹, a fortiori puede afirmarse que las mismas pueden ser suficientes para superar la restricción objeto de análisis.

En el ámbito de los delitos sexuales, concurren dos situaciones trascendentes frente al análisis del sentido y alcance de la parte final del artículo 381: (i) la tendencia, cada vez más marcada, a evitar que los niños víctimas de abuso sexual concurren al juicio oral, y (ii) la clandestinidad que suele rodear el abuso sexual.

Frente a lo primero, con la expedición de la Ley 1652 de 2013 se consolidó lo que jurisprudencialmente se había planteado en torno a la necesidad de evitar que los niños sean doblemente victimizados, lo que puede suceder con su comparecencia al juicio oral⁴⁰. Así, es posible que en muchos casos la Fiscalía deba apelar a la presentación de estas declaraciones a título de prueba de referencia, como expresamente lo permite el artículo 3º de la ley en mención, y, en consecuencia, se vea avocada a asumir las cargas derivadas de lo estatuido en el varias veces citado artículo 381, lo que necesariamente obliga a realizar una investigación mucho más exhaustiva.

Pero, de otro lado, la clandestinidad que suele caracterizar estos delitos generalmente impide que la prueba de referencia esté acompañada de otras pruebas “directas”, lo que no significa la imposibilidad práctica de realizar actos de investigación que permitan obtener prueba de hechos o circunstancias de los que pueda inferirse que los hechos ocurrieron tal y como los relata la víctima.

Así, por ejemplo, el examen sexológico puede corroborar lo atinente al acceso carnal, la presencia en la víctima de una enfermedad venérea, que también padece el procesado, puede confirmar que hubo entre ambos un contacto de carácter sexual, lo que también puede inferirse de la presencia de fluidos del procesado en el cuerpo o la ropa de la víctima, e incluso en el lugar donde ocurrió el abuso sexual. Esto último requiere de la oportuna y cuidadosa intervención de la Policía Judicial, pues este tipo de evidencias pueden ser

eliminadas o alteradas fácilmente.

En el derecho español se ha acuñado el término “corroboración periférica”, para referirse a cualquier dato que pueda hacer más creíble la versión de la víctima, entre ellos: (i) la inexistencia de razones para que la víctima y/o sus familiares mientan con la finalidad de perjudicar al procesado⁴¹; (ii) el daño psíquico causado a raíz del ataque sexual⁴²; (iii) el estado anímico de la víctima en los momentos posteriores a la ocurrencia de los hechos; (iv) regalos o dádivas que el procesado le haya hecho a la víctima, sin que exista una explicación diferente de propiciar el abuso sexual, entre otros.

En esta línea, el Tribunal Supremo de España expuso:

[t]ales criterios o requisitos, reiteradamente mencionados, son: a) ausencia de incredibilidad subjetiva, derivada de las relaciones entre la declarante y el acusado, que pudieran conducir a la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier otra índole semejante, que prive a esa declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre; b) verosimilitud, es decir constatación de la concurrencia de algunas corroboraciones periféricas de carácter objetivo, que avalen lo que no es propiamente un testimonio (declaración de conocimiento prestada por una persona ajena al proceso) sino una declaración de parte, en cuanto que la víctima puede personarse como parte acusadora o perjudicada civilmente en el procedimiento o, cuando menos, la inexistencia de datos de tal carácter objetivo, que contradigan la veracidad de la versión de la víctima; y c) persistencia en la incriminación, que debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones ya que la única posibilidad de evitar la situación de indefensión del acusado que proclama su inocencia, es la de permitirle que cuestione eficazmente la declaración que le incrimina, poniendo de relieve aquellas contradicciones que, valoradas, permitan alcanzar la conclusión de veracidad⁴³.

Es claro que no es posible, ni conveniente, hacer un listado taxativo de las formas de

corroboración de la declaración de la víctima, porque ello dependerá de las particularidades del caso. No obstante, resulta útil traer a colación algunos ejemplos de corroboración, con el único propósito de resaltar la posibilidad y obligación de realizar una investigación verdaderamente exhaustiva: (i) el daño psíquico sufrido por el menor; (ii) el cambio comportamental de la víctima; (iii) las características del inmueble o el lugar donde ocurrió el abuso sexual; (iv) la verificación de que los presuntos víctima y victimario pudieron estar a solas según las circunstancias de tiempo y lugar incluidas en la teoría del caso; (v) las actividades realizadas por el procesado para procurar estar a solas con la víctima; (vi) los contactos que la presunta víctima y el procesado hayan tenido por vía telefónica, a través de mensajes de texto, redes sociales, etcétera; (vii) la explicación de por qué el abuso sexual no fue percibido por otras personas presentes en el lugar donde el mismo tuvo ocurrencia, cuando ello sea pertinente; (viii) la confirmación de circunstancias específicas que hayan rodeado el abuso sexual, entre otros.

En todo caso, debe tener claro la Fiscalía que la admisión de prueba de referencia, sin posibilidades de ejercer el derecho a la confrontación, no sólo implica la limitación de los derechos del procesado, sino además la obligación de realizar una investigación especialmente meticulosa, bien para hacer frente a la restricción consagrada en el artículo 381 del ordenamiento procesal penal y para brindarle al juez mejores elementos de juicio para decidir sobre un tema de tanta trascendencia para los derechos fundamentales como lo es la responsabilidad penal.

Finalmente, debe insistirse en que una cosa es que la sentencia condenatoria no pueda estar fundamentada exclusivamente en prueba de referencia y otra muy diferente la valoración de la pluralidad de medios de conocimiento aportados por la Fiscalía para soportar su teoría del caso.

La prohibición consagrada en el artículo 381 es una cuestión de derecho, en la medida en que el legislador dispuso que en ningún caso la condena pueda estar basada

exclusivamente en prueba de referencia. De ahí que este tipo de asuntos, en el contexto del recurso extraordinario de casación, deben ser alegados por la senda de la violación indirecta de la ley sustancial, por error de derecho por falso juicio de convicción.

Una vez verificado el carácter plural de las pruebas orientadas a soportar la teoría del caso de la Fiscalía, su valoración debe hacerse a la luz de los criterios establecidos para cada medio de conocimiento en particular, sin perjuicio de la obligación de valorar las pruebas en su conjunto y de considerar los criterios estructurales de la sana crítica: máximas de la experiencia, conocimiento técnico científico y reglas de la lógica.

Al efecto debe tenerse en cuenta que la admisión de una declaración anterior a título de prueba de referencia no significa que se le esté otorgando un determinado valor probatorio. En el mismo sentido, la existencia de otras pruebas de responsabilidad, que acompañen a la de referencia, no significa que proceda la emisión de la condena. En cada caso debe hacerse la valoración individual y conjunta de la prueba, con el fin de verificar si las mismas permiten alcanzar el estándar de conocimiento establecido en la ley como presupuesto de la condena: convencimiento más allá de duda razonable.

Lo anterior sin perjuicio de que lo dispuesto en la parte final del varias veces citado artículo 381 sea trasgredido de forma velada, cuando la responsabilidad está basada exclusivamente en prueba de referencia, pero para ocultar esa realidad procesal se enuncian “pruebas” que terminan siendo impertinentes o inconexas con los aspectos factuales determinantes del juicio de responsabilidad. En todo caso, la parte que alegue este tipo de vicios tendrá la carga de elegir la causal de casación adecuada y asumir las respectivas cargas argumentativas.

En suma, frente a la restricción consagrada en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, deben tenerse en cuenta aspectos como los siguientes: (i) la prueba de referencia no puede asimilarse automáticamente a prueba indirecta; (ii) así como la responsabilidad penal puede

estar basada en prueba indirecta, la prohibición de basar la condena únicamente en prueba de referencia puede ser superada con este tipo de pruebas (indirectas); (iii) la Fiscalía tiene el deber de realizar lo que esté a su alcance para lograr la corroboración de la versión de la víctima, incluso a través de las denominadas “corroboraciones periféricas”; y (iv) una cosa es la prohibición legal de que la condena esté basada exclusivamente en prueba de referencia, y otra que las pruebas plurales –algunas pueden ser de referencia- sean suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia, según el estándar de conocimiento establecido por el legislador.

Por su importancia para la solución del caso sometido a estudio, la Sala debe agregar lo siguiente:

Según se indicó en los numerales 6.3.2, 6.3.5 y 6.3.6, la incorporación de prueba de referencia acarrea la obligación de demostrar la existencia y el contenido de la declaración rendida por fuera del juicio oral. Cuando la declaración queda registrada en audio y video (que es lo ideal), el juez podrá acceder de mejor forma a su contenido, lo que incluye el lenguaje verbal y no verbal. Si ese tipo de registro no es posible, las personas que intervienen en la entrevista pueden comparecer al juicio oral para declarar sobre los aspectos de la declaración que van más allá del lenguaje verbal, como sucede, por ejemplo, con las señas o ilustraciones que hace el testigo durante su declaración. Ello, por obvias razones, no constituye evidencia adicional a la prueba de referencia, pues se refiere únicamente a la existencia y el contenido de la declaración anterior.

En el mismo sentido, debe considerarse que cuando los testigos declaran en el juicio oral, el Juez, en virtud de la inmediación que ello le permite, puede presenciar el comportamiento y las reacciones del testigo. De hecho, el artículo 404 establece que “para apreciar el testimonio, el juez tendrá en cuenta los principios técnico científicos sobre la percepción y la memoria (...) el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad”. Por tanto, cualquier

alusión a estos aspectos por parte de quien presenció la declaración por fuera del juicio oral, debe tenerse como parte de la demostración de la existencia y contenido de la misma, mas no como información adicional a la prueba de referencia.

Lo anterior no varía si la demostración de la existencia y el contenido de una declaración anterior al juicio oral se hace con un experto o un testigo lego, porque, en esta materia, no se aprecian diferencias sustanciales. Ahora bien, si el experto encuentra que las manifestaciones del testigo o su comportamiento durante la entrevista pueden constituir síntomas de una alteración psíquica, y la parte considera necesario un dictamen sobre el particular, debe agotar el trámite para la solicitud y práctica de la prueba pericial, según se analizó en el numeral 6.2.

9. La utilización de declaraciones anteriores cuando el testigo se retracta o cambia su versión en el juicio oral

En el fallo CSJSP, 25 Ene. 2017, Rad. 44950, la Sala analizó las diversas formas de utilización de las declaraciones rendidas por fuera del juicio oral. Al efecto, resaltó las diferencias entre los usos para facilitar el interrogatorio cruzado de testigos (refrescamiento de memoria e impugnación de la credibilidad) y los destinados a incorporar como prueba las declaraciones rendidas por fuera del juicio (prueba de referencia y declaraciones anteriores incompatibles con lo que el testigo declara en juicio). Sobre esta última posibilidad, hizo las siguientes precisiones:

La posibilidad de ingresar como prueba las declaraciones anteriores al juicio oral está supeditada a que el testigo se haya retractado o cambiado la versión, pues de otra forma no existiría ninguna razón que lo justifique, sin perjuicio de las reglas sobre prueba de referencia. Este aspecto tendrá que ser demostrado por la parte durante el interrogatorio.

Es requisito indispensable que el testigo esté disponible en el juicio oral para ser interrogado sobre lo declarado en este escenario y lo que atestiguó con antelación. Si el testigo no está disponible para el contrainterrogatorio, la declaración anterior quedará sometida a las reglas de la prueba de referencia.

En tal sentido, la disponibilidad del testigo no puede asociarse únicamente a su presencia física en el juicio oral. Así, por ejemplo, no puede hablarse de un testigo disponible para el contrainterrogatorio cuando, a pesar de estar presente en el juicio oral, se niega a contestar las preguntas, incluso frente a las amonestaciones que le haga el juez.

Mirado desde la perspectiva de la parte que solicita la práctica de la prueba, no es aceptable decir que el testigo está disponible cuando se niega rotundamente a contestar el interrogatorio directo, así el juez le advierta sobre las consecuencias jurídicas de su proceder, porque ante esa situación no es posible la práctica de la prueba.

En el derecho comparado, ese tipo de situaciones se tiene como una de las causales de no disponibilidad del testigo, a la par de su fallecimiento o de una enfermedad que le impida declarar. Por ejemplo, en Puerto Rico la Regla 806 dispone:

A. Definición: No disponible como testigo incluye situaciones en que la persona declarante:

(...)

(2) insiste en no testificar en relación con el asunto u objeto de su declaración a pesar de una orden del Tribunal para que lo haga.

(...)

(4) al momento del juicio o vista, ha fallecido o está imposibilitada de comparecer a testificar por razón de enfermedad o impedimento mental o físico...⁴⁴

Desde la perspectiva de la parte contra la que se aduce el testimonio, es claro que no existe ninguna posibilidad de ejercer el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo (elemento estructural del derecho a la confrontación), cuando el testigo se niega a responder las preguntas.

Ante esa situación, la declaración anterior del testigo tiene el carácter de prueba de referencia, según lo indicado a lo largo de este proveído.

La declaración anterior debe ser incorporada a través de lectura, para que pueda ser valorada por el juez. De esta manera, éste tendrá ante sí las dos versiones: (i) la rendida por el testigo por fuera del juicio oral, y (ii) la entregada en este escenario.

La incorporación de la declaración anterior debe hacerse por solicitud de la respectiva parte, mas no por iniciativa del juez, pues esta facultad oficiosa le está vedada en la sistemática procesal regulada en la Ley 906 de 2004.

El hecho de que un testigo haya entregado dos versiones diferentes frente a un mismo aspecto, obliga a analizar el asunto con especial cuidado, bajo el entendido de que: (i) no puede asumirse a priori que la primera o la última versión merece especial credibilidad bajo el único criterio del factor temporal; (ii) el juez no está obligado a elegir una de las versiones como fundamento de su decisión; es posible que concluya que ninguna de ellas merece credibilidad; (iii) ante la concurrencia de versiones antagónicas, el juez tiene la obligación de motivar suficientemente por qué le otorga mayor credibilidad a una de ellas u opta por negarles poder suasorio a todas; (iv) ese análisis debe hacerse a la luz de la sana crítica, lo que no se suple con comentarios genéricos y ambiguos sino con la explicación del raciocinio que lleva al juez a tomar la decisión, pues sólo de esa manera la misma puede ser controlada por las partes e intervinientes a través de los recursos; (v) la parte que ofrece el

testimonio tiene la carga de suministrarle al juez la información necesaria para que éste pueda decidir si alguna de las versiones entregadas por el testigo merece credibilidad, sin perjuicio de las potestades que tiene la parte adversa para impugnar la credibilidad del testigo; (vi) la prueba de corroboración juega un papel determinante cuando se presentan esas situaciones; entre otros aspectos.

Como lo anterior se estableció en un caso donde la declarante era mayor de edad, deben hacerse las siguientes precisiones frente a los casos de niños que comparecen a la actuación penal en calidad de víctimas: (i) según se indicó en precedencia, la Fiscalía cuenta con múltiples opciones para el manejo del testimonio de las víctimas menores de edad; (ii) cada una de esas posibilidades está sometida a los requisitos y limitaciones allí referidos, que deben ser considerados en la planeación del caso; (iii) el ordenamiento jurídico es más laxo cuando se trata de la incorporación de este tipo de declaraciones a título de prueba de referencia; (iv) para que opere la incorporación de una declaración anterior al juicio oral a manera de declaración anterior incompatible con lo declarado en juicio –“testimonio adjunto”-, es requisito indispensable que la parte contra la que se aduce tenga la oportunidad de formular preguntas sobre lo expuesto por el declarante por fuera del juicio oral, de lo que depende la “disponibilidad” del testigo; (v) esta oportunidad debe garantizarse, incluso con las limitaciones inherentes a la práctica del testimonio de menores; y (vi) si esto último no es posible, por la indisponibilidad del testigo o por cualquier otra razón, la declaración anterior tendrá el carácter de prueba de referencia, porque encaja en la definición del artículo 437 y, además, por la completa imposibilidad de ejercer el derecho a la confrontación.

Así, mientras en la decisión CSJSP, 28 Oct. 2015, Rad. 44056 la Sala se pronunció sobre la posibilidad de incorporar las declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, cuando se trata de niños que comparecen en calidad de víctimas de abuso sexual u otros delitos graves, incluso cuando estos son presentados como testigos en el juicio, en esta oportunidad se aclara que ello puede hacerse a título de prueba de referencia o de declaraciones anteriores

incompatibles con lo declarado en juicio (“testimonio adjunto”), lo que dependerá, en esencia, de que el menor esté disponible como testigo, esto es, que pueda ser interrogado y contrainterrogado sobre lo que expresó con antelación, sin perjuicio de las cautelas que deben tomarse para garantizar su integridad.

10. La articulación de las reglas que rigen la prueba pericial y las atinentes a las declaraciones rendidas por menores de edad por fuera del juicio oral

Según se ha reiterado a lo largo de este fallo, en la práctica judicial es frecuente que la solicitud de condena tenga como soporte una declaración rendida por fuera del juicio oral, incorporada a título de prueba de referencia. También es habitual que como complemento de ese tipo de prueba, para superar la restricción prevista en el artículo 381, se acuda a la prueba pericial, especialmente a las opiniones de psicólogos o psiquiatras.

A la luz de lo expuesto en los numerales 6.2 y 6.3, puede concluirse lo siguiente: (i) si el perito es presentado con el único fin de demostrar la existencia y el contenido de la declaración anterior, no existe, en estricto sentido, una prueba adicional a la de referencia, pues en esos casos funge como el “vehículo” para llevar esa versión al juicio oral, lo que también podría lograrse a través de un documento o de un testigo que no tenga la calidad de experto; (ii) cuando la opinión del perito recae sobre una declaración rendida por la víctima por fuera del juicio oral y la parte pretende que la misma sea tenida como fundamento de la condena, debe agotar los trámites pertinentes para su solicitud y práctica; (iii) lo anterior sin perjuicio de que el dictamen se oriente al análisis de lo que la víctima declaró en el juicio oral; (iv) cuando se pretende llevar al perito en calidad de “testigo directo”, la parte debe especificar cuáles son los hechos o datos que este presencié, como sucede, por ejemplo, con los síntomas de la afectación psicológica, las laceraciones en el

cuerpo, etcétera; (v) igualmente, debe especificarse si la opinión tiene una relación directa con el hecho jurídicamente relevante, o si se refiere a un dato o “hecho indicador” a partir del cual puede inferirse que el hecho encaja en la respectiva norma penal; y (vi) además de los requisitos analizados en el numeral 6.2, debe existir suficiente claridad sobre la información que se aporta con la prueba pericial, en los ámbitos atrás referidos, pues ello se erige en requisito indispensable para determinar si la prueba de referencia verdaderamente está acompañada de información que trascienda el contenido mismo de la declaración rendida por fuera del juicio oral, al punto que pueda darse por cumplido el requisito previsto en el artículo 381.

4. Las reglas para la utilización de prueba de refutación con el propósito de impugnar la credibilidad del testigo

Frente al derecho a impugnar la credibilidad de los testigos, la Sala ha resaltado aspectos como los siguientes: (i) el contrainterrogatorio es un mecanismo idóneo para acopiar información útil para la solución del caso (CSJSP, 23 Nov. 2017, Rad. 45899); (ii) si durante ese ejercicio se utilizan declaraciones anteriores para impugnar la credibilidad del testigo, el juez debe valorar la información que de esa manera se incorpore al juicio oral (CSJSP, 25 Oct. 2019, Rad. 44819); (iii) a pesar de la importancia para el esclarecimiento de los hechos y para el ejercicio del derecho a la confrontación, existen límites para la impugnación del testigo, en los términos del artículo 403 de la Ley 906 de 2004 (CSJAP, 08 Feb. 2017, Rad. 49405); (iv) para impugnar la credibilidad de los testigos las partes pueden utilizar evidencia de refutación (CSJAP, 20 Ago. 2014, Rad. 43749); etcétera.

Por su importancia para el abordaje del caso sometido a su conocimiento, la Sala debe aclarar lo siguiente frente al proceso de impugnación de la credibilidad de los testigos: (i) es posible impugnar la credibilidad de un testigo que no esté presente en el juicio oral –cuando

su declaración ha sido admitida como prueba de referencia-, lo que implica la presentación de “evidencia externa” sobre cualquiera de los aspectos establecidos en el artículo 403 de la Ley 906 de 2004; (ii) si el testigo está presente en el juicio oral, la principal herramienta para impugnar la credibilidad está representada en el contrainterrogatorio, con las prerrogativas que para esos efectos consagra el ordenamiento jurídico; (iii) para este ejercicio, se pueden utilizar declaraciones anteriores al juicio oral, siempre y cuando se le haya dado la oportunidad al testigo de aceptar sus contradicciones, omisiones o cualquier otro aspecto atinente a la verosimilitud de su relato (CSJSP, 25 Ene. 2017, Rad. 44950); (iv) en la misma lógica, es factible utilizar prueba de refutación para impugnar la credibilidad del testigo, si este, no obstante haber tenido la oportunidad de pronunciarse frente a un aspecto en particular, persiste en negar un aspecto relevante para el estudio de la credibilidad, como cuando se le pregunta si para la fecha de los hechos se encontraba en otra ciudad, y lo niega, lo que haría necesaria la presentación de documentos, testimonios u otras pruebas de que no pudo presenciar aquello que incluye en su relato; (v) la prueba de refutación no puede presentarse antes de que el testigo declare, precisamente porque este debe tener la oportunidad de aceptar o negar el punto de impugnación que se le pone de presente durante el contrainterrogatorio; y (vi) si el testigo acepta el aspecto de impugnación propuesto por la contraparte, no tiene sentido dilatar el juicio con “pruebas externas”, como cuando, a manera de ejemplo, acepta que no estaba presente en el lugar de los hechos para cuando los mismos ocurrieron, lo que haría innecesario presentar testimonios o documentos que den cuenta de su presencia en otra ciudad o país.

5. El caso sometido a conocimiento de la Sala

1. El fundamento de la condena

En el fallo de primera instancia se hizo un recuento de las plurales versiones que M.J.G.G. antes del juicio oral, para resaltar que las mismas son homogéneas en los aspectos sustanciales.

Se hizo hincapié, además, en la opinión del perito Fernando Grueso sobre el origen de la declaración de la niña, esto es, que se trató de una vivencia y no de un sueño, y sobre la supuesta “afectación emocional”:

Se refirió igualmente a las dificultades normales de la niña para su edad, en reconocer de entrada la situación de abuso, destaca entonces factores como la edad, la dependencia afectiva con el agresor, el stress de la experiencia cuando narra que aquél se sacó el pipí y señaló que lo hizo frotar con sus manos. Sobre el particular menciona, la edad de la niña donde no se alcanza un grado de razonamiento que le permite dimensionar lo ocurrido; a pesar de esto, la niña ya verbaliza de acuerdo a su lenguaje no verbal al inicio de la entrevista.

Agrega que la niña dijo refiriéndose al comportamiento de DIEGO: “no estaba bien porque no le puede hacer un señor así” (sic) “porque es injusto, porque soy una niña” y enseguida refiere “y entonces le dije a mi mamá por la mañanita”.

Destaca el experto es concreta la niña al señalar lo que ocurrió con dicho señor, asimismo los sentimientos encontrados en la niña de rechazo y amor cuando utiliza la expresión “Diego me quiere”, lo que habla de una posible afectación emocional.

Por considerarse de vital importancia para el esclarecimiento de los hechos, la Judicatura autorizó se escuchara apartes de la grabación de la entrevista a que se hace mención, contenida en un DVD frente al cual pudo verificarse se observó la cadena de custodia y el perito dio cuenta de su mismidad, grabación donde la niña dice se trató de una persona, no de un fantasma y para demostrar cómo la pequeña si bien utilizó un lenguaje fluido cuando se le preguntó sobre temas distintos a los hechos, cuando se trató de estos últimos se

mostró evasiva y callada, incómoda. Descartó asimismo el perito pudiese tratarse lo relatado por la niña de un sueño, porque explicó con base en estudios realizados por el padre del psicoanálisis, Sigmund Freud, que en niños de la edad que para entonces tenía M.J.G.G. los sueños no son tan sexuados. Por lo tanto, concluye que no se trató de un evento onírico, que explicó es lo que se recuerda de un sueño⁴⁵.

Sobre la supuesta afectación “psico-emocional”, agregó que la ausencia de síntomas de trauma por el hecho objeto de juzgamiento no descarta la ocurrencia del mismo:

Si bien es consciente el Despacho del cuidado que debe tenerse con menores de edad víctimas de abuso sexual, para evitar la revictimización, lo cierto es que sorprende cómo en este caso, haya sido el proceder directo de la madre de la menor, que se hubiese sometido a esa multiplicidad de valoraciones médicas, hasta el punto que la niña en algunas de ellas expresó el malestar que sentía, y en otras optó por pausar su relato como ocurrió en el caso del psiquiatra Óscar Díaz Beltrán, donde también se dejó constancia que en determinados momentos de la entrevista bajó la voz como igualmente cambió de tema.

Indicadores para la Judicatura claros de la evasión que la niña quería hacer del tema que involucraba al señor DIEGO ALFONSO CAMPO VIDAL en la intromisión que hizo en su intimidad sexual, de ahí que para concluir, podemos afirmar que la sola circunstancia de que no se hubiesen hecho notorios ciertos síntomas en la menor de la que hablaron los peritos, no significa que el hecho que afectó su libertad y formación sexual no haya existido, menos aun que la persona que era considerada por la menor como su padre, no lo haya cometido.

Como lo afirmamos al anunciar el sentido del fallo, varios son los factores que pueden influir para que ciertos síntomas no se hagan visibles en una menor víctima de abuso sexual, todo ello tiene relación con la edad, lo traumático o no del evento, si fue un solo episodio o fue una conducta a repetición, el apoyo afectivo, emocional que haya recibido con posterioridad

a los hechos, puesto que todos estos elementos de ayuda a no dudarlo le van a facilitar al menor supere (sic) con mayor facilidad la experiencia vivida.

Por su parte, el Tribunal optó por comparar la versión rendida por la niña ante el psicólogo Fernando Grueso, con lo que dijo en el juicio oral. Concluyó que la versión inicial, cuyo contenido se transcribe más adelante, es más creíble, por la riqueza descriptiva y la cercanía temporal con los sucesos.

Hizo énfasis en que al día siguiente la menor identificó la ropa que vestía el procesado al momento del abuso. Al referirse al relato que hizo el psicólogo Fernando Grueso sobre el contenido de la entrevista, dijo:

Que en un aparte del relato aludió a una sombra, concluyendo ella misma que se trataba de “DIEGO” porque, hizo la inferencia, la mamá no le haría eso y no habían más personas en la casa, y continuó su descripción: tenía un pantalón cortico, de color gris, sin cierre, que era el mismo que al día siguiente le vio a DIEGO cuando estaba sentado con ella y la mamá en la cama hablando de lo sucedido. Ella no refiere haber visto su rostro, sino el cuerpo, las partes de su cuerpo y la ropa que vestía.

Más adelante, el Tribunal, en alusión a la credibilidad de la declaración que entregó la niña en esa oportunidad, agregó:

[a]demás que la ropa interior que ella notó -un short cortico de color gris sin cierre- la identificó en él al día siguiente cuando su madre se le acercó para reclamarle por ese hecho vivenciado que ella había reproducido de manera exacta

Según la postura mayoritaria del Tribunal, la opinión del psicólogo Fernando Grueso, en lo que atañe al origen de la declaración de la niña, es determinante para la solución del caso.

Frente a la confiabilidad de lo expuesto por este profesional, concretamente en lo que atañe a la base “técnico-científica” de su opinión, señaló:

Agregó el psicólogo Fernando Grueso que en los casos de niños de la edad de la menor, lo onírico generalmente corresponde a sensaciones de hambre, sed, a viajes, aventuras o a la necesidad de compartir con familiares o amigos, episodios que pueden ser amplios y bastante detallados aunque no necesariamente vividos, más no están permeados de experiencias propias de adultos y menos relacionadas con la sexualidad; de manera que es poco probable que un niño de corta edad tenga sueños con tanto erotismo, y sobre todo cuando son tan característicos, descriptivos y puntuales como M.J.G.G. lo expresó al darse a entender que había sido utilizada para masturbar a su agresor. La ciencia, la literatura y los estudios en psicoanálisis⁴⁶ indican que sueños de contenido tan erótico en niños de la edad de seis años, solo se dan cuando están siendo víctimas de abuso sexual. En su momento, ante el interrogante del Ministerio Público, citó como una de las fuentes consultadas el texto Interpretación de los Sueños, escrito por Sigmund Freud, editorial Círculo de Lectores, página 29 (...).

Más adelante, agregó:

Enfatizó en que la niña en sí no habló de fantasmas, sino de una conducta sexuada proveniente de alguien concreto que para ese momento habitaba en casa; de hecho, ella refirió que entreabrió los ojos y como que vio una sombra, como un fantasma, es decir que entró en conexión con su diario, conciencia o realidad y por eso estaba en capacidad de narrar el evento vivido, tanto así que su reacción fue levantarse temprano y contarle a su mamá el episodio, no observando, como experto en psicología, elementos para determinar que estaba inconsciente o híper-dormida, esto es, que estuviese comprometido su estado de alerta, memoria y sentido de la realidad; muy por el contrario, lo que quedó en evidencia es el grado de consciencia que ella tenía entre-dormida. Más adelante, en el redirecto, precisó que “entre-dormida” significa que hay consciencia, por eso es factible que el hecho narrado por ella, lo haya vivido; luego, es posible que mientras dormía y se despertó, pasaron unos segundos en los que pudo haber confundido el cuerpo o silueta de una persona con lo que denominó un fantasma. De hecho, en el contradirecto mencionó que

según su análisis y las características del relato de la niña, es poco probable que haya tenido un sueño de ese alcance, incluso habiendo observado un programa con escenas o contenido sexual pues, de haber sido así, no habría reproducido “tan intacto” el hecho, ya que siempre hay vacíos a la hora de narrar los sueños: “es difícil que lo haya reproducido tan exacto”.

El Tribunal resaltó lo que expuso el psicólogo cuando se le preguntó sobre el significado de que la niña, luego de narrar los hechos, haya expresado que sus sentimientos de afecto hacia DIEGO y su intención de exculparlo, en el sentido de que “ello evidencia la existencia de una alta carga afectiva de la menor hacia la persona que ella relaciona en su relato, no obstante que ella misma hizo la diferenciación que un señor no debe hacer eso porque ella es una niña”.

De otro lado, los juzgadores explicaron ampliamente las razones por las que los dictámenes periciales practicados a instancias de la defensa deben ser desestimados. Al respecto, el Tribunal manifestó lo siguiente:

Se ocupó el psicólogo Carlos Alberto Vidal Reyes en hacer una crítica (contra-peritaje) al informe de su colega, sobre lo cual se basó todo su interrogatorio directo, quedando expuesto luego ante la audiencia cuando en el interrogatorio cruzado se vio compelido a reconocer que el trabajo realizado por el experto del C.T.I. había tenido lugar en una época en la que para los peritos psicólogos, no era posible exigir que procedieran conforme a la guía con la cual él basó su crítica y otras valoraciones a la menor, en tanto que no estaba creada.

Más vulnerable en cuanto a la confiabilidad quedó el psicólogo Germán Valencia, al informar en el contrainterrogatorio que en el procedimiento practicado a M.J.G.G. aplicó el test SATAC sin tener conocimiento especializado sobre el tema, al punto que no tenía claro el significado básico de la sigla, lo cual le fue despejado por la parte que lo confrontaba.

Del psiquiatra Óscar Armando Díaz Beltrán resta anotar, como lo hiciera en las alegaciones

finales la representante del Ministerio Público, que se le observó hermético sobre todo en el ejercicio del interrogatorio cruzado, respondiendo de manera abstracta a una serie de preguntas concretas y cerradas, lo que no permitió aprovechar su amplio conocimiento y experiencia en psiquiatría, pues de hecho su actividad no estuvo orientada a lograr que ella verbalizara los hechos que espontáneamente le referenciaba en la sesión con timidez, lo que en sentir de la judicatura mengua la credibilidad a su declaración.

De modo que descarta (sic) el profesional recurrente, al pretender ilustrar como débiles y fantasiosas las atestaciones de la menor agraviada, así como equivocadas las apreciaciones de los expertos que la valoraron recién ocurridos los hechos, en tanto que estas encuentran absoluto respaldo en los otros elementos de conocimiento, también legal y oportunamente aducidos a juicio y sometidos a los principios de contradicción y confrontación probatoria, no sucediendo lo mismo con las pruebas de descargado que poca confiabilidad y credibilidad merecen, no solo por el marcado interés de la madre en favorecer los intereses del acusado, sino por las falencias que como profesionales tuvieron al emitir sus conceptos.

2. Los errores en que incurrieron los juzgadores

1. Frente a la prueba testimonial

Durante la audiencia preparatoria la Fiscalía reiteró su intención de practicar en el juicio oral el testimonio de M.J.G.G. Advirtió que si ello no era posible introduciría como prueba de referencia el relato que la niña le entregó al psicólogo Fernando Grueso y a la defensora de familia que estuvo presente en esa diligencia. Dijo que el experto

[a]ctuará, en caso de que su señoría decida que en estos estrados judiciales no comparezca

esta menor (...) como testigo de referencia. Ya dijimos que lo íbamos a presentar como testigo directo, pero en el evento de que no se permita que en estos estrados judiciales comparezca la menor víctima se utilizará como testigo de referencia al establecerse esa imposibilidad de asistir la víctima al debate oral se pretende hacer valer en el juicio la declaración de la víctima e ingresar como evidencia la entrevista de esta (44:20).

Aunque la delegada del ente acusador solo se refirió expresamente a la posible incorporación de la entrevista rendida por M.J.G.G. ante el psicólogo Fernando Grueso, al explicar la pertinencia de otros testimonios hizo alusión al contenido de diferentes versiones rendidas por M.J.G.G. por fuera del juicio oral, así: (i) indicó que el padre de la menor declararían sobre su condición, el comportamiento de la pequeña y sobre lo que le escuchó decir a ésta sobre el abuso y el señalamiento que hizo del procesado; (ii) al referirse a la perito Beatriz Eugenia Naranjo, señaló que esta realizó el examen sexológico e informaría sobre el contenido de la anamnesis; (iii) la médica Marisol Rendón Trujillo fue quien atendió clínicamente y por primera vez a M.J.G.G. y podría dar cuenta de lo que esta le informó sobre los hechos, en especial, sobre la identidad de la persona que abusó sexualmente de ella; (iv) Martha Matilde Grajales Calero -tía de la víctima- tuvo conocimiento de que la menor habló del abuso y señaló al procesado como el autor del mismo; (v) María Claudia Grajales Calero, en su calidad de madre, escuchó la primera versión de la menor sobre los hechos objeto de juzgamiento; y (vi) el psiquiatra Andrés Peláez Maya comparecería al juicio para indicar, entre otras cosas, lo que la niña le señaló sobre los hechos.

Es notoria la falta de claridad frente a este aspecto, porque, según se indicó en el numeral 6.3.7, cuando se pretende incorporar declaraciones anteriores al juicio oral, a título de prueba de referencia, debe precisarse, entre otras cosas, cuál o cuáles son las declaraciones que tienen esa calidad y cuáles los medios de prueba con los que se pretende demostrar su existencia y contenido.

Conforme lo solicitó la Fiscalía, en el juicio se practicó el testimonio de M.J.G.G. En esa oportunidad se limitó a expresar lo siguiente: (i) su padre biológico le ha dicho que el procesado “es malo”; (ii) cuando se le preguntó si “en algún momento alguien ha intentado hacerle algo a tu cuerpo”, respondió que no; (iii) a la pregunta de si había visto “las partes íntimas de un hombre”, respondió negativamente; (iv) dijo que no recuerda haber acudido ante un psicólogo; y (v) hizo énfasis en que el procesado no ha hecho “nada malo”, por lo que no debería estar en la cárcel.

Debe resaltarse que como la menor dijo no recordar nada sobre sus versiones anteriores, se resolvió, a instancias del Defensor de Familia, que no se formularían más preguntas. Aunque era evidente que ello generaba la indisponibilidad de la testigo, tal y como se explicó en el numeral 6.3.9, la Fiscalía no dispuso lo pertinente para lograr la incorporación de la entrevista rendida por la niña ante el psicólogo Fernando Grueso, a manera de “testimonio adjunto”, según los requisitos analizados en dicho apartado.

Al respecto, cabe aclarar que esta omisión de la delegada de la Fiscalía no se aviene a la jurisprudencia vigente para ese entonces sobre la incorporación de declaraciones anteriores cuando el testigo se retracta o cambia la versión (CSJSP, 09 Nov. 2006, Rad. 25738), ni al posterior desarrollo que de esa figura se hizo en la decisión CSJSP, 25 Ene. 2017, Rad. 44950.

Luego, se practicó el interrogatorio del perito Fernando Grueso y en desarrollo del mismo la Fiscalía solicitó la incorporación de la entrevista rendida por la niña, como “complemento del dictamen”. Según se resaltó en el numeral 6.5.1, “la Judicatura autorizó se escuchara apartes de la grabación de la entrevista (...) por considerarse de vital importancia para el esclarecimiento de los hechos”. Con la aclaración de que para ese entonces la jurisprudencia no había hecho las aclaraciones referidas en el numeral 6.3.7, la Sala hace énfasis en la importancia de que, en adelante, estos trámites se ajusten a plenitud al ordenamiento jurídico.

En esa oportunidad la niña manifestó lo siguiente:

Pregunta: ¿Qué te ha pasado?

Respuesta: Es que yo estaba dormida (...), la cama era así y estaba así (no se explica si hubo explicación no verbal), y miré (...) creía como una persona, como un fantasma.

Pregunta: ¿Y entonces qué era lo que pasaba?

Respuesta: Le dije a mi mamá y creía que (...) alguien (...) entonces yo le dije a mi mamá por la mañanita (...) y si DIEGO no es entonces quién, no había nadie más en la casa (...) que sea hombre. Entonces yo le dije que DIEGO porque no hay más, pues no hay más hombres.

Pregunta: ¿Y entonces cuando tú dices que estabas así con la cara (...) era un fantasma o era una persona?, ¿qué era?

Respuesta: Una persona, porque yo vi así.

Pregunta: ¿Y esa persona qué hacía?

Respuesta: me hacía con el pipí así (constancia: como batiendo chocolate); y me hacía así (constancia: se lleva las manos a la vagina).

Pregunta por la Defensora de Familia: ¿tú te tocaste la vagina?

Respuesta: No

Pregunta: aclárale bien al doctor

Respuesta: que es que tenía un pantalón chiquito y se le salió por ahí (...) el pipí

Pregunta: ¿Quién fue el que sacó el pipí? ¿Cómo se llama esa persona?

Respuesta: Diego

Pregunta: ¿y Diego, qué estaba haciendo ese día?

Respuesta: me estaba haciendo así, no me acuerdo más.

Pregunta: ¿quién es Diego?

Respuesta: porque es que mi papá no es Diego, sino que mi papá vive en Bogotá, sino que mi mamá se casó con Diego y mi mamá se separó con mi papá.

Pregunta: Dices que Diego tenía una pantaloneta. ¿Un pantaloncito corto? ¿Qué era lo que tenía)?

Respuesta: como una pantaloneta pero como de dormir (constancia: muestra que es bastante corta. Indica de las rodillas hacia arriba).

Pregunta: Y entonces, ¿de qué parte de esa pantaloneta, cómo fue que él hizo para sacar lo que dices?

Respuesta: Lo sacó por aquí (constancia: señala la parte de la vagina, señalando que de ahí sacó el pipi Diego).

Pregunta: ¿Y luego que lo sacó qué fue lo que tú hiciste?

Respuesta: es que no fui la que hice así, sino que él me cogió las manos y (psicólogo: cógele las manos a la doctora) ... y me hacía así: tan, tan, tan.

Pregunta: ¿con qué te hacía así?

Respuesta: con el pipí y tan, tan, tan ("la Defensora de Familia deja constancia que la niña me coge las dos manos en señal de frotar el pene o el pipí de Diego como ella referencia, porque ella no dice pene sino pipí y es muy clara y evidente la forma como la niña me agita las manos en señal de frotar el pipí). (...) pero lo quiero mucho.

Pregunta: este muñeco tiene la forma como de una persona (...) ¿Podrías indicarnos si estaba sentada o acostada? Si este fuera Diego, ¿cómo hizo?

Respuesta: la Defensora de Familia deja constancia de que la niña, el muñeco le coge las manos a la muñeca y le frota el pene con las manitos.

Agrega M.J.G.G.: Pero él me quiero mucho.

Agrega el psicólogo: no estamos cuestionando eso.

Pregunta: ¿viste que le saliera algo o que le cayera algo en las manitos?

Respuesta: no

Pregunta: ¿Él decía algo cuando estaba haciendo eso?

Respuesta: No, porque yo estaba dormida.

Pregunta: Si estabas dormida, ¿cómo te diste cuenta que era Diego?

Respuesta: porque yo me acosté, después cuando me di cuenta yo estaba abriendo un poquito los ojos, pero después creí que era un sueño, me levanté, fui donde mi mamá y ya.

Pregunta: ¿Pero tú alcanzaste a ver, cuando abriste los ojitos, alcanzaste a ver la cara de Diego?

Respuesta: No, veía todo como negro.

Pregunta: Cuando abres los ojitos antes de levantarte, alcanzas a ver si Diego se queda quieto, o Diego se va. ¿Qué alcanzaste a ver?

Respuesta: que es cuando, fue cuando, por ejemplo (...) una cosita como así se cayó, yo escuché y me levanté y fue una persona por el baño y una cosa así, entonces yo creía que era Diego porque mi mamá no hace eso.

Pregunta: ¿Y en qué momentico tú ves que él tenía el pantalón cortico y que se lo saca por acá, el pipí? ¿En qué momentico (...) tú dices que estabas dormidita, y tú dices que él se sacó por acá el pipí?

Respuesta: sí porque no tiene más forma (...) no tiene cierre.

Pregunta: ¿Le alcanzaste a ver el color de ese pantalón cortico?

Respuesta: Yo lo conozco, es gris, todo gris.

Pregunta: Tú te levantas y le dices a la mamá. ¿En ese momento dónde está Diego?

Respuesta: Estaba ahí sentado (...) entonces hablamos, y ya después no sé.

Pregunta: Cuando tú le vas a contar a la mamá, ¿Diego dice algo?

Respuesta: Dice que no sé.

Pregunta: Cuando dices que estabas dormida (...) y Diego te hacía así con las manitos, este, ¿era de día o de noche?

Respuesta: de noche, porque yo estaba dormida.

Pregunta: Cuéntanos una cosita: allá donde paso eso, ¿esa casa de quién es? ¿Quién vive allí?

Respuesta: mi mamá, yo y Diego, pero a Diego lo mandaron para otra casa.

Pregunta: ¿Cuántas piezas tiene?

Respuesta: tres (...)

Pregunta: ¿Cómo crees que Diego entró a tu pieza? ¿La puerta estaba abierta?

Respuesta: Es que la puerta tiene siempre las llaves metidas en el cosito (la chapa, dice el psicólogo), pero yo la cierro porque a mí me da calor.

(...)

Pregunta: ¿ese día cómo estabas vestidita?

Respuesta: estaba con una blusa y (...) no me acuerdo

(...)

Pregunta: ¿Con qué ropa estaba Diego cuando tú entras ahí y lo ves sentado en la cama?

Respuesta: por eso, con la misma ropa.

Pregunta: ¿eso que hizo Diego es correcto o incorrecto?

Respuesta: incorrecto (...) porque no lo puede hacer un señor así (...) porque es injusto.

Pregunta: ¿Por qué tú eres qué?

Respuesta: una niña

Pregunta: ¿Lo había hecho otras veces?

Respuesta: No (...) se porta bien (...) no me podía hacer eso.

Pregunta: ¿Te gustaría que volviera a la casa?

Respuesta: Sí

Pregunta: ¿Por qué?

Respuesta: Porque no hace daño

Pregunta: ¿Eso que tú dices es un daño o no es un daño?

Respuesta: Sí es un daño

Pregunta: si volviera a estar en la casa, ¿tú estarías tranquila o no estarías tranquila?

Respuesta: Sí estaría tranquila

Pregunta: ¿Te da algún poquito de miedo con Diego?

Respuesta: No

Pregunta: ¿Por qué?

Respuesta: Porque no hace daño

Pregunta: ¿Cuando las personas tocan a las niñas así como tú dices, es hacer daño o no?

Respuesta: Sí es hacer daño (...) pero él me quiere.

(...)

Pregunta: ¿Qué harías si Diego volviera a tocarte?

Respuesta: Ahí mismo me levantaría

Pregunta: ¿y Qué harías?

Respuesta: Decirle a mi mamá.

(...)

Durante el interrogatorio de los otros profesionales relacionados en la primera parte de este numeral, la Fiscalía, sin ninguna oposición por parte de la defensa, introdujo las otras versiones que la menor suministró, que, como atrás se anotó, fueron tenidas en cuenta como soporte de la condena. Aunque prácticamente todos los profesionales que comparecieron al juicio oral mencionaron el contenido de las versiones suministradas por la niña, incluso las atinentes al origen de la declaración (un sueño y no una vivencia), durante el debate probatorio no se aclaró cuáles de ellas se valorarían como prueba de referencia, pues su contenido se incorporó sin ningún control.

En síntesis: (i) desde la audiencia preparatoria la Fiscalía tenía claro que ante la indisponibilidad de M.J.G.G. como testigo, sus declaraciones anteriores tendrían el carácter de prueba de referencia; (ii) durante el juicio oral la niña negó haber sido víctima de abuso sexual, y, a instancias del Defensor de Familia, se decidió suspender el interrogatorio, lo que desencadenó la indisponibilidad de la declarante, pues ya no fue posible que las partes le formularan preguntas sobre el contenido de sus declaraciones anteriores; (iii) en ese momento, la Fiscalía no hizo nada en procura de incorporar la declaración anterior de la menor; (iv) fue mucho más adelante, durante el interrogatorio del psicólogo Fernando Grueso, que la entrevista rendida por M.J.G.G. se incorporó, más como un anexo del peritaje que como prueba de referencia; y (v) de la misma manera se incorporaron las otras versiones de la niña, rendidas ante los expertos solicitados por la Fiscalía, pero nunca se aclaró cuáles de ellas se tendrían como prueba, según los parámetros analizados en el apartado 6.3.

A la luz de lo analizado en los numerales 6.3.1, 6.3.2 y 6.3.9, es evidente que las versiones de la niña, que sirvieron de soporte a la condena, constituyen prueba de referencia, porque: (i) se trata de declaraciones rendidas por fuera del juicio oral; (ii) que se presentaron como medio de prueba de los aspectos centrales del debate; (iii) cuya práctica no fue posible en el juicio, por las razones ya indicadas; (iv) lo que imposibilitó que la defensa ejerciera el derecho a la confrontación. Este aspecto fue desconocido por el Juzgado y el Tribunal.

De otro lado, los juzgadores no sentaron mientes en que al proceso se incorporó la interpretación que el psicólogo Fernando Grueso hizo de la declaración de la niña. Así, por ejemplo, cuando se le indagó por lo que dijo la menor acerca de las “características del agresor”, contestó: “cuando hace referencia a esa sombra, que ella concluye es DIEGO porque la mamá no le haría eso, que no habían más personas en la casa, porque tenía un pantalón cortico, que luego describe como gris y que es el mismo con el que vio cuando DIEGO estaba sentado en la cama con la mamá⁴⁷”.

Es fácil advertir que el psicólogo da por sentado que la niña, aquella noche, pudo ver las características de la ropa del agresor, incluso su color, y que en la mañana, cuando se reunió con su mamá y con Diego, pudo constatar que este tenía esa misma prenda. Sin embargo, esta no es más que una inferencia frente al texto de la declaración. En efecto, la menor advirtió que no pudo ver la cara del sujeto o el “fantasma” a que alude, porque estaba “de noche”, “muy oscuro”, y cuando se le preguntó si alcanzó a ver el color “de ese pantalón cortico”, respondió: “Yo lo conozco, es gris, todo gris.

Tal y como se resaltó en el numeral 5.1, el Tribunal dio por sentado que los hechos ocurrieron tal y como lo expuso el psicólogo e investigador de la Fiscalía, esto es, que al momento de los hechos la niña pudo ver esas vestimentas y las observó de nuevo cuando se reunió con su mamá y su padrastro. Esto amerita un doble reproche, pues esas aseveraciones no hacen parte de una “opinión experta”, y, además, si así hubiese sido, el juzgador no tenía por qué asumir, acriticamente, esa conclusión como una verdad

apodíctica, por el simple hecho de provenir de un profesional de la psicología, tal y como se reiteró a lo largo del apartado 6.2.

Es evidente que el déficit en el interrogatorio impidió establecer si la niña, en la oscuridad, pudo ver que la persona a que hace referencia tenía un pantalón de color gris, a pesar de que la falta de luz le impidió ver el rostro, supuestamente del padrastro, con quien convivía hacía varios años, o si conocía de antemano esa prenda de vestir, precisamente en razón de esa convivencia, y al día siguiente, al ver que el procesado la tenía puesta, hizo la respectiva asociación.

En la misma línea, la Sala quiere llamar la atención sobre la obligación de constatar la calidad de los interrogatorios practicados por fuera del juicio oral, y sobre la importancia de diferenciar su contenido de los comentarios que otras personas hagan sobre los mismos, entre otras cosas porque las confusiones al respecto pueden dar lugar a un falso juicio de identidad por adición o tergiversación, en la medida que se dé por sentado que el testigo dijo algo que solo está en la mente de quien emite su opinión sobre el testimonio.

De otro lado, no debe pasar inadvertido que luego de que la niña infirió que la “sombra” o “el fantasma” podría corresponder a su padrastro, en las preguntas siguientes el psicólogo dio por sentada esa situación, lo que tiene un claro carácter sugestivo en la medida en que la menor no solo reiteró que no pudo identificar a quien mencionó a lo largo de su relato, sino que además consideró que pudo tratarse de un sueño. Para ilustrar esta situación, resulta suficiente recordar las siguientes preguntas realizadas por el psicólogo: “¿Cómo crees que Diego entró a tu pieza? (...) ¿La puerta estaba abierta? (...) ¿Eso que hizo Diego es correcto o incorrecto?”

La Sala no se refiere a estos aspectos para cuestionar la credibilidad del relato de M.J.G.G., sino para reiterar la importancia de que las declaraciones de los niños que comparecen en calidad de víctimas de delitos sexuales (o de otros delitos graves), cuando se reciben por

fuera del juicio oral, sean de la mejor calidad, preferiblemente recaudados con la participación de la contraparte, lo que puede permitir, en la medida de las posibilidades, el control a las preguntas inadecuadas, la posibilidad de interrogar al testigo de cargo, entre otros aspectos integrales del derecho a la confrontación, analizados en el numeral 6.3.1. Para estos efectos, se reitera, puede resultar útil la figura de la prueba anticipada, tal y como se explicó en los numerales 6.3.3 y 6.3.4.

Para los fines de la presente decisión, lo que resulta determinante es que los juzgadores omitieron considerar el carácter de prueba de referencia que, sin duda, tiene la declaración rendida por M.J.G.G., que fue determinante como soporte de la condena. Este yerro, según se verá, dio lugar a un error de derecho por falso juicio de convicción, en la medida en que se desatendió la prohibición prevista en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, de basar la condena únicamente en prueba de referencia, cuyo sentido y alcance fue estudiado en el numeral 6.3.8.

Bajo el entendido de que el error determinante consiste en que la condena se fundamentó exclusivamente en prueba de referencia, la Sala aclara que los yerrores en la incorporación de las declaraciones anteriores de la menor M.J.G.G.48. no tienen la trascendencia suficiente en el ámbito del recurso extraordinario de casación, porque: (i) la misma está permitida, por las razones indicadas en el numeral 6.3.3; y (ii) la defensa no se opuso a esa incorporación, y esa pasividad impidió que este asunto se debatiera a lo largo de la práctica probatoria. Sin embargo, la Sala reitera el llamado para que las partes y los jueces atiendan las reglas sobre la utilización de declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, bien para facilitar el interrogatorio cruzado de testigos, o como prueba (de referencia o como complemento del testimonio cuando el testigo se retracta o cambia su versión).

2. Los yerrores

frente a la prueba pericial

Sobre la pertinencia del considerable número de expertos que presentaría como soporte de su teoría del caso, en la audiencia preparatoria la Fiscalía planteó lo siguiente: (i) aunque resaltó que Beatriz Eugenia Naranjo fue quien le practicó el examen sexológico a la menor (no se hicieron hallazgos físicos compatibles con abuso sexual), la explicación de su pertinencia se orientó a la demostración de la existencia y el contenido de la declaración de la niña sobre el abuso sexual; (ii) lo mismo sucedió con la médico Marisol Rendón Trujillo; (iii) el psicólogo Fernando Grueso, además de describir el comportamiento de la niña durante la entrevista, entregaría su “opinión cualificada para establecer la afectación psico-emocional de la víctima”, pues fue quien realizó la respectiva valoración psicológica, lo que resulta pertinente, además, para demostrar la “afectación del bien jurídico tutelado”; (iv) el psiquiatra Andrés Peláez Maya, además de referirse a la existencia y contenido de la versión de la menor, explicaría “qué lo lleva a él a establecer por qué fue malinterpretada la niña M.J.G.G.”; (v) con la profesional Apraez Villamizar se probarían “las condiciones de salud mental y emocional de la menor y la afectación psico-emocional a consecuencia del daño causado (...) indicará por qué la niña ante ella se muestra marcadamente aprehensiva (...) y por qué no le aportó datos respecto a los hechos jurídicamente relevantes (...) asimismo indicará por qué la niña dice no conocer al señor Diego”.

Por su parte, la defensa solicitó el testimonio de los siguientes expertos: (i) el psiquiatra Andrés Peláez Maya –prueba común- “rindió informe a la Fiscalía, en donde manifiesta que la menor entrevistada” dijo que los hechos narrados eran producto de un sueño; (ii) el psicólogo Germán Valencia, quien a través de múltiples entrevistas hizo un “seguimiento familiar” a M.J.G.G., pudo establecer la inexistencia del abuso sexual, verificó el vínculo adecuado de la niña con su progenitora y las pésimas relaciones que tiene con su padre biológico, y constató el “estado mental, social, familiar y personal” de la menor; (iii) el psiquiatra Óscar Díaz Beltrán tuvo a cargo “unas entrevistas a M.J.G.G.”, la madre de esta y el acusado, y podría declarar sobre la ausencia de signos o síntomas “que hagan suponer que ha sido sometida a abuso sexual”, y, además, daría cuenta de que CAMPO VIDAL “no

tiene desviación sexual hacia los menores”; (iv) al perito Carlos Alberto Vidal Reyes “se le encargó una entrevista a la menor”, emitiría su opinión sobre la ausencia de “signos de perturbación sexual y menos que indiquen un posible abuso sexual”, y se referiría a las falencias del dictamen emitido por el psicólogo Fernando Grueso.

Al respecto, la Sala debe resaltar lo siguiente: (i) varios de los profesionales referidos por la Fiscalía fueron llamados a juicio con el único propósito de demostrar la existencia y el contenido de las versiones que la menor M.J.G.G. rindió en la fase de investigación; (ii) solo dos de ellos harían alusión a la afectación “psico-emocional” de la niña; (iii) frente al psiquiatra Peláez Maya, la representante de la Fiscalía dio a entender que lo impugnaría frente a lo expuesto en el dictamen en torno a las manifestaciones de M.J.G.G. sobre la tergiversación de sus aseveraciones, lo que no corresponde al interrogatorio directo, como lo solicitó, sino al ejercicio del contrainterrogatorio –y demás formas de impugnación analizadas en el numeral 6.4-, en el evento de que la defensa lo presentara como prueba de descargo, como en efecto ocurrió; (iv) la defensa solicitó el interrogatorio de tres expertos, en esencia para demostrar que la niña no presentaba síntomas compatibles con abuso sexual, aunque también mencionó otros aspectos que, en buena medida, fueron objeto de un control oportuno por parte de la Juez, entre los que se destacan las desavenencias entre los padres de M.J.G.G., la ausencia de perturbaciones del acusado, asociadas al abuso sexual de menores, etcétera; y (v) solicitó la práctica del psiquiatra Peláez Maya, al parecer para demostrar que la niña, ante él, dijo que lo narrado corresponde a un sueño, mas no para que emitiera una opinión a partir de su formación especializada.

Así, desde ese momento procesal era fácil avizorar lo siguiente: (i) la declaración de M.J.G.G. constituía el soporte principal de la acusación; (ii) como la niña fue interrogada en múltiples oportunidades, las partes pretendían hacer uso de esas versiones, según su contenido se ajustara a sus hipótesis fácticas; (iii) si la niña no estaba disponible para declarar en el juicio, su declaración –nunca se aclaró si todas o algunas de ellas- se incorporaría como prueba; (iv) en ese evento, la prueba pericial sería el único complemento

de la prueba de referencia, en los términos del artículo 381 de la Ley 906 de 2004; (v) de lo planteado por la Fiscalía se infiere que la información adicional a la prueba de referencia correspondería a la demostración del daño “psico-emocional” derivado del abuso sexual; y (vi) la defensa optó por presentar múltiples dictámenes sobre la inexistencia de ese daño psicológico.

Como ya se anotó, la niña M.J.G.G. fue llevada al juicio oral, donde negó que los hechos hubieran ocurrido. Como se impidió cualquier posibilidad de interrogarla sobre sus versiones anteriores, las mismas fueron introducidas como prueba, que necesariamente debe catalogarse como de referencia, según se indicó en el anterior numeral, lo que activó la prohibición consagrada en el referido artículo 381.

Sobre la prueba complementaria a la de referencia, cabe resaltar que la Fiscalía al parecer dio por sentado que con el testimonio del psicólogo Fernando Grueso podría incorporar la información que permitiera superar la prohibición prevista en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004. Con el propósito de demostrar que ese propósito no se cumplió, la Sala analizará cada uno de los temas tratados con dicho profesional.

1. El contenido de la declaración rendida por la niña M.J.G.G.

La entrevista fue registrada en audio, que fue incorporado como “complemento del dictamen”. En esa grabación se escuchan las descripciones del psicólogo y la Defensora de Familia del lenguaje no verbal de la niña, de lo que da cuenta la transcripción realizada en precedencia.

Desde esta perspectiva, el testimonio del perito no suministró datos adicionales relevantes, porque, en esencia, se limitó a reiterar la información de que da cuenta el citado documento.

Ello bajo el entendido de que la descripción del contenido de la declaración y del comportamiento de la testigo durante la misma, no pueden tomarse como prueba adicional a la de referencia, tal y como se explicó en los numerales 6.3.8 y 6.3.10, salvo, según se indicó allí, que un experto pueda hallar en esos aspectos (el contenido de la declaración y/o el comportamiento del testigo) síntomas de un trauma o de un aspecto semejante, que amerite la emisión de una opinión en los términos analizados en el numeral 6.2.

2. Las opiniones que desbordan el conocimiento especializado del testigo

Durante el interrogatorio directo la Fiscalía le pidió al psicólogo Fernando Grueso opiniones sobre algunos aspectos de la declaración de la menor, que no tienen relación con los conocimientos especializados. Ello dio lugar a que el experto expresara su interpretación del contenido de la declaración de la niña sobre las vestimentas de quien se acercó esa noche a su cuarto, lo que fue analizado en los párrafos anteriores. En la misma línea, la Fiscalía le preguntó si, en su opinión, la niña era vulnerable, a lo que este respondió: “sí, ella dijo que la puerta permanecía abierta, los niños en sí son vulnerables”. Igualmente, le preguntó sobre la veracidad del relato de M.J.G.G., lo que propició la siguiente respuesta: “bueno, no estaba apuntando a veracidad porque ello le corresponderá a en su momento a la señora Juez (...) cada niño es particular (...)”.

Para la Sala es claro que este tipo de actuaciones: (i) afecta la celeridad del trámite, porque se dedica el tiempo judicial a que los declarantes realicen análisis o emitan opiniones que están reservados al Juez; (ii) pueden generar confusión, en la medida en que se asuma que cualquier comentario que realice la persona convocada como experta hace parte de la opinión calificada; tal y como sucedió con el comentario sobre la vulnerabilidad de la niña porque la puerta estaba abierta; y (iii) puede dar lugar a que se emitan opiniones sin que se

haya agotado el debido proceso, esto es, sin que se hubiera realizado el descubrimiento atinente a la prueba pericial, se haya explicado la pertinencia de esa particular opinión; etcétera.

3. La afectación “psico-emocional” que sufrió la niña M.J.G.G.

Según se indicó, en la audiencia preparatoria la Fiscalía explicó que el psicólogo Fernando Grueso se referiría al contenido de la declaración de la niña y, además, emitiría su opinión sobre la afectación psicológica que esta sufrió a raíz de estos hechos.

En cuanto a la formación del perito, se estableció que obtuvo el título de psicólogo en el año 2004 y que realizó una especialización en cultura de paz y derecho internacional humanitario. Se precisó, además, que participó en varios cursos ofrecidos por la Embajada de los Estados Unidos y que había laborado durante varios años al servicio de la Fiscalía General de la Nación, en el cargo de “investigador criminalístico II” y que, como psicólogo del Centro de Atención a Víctimas de Abuso Sexual (CAIVAS) y de la dependencia que asume la intervención integral en materia de violencia intrafamiliar (CAVIF) le había correspondido realizar las “entrevistas psicológicas”, que para esa fecha sumaban más de 650.

Sobre la supuesta afectación psicológica, el interrogatorio transcurrió de la siguiente manera:

Pregunta: ¿En qué consisten las entrevistas psicológicas?

Respuesta: Como su nombre lo indica, es una conversación que se tiene con otro con el fin de obtener información especialmente relacionada con su comportamiento, parte evolutiva y demás circunstancias que se obtienen con ese intercambio comunicacional.

(...)

Pregunta: ¿En esa entrevista que usted realizó, actuó como entrevistador directamente?

Respuesta: Como psicólogo investigador del C.T.I. realicé la entrevista de que estoy dando cuenta (...) por mi profesión, manifestaría que soy testigo experto.

Cuando se le preguntó por el nivel de desarrollo de la niña, sus reacciones y sus emociones, respondió:

La niña tiene buena capacidad cognitiva y narrativa, muy fluida (...) cuando ingresa y comienza a hacer sumas y otras tareas, una niña muy tranquila, con una verbalización muy fluida. Cuando ya llega el momento del abordaje de los presuntos hechos ya es un lenguaje menos, cómo diría, espontánea, es más pausada, y emocionalmente hay ciertas contradicciones en lo que expresa frente a quien ella expresa al parecer fue, porque ella dice que cree que fue DIEGO el que hizo lo que manifestó (...) y luego dice que un señor no le debe hacer eso a una niña, que ella lo quiere, reiteró en tres o cuatro veces que ella lo quiere y que él hizo eso sin culpa.

Este aspecto fue reiterado durante el interrogatorio, así:

Pregunta: ¿Nos puede decir si de esos relatos surgieron algunos sentimientos de la niña?

Respuesta: Sí, como le digo, uno observa el cambio no verbal expresivo de la entrevistada y en estos casos en particular, eh, ya al referirse a un hecho puntual y eso de todas maneras surge espontáneo de la niña, para lo cual, eh, con todo respeto solicito que el audio fuera escuchado (...).

Pregunta: ¿Cuál sería la razón de escucharlo para mayor entendimiento de su testimonio?
¿Por qué razón se requiere escuchar ese audio?

Respuesta: Porque allí consta que es una narración a partir de la niña, que ella cuenta, expone y que, pues obviamente, es una, hay una cronología, una secuencia, una dinámica narrativa (...) una cosa es que yo transmita y otra que se escuche de viva voz lo que la niña realmente expresa.

(...)

Pregunta: ¿Cómo observó a la niña, estaba tranquila, estaba nerviosa, cómo la observó doctor?

Respuesta: Como le decía, en todo el proceso de empatía y simpatía es una niña muy tranquila, muy ubicada (...) muy rápida al ejercer tareas (...) cuando se aborda el tema de la entrevista sí se observan unos cambios en esa dinámica, en cierto momento tiene cierta aversión a querer hablar del tema, lo menciona, cuando menciona el tema excusa a quien presuntamente realizó el hecho, cosa que no era objeto de la entrevista en ese momento, no se le estaba preguntando si la persona era de alguna manera buena, surge de la misma niña.

(...)

Pregunta: Como testigo experto, ¿encontró alguna manipulación en la menor?

Respuesta: A partir del relato no se evidenció ninguna de esas circunstancias que usted pregunta.

(...)

Pregunta: ¿Cómo observó a la niña?

Respuesta: Por tercera vez (...) la narración en sí es menos fluida que cuando está hablando de temas diferentes, es más pausada y remite a una excusa.

En la parte final del interrogatorio, la Juez trató de esclarecer este tema. Con esa evidente finalidad preguntó:

Cuando, de lo que nos ha informado el día de hoy (...), mi inquietud se orienta a que usted diga en la audiencia, cuando en algunos apartes de la entrevista la menor refirió, luego de haber hecho la narración que hizo, que quiere mucho a cierta persona, que no tuvo la culpa, ¿cómo interpreta usted en el cambio de la psicología esa manifestación que hizo la menor?

Respuesta: Lo que se evidencia es que hay una alta carga afectiva de la niña hacia la persona que ella refiere en su narración, y sin embargo hace la diferenciación, “un señor no debe hacer eso porque eso no se le hace a una niña, pero él es bueno, pero yo lo quiero y fue sin culpa”, entonces hace esas excusas la misma niña, muy espontáneamente.

Frente a este panorama, la Sala debe resaltar lo siguiente: (i) a pesar de las repetidas preguntas de la Fiscalía, el testigo se limitó a describir varios aspectos de la declaración de la niña, que no desbordan el contenido de la entrevista; (ii) referir que la entrevistada alternaba la alusión a los hechos con expresiones de afecto hacia el procesado no le aporta nada nuevo al juzgador, porque para ello resulta suficiente escuchar el contenido del audio incorporado como prueba o leer su transliteración; (iii) en el mismo sentido, decir que la niña hizo palmario su afecto hacia su padrastro no le aporta nada nuevo al proceso, porque ello emerge del contenido literal de la declaración; (iv) el perito no emitió ninguna opinión sobre el significado de esos datos ni, obviamente, expresó algún fundamento “técnico-científico”, que le brindara insumos adicionales a los juzgadores para decidir sobre la responsabilidad penal; y (v) incluso si se aceptara, para la discusión, que mencionó alguna afectación psicológica, es evidente la ausencia de explicaciones sobre las características de la misma, su relación con los hechos materia de investigación, los fundamentos “técnico-científicos” de esa aseveración y, en general, los requisitos básicos de un dictamen pericial, analizados en el numeral 6.2.

La ausencia de una “opinión experta” sobre este tema se refleja, además, en los planteamientos de la Fiscalía cuando, durante el contrainterrogatorio, se opuso a la pregunta que formuló la defensa sobre los aspectos de la psicología que fueron aplicados en este caso. El siguiente apartado del interrogatorio cruzado pone en evidencia que la delegada del ente acusador no tenía plena consciencia de los requisitos legales para la práctica de la prueba pericial, pues no solo eludió abordar en el interrogatorio directo los temas previstos en el artículo 417 de la Ley 906, sino que, además, quiso impedir que ese aspecto fuera ventilado por su antagonista:

Pregunta: ¿Podría explicarnos qué métodos o estrategias propios de la psicología se utilizan en una entrevista psicológica?

Oposición: La Fiscalía objeta la pregunta del abogado defensor, sustentada en el sentido de que el testigo que se ha presentado en este juicio es un testigo experto, razón por la cual se solicita que no se le indague al testigo por tópicos que no se han tocado.

Finalmente, la Juez desestimó la pretensión de la Fiscalía, lo que dio lugar a que el perito explicará lo siguiente:

Quiero hacer una claridad, que he hecho referencia a una entrevista paso a paso, fue el protocolo que consta en el audio y por error en el documento consta como entrevista psicológica (...) que va más encaminada a explorar aspectos clínicos, cierto, de la psicología, pero consta en el audio y de él estamos basándonos, que fue esa la entrevista que hice.

¿Qué criterios de la psicología? Obviamente observación, escucha, estar atento a los comportamientos verbales, no verbales, a tener en cuenta la etapa de desarrollo del entrevistado, sus capacidades de memoria y todos los aspectos generales que tiene un niño o una niña que está frente a un psicólogo, que son los elementos de la técnica de la psicología que se tienen en cuenta a efectos de elaborar un informe.

(...)

Pregunta: ¿Realizó evaluación mental?

Respuesta: Evaluación psicológica general al momento de la entrevista: motricidad, hilaridad⁴⁹, coherencia, concreción, y este protocolo permite evaluar la capacidad de este testigo o esta testigo, para entrar a evaluar (...) la narración de unos hechos, y entonces esos pasos los seguí.

Pregunta: por su experiencia, ¿basta una sola conversación o una entrevista con una menor de edad para evaluar para funciones complejas como el lenguaje o la capacidad de narración?

Respuesta: Para el evento que estaba haciendo, que era una entrevista, eh, esa valoración inicial me permitió que pudiera avanzar en continuar la entrevista, pero, obviamente que si se requieren aplicar pruebas o hacer otras cantidades de cosas es pertinente, pero la niña con los elementos que me permitió (...) me dio paso a que pudiera continuar la entrevista y efectivamente culminó sin tropiezos y atropellos.

Fácilmente se advierte que el testigo Fernando Grueso descarta que haya realizado una entrevista orientada a detectar la supuesta afectación psicológica, acepta que para tales efectos se requería una mayor interacción con la menor y, al referirse a los procedimientos utilizados, omite cualquier explicación sobre los fundamentos técnico científicos a partir de los cuales pudiera concluirse que el daño alegado por la Fiscalía realmente ocurrió.

4. La opinión sobre el origen de la declaración de la menor

Si se tuviera en cuenta lo alegado por las partes en la audiencia preparatoria sobre la pertinencia de la prueba pericial, y lo resuelto por la Juez sobre el particular, sería claro que el perito Fernando Grueso se limitó a hacer descripciones sobre el contenido de la declaración, que no van más allá de lo que puede escucharse en el audio, al punto que él mismo aclaró que era mejor reproducir ese documento que escuchar su relato sobre el particular.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la Fiscalía le pidió al perito que emitiera su opinión sobre el origen de la declaración, concretamente, si se trataba de algo imaginario o de una vivencia. Ello desencadenó un largo interrogatorio, que paulatinamente se orientó a establecer si lo expuesto por la menor correspondía a un sueño o a una experiencia real.

Cuando al experto se le indagó si la narración que hizo la menor podía ser producto de un sueño, contestó que ello sería difícil en atención a los elementos que la niña incluye en su relato, porque “los sueños siempre tienen unos vacíos” y unas “variedades”, además que los niños suelen soñar con situaciones cómodas, mas no con conductas sexuales. Cuando la Fiscalía le preguntó si se podría descartar lo atinente al sueño, concluyó que sí. Sobre la base técnico científica de esta opinión, resaltó que para ese rango de edad -6 años- “investigaciones desde el psicoanálisis” dan cuenta de que los sueños de los niños no tienen un contenido tan sexual, pues suelen consistir en viajes, cosas de familia, etcétera. Se refirió, además, al estado de consciencia que puede existir durante los sueños y que los mismos pueden referirse a cosas que están sucediendo. Agregó que estos sueños “tan eróticos” suceden cuando los menores están siendo víctimas de abuso sexual.

Luego de reproducir la entrevista de la niña, la Fiscalía formuló las siguientes preguntas:

Pregunta: ¿De acuerdo al relato donde la niña se refiere a un fantasma, puede decirnos si de acuerdo con ese relato es posible que fuera un fantasma?

Respuesta: De acuerdo a la concreción y cronología de la niña, no considero que se

estuviera refiriendo a un fantasma.

Pregunta: ¿Cómo describe usted lo que la niña verbaliza?

Respuesta: Como una narración de unos episodios que entredormida la niña vivenció y los guardó y los recuperó a partir de la técnica de entrevista.

Pregunta: ¿Es posible que esto haya sido ocasionado desde la imaginación?

Respuesta: Teniendo en cuenta la estructura narrativa, es consistente con una vivencia, no con una imaginación.

Aunque en la audiencia preparatoria se expuso que este perito, además de referirse a las circunstancias que rodearon la entrevista de M.J.G.G., haría alusión a la afectación “psico-emocional” que esta sufrió a raíz de estos hechos, buena parte del interrogatorio, se itera, se orientó a obtener su opinión sobre el origen de la versión de la niña, concretamente si se trató de un sueño o de una vivencia. En un interrogatorio caracterizado por la vaguedad y las imprecisiones, al perito se le pidió que ilustrara sobre las teorías que soportan su conclusión y dijo:

Así, en resumen, desde el psicoanálisis se abordan tres enfoques de contenidos de sueños y entre ellos están los infantiles (...), generalmente están más asociados a comodidad o bienestar (...), deseos, comida, de alimentos, de paseo, de familia, y ya en los adultos hay más cargas, ya del deseo que tiene que ver con los instintos o pulsiones de orden sexual, estas ya llevan unas elaboraciones más complejas y más difusas incluso para su interpretación, los primeros, es decir, los infantiles, son muy asociados a lo que pasa en el día, o está muy cercano a la cotidianidad, ya lo de los adultos son elaboraciones más de tiempos, de recuerdos en la memoria, de deseos y cosas que complejizan más esa interpretación. Entonces, al ser más sencillos estos sueños de niños por tratarse de estas asociaciones con la vida cotidiana no tienen tanta carga sexuada como lo tienen en los

adultos.

El interrogatorio de la Fiscalía continuó de la siguiente manera:

Pregunta: ¿lo onírico viene a ser lo mismo que los sueños?

Respuesta: Bueno, es como lo que yo recuerdo de lo que yo sueño, es decir, hay unas (sic) componentes en el sueño y ya como esa revelación que hago yo de que soñé con la papaya o la manzana, mi papá me llevaba al paseo (...), eso a lo que se refieren a lo onírico.

Pregunta: ¿Un hecho onírico puede ser amplio, con detalles, como en el caso que hoy nos ocupa, el cual se hace una descripción por parte de la niña con las manitas así batiendo chocolate y de otros detalles más en el cual le pusiera las manos de la niña en un miembro viril de un hombre (sic)?

Respuesta: Le reitero que pueden ser amplios y bastante detallados pero sin tanta carga sexual y característica (sic) como la niña lo refiere.

Pregunta: Luego entonces, ¿si hay unos hechos oníricos, en los cuales se tiene tanta carga sexual, o sea que hay partes sexuadas, no es posible catalogarse como sueños?

Respuesta: No, es posible, solo que en los historiales clínicos a partir tanto de entrevistas, yo he tenido la oportunidad de atender clínicamente también, pero a partir de la literatura, de los referentes que uno tiene, se da en casos de niños o niñas con abuso sexual recurrente.

Pregunta: Cuando la niña refirió: “pero era una persona como un fantasma”, ¿la situación de pensar indica que hay consciencia?

Respuesta: En la niña, obviamente, yo ya lo había expresado, hay consciencia, porque la niña está en un proceso natural de descanso, de pausa, y en eso percibe algunas cosas,

comienza a despertar, a abrir sus ojos, y es cuando le permite, de acuerdo a su madurez que tiene evolutiva (sic) que está pasando algo y luego lo describe, porque ella describe, lo que no describe por ser de noche es una cara, pero describe un cuerpo, unas partes de un cuerpo y unas acciones con un cuerpo.

Pregunta: Cuando se ha mencionado el término “entredormida”, ¿indica que hay consciencia por parte de la persona?

Respuesta: Claro

Pregunta: Luego, es factible de que (sic) el hecho narrado por ella, eh, lo haya vivido, ¿verdad?

Respuesta: Sí.

Pregunta: Usted mencionó que el hecho de pensar conlleva consciencia, ¿verdad?

Respuesta: Sí

Pregunta: También mencionó que los dichos de la niña traían consigo mucha carga sexual para la edad de seis años (...) o sea, una información de hechos sexuales para conocimiento de una niña de seis años.

Respuesta: tratando de sueños, sí señora.

Pregunta: de acuerdo con la información que usted nos da y de lo que hemos escuchado como experto y que ha hablado de la parte de sueños (...) y el concepto de onírico, y más aun ubicándonos en lo que ha sucedido con la niña, porque se trata precisamente de dilucidar esa situación, es si mientras la niña estaba entredormida, como ha referido, y, eh, en el momento en que ella abre sus ojitos, ella dice que vio como un fantasma, ¿se puede decir que es ahí donde ella se haya confundido, y en vez de utilizar ese término, pudo haber

utilizado un nombre específico?

Respuesta: veo muy compleja la pregunta, no comprendo muy bien.

Pregunta: ¿Es posible cuando la niña duerme y se despierta, existan unos segundos y que ahí se haya confundido al señor DIEGO con un fantasma?

Respuesta: Es posible.

Pregunta: Necesitamos que concrete la diferencia entre los conceptos de onírico y sueños.

Respuesta: Sueño es aquello que se recopila, como estamos hablando de este caso de la niña, de sus vivencias cotidianas, y onírico es aquello que ella puede recordar en su receso de descanso de lo que ha ocurrido y lo relata puntualmente.

Pregunta: ¿Es decir que lo onírico es algo que se ha vivido?

Respuesta: No necesariamente.

A continuación, la defensa indagó por lo siguiente durante el contrainterrogatorio.

Pregunta: ¿El psicoanálisis habla del deseo erótico de los niños, sí o no?

Respuesta: Sí.

Pregunta: ¿La consciencia es función del sueño o de la vigilia?

Respuesta: Está presente en el individuo siempre.

Pregunta: ¿Es posible que si la niña vio un programa de contenido sexual haya tenido un sueño con esos contenidos?

Respuesta: Es poco probable, por la edad, es la observación que hago en el documento.

Pregunta: ¿Pero si lo vio pudo haber soñado con lo mismo?

Respuesta: reproducirlo tan intacto, ahí si no es posible, porque el niño no es una grabadora, hay vacíos y en este sería difícil que lo haya reproducido.

La delegada del Ministerio Público le pidió al psicólogo que explicara lo siguiente:

Pregunta: ¿El estado de consciencia cuando se está entredormido o despierto, es diferente de acuerdo a la capacidad cognitiva?

Respuesta: Lo que pasa es que el estado de vigilia, que en ocasiones confundimos con no consciencia cuando estamos dormidos, en la vigilia lo que se está es analizando, observando y haciendo una cantidad de análisis y de procesamientos de informaciones y en la vigilia, siguiendo funcionando el sistema nervioso, hay una consciencia, pero ahí lo que no hay es esa capacidad de racionalización que se tiene en los estados de vigilia.

Pregunta: Usted comentaba, de acuerdo a la literatura y su experiencia, que no es posible que se presenten sueños de contenido tan sexuado en niños de seis años. ¿Puede referirnos algunas fuentes de literatura que usted conozca o tenga aquí presentes?

Respuesta: Eh, sí, no sé si se me permite, aquí tengo el libro de La Interpretación de los Sueños y hay una parte donde se narra un sueño de una niña de seis años y se hace una mínima conclusión. No sé si se me permite...

Pregunta: Por favor refiere la fuente.

Respuesta: Eh, La Interpretación de Los Sueños de Sigmund Freud (...) página 29.

Pregunta: Cuando se refiere a que una persona debe estar en un estado entredormido,

¿usted podría definir en términos porcentuales si se está más dormido que despierto y en qué porcentaje?

Respuesta: No, ese dato estadístico no me atrevo a referirlo.

Sobre este componente de la declaración del psicólogo Fernando Grueso, la Sala debe resaltar lo siguiente:

Si la Fiscalía pretendía presentar como prueba un dictamen orientado a establecer el origen de la declaración, a la luz de técnicas como el SVA y el CBCA (CSJSP, 9 Mayo 2018, Rad. 47423), debía asumir las cargas inherentes a la prueba pericial, analizadas en el numeral 6.2, entre las que se destacan el descubrimiento oportuno, la solicitud y consecuente explicación de pertinencia, la realización de un interrogatorio en los términos del artículo 417 de la Ley 906 de 2004, etcétera.

Si este procedimiento no se agota, la parte contra la que se aduce el dictamen no podrá conocer oportunamente la base de la opinión pericial, ni tendrá noticia de que se presentará un concepto en ese sentido, lo que, por razones obvias, conspira contra la posibilidad de ejercer adecuadamente la confrontación y la contradicción.

En este caso, ni en el informe pericial descubierto por la Fiscalía, ni en los alegatos que presentó este sujeto procesal en la audiencia preparatoria, se hizo alusión a un estudio orientado a establecer este aspecto. Esta temática se ventiló, sin más, en el juicio oral, con claro desapego de las normas que regulan este medio de prueba.

Pero incluso si, para la discusión, se hiciera caso omiso de las anteriores irregularidades, es evidente que durante el interrogatorio al perito no se siguió el derrotero previsto en el artículo 417 de la Ley 906 de 2004, toda vez que: (i) no se estableció cuál es la formación específica del experto en la temática objeto de opinión, esto es, lo atinente a los sueños en niños de la edad de M.J.G.G; (ii) tampoco se precisó cuál es su experiencia en esta área del

conocimiento, pues se limitó a decir que trabajaba desde hacía varios años con la Fiscalía, que había realizado más de 650 entrevistas, pero no explicó si antes se había enfrentado por lo menos a una situación semejante a la que se analiza en este caso; (iii) la Fiscalía no indagó por la base “técnico-científica” del dictamen; (iv) el perito hizo alusiones genéricas a la “literatura”, a “estudios” y a su “experiencia”, pero no precisó nada sobre el particular; (v) fue en la parte final del interrogatorio, cuando la delegada del Ministerio Público le pidió que mencionara por lo menos una fuente, que el experto mencionó la obra La interpretación de los Sueños, de Sigmund Freud; (vi) incluso en ese contexto, el perito se limitó a decir que en esa obra, en la página 29, se analiza el sueño de una niña de seis años, con lo que insinuó que lo allí narrado se asemeja, en algo, al caso objeto de estudio; (vii) el perito no explicó, entre otras cosas porque nadie se lo preguntó, en qué sentido esa reconocida obra, escrita hace alrededor de un siglo, da cuenta de la postura más reciente y aceptada de la psicología, en el área específica de la interpretación de los sueños; (viii) también se echan de menos las explicaciones que permitan entender por qué lo expuesto hace más de un siglo sobre los sueños de una niña, resulta aplicable al caso de un menor que vive en un entorno socio cultural sustancialmente diferente, ni se hizo alusión a las posturas más recientes sobre la materia, como si la psicología hubiera permanecido estática durante más de cien años, lo que resulta difícil de creer; (ix) tampoco precisó si su opinión se basa en técnicas de “orientación, de probabilidad o de certeza”; y (x) el perito eludió explicar lo que planteó la defensa en torno al impacto que los medios de comunicación (y la internet) puede tener en los sueños de niños; etcétera.

Lo anterior adquiere mayor relevancia si se tiene en cuenta que la opinión se emitió en un área del conocimiento que: (i) no corresponde a expresiones de la ciencia que hagan parte del acervo de conocimiento de la comunidad, a manera de máximas de la experiencia; (ii) no ha sido objeto de estandarización, de tal manera que pueda confiarse en que si se siguen ciertos protocolos se llegue a un resultado confiable; (iii) no puede afirmarse, entre otras cosas porque nada de ello se aclaró en el proceso, que se trate de un área de la psicología

en la que se haya llegado a consensos, ni mucho menos que los mismos sean ampliamente conocidos en el ámbito judicial; (iv) por ello, era especialmente importante que el perito explicara los fundamentos de sus conclusiones, en orden a que los juzgadores contaran con un insumo adicional para decidir sobre la responsabilidad penal del procesado, tal y como se explicó en el numeral 6.2.2.

Debe aclararse que en otras oportunidades (CSJSP, 09 Mayo 2018, Rad. 47423; CSJSP, 23 Mayo 2018, Rad. 42631; CSJSP, 09 Mayo 2018, Rad. 50958, entre otras), con estos mismos criterios, la Sala ha desestimado “dictámenes periciales” presentados por la Fiscalía y la defensa, bajo la idea de que solo son admisibles las opiniones de los expertos que realmente le aporten información al juez para decidir sobre la responsabilidad penal, para lo que resulta imperioso sujetarse a las normas que regulan este de medio de prueba.

Finalmente, debe resaltarse que en este caso pudo ser importante la práctica de un verdadero dictamen sobre el origen de la declaración de M.J.G.G, porque esta, en repetidas ocasiones, y no solo frente a los expertos que realizaron las valoraciones a instancias de la defensa, hizo alusión a que se trató de un sueño. Según se indica más adelante, así se lo manifestó a la defensora de familia Villamizar Zambrano y al psiquiatra Andrés Peláez Maya, quien, con notoria objetividad, resaltó que con la aplicación de técnicas psicológicas adecuadas pudo haberse establecido si ese comentario reiterado de la menor podía corresponder a un mecanismo de defensa.

Así, es evidente que los juzgadores abordaron con rigor los dictámenes emitidos por los peritos de la defensa, aunque se echa de menos un análisis más centrado en la evidente falta de explicación de las bases fáctica y “técnico-científica” de esas opiniones sobre la ausencia de daño psicológico asociado al abuso sexual. Ello se hizo evidente, por ejemplo, en el dictamen rendido por el perito Óscar Díaz Beltrán, quien dio a entender que del dibujo realizado por la niña (un árbol café y verde, con frutos de color rojo -folio 112-) se deduce la ausencia de afectación psicológica asociada a abuso sexual, pero no explicó cuál es la base

“técnico-científica” de esa declaración, lo que, sin duda, no puede suplirse con el conocimiento promedio de una persona en nuestro entorno social.

Sin embargo, ese rigor se desvaneció totalmente cuando abordaron el dictamen propuesto por la Fiscalía, pues, de un lado, la Juez al parecer dio por sentado que el psicólogo se pronunció sobre la afectación psicológica de la menor, aunque, a renglón seguido, se refirió a la ausencia de síntomas de abuso sexual, como se resaltó en el numeral 6.5.1, a pesar de la inexistencia de un dictamen sobre ese aspecto, tal y como se explicó en el apartado 6.5.2.2.3. Por su parte el Tribunal, según la postura mayoritaria, asumió acríticamente la conclusión sobre el origen de la declaración (una vivencia y no un sueño), a pesar de las falencias analizadas en los párrafos precedentes.

Además, debe resaltarse que el fallador de segundo grado resaltó que el perito Fernando Grueso tiene la calidad de testigo directo, pero no aclaró cuáles fueron los hechos o datos que pudo percibir en los términos del artículo 402 de la Ley 906 de 2004, ni hizo las aclaraciones analizadas en los apartados 6.2.3, 6.3.6, 6.3.8 y 6.3.10, esto es, no precisó si lo era de un hecho jurídicamente o de un hecho indicador a partir del cual pudiera inferirse un hecho que encaje en la respectiva descripción normativa. Ahora bien, si el Tribunal, como parece inferirse de su disertación, se refiere a que el psicólogo es “testigo directo” de la declaración, debe tenerse en cuenta que ello no constituye prueba adicional a la de referencia, salvo, según se aclaró, que el experto advierta que el relato y/o el comportamiento del menor constituyen síntomas de trauma o afectación psicológica, evento en el cual la parte debe procurar la práctica de un dictamen sobre ese punto en particular, con apego al debido proceso. Para mayor ilustración, cabe resaltar lo que se dijo en el fallo de segunda instancia:

[l]a Sala mayoritaria se permite resaltar lo trascendental que fue el testimonio del psicólogo del CTI Fernando Grueso, quien practicó la primera valoración a la víctima conforme a la guía vigente según las directrices trazadas por la Fiscalía General de la Nación para abordar

casos de niños presuntamente abusados sexualmente; ejercicio que desarrolló en tiempo reciente vista la fecha de ocurrencia de los hechos a través de la técnica “entrevista paso a paso”, obteniendo un relato responsivo y coherente que logró percibir, era fruto de una experiencia vivida por ella, quien de su contenido resaltó la identidad del autor, su padrastro, hoy acusado.

De allí que no deje de destacarse su calidad de testigo directo de los hechos, los cuales percibió a través de sus sentidos en razón de la actividad valorativa que desde su conocimiento y experiencia profesional practicó a M.J.G.G, aprovechando al máximo su capacidad de rememoración al punto que logró en ella que representara con las ayudas didácticas y absoluta espontaneidad, lo que a su edad no podía comprender se trataba de tocamientos libidinosos acompañado de un acto propio de masturbación; todo lo cual se convirtió en el insumo base para emitir su opinión pericial.

3. La conjugación de los errores frente a la prueba testimonial y la prueba pericial

Según lo indicado en el numeral 6.5.2.2.3, los juzgadores no se percataron de que las versiones rendidas por la niña M.J.G.G. se incorporaron al juicio oral a título de prueba de referencia. Así, resultaba imperioso verificar, entre otras cosas, que la condena tuviera otros fundamentos probatorios, para cumplir el requisito previsto en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004.

Para tales efectos, la Fiscalía confió en que el testimonio del perito Fernando Grueso aportaría la información complementaria, en los términos de la norma en mención, pero no tuvo en cuenta que: (i) su versión sobre la existencia y el contenido de la declaración rendida por M.J.G.G. por fuera del juicio oral solo constituye el vehículo para llevar a este escenario la prueba de referencia; (ii) cuando se refirió al comportamiento de la testigo de

cargo, no aportó nada adicional a lo que podía conocerse con la apreciación directa del documento –audio- contentivo de esa entrevista-; (iii) tampoco explicó por qué esos comportamientos de la testigo podrían tenerse como síntomas de algún trauma o afectación psicológica, en contravía de lo que había alegado la Fiscalía en la audiencia preparatoria; (iv) aunque en la preparatoria no se mencionó que el psicólogo rendiría un dictamen sobre el origen de la declaración, ni se hizo un descubrimiento probatorio acorde a esa temática, en la audiencia de juicio oral se le pidió una “opinión experta” sobre el particular; (vi) en ese contexto, el perito se limitó a exponer algunas conclusiones, carentes de explicaciones a la luz de los avances vigentes en esa específica área de la psicología.

De esa manera, solo podría hablarse de un posible dictamen, adicional a la demostración de la existencia y contenido de la entrevista rendida por la testigo por fuera del juicio oral, en lo que concierne al origen de la declaración (una vivencia o un sueño). Pero el mismo no podía ser valorado, porque: (i) no se descubrió, solicitó y practicó conforme el debido proceso, por lo que su valoración entraña un error de derecho, en la modalidad de falso juicio de legalidad; (ii) incluso si, para la discusión, se omitieran estas irregularidades, se tiene que los juzgadores asumieron acríticamente las conclusiones del experto, sin que se haya precisado cuál es el conocimiento “técnico-científico” que les sirve de soporte, lo que era especialmente relevante por lo expuesto en precedencia sobre el área del conocimiento aplicable, lo que constituye un evidente error de hecho, en la modalidad de falso raciocinio.

Por lo expuesto, para la Sala es claro que la condena se basó exclusivamente en prueba de referencia, lo que dio lugar a la violación indirecta de la ley sustancial, por error de derecho en la modalidad de falso juicio de convicción, en la medida en que se desatendió la prohibición expresa prevista en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004. Tal y como se indicó en el numeral 6.3.8, esta prohibición no puede tenerse como un asunto de poca monta, pues constituye uno de los principales desarrollos del derecho a la confrontación, erigido en garantía judicial mínima en varios tratados sobre derechos humanos suscritos por Colombia

y en el ordenamiento interno.

4. Las otras pruebas practicadas durante el juicio oral no aportaron nada relevante para la solución del caso

Las otras pruebas practicadas a instancias de la Fiscalía no aportaron información adicional a la prueba de referencia, en buena medida porque la mayoría de los testigos se refirieron a la existencia y contenido de las versiones rendidas por la niña por fuera del juicio oral. Además, se tocaron una serie de temas impertinentes, que contribuyeron a la dilación del trámite.

Se escuchó el relato de Luis José Guarín Mantilla, padre biológico de M.J.G.G. Dijo que: (i) la tía y la abuela de la niña le informaron sobre el abuso sexual; (ii) se trasladó de Cali a Bogotá para aclarar lo sucedido; (iii) la madre de M.J.G.G. solicitó medidas cautelares de orden policial para que el procesado no se les acercara –a ella y a la menor-; (iv) la progenitora solo llevó a la niña a los exámenes cuando “el caso había tomado suficiente fuerza”; (v) según le entendió al psicólogo de la Fiscalía, la niña ha sido “como trabajada”; (vi) le comentó a la jefe del procesado sobre la ocurrencia del abuso; (vii) explicó que Martha, la tía de la niña, no le siguió colaborando porque fue amenazada por el procesado; (viii) según le comentó Claudia –la madre de M.J.G.G.-, el procesado cometió el abuso para vengarse de ella; (ix) la abuela de la menor, a quien cataloga como una “excelente persona”, lo instó para que formulara la denuncia; (x) su relación con Claudia se terminó porque esta le fue infiel con el procesado, con quien luego entabló una relación marital; y (xi) Claudia le contó que le debe mucho dinero al procesado, lo que parece plantear como explicación de la actitud asumida por aquella en torno a la presente actuación penal.

En desarrollo de ese interrogatorio, la Fiscalía solicitó incorporar como “prueba sobreviniente” la grabación de una conversación telefónica que sostuvo el denunciante con

la señora Martha Grajales Calero, en la que es notoria la intención del procesado de dejar constancia de las supuestas amenazas que el procesado le hizo a la testigo para que no declarara en juicio. Sin una explicación atendible, la Juez admitió esa declaración, cuando era evidente que: (i) uno de los interlocutores –el padre biológico de la víctima- estaba declarando en el juicio oral, por lo que podía suministrar los datos que tuviera sobre el delito objeto de investigación; (ii) Martha Grajales estaba citada como testigo y, por tanto, podría referirse a las supuestas amenazas; (iii) si se requería impugnar la credibilidad de esta testigo, ello solo podía hacerse durante su interrogatorio, principalmente a través del ejercicio del contrainterrogatorio; y (iv) solo de resultar estrictamente necesario, se tenía la posibilidad de presentar los apartes pertinentes de esa conversación, a título de prueba de refutación, conforme lo analizado en el numeral 6.4.

Sin embargo, se presentó todo el contenido de esa grabación, donde incluso el denunciante reconoció que había llegado a un acuerdo para ventilar este caso ante los medios de comunicación en el evento de que el fallo no fuera condenatorio, además que hizo alusión a sus vínculos con políticos y militares, lo que le permitió lograr el cambio de fiscal y servirse de un funcionario de la SIJIN para investigar “la vida del procesado”. Más adelante se retomará el análisis de esta irregularidad.

Así, a este testimonio se destinaron alrededor de cuatro horas, cuando es evidente que tenía poca información sobre los hechos, precisamente porque se encontraba en otra ciudad cuando los mismos ocurrieron. Además, algunos datos que suministró no son producto de su conocimiento “personal y directo”, principalmente lo que atañe a las relaciones de María Claudia Calero y el procesado, y al hecho de que la menor “estaba siendo trabajada”. Nada de esto fue demostrado con los testigos que supuestamente hicieron esos comentarios.

María Claudia Grajales Calero declaró que en la mañana del cuatro de abril de 2009 su hija, M.J.G.G, le comentó que “alguien había ingresado a su cuarto y le había tocado sus partes íntimas”. Agregó que: (i) para ese entonces tenía algunos problemas con el procesado; (ii)

esa noche estaba durmiendo con su hija; (iii) el procesado llegó, supone que alicorado –pero no borracho-, pues acostumbraba reunirse con sus familiares los fines de semana y consumir algo de licor; (iv) en la madrugada la niña se fue para su cuarto; (v) aunque tiene “sueño ligero” esa noche no sintió ruidos compatibles con la presencia del procesado en el cuarto de la niña, (vi) le comentó a DIEGO lo que su hija le había contado, pero este se mostró ajeno a la situación; (vii) esa mañana la niña se sentó en las piernas de Diego, sin expresar ningún temor; (viii) el denunciante no le ha prestado el cuidado debido a su hija y en ocasiones la ha agredido verbalmente; (ix) esa mañana revisó la cama y las ropas de la niña en búsqueda de fluidos y no encontró nada; (x) llevó la niña a la institución que le recomendaron en Bienestar Familiar y la ha puesto a disposición de los “psicólogos de la defensa” para demostrar que estos hechos no ocurrieron; (xi) resalta que M.J.G.G. fue sometida aproximadamente a 10 valoraciones; y (xii) el denunciante la presionó para que fuera ante la Policía a pedir protección.

Por su parte, Martha Grajales Calero declaró lo siguiente: (i) su hermana Claudia la llamó para informarle que “algo” había ocurrido entre DIEGO y la niña; (ii) optó por informarle al padre biológico de la menor, para que interviniera en ese asunto; (iii) no puede asegurar que los hechos realmente hayan ocurrido; (iv) no recibió amenazas del procesado; (v) nunca le dijo a Guarín que el abuso había ocurrido, pues se limitó a decirle que “algo” había pasado; y (vi) se duele de que la niña haya sido sometida a tantas entrevistas y procedimientos.

Una vez escuchó la conversación grabada por el denunciante, aclaró: (i) para esa época su padre fue asesinado por un grupo subversivo, por lo que la familia estaba muy alterada; (iii) en ese contexto recibió la llamada del procesado, quien nunca la amenazó (iv) el contenido de la declaración confirma que incluso después de cinco años no se sabía si la niña había sido o no abusada; (iii) las medidas que tomaron para alejar a la niña del procesado solo se basaron en la posibilidad de que hubiera sucedido “algo”; (iv) cuando le mencionó al denunciante que tenía miedo, se referiría al temor natural de participar en estos procesos –para esa época se desempeñaba como fiscal-, miedo a “saber qué va a pasar”.

Luego, fue escuchado el testimonio de Beatriz Eugenia Naranjo. Dijo: (i) la niña llegó con su madre, su padre biológico y su abuela; (ii) la niña dijo que estaba durmiendo y sintió que “Diego le tocaba el cuerpo, le cogió la mano e hizo que con la misma le tocara el pene”, le frotaba el pene “hacia arriba y hacia abajo”, y al otro día le contó a su mamá; (iii) la niña estaba tranquila, nunca mencionó que se tratara de un sueño y, en su opinión, la menor no había sido objeto de presión.

Por su parte, Marisol Rendón Trujillo declaró lo siguiente: (i) le practicó reconocimiento médico legal a la menor; (ii) esta le contó que “DIEGO, el amigo de mi mamá, me tocó las piernas y con mis manos se sobaba el pipí”; (iii) la niña habló con fluidez, aunque dice no recordar sus gestos y movimientos; (iv) basada en el relato de la niña, el abuso sexual ocurrió; (v) no es normal que niñas de esa edad hagan ese tipo de relatos.

A continuación, se practicó el testimonio de la abogada Villamizar Zambrano, quien en calidad de defensora de familia tuvo conocimiento del proceso promovido por la madre de M.J.G.G. para establecer la cuota alimentaria y fijar el régimen de visitas. Cuando conoció la existencia del posible abuso sexual, dispuso la valoración psicológica de la menor y la realización de visitas socio-familiares. En ese contexto pudo establecer lo siguiente: (i) al indagar en el colegio donde estudiaba la menor, pudo verificar que esta no tuvo cambios comportamentales relevantes o disminución de su rendimiento académico; (ii) al indagarle a la niña sobre sus relaciones familiares, espontáneamente se refirió al abuso; dijo que “cuando yo estaba durmiendo yo creí que lo soñé y le conté a mi mamá y ella le contó a mi tía y Diego se fue para un hotel”; (iii) M.J.G.G. tenía un vínculo fuerte con su progenitora y una relación distante con su padre biológico; y (iv) la madre no la llevó a las valoraciones psicológicas que se dispusieron.

Luego, declaró el psiquiatra Andrés Peláez Maya. Como se advirtió en precedencia, aunque es evidente que la Fiscalía pretendía impugnar lo expuesto por el perito en torno al supuesto origen del relato de la M.J.G.G. (un sueño), lo que bien pudo agotar durante el

contrainterrogatorio en el evento de que la defensa persistiera en presentar este testigo como soporte de su teoría del caso, la delegada del ente acusador insistió en practicar el “interrogatorio directo”. El perito manifestó: (i) el dictamen fue solicitado por la Fiscalía; (ii) no observó en M.J.G.G. síntomas de que haya sido presionada por sus progenitores; (iii) la menor estaba tranquila; y (iv) sin presentar signos de alteración, dijo que había sido malinterpretada, porque lo que había contado era producto de un sueño y los demás asumieron que algo diferente.

Durante el “contrainterrogatorio” de la defensa, que realmente se orientó como un interrogatorio directo, resaltó que en el contenido de los sueños intervienen muchos factores, entre ellos lo presenciado por la persona. Agregó que, al despertar, se puede hacer relación entre las vivencias reales y los sueños.

Luego, al responder las preguntas de la juez, dijo que: (i) el proceso de recuperación de un evento traumático es largo y difícil; (ii) si se trata de olvidar o no hacer consciencia de lo vivido, es posible que el evento se supere transitoriamente, pero puede tener efectos negativos más adelante; (iii) los mecanismos de defensa buscan evitar el sufrimiento; (iv) es posible que como mecanismo de defensa un menor se refiera a una vivencia negativa como un sueño; y (iv) con técnicas psicológicas adecuadas podría establecerse si un menor trata de proteger al adulto con quien tiene vínculos afectivos.

Más adelante declaró la señora Matilde Calero, abuela de M.J.G.G., quien se mostró reacia a declarar en atención al vínculo del procesado y su hija. Finalmente, no aportó datos relevantes.

3. La demanda de casación y los alegatos de los no recurrentes

La impugnante planteó que los juzgadores no tuvieron en cuenta las diversas declaraciones

de la niña M.J.G.G, y, más puntualmente, lo que esta manifestó en el sentido de que los hechos narrados corresponden a un sueño y no a una vivencia. Esa postura no es de recibo, entre otras cosas porque: (i) no precisó cuáles fueron las versiones de la menor que fueron incorporadas como prueba; (ii) la defensa contribuyó a la falta de claridad sobre ese aspecto, bien porque no se opuso a la pretensión de la Fiscalía de ventilar en el juicio, sin mayores explicaciones, las diferentes versiones de la menor, y porque incurrió en las mismas imprecisiones cuando quiso hacer lo mismo con los relatos de M.J.G.G. que consideró útiles para sustentar su teoría del caso; (iii) plantea como una posibilidad que la versión de la menor corresponda a un sueño, pero no explicó el sustentó de esa aseveración, a lo que debe sumarse que durante el proceso no se aclaró ese aspecto, en ningún sentido, de tal manera que esa hipótesis no tiene el respaldo suficiente como para generar duda razonable (CSJSP, 12 Oct. 2016, Rad. 37175, entre otras); y (iv) así como la Fiscalía no presentó un verdadero dictamen, que aportara información atinente al origen de la declaración, los peritos que acudieron al proceso a instancias de la defensa no aportaron nada relevante, tal y como lo resaltaron los juzgadores y se explicó en los acápites anteriores.

El otro argumento, orientado a demostrar que los juzgadores cercenaron el testimonio de Luis José Guarín Mantilla y omitieron valorarlo en conjunto con los otros medios probatorios, es mucho más precario, básicamente porque: (i) el impugnante no explica la relación entre la animadversión del denunciante hacia el procesado y la supuesta manipulación de que fue objeto M.J.G.G, máxime si se tiene en cuenta que a lo largo del proceso la defensa hizo énfasis en las malas relaciones de la niña y su padre biológico; (ii) las personas que interactuaron con la menor no observaron evidencia de esa supuesta manipulación; (iii) la niña entregó su primera versión de los hechos -a su mamá- mucho antes de que el denunciante interviniera en este asunto; y (iv) si realmente hubiera sido manipulada para que faltara a la verdad para perjudicar a su padrastro, no tendría sentido que la menor, en varias ocasiones, se hubiera referido a “un fantasma” y a la posibilidad de que todo haya

sido producto de un sueño.

De otro lado, el delegado de la Fiscalía, la representante del Ministerio Público y el apoderado judicial de las víctimas centraron su atención en la credibilidad de la versión de la niña y en la poca trascendencia del testimonio del denunciante, sin sentar mientes en tres aspectos relevantes: (i) la forma como esa o esas versiones fueron incorporadas al juicio oral, que conduce inexorablemente a considerarla (s) como prueba de referencia; (ii) el hecho de que el perito Fernando Grueso, en estricto sentido, se limitó a describir el contenido de la declaración y el comportamiento de la testigo, lo que equivale a replicar lo que podía apreciarse en el documento contentivo de la entrevista; y (iii) la falta de acompañamiento de la prueba de referencia.

Por tanto, la Sala no casará el fallo, por los argumentos expuestos por la demandante, pero lo hará, de oficio, por las razones expuestas en los numerales anteriores. En consecuencia, absolverá a DIEGO ALFONSO CAMPO VIDAL, porque la condena en su contra no puede sustentarse exclusivamente en prueba de referencia.

6. Las manifestaciones del denunciante sobre su intención de ventilar el presente asunto ante los medios de comunicación

Llama la atención que la delegada de la Fiscalía haya optado por incorporar al juicio oral, de forma irregular por demás, lo que manifestó el denunciante sobre su intención de ventilar este asunto ante los medios de comunicación si los jueces no tomaban una decisión acorde a sus intereses.

La delegada de la Fiscalía debe ser consciente de que los jueces, con la autonomía e independencia prevista en la Constitución Política, deben dirigir los procesos y tomar las decisiones de su competencia con total apego al debido proceso, así, en ocasiones, esas

decisiones no sean del agrado de algunas personas o de algunos sectores de la sociedad.

Por su formación y el cargo que desempeña, también debe conocer que el proceso penal está sometido a unas reglas, cuyo acatamiento resulta vital para la preservación de la seguridad jurídica y otros bienes jurídicos relevantes desde la perspectiva constitucional. La determinación de los hechos en el proceso penal, a diferencia de otros ámbitos sociales, depende, entre otras cosas, de la forma como son obtenidas las pruebas, de la preservación de los derechos mínimos del procesado y de que se alcance el estándar de conocimiento previsto por el legislador, lo que, en conjunto, le garantiza a todos los ciudadanos, sin ninguna distinción, que solo serán sometidos a sanciones penales si se cumplen los requisitos consagrados, con antelación, en la Constitución y la ley.

Por las dinámicas sociales, propias de una democracia, es posible, y sucede a menudo, que los casos penales, resueltos en el marco de un sistema de garantías, sean ventilados en los medios de comunicación y que en esos contextos, por fuera de los límites que debe tener el Estado para afectar la libertad de los asociados, se llegue a conclusiones diversas, y que las mismas tengan un impacto social significativo, del que dan cuenta múltiples estudios académicos⁵⁰.

Ante esa realidad, es factible que el juez se vea expuesto a críticas, en ocasiones desbordadas, porque los casos no se resuelven como algunos sectores de la sociedad consideran que es lo adecuado. Así, no es extraño que en un programa de televisión se cuestione una absolución, sin sentar mientes en que la misma pudo ser producto de la materialización de las garantías debidas a todos los ciudadanos, y, pocos días después, se censure una retención injusta, que bien pudo deberse a que no se aplicaron correctamente esas salvaguardas. Esto sin perjuicio de la posibilidad de los errores judiciales y sin desconocer la necesidad de fortalecer la administración de justicia, que pueden ser divulgados por los medios de comunicación, como componente de los necesarios controles sociales a la actuación de los servidores públicos.

En todo caso, el Juez tiene el deber de dirigir los procesos y tomar las decisiones dentro del marco constitucional y legal, para preservar los derechos de los ciudadanos y mantener el justo equilibrio entre los intereses en juego, así ello, en ocasiones, le represente críticas molestas y, en ocasiones, injustas.

Ante ese panorama, resulta imperiosa la consolidación y el cabal entendimiento del sistema de enjuiciamiento criminal, para que se garanticen la seguridad jurídica, la racionalidad de las decisiones y el consecuente control de las mismas, de tal suerte que los casos no se resuelvan por los errores asociados al desconocimiento del ordenamiento jurídico, sino por las conclusiones que puedan sacarse luego de un verdadero ejercicio dialéctico. Ello, sumado al actuar probo del funcionario, que es presupuesto indispensable de un orden justo, son las armas con las que cuenta el servicio público de justicia para posicionarse en una sociedad que clama porque el mismo se preste con celeridad y eficacia.

Por tanto, la delegada de la Fiscalía debería tener claro que los fines más altos de la administración de justicia no se logran introduciendo al proceso mecanismos de presión a los jueces, que, además, acarrearán la destinación del tiempo judicial a temas totalmente impertinentes.

Lo que se espera de un fiscal, según lo ha reiterado la Corte, es que: (i) establezca con precisión las hipótesis de hechos jurídicamente relevantes; (ii) diseñe y dirija el programa metodológico que permita acopiar la información necesaria para verificarla, lo que incluye la constatación de que las actuaciones realizadas para tales efectos se ajustan al ordenamiento jurídico; (iii) decida, según los presupuestos legales, si existe mérito para imputar y acusar; (iv) agote los trámites legales para la solicitud, incorporación y práctica de las pruebas; (v) presente los respectivos alegatos; en fin, que cumpla las funciones que le asignan la Constitución y la ley (CSJSP, 08 Mayo 2017, Rad. 44599; CSJSP, 23 Nov. 2017, Rad. 45899; entre muchas otras).

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

RESUELVE

Primero: No casar el fallo impugnado, por las razones expuestas por la demandante.

Segundo: Casar, de oficio, el fallo impugnado.

Tercero: Absolver a DIEGO ALFONSO CAMPO VIDAL, por el delito de acto sexual abusivo con menor de 14 años, previsto en el artículo 209 del Código Penal, agravado por la circunstancia prevista en el artículo 211, numeral 2º, ídem, por las razones expuestas en la parte motiva.

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

Contra la presente decisión no proceden recursos.

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

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 A estas técnicas se refirió la Sala en la decisión CSJSP, 09 Mayo 2018, Rad. 47423.

2 Negrillas fuera del texto original.

3 En lo demás son sustancialmente diferentes, principalmente porque las máximas de la experiencia son inferidas de la observación de fenómenos cotidianos, lo que implica su aceptación generalizada en un determinado ámbito socio cultural, mientras que las otras reglas tienen origen científico, en cuando son producto de estudios en el ámbito de disciplinas especializadas, lo que justifica, precisamente, que el perito deba comparecer al juicio oral a hacer las respectivas explicaciones.

4 CSJ AP6371, 27 Sep. 2017, rad. 46540.

5 Ibídem.

6 Ibídem.

7 Ibídem.

8 CSJ SP, 10 abr. 2003, rad. 16485.

9 CSJ AP, 5 Sep. 2013, rad. 36411.

- 10 CSJ AP8169, 29 Nov. 2017, rad. 46710.
- 11 CSJ SP, 6 mar. 2013, rad. 39559.
- 12 Popper, Karl R., 'Ciencia, problemas, objetivos, responsabilidades', conferencia de 17 de abril de 1963, en Popper, Karl R., El mito del marco común. En defensa de la ciencia y la racionalidad, Paidós, Barcelona, 2005, p. 123.
- 13 Ibídem.
- 14 Ibídem.
- 15 A diferencia del denominado testigo técnico, el perito percibe estos aspectos en el ejercicio de su rol.
- 16 Negrillas fuera del texto original.
- 17 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.
- 18 Chiesa A. Ernesto, Tratado de Derecho Probatorio. Luigi Abraham Ed., 2005. Pág. 495 y siguientes
- 19 En cada caso debe resolverse sobre la admisibilidad de la prueba de referencia, según las reglas analizadas a lo largo del numeral 6.3.
- 20 El tema es menos complejo cuando se pretende obtener la opinión sobre la información que ya ha sido recopilada, como cuando se utiliza la entrevista rendida por el menor de edad.

21 A pesar de que varios componentes del derecho a la confrontación ya habían sido desarrollados en los artículos 8 y 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, respectivamente.

22 Es el caso de lo establecido en la Ley 1098 de 2006 sobre interrogatorio a testigos y víctimas menores de edad.

23 En contraposición al objeto de prueba como categoría objetiva y abstracta. En adelante, cuando se haga alusión a las declaraciones como objeto de prueba, ha de entenderse como aspecto específico del tema de prueba.

24 Entre otros, el Tribunal Constitucional Español en varios pronunciamientos ha recalcado el trato preferente y cuidadoso que debe brindarse a los menores de edad víctimas de delitos sexuales, como se indicará con mayor profundidad más adelante.

25 Artículo 1º. Adiciónese el artículo 275 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, con el siguiente párrafo: También se entenderá por material probatorio la entrevista forense realizada a niños, niñas y/o adolescentes víctimas de los delitos descritos en el artículo 206A de este mismo código.

Artículo 2º. Adiciónese un artículo nuevo a la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, numerado 206A, el cual quedará así: Artículo 206A. Entrevista forense a Niños, Niñas y Adolescentes Víctimas de Delitos tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141. 188a, 188c. 188d, relacionados con violencia sexual. Sin perjuicio del procedimiento establecido en los artículos 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199 y 200 de la Ley 1098 de 2006. por la

cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia, cuando la víctima dentro de un proceso por los delitos tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d. del mismo código sea una persona menor de edad. se llevará a cabo una entrevista grabada o fijada por cualquier medio audiovisual o técnico en los términos del numeral 1 del artículo 146 de la Ley 906 de 2004. para cuyos casos se seguirá el siguiente procedimiento: d) La entrevista forense de niños, niñas o adolescentes víctimas de violencia sexual será realizada por personal del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación entrenado en entrevista forense en niños, niñas y adolescentes, previa revisión del cuestionario por parte del Defensor de Familia. sin perjuicio de su presencia en la diligencia. En caso de no contar con los profesionales aquí referenciados, a la autoridad competente le corresponde adelantar las gestiones pertinentes para asegurar la intervención de un entrevistador especializado. Las entidades competentes tendrán el plazo de un año, para entrenar al personal en entrevista forense. En la práctica de la diligencia el menor podrá estar acompañado, por su representante legal o por un pariente mayor de edad; e) La entrevista forense se llevará a cabo en una Cámara de Gesell o en un espacio físico acondicionado con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva de la víctima y será grabado o fijado en medio audiovisual o en su defecto en medio técnico o escrito; f) El personal entrenado en entrevista forense, presentará un informe detallado de la entrevista realizada. Este primer informe deberá cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 209 de este código y concordantes, en lo que le sea aplicable. El profesional podrá ser citado a rendir testimonio sobre la entrevista y el informe realizado. Parágrafo 10. En atención a la protección de la dignidad de los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales, la entrevista forense será un elemento material probatorio al cual se acceda siempre y cuando sea estrictamente necesario y no afecte los derechos de la víctima menor de edad, lo anterior en aplicación de los criterios del artículo 27 del Código de Procedimiento Penal. Parágrafo 2º. Durante la etapa de indagación e

investigación, el niño, niña o adolescente víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual, tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual Que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo código, será entrevistado preferiblemente por una sola vez. De manera excepcional podrá realizarse una segunda entrevista, teniendo en cuenta en todo caso el interés superior del niño, niña o adolescente.

Artículo 3º. Adiciónese al artículo 438 de la Ley 906 de 2004, un literal del siguiente tenor: e) Es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual Que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo código.

26 La Corte hizo alusión, entre muchas otras, a la sentencia C57 del 11 de marzo de 2013, emitida por el Tribunal Constitucional de España, donde se relaciona la línea del tribunal ibérico sobre este aspecto. Además, trajo a colación varios pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre ellos el emitido en el caso Gani contra España.

27 Tribunal Supremo de España –Sala de lo Penal-, sentencia 459 del 4 de febrero de 2015.

28.(...)

3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:

(...)

d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra y a obtener la citación e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra.

29 Statement validity assessment

30 Günter Köhnken, Antonio L. Manzanero y M. Teresa Scott. Análisis de la validez de las declaraciones: mitos y limitaciones. Anuario de Psicología Jurídica, 2015 (www.elsevier.es).

31 Criteria based content analysis.

32 Ídem.

33 Negrillas fuera del texto original.

34Ídem.

35 En el mismo sentido, CHIESA APONTE, Ernesto. Reglas de Evidencia de Puerto Rico. Ed. Luigi Abraham, Pag. 231

36 “Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación”.

37 (...)

3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:

(...)

d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra y a obtener la citación e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra;

38 Tribunal Supremo de España, STS 459/2015, del cuatro de febrero de 2015.

39 CSJ SP, 30 Mar. 2006, Rad. 24468, CSJ SP, 24 Ene. 2007. Rad. 26618, entre otras.

40 CSJ SP, 28 Oct. 2015, Rad. 44056; CSJ SP, 18 May. 2011, Rad. 33651; CSJ SP, 10 Mar. 2010, Rad. 32868; CSJ SP, 19 Agos. 2009, Rad. 31959, entre otras

41 Tribunal Supremo de España, ATS 6128/2015, del 25 de junio de 2015

42 ídem

43 ATS 6128/2015

44 Reglas de Evidencia de Puerto Rico.

45 Negrillas fuera del texto original.

46 Negrillas fuera del texto original.

47 Negrillas de la Sala.

48 Se dijo que la entrevista atrás transcrita se incorporaría como anexo del dictamen, sin aclarar que tenía el carácter de prueba de referencia; se hizo alusión a múltiples versiones pero no se especificó cuáles serían valoradas como prueba; etcétera.

49 1. Expresión tranquila y plácida del gozo y satisfacción del animo

2. Risa y algazara que excita en una reunión lo que se ve o se oye (RAE).

50 Solo a manera de ejemplo, entre cientos de trabajos, puede consultarse: La Emergencia del Miedo/ Luigi Ferrajoli, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediar, 2013, páginas 57 y siguientes.