

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

Magistrado Ponente

SP 8611-2014

Radicación No. 34131

(Aprobado acta No. 202)

Bogotá, D. C., dos de julio de dos mil catorce.

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por la defensora del acusado JEL, contra la sentencia de segunda instancia por cuyo medio el Tribunal Superior del Distrito Judicial de (...), revocó la absolución dispuesta por el Juzgado Noveno Penal del Circuito de Conocimiento de esa misma ciudad, y lo condenó como autor penalmente responsable del delito de acceso carnal violento agravado.

ANTECEDENTES

1.- La cuestión fáctica, a que se contrae la actuación, fue reseñada por el juzgador ad quem, de la manera siguiente:

A mediados de diciembre de 2005, el señor JEL, aprovechando que su sobrina política S.1, de 12 años de edad, se encontraba de visita en su residencia y tras

propiciar que quedara a solas con él, la despojó de algunas de sus prendas de vestir, la acarició y la besó en su pecho y en su zona íntima para posteriormente accederla carnalmente contra su voluntad. Luego de ello, la forzó a mantener relaciones sexuales en varias oportunidades, amenazándola para que guardara silencio y ofreciéndole, para ese fin, pequeñas cantidades de dinero.

2.- El 17 de noviembre 2006, ante el Juzgado 37 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de (...), la Fiscalía 17 Seccional solicitó la captura del indiciado JEL, la cual, una vez obtenida, el día 20 siguiente fue declarada ilegal por parte del Juzgado 49 Penal Municipal con funciones de Control de Garantías, dando lugar a la liberación del aprehendido.

3.- Después de la declaratoria de persona ausente por parte del Juzgado 16 Penal Municipal con funciones de Control de Garantías y la correspondiente designación de defensora pública que representara los intereses del indiciado JEL en razón a no haberse logrado su captura para efectos de formular imputación en su contra, el 26 de diciembre de 2007 la Fiscalía le imputó la realización del concurso homogéneo y sucesivo de delitos de acceso carnal violento agravado <<según los artículos 205, 208 numeral 5 y 31 del Código Penal>>, y solicitó la imposición de medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, petición que fue acogida por el Juzgado de Garantías.

4.- El 25 de enero de 2008, la Fiscalía 17 Seccional con sede en Bogotá, presentó escrito de acusación en el cual le imputó al inculcado JEL la realización del concurso heterogéneo y sucesivo de delitos de acceso carnal violento y acceso carnal abusivo con menor de catorce años, ambos con circunstancias de agravación (definidos por los artículos 205, 208 y 211, numerales 2 y 4, del Código Penal, con las modificaciones punitivas introducidas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004).

5.- Ante el Juzgado 34 Penal del Circuito con funciones de Conocimiento de (...), el día 3 de marzo de 2008 se llevó a cabo la audiencia de formulación de acusación - en la cual la Fiscalía acusó al imputado del referido concurso de delitos-, el día 5 de agosto siguiente la audiencia preparatoria, en la que se resolvió sobre la pertinencia y conducencia de practicar las pruebas pedidas por las partes y, posteriormente, los días 28 de enero y 6 de julio de 2009, el juicio oral. En esta última fecha, se anunció el sentido absolutorio del fallo.

6.- La sentencia de primera instancia fue proferida el 17 de septiembre de 2009, por el titular del Juzgado Noveno Penal del Circuito de Conocimiento de (...)2, y con ella se puso fin a la instancia absolviendo al procesado de los cargos que le fueron formulados.

7.- Apelada esta sentencia por la fiscalía -quien solicitó revocarla y condenar al acusado-, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de (..), mediante providencia del 29 de enero de 2010 decidió revocarla y en su lugar condenar a JEL como autor penalmente responsable del delito de acceso carnal violento agravado (definido por los artículos 205 y 211.2 del C.P., con las modificaciones punitivas establecidas en la Ley 890 de 2004), acorde con lo cual decidió imponerle la pena principal de doscientos diez (210) meses de prisión y la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término, al tiempo que le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, y confirmó la absolución en relación con cargo por el delito de acceso carnal abusivo que también le había sido formulado, al resolver en segunda instancia la impugnación interpuesta.

8.- Contra la sentencia de segunda instancia, en oportunidad la defensora del acusado interpuso recurso extraordinario de casación mediante la presentación de la correspondiente demanda3, la cual fue admitida por la Corte4.

LA DEMANDA

Después de resumir los hechos e identificar las partes intervinientes en el trámite y la sentencia materia de impugnación, así como de hacer un relato de lo actuado en las instancias, con apoyo en la causal tercera de casación, un cargo postula la recurrente contra la sentencia del Tribunal, en el que lo acusa de incurrir en <<manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia>>, tras considerar que la sentencia acusada resulta violatoria por vía indirecta de la ley sustancial <<que presupone la vulneración de la garantía de legalidad de la prueba y del interés jurídico de presunción de inocencia, concretamente por la violación del Artículo 29 de la Carta Política>>.

El desacierto se configuró, dice, por violación de la garantía fundamental de la presunción de inocencia, toda vez que su representado fue condenado pese a que en su favor debía aplicarse el principio in dubio pro reo, para cuya afirmación se apoya en doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera sobre dicho particular.

Sostiene que el Tribunal fundamentó su decisión en la validez excepcional de la prueba de referencia y la valoración de la información aportada. Advierte que las pruebas sobre las cuales recae el error, son los testimonios de la víctima, la madre de ésta, la declaración de la médica Martha Cecilia Agudelo Yepes (testigo perito del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses), y de la perito en psicología, Teresita Durán Cotes, siendo estas tres últimas testigos de referencia, respecto de los cuales afirma que <<el Tribunal sobredimensionó el valor suasorio de estos testimonios en lo relacionado con el tema del abuso por parte de JEL>>.

Seguidamente trae a colación algunos apartes de los fallos de primera y de segunda instancias, después de lo cual alude a lo previsto por los artículos 381, 437 y

438 del Código de Procedimiento Penal, así como a pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia sobre la admisibilidad excepcional de la prueba de referencia y su eficacia demostrativa.

A continuación, con apoyo en la causal tercera de casación, la libelista formula un cargo contra el fallo del Tribunal, acusándolo de incurrir en manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y la apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia, acorde con lo cual denuncia la violación indirecta de la ley sustancial, por falso juicio de identidad en la apreciación probatoria, <<que condujo a la aplicación indebida del artículo 381 de la Ley 906 de 2004 (conocimiento para condenar) y de los artículos 205, y numeral 2 del artículo 211 del Código Penal, así como a la falta de aplicación del artículo 7º, relacionado con la figura del in dubio pro reo>> (sic).

Después de traer a colación doctrina nacional y extranjera sobre la presunción de inocencia, manifiesta que la sentencia de segunda instancia se fundamentó en las declaraciones de la presunta víctima, la madre de ésta, la doctora Agudelo Yepes del Instituto de Medicina legal, y la psicóloga Teresita Durán Cotes, cuyo valor suasorio fue sobredimensionado por el Tribunal.

Señala que tanto el Tribunal como el a quo tomaron como prueba de referencia los testimonios de RSH y la Psicóloga Teresita Durán Cotes, y mientras el juez dio aplicación al inciso 2º del artículo 381 del Código de Procedimiento Penal, que prohíbe fundamentar la sentencia exclusivamente en pruebas de referencia, el Tribunal no le dio dicho alcance, por lo que procedió a revocar el fallo de primer grado.

Estima que en el presente asunto no se demostró la materialización de la conducta y la responsabilidad del acusado, toda vez que la menor ofendida <<no dio referencias directas ni detalles ni descripciones aproximadas de la forma como presuntamente el acusado realizó actos sexuales, ni demostró el daño psicológico supuestamente ocasionado por los presuntos hechos, tal como lo manifestó bajo la gravedad de juramento en el interrogatorio que le practicó la Fiscalía en el juicio oral, además en algunos momentos llegó a inferir que no había sido abusada, sino que sólo le daban dinero para sus onces>> (sic).

Agrega que su representado fue condenado con fundamento en pruebas de referencia, las cuales no brindan certeza sobre la culpabilidad del acusado, a tal punto que la propia Teresita Durán Cotes, Psicóloga del CTI, reconoce no haber seguido el procedimiento establecido para esta clase de entrevistas, previstos en la Resolución No 430 del 27 de abril de 2005, no haberle colocado la fecha en que se llevó a cabo, y que lo consignado se basó en lo que la menor le indicó, sin que tuviere certeza de que estuviere diciendo la verdad, sino apenas una probabilidad de ello.

Sostiene que al procesado se le violó el principio de in dubio pro reo, pues el Tribunal omitió considerar que la perito Martha Cecilia Agudelo 0 el medio que permita determinar si hubo o no penetración.

Con fundamento en lo expuesto, considera que la única forma de reparar el agravio inferido es casar el fallo objeto del recurso, declarar la aplicabilidad al caso del principio in dubio pro reo y, en consecuencia, absolver al procesado de los cargos que le fueron formulados.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

En la audiencia de sustentación oral del recurso extraordinario, se presentaron las siguientes intervenciones:

1.- De la defensora del acusado, señor JEL.

En uso de la palabra, manifestó que con la interposición del recurso extraordinario y la presentación de la demanda, pretende que se tome en consideración que el Tribunal adoptó la decisión de condenar a su representado con fundamento en pruebas de referencia, lo cual se halla prohibido a tenor de lo previsto por el artículo 381, inciso 2º, del Código de Procedimiento Penal, por lo que solicita casar el fallo recurrido y mantener la presunción de inocencia.

Agrega, no obstante, que en la sentencia dictada en contra de su representado, el Tribunal se valió de la información aportada por la víctima, pese a que es incoherente en su relato.

2.- De la Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal.

Comienza por sostener que el concepto de la Procuraduría se enmarca en la defensa del orden jurídico y la garantía de los derechos fundamentales, como lo dispone el numeral 7º del artículo 277 de la Constitución Política y seguidamente anuncia que se referirá a los aspectos que señaló la Corte, eran la razón de la admisión de la demanda a saber: dilucidar el grado de conocimiento que la ley exige para proferir la sentencia condenatoria; la obligación para el órgano de persecución penal de presentar la prueba de cargos; la validez excepcional de la prueba de referencia y; el respeto a las garantías fundamentales del debido proceso, la presunción de inocencia y el in dubio pro reo.

Frente al grado de conocimiento exigido para proferir sentencia condenatoria, recuerda que el artículo 7º del Código de Procedimiento Penal, inciso 3º, establece claramente que la responsabilidad penal del acusado debe establecerse más allá de toda duda, lo cual se ratifica en el artículo 381 ejusdem, pero frente al delito y a la responsabilidad penal del acusado.

Si se tiene en cuenta que el juicio es un proceso para producir conocimiento de hechos pasados mediante la reconstrucción por medios que permitan al juez aprehender tal conocimiento, dice, va a permitirse hacer un símil del proceso penal como la construcción de un rompecabezas, en el cual cada fuente de conocimiento aporta una ficha para ese cuadro, que será tanto o más preciso si se allegan las fichas que permitan un mayor o menor grado de reconstrucción de dicho rompecabezas. Manifiesta que en este proceso, es posible que algunas zonas queden sin integrar, es decir, algunas fichas no se encuentren, generando dudas.

Sostiene que si las zonas sin dilucidar no permiten establecer qué escena representa ese rompecabezas, o dicho de otra manera, la verdad de lo ocurrido en esos hechos, lógico que la presunción de inocencia y el in dubio pro reo tienen plena aplicabilidad, pero si los espacios sin dilucidar hacen referencia a detalles intrascendentes, frente a los cuales no obstante es posible predicar con acierto lo ocurrido, no puede deducirse la aplicación del principio in dubio pro reo por la existencia de esas pequeñas dudas insubstanciales, pues las incertidumbres que descartan la producción de la sentencia condenatoria han de ser sobre puntos esenciales del debate, acerca del delito y la responsabilidad del acusado. En otras palabras, el qué, el quién, el cuándo, el cómo y el por qué de lo sucedido, así que en estricto sentido, en su opinión no cualquier duda, como pretende la demandante, puede dar lugar a la absolución.

Estima que si el cuadro general del punible, y sus incidencias, es susceptible de reconstruirlo en la prueba allegada al proceso, la sentencia condenatoria, entonces, no existe si hay duda sobre el punto esencial, pero puede persistir aún con la presencia de dudas sobre elementos accidentales.

En este caso, dice, las dudas que pretende la defensa en la demanda de casación, son sobre aspectos no esenciales, pues está la claridad sobre el quién, el cuándo, el qué, y el cómo de lo ocurrido.

A su modo de ver, la duda exculpatória, no alude al desconocimiento de elementos accidentales de los hechos. Frente a esta situación, como quiera que la Fiscalía es la titular del ejercicio de la acción penal, es su deber probar la hipótesis que sustenta la acusación. En otras palabras, dice, el segundo punto que la Corte propone en el auto admisorio sobre la obligación del órgano de persecución penal de presentar en el juicio oral la prueba de la responsabilidad, no es susceptible de ser eludido por la fiscalía, pues como principio del sistema acusatorio no existe juicio sin acusación y todas y cada una de las aseveraciones que sustentan los cargos deberán ser demostradas en el juicio para obtener el triunfo de la hipótesis propuesta por la Fiscalía, de no estarlo así, lógicamente dará lugar a la aplicación de principio in dubio pro reo.

Precisa que la parte recurrente plantea la necesidad de verificar la validez excepcional de la prueba de referencia. Para ello es necesario recurrir a lo preceptuado en el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal, según el cual, la sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en prueba de referencia, sobre cuyo tema se ha ocupado la jurisprudencia.

Anota que según la Corte el fundamento de la admisibilidad de esta modalidad probatoria, no es otro que la satisfacción de la justicia material, cuando no se cuenta con más medios probatorios para enjuiciar un determinado caso, aunque siempre condicionado a una valoración probatoria mucho más exigente.

Lo anterior no implica, manifiesta, como muchos sectores de la doctrina pretenden, la exclusión total de la prueba de referencia. Se trata de una especie de tarifa legal negativa, para la producción de la condena a la que no se puede llegar con base única y exclusivamente con prueba de esa naturaleza, pero no quiere decir, que en todo caso deba rechazarse de plano la prueba de referencia, o que una vez admitida no pueda valorarse.

Estima que en el caso concreto, se trata de una menor de edad que ha afrontado múltiples y repetitivos episodios de narración de los hechos traumáticos, originarios del proceso, que le han hecho llegar al juicio en una actitud de poca comunicabilidad. Entonces la niña, la adolescente en este caso, llega al juicio y hace narraciones muy sucintas, pero ha hecho narraciones mucho más completas, mucho más amplias ante la psicóloga, ante su madre, ante el médico de Medicina Legal.

En criterio de la Delegada, la prueba de referencia que la defensa plantea como inadmisibile y no valorada, ha de considerarse como un caso de evento similar a una grave enfermedad que impida la declaración de la víctima, pues el trauma que ha implicado esta situación de la menor puede asimilarse a esos eventos y llegar a convertirse en un verdadero obstáculo para que la víctima declare amplia y detalladamente en el juicio.

Desde su punto de vista, lo que la defensa reclama en este caso, es que la niña no hace en la sala de audiencias un detallado análisis y narración de la mecánica del coito. A este respecto le parece que es demasiada exigencia que en una sala de audiencias se le pida a una adolescente, víctima de repetidos accesos carnales por parte de su tío, que narre la mecánica del coito.

Estima que lo cierto es que la menor asevera quién la accede sexualmente, es clara en señalar quién es el autor así como que los episodios fueron repetitivos, y en manifestar que ha sido abusada conforme a los actos que los hombres hacen con las mujeres, de suerte entonces que pedirle a la niña que sea específica en la narración de la mecánica del coito, es una exigencia que va en pro de una revictimización de la niña en este caso.

A su criterio el problema jurídico que plantea la demanda, debe abordarse

teniendo en cuenta en este asunto la especial ponderación que exigen los casos de delitos sexuales en los que la víctima es una adolescente, persona digna de especial protección por parte del Estado y para quien ha de evitarse en la medida de lo posible someterla a una revictimización que agrave las lógicas consecuencias del hecho y que debió afrontar toda una serie de repeticiones en la narración.

Al respecto, sobre la prelación de los derechos de los menores víctimas y testigos en este caso, solicita tener en consideración la sentencia T-205 de 2011 de la Corte Constitucional, sin dejar de precisar que no obstante estos derechos del adolescente víctima de delitos y la preeminencia de los mismos, deben también salvaguardarse al mismo tiempo los derechos de los acusados y de los condenados, como claramente lo estableció la Asamblea de las Naciones Unidas en el año 2009 al redactar la ley marco o modelo de justicia en asuntos concernientes a menores víctimas de delitos, tanto en el preámbulo como en el artículo 1º que específicamente señala que todo niño, en especial los niños víctimas, tendrán derecho en el contexto de la mencionada ley, a que su interés superior sea considerado primordial, si bien al mismo tiempo deben protegerse los derechos del acusado o del delincuente condenado.

Considera que en este punto queda de paso resuelto el cuarto interrogante planteado por la Corte en el admisorio de la demanda de casación, que es el relacionado con el respeto por las garantías fundamentales del debido proceso y la presunción de inocencia o in dubio pro reo, pues tanto la presunción de inocencia como su necesaria y correspondiente garantía del in dubio pro reo, son en el nuevo sistema, como lo eran en el anterior, garantía fundamental del procesado en la que se concreta, pero no solo en ella, el debido proceso constitucional.

Anota, igualmente, que los reparos probatorios de la demanda, en parte se centran en lo que la defensa denomina <<inexistencia de la prueba del acceso carnal>>, pues plantea que hay ausencia de huellas en el cuerpo de la niña, que

pudieran detectarse a través de un examen médico que permitiera establecer la desfloración, que no hay pruebas de ADN compatibles con el procesado, y que por lo tanto, en criterio de la defensa, se generan dudas sobre la existencia efectiva del acceso carnal.

Al respecto la Delegada advierte que no hay tarifa probatoria para demostrar un hecho, máxime cuando en este caso no era posible practicar pruebas biológicas de ADN, porque la denuncia ocurre un año después del acceso carnal, condiciones en las cuales de nada sirve realizar una prueba de ADN porque no hay ningún tipo de fluido que se hubiere recolectado con el cual contrastar el ADN del procesado. Tampoco es posible predicar existencia o inexistencia del acceso carnal vía vaginal, como quiera que la configuración biológica de la niña, que tiene una estructura complaciente, permite el ingreso del miembro viril sin dejar huellas de desgarró.

Si eso es así, dice, derivar consecuencias negativas para la credibilidad de la narración de la víctima apelando para ello a su estructura fisiológica, siendo ésta una niña, implica un claro acto de discriminación y de revictimización y un sesgo sexista, proscrito por los tratados internacionales de derechos humanos que protegen y pretenden erradicar la violencia contra las mujeres, tales como la Convención Belém do Pará, de mayor gravedad en este caso, si además de ser una víctima mujer, es una niña.

Señala que lo finalmente pretendido por la defensa, es que en los casos de acceso carnal, se presente lo que en la demanda denomina <<una prueba reina del acceso>>, que no es otra que la que permita constatar la desfloración del himen de la niña, criterio que no puede ser sostenido, ni desde el punto de una tarifa legal, ni desde el respeto a la dignidad de las víctimas de delitos sexuales.

La Delegada refiere que otro de los puntos problemáticos planteados por la defensa, apunta a considerar las declaraciones de la madre de la menor y de la psicóloga,

como pruebas de referencia que no permitirían sustentar la condena.

Al respecto, la Procuradora Delegada indica que la madre de la niña y la psicóloga son fuente de prueba directa, con relación a las manifestaciones de la víctima, es decir, estas dos testigos no pueden dar fe, en calidad de testigos directos, de la realización del acceso carnal, ni de las fechas en que ellos ocurren, pero sí son testigos directos de las manifestaciones y narraciones que la niña hizo sobre estos hechos, de los cambios de su comportamiento, de las afectaciones psicológicas de esta niña y del ambiente familiar que suscitó esta situación.

Explica que si bien en el juicio oral la joven víctima fue genérica en la descripción de los hechos, no narró la mecánica exacta del coito, se mostró evasiva y hasta temerosa, no por ello puede decirse que su dicho no llegó al juicio y no pueda ser digno de crédito, pues este caso es de aquellos en los cuales no se cuenta con otra prueba directa, diferente al dicho de la víctima, por lo que deben aplicarse en el análisis del material probatorio, los criterios que permiten superar la presencia de la duda tales como: i) que no haya incredulidad en el dicho porque existen relaciones agresivas o de tergiversación entre agresor y agredido; ii) que se presente corroboración externa del dicho de la víctima y; iii) que la incriminación sea persistente.

Sostiene que si la Corte analiza con cuidado las pruebas allegadas, encontrará que no hay señalamiento de otro posible responsable de los accesos carnales que el señor JEL aquí procesado; que las circunstancias de tiempo, modo y lugar, manifestadas por la víctima, tienen corroboración externa frente a los otros testigos de cargos y; además, que no se evidencian razones para querer perjudicar al acusado por parte de la víctima o por parte de su núcleo familiar que hagan sospechosos los cargos que se le endilgan.

Por lo anterior, en criterio de la Delegada, si bien la defensa pretendió sembrar dudas en los jueces con el ejercicio legítimo de la contradicción de la prueba, ella no llega a configurar duda exculpante pues no hay tarifa legal para probar un acceso carnal y la base de la sentencia condenatoria no surge sólo de prueba de referencia sino que además del dicho de la víctima existe prueba directa. Considera, además, que la prueba aducida por la Fiscalía no es sólo prueba de referencia, que la de referencia en este caso resultaría admisible y valorable dada la situación traumática de la víctima que la puso de hecho en una situación de no brindar muchos detalles, y que pese a no ser muy prolija en su narración sobre el desempeño sexual de agresor, no por ello puede tildarse de mendaz o de ausencia plena de prueba de cargos.

En consecuencia, en criterio de la Delegada, los cargos planteados por la demanda no están llamados a prosperar, por lo cual solicita a la Sala no casar la sentencia demandada.

SE CONSIDERA

1.- De acuerdo con los términos de la demanda y las intervenciones de las partes en la audiencia de sustentación, la controversia gira en derredor de la apreciación que el sentenciador de segunda instancia hizo de algunos medios de convicción, al sostener que la declaración de la responsabilidad penal del acusado en la conducta que se le imputa, la derivó el Tribunal de pruebas de referencia y que los restantes medios de convicción practicados en el juicio oral, resultan insuficientes para acreditar dicho aspecto más allá de toda duda razonable, motivo por el cual debió confirmar la decisión de primera instancia a fin de privilegiar el principio in dubio pro reo, manteniendo indemne la presunción de inocencia que como garantía constitucional (Art. 29 de la C.P.) ampara al acusado.

2.- Previo a abordar la respuesta correspondiente a la censura que se propone, la

Corte no puede menos que reiterar que cuando con apoyo en la causal tercera de casación, que la sentencia del Tribunal incurre en “manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia”, dicho tipo de desacierto corresponde a la forma indirecta de violación a las disposiciones de derecho sustancial, y se configura cuando el sentenciador comete errores en la apreciación de los medios de prueba, los elementos materiales probatorios o la evidencia física, los cuales pueden ser de hecho o de derecho CSJ AP, 29 ag. 2007, rad. 26276.

Los primeros, es decir los errores de hecho en la apreciación probatoria, se presentan cuando el juzgador se equivoca al contemplar materialmente el medio de conocimiento; porque deja de apreciar una prueba, elemento material o evidencia, pese a haber sido válidamente presentada o practicada en el juicio oral, o porque la supone practicada en éste sin haberlo realmente sido y sin embargo le confiere mérito (falso juicio de existencia); o cuando no obstante considerarla legal y oportunamente presentada, practicada y controvertida, al fijar su contenido la distorsiona, cercena o adiciona en su expresión fáctica, haciéndole producir efectos que objetivamente no se establecen de ella (falso juicio de identidad); o, porque sin cometer ninguno de los anteriores desaciertos, habiendo sido válidamente practicada la prueba en el juicio oral, en la sentencia es apreciada en su exacta dimensión fáctica, pero al asignarle su mérito persuasivo se aparta de los criterios técnico-científicos normativamente establecidos para la apreciación de ella, o los postulados de la lógica, las leyes de la ciencia o las reglas de experiencia, es decir, los principios de la sana crítica, como método de valoración probatoria (falso raciocinio).

De este modo, cuando el reparo se orienta por el falso juicio de existencia por suposición del medio de conocimiento, compete al casacionista demostrar el yerro con la indicación correspondiente del fallo en donde se aluda a dicho medio que materialmente no fue practicado, presentado o controvertido en el juicio; y si lo es por omisión de

ponderar prueba, elemento material o evidencia física válidamente presentada o practicada en la audiencia de juicio oral (falso juicio de existencia por omisión), es su deber concretar la parte pertinente de la audiencia pública en que se presentó la evidencia o el elemento material o se practicó la prueba, e indicar qué objetivamente se establece de ella, cuál mérito le corresponde siguiendo los postulados de la sana crítica y los criterios de valoración normativamente previstos para cada una, y señalar cómo su estimación conjunta con el arsenal probatorio aducido por las partes en el juicio y debidamente controvertido en éste, da lugar a variar las conclusiones del fallo, y, por tanto a modificar la parte resolutive de la sentencia objeto de impugnación extraordinaria.

Si lo pretendido es denunciar la configuración de errores de hecho por falsos juicios de identidad en la apreciación probatoria, el casacionista debe indicar expresamente qué en concreto dice el medio de prueba, el elemento material probatorio o la evidencia física, según el caso; qué exactamente dijo de él el juzgador, cómo se le tergiversó, cercenó o adicionó en su expresión fáctica haciéndole producir efectos que objetivamente no se establecen de él, y lo más importante, la repercusión definitiva del desacierto en la declaración de justicia contenida en la parte resolutive del fallo.

Si se denuncia falso raciocinio por desconocimiento de los criterios técnico científicos normativamente establecidos para cada medio en particular (Art. 380 CPP), el casacionista tiene por deber precisar la norma de derecho procesal que fija los criterios de valoración de la prueba cuya ponderación se cuestiona, indicar cuál o cuáles de ellos fueron conculcados en el caso particular y demostrar la incidencia que dicho desacierto tuvo en la parte resolutive del fallo.

Si el reparo se dirige a patentizar el desconocimiento de los postulados de la sana crítica, se debe indicar qué dice de manera objetiva el medio, qué infirió de él el juzgador y cuál mérito persuasivo le fue otorgado; también debe señalar cuál postulado de la lógica, ley de la ciencia o máxima de experiencia fue desconocida, y cuál el aporte

científico correcto, la regla de la lógica apropiada, la máxima de la experiencia que debió tomarse en consideración y cómo; finalmente, demostrar la trascendencia del error, indicando cuál debe ser la apreciación correcta de la prueba o pruebas que cuestiona, y que habría dado lugar a proferir un fallo sustancialmente distinto y opuesto al ameritado.

La Corte no puede dejar de subrayar que cuando se precisa la naturaleza y alcance de los errores originados en la apreciación judicial de las pruebas, como uno de los motivos de invalidación susceptibles de ser invocados en sede de casación, la jurisprudencia CSJ AP, 17 sep 2003, rad. 17690 ha sido insistente en señalar que este desacierto no resulta configurado por la sola disparidad de criterios entre la valoración realizada por los jueces y la pretendida por los sujetos procesales, sino de la comprobada y grotesca contradicción entre aquella y las reglas que informan la valoración racional de la prueba.

También ha dicho, en doctrina suficientemente decantada y difundida, que si un contraste de tales características no se presenta, porque los juzgadores, en ejercicio de esta función, han respetado los límites que prescriben las reglas de la sana crítica, será su criterio, no el de las partes, el llamado a prevalecer, por virtud de la doble presunción de acierto y legalidad con que está amparada la sentencia de segunda instancia.

Por esto, ha de reiterarse que inane resulta, por tanto, en sede extraordinaria, pretender desquiciar el andamiaje fáctico-jurídico del fallo impugnado con fundamento en simples apreciaciones subjetivas sobre la forma como el juez de la causa debió enfrentar el proceso de concreción del mérito demostrativo de los elementos de prueba, o el valor que debió habersele asignado a un determinado medio.

No se trata, pues, de presentar discrepancias interpretativas en relación a cómo se aprecian las pruebas por los juzgadores y cómo hubiera querido el demandante que fueran

valoradas, pues ello no es posible de plantearlo en sede del recurso extraordinario de casación dada la inocuidad de este tipo de argumentos para derruir la presunción de acierto y legalidad que ampara el fallo. Esto tiene sentido si se considera que dentro de la autonomía de apreciación probatoria la labor del juez al evaluar el caudal probatorio consiste precisamente en definir a qué elementos de juicio les reconoce credibilidad y a cuáles no para llegar a su convencimiento sobre la verdad de lo acaecido, establecer la base fáctica de la sentencia y la declaración del derecho en la parte resolutive del fallo.

Tampoco trata la casación, en cuanto a este motivo se refiere, de presentar argumentos probatorios que puedan ser válidos frente a una hipótesis posible de interpretación, pues lo posible no se identifica con lo cierto, real, claro y manifiesto, ni puede ser utilizado como fundamento para resolver la divergencia apreciativa de los medios entre el juez y las partes. En tal eventualidad prevalece el criterio de aquél siempre y cuando se mantenga dentro de las pautas que rigen la persuasión racional, cuya desvirtuación compete al demandante de manera objetiva, clara y completa con referencia a la totalidad de los medios en que se sustentó el fallo objeto de censura y no combatiendo tan sólo una parte de ellos desde su particular punto de vista, como si el juicio no hubiera concluido con el proferimiento de la sentencia de segunda instancia.

Los errores de derecho en la apreciación de las pruebas, entrañan, por su parte, la apreciación material del medio de conocimiento por parte del juzgador, quien lo acepta no obstante haber sido aportado al juicio, o practicado o presentado en éste, con violación de las garantías fundamentales o de las formalidades legales para su aducción o práctica; o lo rechaza y deja de ponderar porque a pesar de haber sido objetivamente cumplidas, considera que no las reúne (falso juicio de legalidad).

También, aunque de restringida aplicación por haber desaparecido del sistema procesal la tarifa legal, se incurre en esta especie de error cuando el juzgador desconoce el valor

prefijado al medio de conocimiento en la ley, o la eficacia que ésta le asigna (falso juicio de convicción), correspondiendo al actor, en todo caso, señalar las normas procesales que reglan los medios de conocimiento sobre los que predica el yerro, y acreditar cómo se produjo su trasgresión.

Cada una de estas especies de error, obedece a momentos lógicamente distintos en la apreciación probatoria y corresponden a una secuencia de carácter progresivo, así encuentre concreción en un acto históricamente unitario: el fallo judicial de segunda instancia. Por esto no resulta técnicamente correcto que frente a un mismo medio de conocimiento y dentro del mismo cargo, o en otro postulado en el mismo plano, sin indicar la prelación con que la Corte ha de abordar su análisis, se mezclen argumentos referidos a desaciertos probatorios de naturaleza distinta.

Debido a ello, en aras de la claridad y precisión que ha de regir la fundamentación del instrumento extraordinario de la casación, compete al actor identificar nítidamente la vía de impugnación a que se acoge, señalar el sentido de trasgresión de la ley y, según el caso, concretar el tipo de desacierto en que se funda, individualizar el medio o medios de conocimiento sobre los que predica el yerro, e indicar de manera objetiva su contenido, el mérito atribuido por el juzgador, la incidencia del desacierto cometido en las conclusiones del fallo, y en relación de determinación concretar la norma de derecho sustancial que mediatamente resultó excluida o indebidamente aplicada y acreditar cómo, de no haber ocurrido el yerro, el sentido del fallo habría sido sustancialmente distinto y opuesto al impugnado, integrando de esta manera lo que se conoce como la proposición jurídica del cargo y la formulación completa de éste.

2.1. Y cuando de ataque a la apreciación de la prueba indiciaria se trata, el censor debe informar si la equivocación se cometió respecto de los medios demostrativos de los hechos indicadores, la inferencia lógica, o en el proceso de valoración conjunta al apreciar su articulación, convergencia y concordancia de los varios indicios entre sí, y entre

éstos y las restantes pruebas, para llegar a una conclusión fáctica desacertada.

De manera que si el error radica en la apreciación del hecho indicador, dado que necesariamente éste ha de acreditarse con otro medio de prueba de los legalmente establecidos, ineludible resulta postular si el yerro fue de hecho o de derecho, a qué expresión corresponde, y cómo alcanza demostración para el caso.

Si el error se ubica en el proceso de inferencia lógica, ello supone partir de aceptar la validez del medio con el que se acredita el hecho indicador, y demostrar al tiempo que el juzgador en la labor de asignación del mérito suasorio se apartó de las leyes de la ciencia, los principios de la lógica o las reglas de experiencia, haciendo evidente en qué consiste y cual es la operancia correcta de cada uno de ellos, y cómo en concreto esto es desconocido.

O, en otras palabras dicho,

...su demostración impone, entonces, tener que confrontar la forma como los juzgadores apreciaron la prueba que se afirma indebidamente valorada, y demostrar - que no criticar, disentir, o discutir- que sus apreciaciones son arbitrarias o irrazonables por desconocer los derroteros de la sana crítica -los dictados de la lógica, las máximas de la experiencia, las leyes de la ciencia, se reitera-, y que el desacierto tuvo incidencia trascendente en el contenido o sentido del fallo, luego de dejar establecido que éste no se puede mantener con las restantes premisas de la sentencia, para lo cual el demandante tiene la correlativa carga de explicar por qué la apreciación de los demás elementos probatorios es insuficiente para sostenerla CSJ AP, 10 ag. 2006, rad. 25527.

Si lo pretendido es denunciar error de hecho por falso juicio de existencia por omisión de un indicio o un conjunto de ellos, lo primero que debe acreditar el censor es la incorporación material del medio probatorio a juicio y con el cual se evidencia el hecho

indicador, la validez de su aducción, qué se establece de él, cuál mérito le corresponde, y luego de realizar el proceso de inferencia lógica a partir de tener acreditado el hecho base, exponer el indicio que se estructura sobre él, el valor correspondiente siguiendo las reglas de experiencia, y su articulación y convergencia con los otros indicios o medios de prueba directos.

Además, dada la naturaleza de este medio de convicción, si el yerro se presenta en la labor de análisis de la convergencia y congruencia entre los distintos indicios y de éstos con los demás medios, o al asignar la fuerza demostrativa en su valoración conjunta, es aspecto que no puede dejarse de precisar en la demanda, concretando el tipo de error cometido, demostrando que la inferencia realizada por el juzgador se distancia de los postulados de la sana crítica, y acreditando que la apreciación probatoria que se propone en su reemplazo, permite llegar a conclusión diversa de aquella a la que arribara el sentenciador, pues no trata la casación de dar lugar a anteponer el particular punto de vista del actor al del fallador, ya que en dicha eventualidad primará siempre éste, en cuanto la sentencia se halla amparada por la doble presunción de acierto y legalidad, siendo carga del demandante desvirtuarla con la demostración concreta de haberse incurrido en errores determinantes de violación en la declaración del derecho.

Es en este sentido que el demandante debe precisar en qué momento de la construcción indiciaria se produce, si en el hecho indicador, o en la inferencia por violar las reglas de la sana crítica, para lo cual ha de señalar qué en concreto dice el medio demostrativo del hecho indicador, cómo hizo la inferencia el juzgador, en qué consistió el yerro, y qué grado de trascendencia tuvo éste por su repercusión en la parte resolutive del fallo CSJ AP, 10 mar. 2004, rad. 18328.

La Sala ha convenido en advertir CSJ AP, 31 mar. 2008, rad. 29249, además, que esta forma de atacar la apreciación de la prueba indiciaria, no solamente garantiza el respeto por su estructura lógica, sino que también facilita la comprensión del cuestionamiento, pues

cuando la censura aborda en forma indiscriminada los estados a que se ha hecho referencia, se incurre en contradicción, toda vez que, como se ha dejado dicho, es presupuesto de cada eslabón del cuestionamiento estar conforme con el anterior.

2.2.- De todos modos, debe insistir la Sala en que de optar el demandante por la vía indirecta para denunciar la violación de normas sustanciales por errores en la apreciación de los medios de conocimiento, la misma naturaleza excepcional que la casación ostenta le impone la necesidad de abordar la demostración de cómo habría de corregirse el error probatorio que denuncia, modificando tanto el supuesto fáctico como la parte dispositiva de la sentencia.

Como resulta apenas obvio, esta tarea comprende el deber de realizar un nuevo análisis de los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física presentados y, por ende, debatidos en el juicio; valorando los medios que fueron omitidos, cercenados o tergiversados, o apreciando acorde con los principios técnico científicos establecidos para cada uno en particular y las reglas de la sana crítica respecto de aquellos en cuya ponderación fueron transgredidos los postulados de la lógica, las leyes de la ciencia o los dictados de experiencia; y excluyendo del fallo los supuestos o los ilegalmente practicados o aducidos.

Dicha labor no debe ser realizada de manera independiente en la ponderación individual de cada medio, sino en conjunto, esto es, valorando la prueba ameritada en confrontación con lo acreditado por las otras debatidas en juicio y acertadamente apreciadas, tal como lo ordenan las normas procesales establecidas para cada elemento probatorio en particular y las que aluden al modo integral de valoración.

Todo ello en orden a hacer evidente la falta de aplicación o la aplicación indebida de un concreto precepto de derecho sustancial, pues, al fin y al cabo, es la demostración de la trasgresión de la norma de derecho sustancial por el fallo, la finalidad de la causal

tercera de casación. De otro modo no podría concebirse el trámite extraordinario por errores de apreciación probatoria, si su propósito no se orienta a evidenciar la afectación de derechos o garantías fundamentales debido a la falta de aplicación de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal, pese a ser la llamada a regular el caso, o la aplicación indebida de alguna de éstas cuando en realidad no lo rige CSJ AP, 26 sep. 2007, rad. 28213.

3.- La Corte asimismo ha señalado las diferencias que se presentan entre la violación del debido proceso -constitutiva de nulidad denunciable al amparo de la causal segunda de casación-, de las violaciones al debido proceso probatorio -propias del motivo tercero-. Al efecto tiene precisado (CSJ AP, 28 nov. 2007, rad. 28656) lo siguiente:

Desde esta perspectiva y en tratándose del sistema acusatorio regulado en la Ley 906 de 2004, el debido proceso se afecta cuando, por ejemplo, el fiscal formula la imputación sin acatar los requisitos sustanciales de ese acto, o cuando se celebra la respectiva audiencia careciendo el imputado de defensor; o si se lleva acabo la formulación de la acusación pretermitiendo la audiencia de imputación; o cuando se inicia el juicio oral sin la antecedente audiencia preparatoria, o se dicta sentencia sin realizar el juicio oral —excepto, claro, cuando el fallo es fruto de un preacuerdo o la aceptación de cargos—, pues en todos esos eventos se estaría pretermitiendo un acto procesal que la ley establece como antecedente determinante del que le sigue en forma inmediata.

A diferencia de lo anterior, el debido proceso probatorio atañe al conjunto de requisitos y formalidades previstas en la ley para la formación, validez y eficacia de la prueba, dado que ésta, en el nuevo sistema puesto en marcha con la Ley 906 de 2004, debe sujetarse a principios basilares, como son los de legalidad, publicidad, oralidad, contradicción, inmediación y concentración, so pena de desnaturalizar el respectivo acto probatorio, ocasionando la nulidad del mismo cuando efectivamente el desacato de aquellos se

traduce en irrespeto de las garantías de alguna de las partes.

El principio de legalidad tiene relación con la previsión de que únicamente se consideran “medios de conocimiento la prueba testimonial, la prueba pericial, la prueba documental, la prueba de inspección, los elementos materiales probatorios, evidencia física, o cualquier otro medio técnico o científico, que no viole el ordenamiento jurídico”⁵, esto es, que respecto de los medios de prueba se observe lo prescrito en la [Constitución Política](#), en los tratados internacionales vigentes en Colombia y en la ley acerca de derechos humanos.

En tanto que el principio de publicidad, tiene arraigo en nuestra Carta Fundamental e implica que en un Estado social y democrático quien sea sindicado de una conducta punible tiene derecho a un proceso público, lo que impide que en desarrollo del mismo pueda concebirse la aducción de pruebas ocultas o secretas; es decir, que todo medio de conocimiento, salvo precisas excepciones legales, debe introducirse en el juicio ante la presencia de las partes e intervinientes y del público en general⁶.

El de oralidad, como los anteriores, es también norma rectora del ordenamiento procesal⁷ y en materia probatoria constituye una regla, prácticamente sin excepción, ya que aún tratándose de reproducir prueba documental, los escritos deben ser leídos en el debate en presencia del juez, las partes, los intervinientes y el público asistente, y los demás documentos deben ser exhibidos o proyectados por cualquier medio posibilitando así su pleno conocimiento⁸; el mismo principio impone que sólo puede sustentarse la sentencia en pruebas que hayan sido regularmente incorporadas en forma oral⁹.

El principio de contradicción, halla asiento en la Constitución Política y como norma rectora que es del ordenamiento penal adjetivo¹⁰, irradia todo el proceso judicial imponiendo la igualdad de oportunidades para las partes e intervinientes de

ejercer la defensa de sus derechos; en materia probatoria¹¹ comprende el derecho a ofrecer y producir pruebas cuando corresponda, el de controlar plenamente la producción de las pruebas ofrecidas por las otras partes, el de alegar acerca del mérito de las mismas y el de realizar todas las observaciones que sean pertinentes durante el curso del debate¹².

El principio de inmediación¹³ comprende la percepción directa de las pruebas por el juez, las partes, intervinientes y el público en general, pero fundamentalmente hace referencia es a la relación que debe obrar entre el juzgador y la prueba, implicando que el funcionario que va emitir sentencia debe ver y oír por sí mismo, en forma directa, la prueba respecto de los hechos, las pruebas deben llegar a su ánimo sin sufrir alteración alguna por influjo extraño a su propia naturaleza, sin que se interpongan otras personas que consciente o inconscientemente puedan turbar o alterar la natural y original entidad de los elementos de convicción tergiversando su aptitud probatoria¹⁴.

Por último el principio de concentración¹⁵ es norma basilar rectora, en particular, del juicio oral, pues impone que éste se desarrolle de forma unitaria, en un solo acto, el mismo día, y si ello no fuere posible en días consecutivos. Sólo si se presentan circunstancias excepcionales el funcionario está facultado para suspender el juicio hasta por treinta días velando porque no surjan otras audiencias concurrentes que distraigan su atención. La finalidad de que el juicio se lleve a cabo como unidad de acto se refleja también en la práctica de pruebas que deben realizarse de manera concentrada, para que lo percibido en el debate no se disperse en la mente del juzgador, las partes e intervinientes¹⁶.

Adicionalmente a los anteriores principios, cada medio de prueba tiene dispuesto en la ley su propio debido proceso¹⁷, pero la conculcación de aquéllos o de éste frente a determinado elemento de convicción, eventualmente generará su desestimación o falta de consideración como fundamento de la decisión judicial; esa es la consecuencia a la

sanción impuesta en el artículo 29 de la Carta Fundamental y 23 de la Ley 906 de 2004, pues la “nulidad de pleno derecho”, de acuerdo con arraigada doctrina, significa inexistencia jurídica del medio probatorio, lo cual da lugar a la exclusión de la prueba del acervo probatorio en el que ha de fundarse una decisión judicial.

Es por ello por lo que en sede de casación, la pretensión frente a un medio de prueba deformado debe ser la de su desestimación, no la de nulidad de todo o parte alguna del proceso, es decir, sin necesidad de invalidar la actuación, se ha de reclamar que la prueba irregular, en orden a fundar la manifestación de justicia, deje de ser apreciada, de suerte tal que el sentido del fallo quedará expuesto a la solvencia del material probatorio restante, bien para condenar o absolver” (se destaca).

4.- Esta postura que la Corte reitera, atendiendo las particularidades del caso que ahora se somete a su consideración, y con la salvedad anotada respecto a que en los eventos en que se presente cambio en el juez encargado de emitir el fallo o su sentido <<la nulidad sólo puede decretarse excepcionalmente, cuando se cumplan en conjunción dos presupuestos (i) que no se afecten en forma importante o grave otros derechos fundamentales; (ii) que el cambio de funcionario no obedezca a situaciones ingobernables para el funcionario o la administración>>¹⁸ le implica a la Sala el deber de recordar (cfr. CSJ SP 5 nov. 2007, rad. 29053) que el principio de inmediación no excluye, en manera alguna, la posibilidad de que el Tribunal de segunda instancia, o el de casación, tengan una percepción probatoria distinta de la expresada por el a quo en la sentencia, pues precisamente para efectos de resolver los recursos, la parte recurrente debe solicitar los apartes pertinentes de los registros magnetofónicos o videográficos correspondientes a las audiencias que en su criterio guarden relación con la impugnación.

Si esto es así, y si de lo que eventualmente tratan los recursos ordinarios o el extraordinario de casación es de introducir cuestionamientos a la validez o mérito de la

prueba en que se fundó el fallo recurrido, resulta obvio entender que tanto el Tribunal de segunda instancia como la Corte, cada cual dentro de la respectiva órbita de su competencia, se encuentran facultados para revisar los registros, y por este medio, de primera mano la prueba, tal y como fue practicada, exhibida o aducida en el juicio oral, a efectos de confrontarla con las declaraciones fácticas que a partir de ella hicieron los juzgadores, y establecer de este modo si le asiste o no razón al recurrente en la formulación del reparo.

Así queda claro que el principio de inmediación que rige la actividad probatoria, opera para su práctica en el juicio oral, y facilita su ponderación por el juzgador que la presencia, pero no impide ni limita al juzgador de segunda instancia, ni por su puesto a la Corte, para que, habiendo establecido la validez de su recaudo, pueda asignarle el mérito persuasivo correspondiente.

5.- Con fundamento en los presupuestos que vienen de ser anotados, procede la Sala a dar respuesta a la censura formulada, en cuyo cometido abordará primero el tema de la prueba de referencia y la incidencia que pudiera tener en este asunto frente al grado de conocimiento normativamente exigido para proferir sentencia de condena, o para absolver si como lo afirma la recurrente, el sentenciador Ad quem no advirtió la presencia de dudas insalvables y, de contera, dejó de aplicar las normas que establecen el in dubio pro reo.

6.- En relación con el tema de la prueba de referencia, cabe señalar, conforme ha sido reseñado por la Sala (Cfr. CSJ SP. 9 oct. 2013, rad. 36518), la jurisprudencia de la Corte tiene establecido que en el esquema penal acusatorio previsto en la Ley 906 de 2004 operan los principios de oralidad e inmediación, según los cuales todas las pruebas deben practicarse en la audiencia del juicio oral y público, ante el juez competente y sujetarse a la confrontación y contradicción de las partes.

Estas exigencias surgen de los principios de publicidad, contradicción e inmediación a que aluden los artículos 377, 378 y 379 del Código de Procedimiento Penal de 2004, los cuales a su vez, desarrollan los principios rectores de que tratan los artículos 15, 16 y 18 ejusdem, cuya consagración deviene, de igual modo, del precepto constitucional definido por numeral 4º del artículo 2º del Acto Legislativo No. 3 de 2002, conforme al cual el acusado tiene derecho a un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y rodeado de todas las garantías.

En relación con el principio de contradicción la jurisprudencia ha indicado que la garantía de controversia no resulta satisfecha con la sola posibilidad de que la parte pueda rebatir el mérito de la prueba una vez haya sido practicada, sino que se requiere, para garantizar plenamente la operancia de este derecho, brindar la oportunidad a la parte contra quien se aduce la prueba, de contrainterrogar al testigo, según así surge del principio rector consagrado en el artículo 16 de la Ley 906 de 2004 cuando establece que la prueba debe estar sujeta a confrontación y contradicción. Así igualmente se colige del inciso final del artículo 347 ejusdem, en cuanto determina que las exposiciones recibidas por la Fiscalía General de la Nación no adquieren el carácter de prueba cuando no han sido practicadas con sujeción al contrainterrogatorio de las partes.

Además de satisfacer los principios en mención, precisa la jurisprudencia de la Corte (Cfr. CSJ SP, 27 feb. 2013, rad. 38773), la declaración debe cumplir también la exigencia del conocimiento personal contemplada en el artículo 402 de la Ley 906 de 2004, al amparo del cual el testigo sólo podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir.

Significa lo anterior que, por regla general en el sistema procesal penal de que trata la Ley 906 de 2004, para que una declaración pueda ser considerada en el fallo como sustento del mismo debe reunir al menos los siguientes requisitos: i) practicarse en el juicio oral y

público ante el juez de conocimiento, ii) garantizarse el derecho a la confrontación, y iii) el testigo debe referir aspectos que haya observado o percibido en forma directa.

Excepcionalmente el ordenamiento procesal permite que el sentenciador considere, como soporte del fallo, pruebas practicadas por fuera del juicio oral, como así sucede con las de carácter anticipado (art. 284), y las de referencia (arts. 437 y ss. ejusdem).

7.- Ahora bien, sobre dicho particular cabe señalar que el artículo 437 del Código de Procedimiento Penal, establece que

“Se considera como prueba de referencia toda declaración realizada fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio”.

Significa esto, conforme ha sido advertido por la Corte, (Cfr. CSJ SP, 6 mar. 2008, rad. 27477), que los elementos de la prueba de referencia son i) una declaración realizada por una persona por fuera del juicio oral; ii) que verse sobre aspectos que en forma directa o personal haya tenido la ocasión de observar o percibir; iii) que exista un medio o modo de prueba que se ofrece como evidencia para probar la verdad de los hechos que informa la declaración (testigo de oídas, por ejemplo) y; iv) que la verdad que se pretende probar tenga por objeto afirmar o negar aspectos sustanciales del debate (como por ejemplo la tipicidad de la conducta, el grado de intervención, las circunstancias de atenuación o agravación punitivas, o la naturaleza o extensión del daño causado, entre otros aspectos).

La prueba de referencia se refiere entonces, ha sido dicho (Cfr. CSJ SP 21 sep. 2011, rad. 36023), a aquel medio de convicción (grabación, escrito, audio, incluso un

testimonio), que se lleva al proceso para dar a conocer una declaración practicada por fuera del juicio, con el objeto de demostrar que es verdadero, cuando es imposible llevar al testigo por las causas expresamente señaladas en la ley; por ser éste un instituto que obviamente raya con los principios probatorios del juicio, principalmente los de inmediación y contradicción, su admisibilidad se torna excepcional y también su fuerza demostrativa resulta menguada.

Agregó en referido pronunciamiento,

Es por lo anterior que la prueba de referencia, no sólo se enfrentará a inconvenientes sobre el poder suasorio, sino a cuestiones que afectan el debido proceso constitucional en lo que atañe a los principios que regulan la práctica de los medios de convicción en el juicio, de allí que su admisibilidad se torne inusual, exista una cláusula de exclusión de este medio de convicción, se haya establecido una tarifa legal negativa, artículo 381 de la Ley 906 de 2004 y el legislador en su artículo 438 ibídem regule las situaciones en las que pueda permitirse una prueba que no ha sido practicada en presencia del juez de conocimiento en el escenario propio del juicio.

De modo que, según ha sido indicado por la Sala, la excepcionalidad de la prueba de referencia se fundamenta precisamente en su poca confiabilidad, como en tal sentido ha sido puesto de presente por la doctrina¹⁹, pues los riesgos en el proceso de valoración se multiplican por diversos factores, por ejemplo la ausencia de inmediación objetiva y subjetiva, la imposibilidad de confrontar directamente en juicio el testigo que tuvo conocimiento personal del hecho, y la falta de análisis de los procesos de percepción, memoria, sinceridad y narración del mismo, todo lo cual redundando negativamente en su consistencia probatoria.

En su admisión dentro de los procesos penales, empero, incidió el principio de justicia material. Es decir, para impedir la impunidad cuando por circunstancias especiales no

puedan asistir los testigos a rendir su declaración en la audiencia pública, el legislador optó por no prohibirla en forma absoluta.

De todas maneras, en razón del escaso mérito que arroja, estableció en el inciso segundo del artículo 382 que la sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en prueba de referencia, introduciendo así, como ha tenido oportunidad de expresarlo la Corte, una tarifa legal negativa para menguar el valor probatorio de esa clase de elemento”²⁰.

Así, como sucede con cualquier otra prueba para que pueda ser apreciada en el juicio oral, es claro que en materia de admisibilidad de la prueba de referencia también rige el principio de legalidad, en la medida en que sólo se acogerán aquellas que se encuentran incluidas en las previsiones del artículo 438 de la Ley 906 de 2004. Según esta disposición, únicamente es admisible la prueba de referencia cuando el declarante:

- a) manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación;
- b) es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar;
- c) padece de una grave enfermedad que le impide declarar;
- d) ha fallecido.

También se aceptará la prueba de referencia cuando las declaraciones se hallen registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos y; por último, con ocasión de la puesta en vigencia de la Ley 1652 de 2013 e) cuando el declarante 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 los definidos en los artículos 138 (acceso carnal violento en persona protegida), 139 (actos sexuales violentos en persona protegida), 141 (prostitución forzada o esclavitud sexual), 188 A (trata de personas), 188C (tráfico de niños, niñas y adolescentes) y 188 D (uso de menores de edad para la comisión de delitos), del mismo código.

En relación con el aludido literal b) del precepto en comento, cuando el testigo es víctima

de situaciones o eventos similares a los delitos de secuestro o desaparición forzada, la Sala tiene dicho que con tal disposición el legislador introdujo una excepción residual de carácter discrecional, que le permite al juez decidir potestativamente sobre la admisión de pruebas de referencia en casos distintos de los allí previstos, cuando se esté frente a eventos similares.

Al efecto cabe denotar que en la mencionada providencia del 6 de marzo de 2008, precisó:

La expresión eventos similares, indica que debe tratarse de situaciones parecidas a las previstas en las excepciones tasadas, bien por su naturaleza o porque participan de las particularidades que le son comunes, como lo es, por ejemplo, que se trate de casos en los que el declarante no se halle disponible como testigo, y que la indisponibilidad obedezca a situaciones especiales de fuerza mayor, que no puedan ser racionalmente superadas, como podría ser la desaparición voluntaria del declarante o su imposibilidad de localización.

La primera condición (que se trate de eventos en los cuales el declarante no está disponible), emerge de la teleología del precepto, pues ya se vio que la voluntad de sus inspiradores fue la de permitir la admisión a práctica de pruebas de referencia sólo en casos excepcionales de no disponibilidad del declarante, y de no autorizarla en los demás eventos propuestos por el proyecto original (eventos de disponibilidad del declarante y de pruebas ungidas por particulares circunstancias de confiabilidad), con la única salvedad de las declaraciones contenidas en los registros de pasada memoria y los archivos históricos, que quedó incluida.

La segunda (que la indisponibilidad obedezca a casos de fuerza mayor), surge del carácter insuperable de los motivos que justifican las distintas hipótesis relacionadas en la norma, y de su naturaleza eminentemente exceptiva, que impone que la admisión de la prueba de referencia por la vía discrecional se reduzca a verdaderos casos de

necesidad, y que la excepción no termine convirtiéndose en regla, ni en un mecanismo que pueda ser utilizado para evitar la confrontación en juicio del testigo directo.

8.- Asimismo, la jurisprudencia de esta Sala (Cfr. entre otras, CSJ. AP 11 dic. 2013, rad. 40239; CSJ AP 28 ag. 2013, rad. 41764; CSJ. AP. 28 sep. 2011, rad. 34235; CSJ. SP. 21 oct. 2009, rad. 31001; CSJ. SP 9 nov. 2006, rad. 25738), se ha orientado por señalar que las entrevistas y demás actos afines de investigación, además de servir como instrumento para refrescar la memoria del testigo (art. 392.d de la Ley 906 de 2004), cuando debido al transcurso del tiempo hay algún aspecto de la facticidad que no recuerda cómo lo apreció en su momento, o impugnar su credibilidad cuando se observan contradicciones entre lo que dice en el juicio oral y lo que dijo antes (artículos 347, 393,b, 403.4, 440 ejusdem), son susceptibles de que sean ponderadas o apreciadas en sus contenidos, siempre que el derecho de defensa en sus componentes de confrontación y contradicción se mantenga intacto en el juicio oral, de modo que las partes e intervinientes cuenten con la posibilidad y oportunidad de formularle al testigo el contrainterrogatorio que estimen pertinente.

Al efecto, en el referido pronunciamiento del 28 de agosto de 2013, la Corte indicó:

Ahora bien, aún cuando a esta Colegiatura, a riesgo de desconocer el principio de limitación, le fuera dado interpretar que el razonamiento del impugnante se centra en la ausencia de contrainterrogatorio en la práctica de la entrevista y la prohibición de apreciarla como prueba, dígame que dicho asunto se resuelve en punto de la garantía de la confrontación, la cual se activa, en este caso, ante la pretensión de las partes de traer al juicio una manifestación anterior; dicha garantía comprende el derecho del acusado a hacer comparecer a los testigos, estar frente a frente con los que lo acusan, formularles preguntas y controlar la práctica de la prueba (artículo 29 de

la Constitución Política, en concordancia con los artículos 8-k, 15 y 16 de la Ley 906 de 2004 y artículo 14-3-e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

9.- Con respecto al tema del derecho a la confrontación, cabe señalar que si bien encuentra algunos puntos que le son comunes al derecho de contradicción, resulta claro que aquél ostenta naturaleza y alcance diverso de éste en cuanto tiene una cobertura mayor²¹, pues mientras la contradicción dice relación con el derecho que las partes tienen de conocer y controvertir las pruebas que la otra pretenda aducir en el trámite judicial, así como a intervenir en su formación, sea de manera anticipada o en el juicio oral (art. 15), el derecho a la confrontación se halla íntimamente vinculado con el derecho a la presunción de inocencia, es exclusivo del imputado, en tanto garantía judicial mínima reconocida por los instrumentos internacionales de derechos humanos²².

Dicha garantía, indefectiblemente ha de ser respetada en todo momento en el curso del proceso judicial, de modo que el sujeto pasivo de la acción penal, si lo desea, puede exigir que, salvo determinadas excepciones normativamente establecidas que involucren la necesidad de proteger otros derechos igualmente importantes²³, se le dé la posibilidad de tener frente a frente a quienes le acusan, a fin de interrogarlos en audiencia, sea directamente o por conducto de su defensor, y a obtener la comparecencia ante el órgano jurisdicente de los testigos de cargo y de descargo, aun por medios coercitivos (art. 8 literal k).

Debe la Corte señalar, no obstante, que si bien la incorporación del testimonio de referencia de suyo comporta la inaplicación del principio de inmediación al no permitirle al juez de conocimiento presenciar directamente la recepción de la declaración del testigo o del perito en orden a establecer su credibilidad y mérito persuasivo, así como el desconocimiento del derecho de contradicción en cuanto impide al acusado la posibilidad de contrainterrogar al testigo y someter a cuestionamiento su dicho, ha de

reconocerse que la presentación en el juicio oral de declaraciones obtenidas por fuera de éste, no en todos los casos lesiona el derecho de confrontación.

Para que dicha garantía no aparezca conculcada, resulta indispensable que se acredite la existencia de un motivo legalmente previsto que justifique la no concurrencia del testigo de cargo al juicio oral, que se le respete al acusado el derecho de defensa dándole la oportunidad de controvertir en forma adecuada y suficiente su dicho mediante el ejercicio del contrainterrogatorio a quien trasmite el conocimiento en el debate público, aportar pruebas de refutación y, además, que no se trate de la única fuente de conocimiento en que se apoye la decisión de condena (art. 381), sino que ésta se funde también en otras válidamente practicadas en el juicio oral.

10.- De otra parte plausible se ofrece señalar, que múltiples han sido los pronunciamientos de la Corte en los cuales ha precisado que los testimonios de peritos expertos en psicología o psiquiatría no necesariamente deben catalogarse como de referencia, ya que si bien, para efectos de su dictamen los peritos han de obtener la información requerida para la elaboración del estudio directamente de la persona sometida a valoración, la razón de ser de su experticia no es en manera alguna la facticidad puesta en su conocimiento por el paciente o la víctima, menos la responsabilidad o no del acusado, sino los aspectos de su ciencia que interesa dilucidar en el juicio oral para el caso concreto, tales como la personalidad, condición de salud, grado de afectación con la conducta ajena, y, de alguna manera los aspectos que permiten establecer la confiabilidad y credibilidad de quien hizo el relato, siendo precisamente esta característica la que distingue al perito del testigo experto (Cfr. entre otras, CSJ SP 21 feb. 2007, rad. 25920; CSJ SP 17 sep. 2008, rad. 29609; CSJ SP 18 may. 2011, rad. 33651; CSJ SP 21 sep 2011, rad. 36023; CSJ AP 10 oct. 2012, rad. 39511).

11.- En el evento específico, cabe indicar que en relación con unos mismos medios de convicción, mientras el sentenciador de primera instancia consideró ausentes los presupuestos para proferir fallo de condena procediendo a absolver al acusado, el Tribunal revocó parcialmente dicha determinación y condenó a JEL por el delito de acceso carnal violento agravado.

Lo cierto del caso es que evidentemente el Tribunal fundamentó la declaración de condena en el testimonio de la menor SAMS, de la progenitora de ésta, de la médico Martha Cecilia Agudelo Yepes, y la psicóloga Teresita Duran Cotes, a partir de los cuales estableció acreditada la materialidad de la conducta, así como la responsabilidad penal del acusado JEL, todos los cuales comparecieron al juicio oral.

Si bien, como se indica en la demanda y fue reconocido por el Tribunal, la joven en su testimonio no brindó mayores detalles sobre las circunstancias en que tuvo lugar el atentado contra la libertad, integridad y formación sexuales que puso en conocimiento de la Fiscalía, ello no significa que de la misma pueda colegirse que el hecho no existió, o que el acusado no lo cometió, o que existen dudas sobre dicho particular.

Al efecto cabe denotar que en el interrogatorio de testigo realizado a la menor con la ayuda de una psicóloga del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la joven manifestó que para la fecha de la diligencia no se encontraba estudiando toda vez que se retiró del séptimo grado que cursaba porque no quiso seguir con la actividad académica y porque tenía muchos inconvenientes en el colegio, en donde <<permanecía metida en problemas>>.

Cuando se le preguntó sobre si tenía conocimiento de las razones por las cuales se hallaba rindiendo la declaración, dijo que sí, porque le tocaba declarar toda la verdad verdadera <<y a ver que se pude hacer si estoy diciendo la verdad o no y para saber si se puede capturar al señor o no>>.

En relación con los hechos materia de debate, manifestó:

O sea lo que pasó es que yo estaba en la casa de mi tía o sea prácticamente él me daba plata, pues normal, sí, y un día mi tía salió a hacer mercado y yo le dije que si me llevaba y me dijo que no, entonces yo me quedé con él y mi prima, y entonces él le dijo a mi prima que si iba a comprar unos roscones mientras que llegaba mi tía ahí, pero si S. me va a acompañar, entonces él le dijo que no, que ella se queda, o no que nadie va, empezó a decirle que ella se queda, que ella se queda, entonces yo me quedé, y entonces él me tiró a la cama, me bajó los pantalones y ahí empezó a hacerme lo que me hizo.

Cuando después de alguna insistencia para que precisara qué fue lo que JEL le hizo, dijo <<no quiero decir>>.

Aclaró, posteriormente, que el día que cumplió 14 años de edad, para conmemorar dicho acontecimiento, en la casa de su tía D partieron una torta y le prepararon una comida, después de lo cual se fueron para la casa. Indicó que ese día JEL le propuso que fueran al apartamento que tiene en el Barrio (...), a lo cual le respondió que no, que no quería ir, por lo cual JEL le dijo a su tía D que tenía que salir a hacer algunas diligencias, regresando hasta por la noche.

Indicó que en otras ocasiones en que fue a la residencia de su tía D, pues prácticamente permanecía allí, JEL le decía que si salía con él a hacer diligencias, a lo cual le contestaba que no quería eso, y seguía negándose pese a la insistencia, después de lo cual ella se iba para su casa. Aclaró que no le gustaba salir a hacer diligencias con JEL, <<porque las diligencias que tenía que hacer, le decía a mi tía era que tenía que hacer diligencias y era para terminar de abusar de mí>>, o sea, se refiere <<a que él quería hacer lo mismo que había hecho conmigo desde el principio>>, es decir, “abusar de mí, pero como él decía que allá no podíamos porque después nos veían, entonces él decía que nos fuéramos

para otro lado, que nos fuéramos donde él tiene el apartamento>>.

Aclaró que para ella la expresión <<abusar de mí>>, significa <<que él quiere estar conmigo>>, lo que no logró hacer <<porque yo no iba con él>>.

Posteriormente dijo que lo que JEL le hacía cuando abusaba de ella era <<bajarme los pantalones y besarme, yo le decía que no me besara y él seguía y seguía y yo le decía que no más, que no más>>.

Finalmente, ante una pregunta de la funcionaria de conocimiento sobre el entendimiento de la menor en relación con la expresión abusar, dijo que para ella abusar es <<que lo cojan a uno a la fuerza y le hagan lo que JEL me hizo a mí>>, y pese a que se le solicitó reiteradamente que aclarara de manera específica qué fue lo que JEL hizo con ella, respondió que no quería decirlo.

Si bien podría llegar a concluirse que no fue muy explícito el relato efectuado por la joven víctima en lo relacionado con el entendimiento que tenía sobre el término abusar de ella, es lo cierto que del mismo sin dificultad se colige que el acusado aprovechó la presencia de la joven en su casa de habitación, que buscó la manera de quedarse solo con ella y una vez logrado esto la cogió a la fuerza, la tiró sobre la cama, la desnudó de la cintura para abajo y la accedió carnalmente contra su voluntad.

Sobre dicho medio de conocimiento, el Juzgador ad quem consideró que

...la menor hizo imputaciones en contra del acusado consistentes en haber sostenido relaciones sexuales con ella contra su voluntad y si bien no refirió ante el juzgador la mecánica de la sexualidad, sí dio a entender que ese fue el obrar del acusado, que lo hizo en varias oportunidades y que ello le afectó profundamente. Ahora a pesar de que se abstuvo de suministrar detalles explicativos de lo que ella entendía por abuso y que mantuvo esa postura aún ante los requerimientos de la Fiscalía y de la defensa, de ese

hecho no puede inferirse que las conductas punibles por ella reportadas no existieron, pues lo que se impone es una valoración integral del recaudo probatorio para llegar a una conclusión definitiva (se destaca).

Para la Corte la consideración del Tribunal no podía ser diversa, no solamente por constituir un mandato legal, en cuanto al deber del juzgador de apreciar las pruebas en conjunto (art. 380 del Código de Procedimiento Penal), sino porque siguió fielmente la jurisprudencia sentada sobre dicho particular, toda vez que en cuanto tiene que ver con el testimonio de menores víctimas de abuso sexual, la Corte (Cfr. CSJ SP 26 en. 2006, rad. 23706) , en consideraciones que ahora se reiteran, se ha ocupado del tema en los siguientes términos:

En cuanto a esto se tiene que la Corte a través de sus últimos pronunciamientos sobre este tema, ha venido sosteniendo que no es acertado imponer una veda o tarifa probatoria que margine de toda credibilidad el testimonio de los menores, así como el de ninguna otra persona por su mera condición, como suele ocurrir con los testimonios rendidos por los ancianos y algunos discapacitados mentales, con fundamento en que o bien no han desarrollado (en el caso de los niños o personas con problemas mentales) o han perdido algunas facultades sico-perceptivas (como ocurre con los ancianos). Sin embargo, tales limitaciones per se no se ofrecen suficientes para restarles total credibilidad cuando se advierte que han efectuado un relato objetivo de los acontecimientos.

La primera premisa que conduce a esa conclusión tiene que ver con que la ley penal no impone restricción en ese sentido. En el caso específico del testimonio de los menores de 12 años, por ejemplo, actualmente no existe prevención al respecto, ni en la Ley 600 de 2000 -que rige este asunto- (artículo 266), ni en la 906 de 2004 (383, inciso segundo), distinta a la de que en las dos legislaciones se precisa que cuando depongan sobre los hechos no se les recibirá juramento y que durante esa diligencia deberán estar asistidos -

en lo posible- por su representante legal o por un pariente mayor de edad.

De modo que como cualquier otra prueba de carácter testimonial, la declaración del menor, que es el tema que incumbe para los fines de esta decisión, está sujeta en su valoración a los postulados de la sana crítica y a su confrontación con los demás elementos probatorios del proceso, sin que se encuentre razón válida para no otorgar crédito a sus aportes objetivos bajo el pretexto de una supuesta inferioridad mental.

En sentencia del 19 de julio de 1991, la Sala señaló que “si por testimonio cabe entender, jurídicamente hablando, los hechos, circunstancias o cosas que se ponen en conocimiento de la autoridad respectiva y que interesan a una investigación o a un proceso, no se ve por qué un menor esté incapacitado para testimoniar”. Credibilidad en el plano jurídico que, además, es el reflejo de las relaciones interpersonales con los infantes, pues resultaría inaudito llegar al extremo de que, únicamente porque aun no han desarrollado a plenitud sus facultades mentales, físicas y éticas, sus relatos merezcan el repudio absoluto de la colectividad, si se evidencia que tienen la capacidad de ilustrar objetivamente sobre unos hechos.

Posteriormente, la Sala también se refirió al punto cuando se pretendió descalificar su confiabilidad por razón de que legalmente no se exigiera que el testimonio fuera rendido bajo juramento; no obstante, se concluyó que tal situación tampoco era suficiente para ello, previo el siguiente raciocinio:

‘2.-La ley procedimental de 1971 (Decreto 409) en su artículo 237, contiene una orientación igual a la del artículo 282 del Decreto 2700 de 1991. En el interregno (Decreto 050/87), nada se especificó sobre testimonios de menores de edad²⁴. De ahí que con antecedente tal y con el silencio subsiguiente se continuó, como costumbre, prescindiéndose del juramento (el niño no comprende la trascendencia de esa conminación, no es objeto de sanción penal de falso testimonio, una y otra pueden incidir

en la espontaneidad de su dicho, etc.) buscándose ambientar adecuadamente esa intervención y evitar abusos o suspicacias, lo cual se propiciaba con el concurso de su representante legal o, en su defecto, de un pariente cercano. La jurisprudencia ha estimado esa práctica como ajena a incorrecciones y encuentra el tema como aspecto de mermada entidad, insuficiente para perder por una supuesta formalidad legal, la eficacia de una versión así producida, apreciándose así su imprescindible substancialidad. No falta quien anote que el texto del artículo 282 viene a mantener una continuidad legislativa necesaria y conveniente. En situación tal, no es dable pensar ni en un vacío que deba apreciarse como que la persona de reducida edad debe prestar juramento so pena de resultar ilegal su declaración y perder ésta, por tanto, todo mérito' 25 (subrayas fuera de texto).

Esta misma línea jurisprudencial se reiteró en decisión ulterior, con sustento en lo siguiente:

'El juramento del testigo es apenas una facultad de compulsión que la ley autoriza para procurar su vinculación con la verdad de lo percibido, lo cual permite amonestarlo sobre la importancia moral y legal del acto, al igual que de las sanciones penales a que se haría acreedor si declarare falsamente o incumple lo prometido (Art. 285 C. P. P.). En el caso del menor de 12 años, precisamente por su corta edad, la ley optó por no compelerlo con una formalidad por la cual aún no está en capacidad de responder, porque, en últimas, jurídicamente no interesa tanto que el testigo haya faltado al compromiso moral sino que haya violado un vínculo legal para ocultar o desdibujar la verdad que conoce, conducta que es la que lo podría conducir a una sanción penal.

'Así pues, aunque el juramento apunta a garantizar la verdad en la declaración del testigo, la ausencia del mismo no significa que el deponente voluntariamente no pueda ser fiel a la misma, como evidentemente puede ocurrir en el caso del menor de 12 años. De igual manera, si la importancia del juramento es más funcional que de regularidad de

la diligencia (de hecho en otras legislaciones no existe y sólo se acude a las advertencias previas de las consecuencias legales), imponerlo artificiosa o equivocadamente al menor, siempre y cuando no se le trate de obligar a declarar en contra de las personas incluidas en el círculo de protección legal, no tiene repercusión en la validez del testimonio, pues lo que sigue, se repite, es la evaluación crítica del testimonio por los funcionarios judiciales, ya que las conminaciones penales están excluidas de antemano por la excepción que hace el artículo 282 del C. de P. P. y no por voluntad judicial.

‘Igualmente, como la exoneración que la ley hace del juramento al menor de 12 años tiene que ver con el riesgo asumido para que el testigo diga espontáneamente la verdad, si lo quiere, también con toda relatividad se prevé que aquél pueda estar asistido para garantía de un trato libre y no compulsivo, en lo posible, por el representante legal o un pariente cercano.’²⁶.

Así las cosas, razonable es colegir, de acuerdo con los antecedentes jurisprudenciales sobre la materia, que el testimonio del menor no pierde credibilidad sólo porque no goce de la totalidad de sus facultades de discernimiento, básicamente porque cuando se asume su valoración no se trata de conocer sus juicios frente a los acontecimientos, para lo cual sí sería imprescindible que contara a plenitud con las facultades cognitivas, sino de determinar cuan objetiva es la narración que realiza, tarea para la cual basta con verificar que no existan limitaciones acentuadas en su capacidad sico-perceptiva distintas a las de su mera condición, o que carece del mínimo raciocinio que le impida efectuar un relato medianamente inteligible; pero, superado ese examen, su dicho debe ser sometido al mismo rigor que se efectúa respecto de cualquier otro testimonio y al tamiz de los principios de la sana crítica.

Por esa razón, en la última decisión referida, con relación a dicha probanza se precisó que:

‘...si la legislación procesal penal autoriza la convocatoria del menor de 12 años como testigo dentro del proceso, no son posibles de lege ferenda aquellos juicios anticipados que sugiere el demandante y expone también el Procurador Delegado, en el sentido de que una persona de esa edad no puede ser fiel a las impresiones que recibe durante el desarrollo de un acontecimiento cualquiera, dado que su capacidad de concentración es dispersa y también es limitada su comprensión de lo que ocurre en el mundo exterior. Si esto fuera tan fatal y categórico como se insinúa, de una vez el legislador hubiera descartado como testigos a los menores de 12 años, pero, por el contrario, la psicología experimental enseña que la minoría de edad, la vejez o la imbecilidad no impiden que en determinado caso se haya podido ver u oír bien.

‘Por ello, cualquier persona, sin importar su condición, de la cual se pueda pregonar que de alguna manera estuvo en contacto con los hechos pasados, debe ser admitida como testigo dentro del proceso, obviamente sin perjuicio del valor probatorio que los funcionarios judiciales en su oportunidad le puedan adjudicar al testimonio, en relación con las características personales de aquellos de quienes proviene y otros criterios legalmente dispuestos (C. P. P., Arts. 254 y 294)’²⁷.

Es más, como se precisa en la anterior providencia, la exclusión del mérito que ofrece el testimonio del menor desatiende estudios elaborados por la sicología experimental y forense, por lo que se puede concluir que una tal postura contraviene las reglas de la sana crítica, en cuanto el juicio del funcionario debe mostrarse acorde con los postulados científicos. Estudios recientes realizados por profesionales de esas áreas, indican que no es cierto que el menor, a pesar de sus limitaciones, no tiene la capacidad de ofrecer un relato objetivo de unos hechos y muy especialmente cuando lo hace como víctima de abusos sexuales²⁸.

De acuerdo con investigaciones de innegable carácter científico, se ha establecido que cuando el menor es la víctima de atropellos sexuales su dicho adquiere una especial

confiabilidad. Una connotada tratadista en la materia, ha señalado en sus estudios lo siguiente:

‘Debemos resaltar, que una gran cantidad de investigación científica, basada en evidencia empírica, sustenta la habilidad de los niños/as para brindar testimonio de manera acertada, en el sentido de que, si se les permite contar su propia historia con sus propias palabras y sus propios términos pueden dar testimonios altamente precisos de cosas que han presenciado o experimentado, especialmente si son personalmente significativas o emocionalmente salientes para ellos. Es importante detenerse en la descripción de los detalles y obtener la historia más de una vez ya que el relato puede variar o puede emerger nueva información. Estos hallazgos son valederos aún para niños de edad preescolar, desde los dos años de edad. Los niños pequeños pueden ser lógicos acerca de acontecimientos simples que tienen importancia para sus vidas y sus relatos acerca de tales hechos suelen ser bastante precisos y bien estructurados. Los niños pueden recordar acertadamente hechos rutinarios que ellos han experimentado tales como ir a un restaurante, darse una vacuna, o tener un cumpleaños, como así también algo reciente y hechos únicos. Por supuesto, los hechos complejos (o relaciones complejas con altos niveles de abstracción o inferencias) presentan dificultad para los niños. Si los hechos complejos pueden separarse en simples, en unidades más manejables, los relatos de los niños suelen mejorar significativamente. Aún el recuerdo de hechos que son personalmente significativos para los niños pueden volverse menos detallistas a través de largos períodos de tiempo.

‘Los niños tienen dificultad en especificar el tiempo de los sucesos y ciertas características de las personas tales como la edad de la persona, altura, o peso. También pueden ser llevados a dar un falso testimonio de abuso ya que, como los adultos, pueden ser confundidos por el uso de preguntas sugestivas o tendenciosas. Por Ej. El uso de preguntas dirigidas, puede llevar a errores en los informes de los niños, pero es más fácil conducir erróneamente a los niños acerca de ciertos tipos de

información que acerca de otros. Por ejemplo, puede ser relativamente fácil desviar a un niño de 4 años en los detalles tales como el color de los zapatos u ojos de alguien, pero es mucho más difícil desviar al mismo niño acerca de hechos que le son personalmente significativos tales como si fue golpeado o desvestido. La entrevista técnicamente mal conducida es una causa principal de falsas denuncias.

‘Habría que captar el lenguaje del niño y adaptarse a él según su nivel de maduración y desarrollo cognitivo para facilitar la comunicación del niño. Por Ej. Los niños pequeños pueden responder solamente aquella parte de la pregunta que ellos entienden, ignorando las otras partes que pueden ser cruciales para el interés del adulto. Por lo tanto es conveniente usar frases cortas, palabras cortas, y especificar la significación de las palabras empleadas. Los entrevistadores también necesitan tener en cuenta que a veces, la información que los niños intentan aportar es certera, pero su informe acerca de esto puede parecer no solo errónea, sino excéntrica (burda) para un adulto. Por ejemplo, un chico puede decir que “un perro volaba” sin decir al entrevistador que era un muñeco que él pretendía que pudiera volar.

‘El diagnóstico del Abuso Sexual Infantil se basa fuertemente en la habilidad del entrevistador para facilitar la comunicación del niño, ya que frecuentemente es reacio a hablar de la situación abusiva...’²⁹.

A partir de investigaciones científicas como la anterior, se infiere que el dicho del menor, por la naturaleza del acto y el impacto que genera en su memoria, adquiere gran credibilidad cuando es la víctima de abusos sexuales.

Por otro lado, la tendencia actual en relación con la apreciación del testimonio del infante víctima de vejámenes sexuales es contraria a la que se propugna en el fallo impugnado, atendido el hecho de que el sujeto activo de la conducta, por lo general, busca condiciones propicias para evitar ser descubierto y, en esa medida, es lo más frecuente que sólo se

cuenta con la versión del ofendido, por lo que no se puede despreciar tan ligeramente.

Pero, además, desconocer la fuerza conclusiva que merece el testimonio del menor víctima de un atentado sexual, implica perder de vista que dada su inferior condición –por encontrarse en un proceso formativo físico y mental- requiere de una especial protección, hasta el punto de que, como lo indica expresamente el artículo 44 de la Carta Política, sus derechos prevalecen sobre los demás y, por lo tanto, su interés es superior en la vida jurídica.

Precisamente, en cuanto al denominado interés superior que ha adquirido el menor en la sociedad, oportuno se ofrece destacar lo que la Corte Constitucional puntualizó en la sentencia T-408/95, de cuyo texto se puede dimensionar la evolución de su rol en el devenir histórico:

‘El denominado “interés superior” es un concepto de suma importancia que transformó sustancialmente el enfoque tradicional que informaba el tratamiento de los menores de edad. En el pasado, el menor era considerado “menos que los demás” y, por consiguiente, su intervención y participación, en la vida jurídica (salvo algunos actos en que podía intervenir mediante representante) y, en la gran mayoría de situaciones que lo afectaban, prácticamente era inexistente o muy reducida.

‘Con la consolidación de la investigación científica, en disciplinas tales como la medicina, la psicología, la sociología, etc., se hicieron patentes los rasgos y características propias del desarrollo de los niños, hasta establecer su carácter singular como personas, y la especial relevancia que a su status debía otorgar la familia, la sociedad y el Estado. Esta nueva visión del menor se justificó tanto desde una perspectiva humanista – que propende la mayor protección de quien se encuentra en especiales condiciones de indefensión –, como desde la ética que sostiene que sólo una adecuada protección del

menor garantiza la formación de un adulto sano, libre y autónomo. La respuesta del derecho a estos planteamientos consistió en reconocerle al menor una caracterización jurídica específica fundada en sus intereses prevalentes. Tal reconocimiento quedó plasmado en la Convención de los Derechos del Niño (artículo 3°) y, en Colombia, en el Código del Menor (Decreto 2737 de 1989). Conforme a estos principios, la [Constitución Política](#) elevó al niño a la posición de sujeto merecedor de especial protección por parte del Estado, la sociedad y la familia (artículos 44 y 45)'30

(subrayas fuera de texto).

Los conceptos a los que se ha hecho referencia no pueden ser vacíos y abstractos; por el contrario, tienen manifestaciones concretas en el mundo jurídico y de ello no está alejado el ámbito penal. De esa forma, se ha sostenido que en las actuaciones de esta naturaleza en donde se vea involucrado un menor, bien como acusado o como víctima, es necesario brindarle una protección especial que impida su discriminación. Precisamente cuando sean sujetos pasivos de conductas punibles sexuales, ello se traduce, como también lo resalta la Corte Constitucional, en que:

‘Las autoridades judiciales que intervengan en las etapas de investigación y juzgamiento de delitos sexuales cometidos contra menores deben abstenerse de actuar de manera discriminatoria contra las víctimas, estando en la obligación de tomar en consideración la situación de indefensión en la cual se encuentra cualquier niño que ha sido sujeto pasivo de esta clase de ilícitos.

‘En efecto, en la mayoría de estos casos, los responsables del abuso sexual son personas allegadas al menor, aún con vínculos de parentesco, lo cual dificulta enormemente la investigación del ilícito. Es usual asimismo que la víctima se encuentre bajo enormes presiones psicológicas y familiares al momento de rendir testimonio contra el agresor.

‘De tal suerte que constituiría acto de discriminación cualquier comportamiento del

funcionario judicial que no tome en consideración la situación de indefensión en la que se encuentra el menor abusado sexualmente, y por lo tanto dispense a la víctima el mismo trato que regularmente se le acuerda a un adulto, omita realizar las actividades necesarias para su protección, asuma una actitud pasiva en materia probatoria, profiera frases o expresiones lesivas a la dignidad del menor o lo intimide o coaccione de cualquier manera para que declare en algún u otro sentido o para que no lo haga. Tales prácticas vulneran gravemente la Constitución y comprometen la responsabilidad penal y disciplinaria del funcionario que las cometa.

‘En este orden de ideas, el interés superior del niño conduce necesariamente a que los funcionarios judiciales modifiquen su actitud pasiva frente al menor víctima de delitos sexuales en el curso de un proceso judicial, absteniéndose de cualquier práctica discriminatoria’³¹ (subrayas fuera de texto).

Asimismo, en cuanto tiene que ver con <<el testimonio de la víctima, menor de edad, en los delitos de violencia sexual>>, la Corte Constitucional³² indicó:

“La sentencia T-554 de 2003³³ señaló que en los procesos penales donde las víctimas sean menores de edad el decreto, la valoración de las pruebas periciales y la construcción de los indicios, deben estar siempre orientados por la salvaguarda del interés superior del niño, recogido en el artículo 20 del Código del Menor y en varios tratados y declaraciones internacionales. Este principio regulador de la normativa de los derechos del menor se funda en la dignidad misma del ser humano y en las características propias de los niños y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

“La sentencia T-554 de 2003 expuso, igualmente, que cuando se trata de la investigación de delitos sexuales contra menores, la prueba indiciaria adquiere gran relevancia. En

efecto, dadas las circunstancias en las que estas infracciones suelen producirse, con víctima y autor solos en un espacio sustraído a la observación por parte de testigos, debe procederse en muchos casos a una prueba de indicios en la que adquiere suma importancia la declaración de la víctima. Comenta la sentencia citando la doctrina española, que en España “existe una jurisprudencia constante del Tribunal Supremo conforme a la cual puede bastar el testimonio de la víctima para desvirtuar la presunción de inocencia cuya vulneración frecuentemente se alega por las defensas en este tipo de delitos”. En tal sentido, ese Tribunal se pronunció en sentencia del 2 de enero de 1996 sosteniendo que “es doctrina de esta Sala que el testimonio de la víctima de un delito tiene aptitud y suficiencia para enervar el principio de presunción de inocencia”³⁴.

“Reitera entonces la Sala que, en los casos en los cuales sean menores las víctimas de la violencia sexual, estos principios adquieren una mayor relevancia y aplicación, es decir, la declaración de la víctima constituye una prueba esencial en estos casos y como tal tiene un enorme valor probatorio al momento de ser analizadas en conjunto con las demás que reposan en el expediente”.

Como ya ha sido advertido, en el presente caso, y sin perder de vista los referidos pronunciamientos jurisprudenciales, ciertamente, después de revisar los registros de audio y video de lo acontecido durante el juicio oral, encuentra la Corte que el testimonio de la citada menor no es constituido tan sólo por lo que refirió verbalmente en el juicio oral, sino también por lo que dijo en su denuncia, origen de la investigación, la cual fue incluida en el dictamen pericial rendido por la médico forense, lo que manifestó ante la psicóloga del CTI, y lo que le refirió a su progenitora, pruebas éstas que fueron no solamente conocidas oportunamente por la defensa, sino debatidas públicamente en la audiencia de juicio.

Así resulta claro que en relación con el testimonio de la víctima las garantías de contradicción y confrontación no se vieron afectadas, pues la joven entrevistada por

las profesionales de la medicina y la psicología que la valoraron en cada una de sus áreas específicas, concurrió al juicio a declarar brindándole a la defensa la oportunidad de contrainterrogarla sobre todas y cada una de las manifestaciones anteriormente realizadas, y en las cuales se fundamentó la acusación, las cuales no solamente podían ser utilizadas para refrescar la memoria o impugnar su credibilidad, sino, conforme ha sido indicado por la Sala en el referido pronunciamiento del 28 de agosto de 2013, <<como elemento de juicio para el mejor conocimiento de los hechos, mas no porque la exposición entre al caudal probatorio como prueba autónoma, sino porque se incorpora legítimamente a lo vertido en el juicio por quien la rindió, de suerte que al funcionario judicial le está dado apreciar la cambiante postura del interrogado frente a sus expresiones anteriores. Así lo ha precisado la jurisprudencia de la Corte, al fijar el alcance de las exposiciones realizadas en la investigación y su retractación en el juicio, según la afectación de la garantía de confrontación y en particular, del derecho de contradicción, como una de sus aristas³⁵>>.

Visto entonces que las declaraciones anteriores de la joven podían ser apreciadas por el juzgador, en tanto declaró en el juicio oral, acertó el Tribunal al apreciarlas en conjunto con todas las demás pruebas válidamente practicadas.

Para la Corte el testimonio de la madre de la menor no constituye prueba de referencia, en cuanto señaló lo directamente percibido por ella al momento en que su joven hija le comentó sobre los abusos de que venía siendo víctima por parte del esposo de la tía, que en esos instantes estalló en llanto, y que observó cambios negativos en la conducta de la menor debiendo someterla a terapia psicológica en el Hospital de (...). Pero no sólo eso, refirió también que su hija visitaba con frecuencia la casa del acusado, al punto que algunas veces cuando ella iba a ese lugar la joven se encontraba allí, aspectos con los cuales resulta corroborada la versión de la joven víctima, y acredita asimismo la presencia del indicio de oportunidad para la realización del comportamiento materia de investigación y juzgamiento.

La Fiscalía también hizo comparecer al juicio a la doctora Martha Cecilia Agudelo Yepes, médico forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, con quien introdujo el informe técnico médico legal sexológico rendido en relación con el reconocimiento médico legal sexológico practicado el 24 de febrero de 2006 a la joven SAMS en el cual consta que <<la menor formula denuncia hoy de la cual se extrae : el 21 de diciembre estaba sola en la casa de JEL (56 años) porque la esposa estaba haciendo mercado. Él le decía que le daba plata si se acostaba con él, ella le decía que no, él le bajó los pantalones, le apretó las manos y le hacía el amor, ella gritaba pero no había nadie en la casa. Le hizo el amor varias veces. Eso viene pasando desde el 4 de enero de 2005, nunca sangró, le dolió mucho, la última vez fue el 21 de diciembre>>.

En el referido informe se concluye que <<debido a que el himen de esta paciente no se modifica en caso de ser penetrado por miembro viril, y debido a que ya no es posible recuperar muestras biológicas, en el presente caso se debe tener en cuenta la versión de S. >>.

Con ocasión del interrogatorio a que en el juicio oral fue sometida la referida perito dijo no poder afirmar que el evento narrado por la menor hubiese ocurrido, lo que sucede es que como el himen no cambia, en caso de que haya ocurrido la penetración el examen físico no es el medio para confirmar o descartar si el evento se presentó o no se presentó.

Indicó que según los estudios realizados, el himen dilatable comienza a aparecer en promedio a los 12 años de edad. Como toda situación anatómica, el himen no se vuelve dilatable de un día para otro, sino que es una situación progresiva. Aclara que no cuenta con un estudio que le permita afirmar el momento exacto en que se presenta ese cambio, pero lo cierto es que entre los 11 años y medio y los 12 años comienza a llegar a esa transformación, de modo que es posible que a los 12 años el himen de la menor ya estuviera dilatable, de hecho, cuando la examina a los 13 años de edad, ya la tiene.

Aclaró que según su experiencia, cuando en una niña comienza a haber penetraciones o intento de penetraciones, ella lo vivencia como si se hubiera presentado la penetración así ésta no hubiere ocurrido:

“Lo menciono porque tuve muchas pacientes que referían “me hizo el amor” y “me penetró” aun cuando encontraba hímenes no dilatables, esto para decir que en las primeras experiencias sexuales, lícitas o ilícitas (no estoy enmarcándome en el caso), la vivencia de la paciente puede ser “me penetró”, aun cuando la penetración anatómica como tal, hubiere ocurrido después de varios intentos”.

“De modo que aquí yo lo que puedo decir, es que para el momento de mi examen, en el caso de que esto hubiera ocurrido, no deja huellas. Es posible que en los primeros intentos que hubo no se hubiere dado penetración como tal. Éstas generalmente se dan es con el paso del tiempo. También es posible en que cuando ella refiere que ocurrió la primera, ya estuviera casi a punto de ser dilatable, pero existe esa posibilidad de que los primeros intentos los hubiere interpretado como penetración aun cuando ésta no hubiere ocurrido”.

Del testimonio de la mencionada profesional de la medicina -el cual no podría ser considerado de referencia dado que transmitió hechos directamente percibidos por ella con ocasión del examen que hizo a la joven víctima-, si se lo coteja con el dicho de la menor y de la madre de ésta, se puede establecer sin dificultad ninguna la precisión en torno a las circunstancias de tiempo, modo y lugar de ocurrencia de los sucesos que la defensa extraña, las que no resultan demeritadas por el hecho de que en el cuerpo de la joven no se hubiere encontrado evidencia alguna de haber sido accedida carnalmente de manera reciente, mucho menos huellas de que este acceso hubiere ocurrido mediante violencia física o moral, de una parte, por el tiempo transcurrido entre el episodio que

tuvo lugar en el mes de diciembre y la fecha de presentación de la denuncia en el mes de febrero del año siguiente, y de otra, por la constitución anatómica de la joven que permite el paso del miembro viril sin que se lleguen a presentar desgarros, como fue suficientemente explicado por la forense.

Sobre el particular no puede perderse de vista que el informe técnico médico legal sexológico fue oportunamente conocido por la defensa, no solamente con ocasión del descubrimiento probatorio llevado a cabo en el curso del trámite judicial sobre el que no se presentó objeción ninguna, sino con ocasión de la lectura que del mismo se hizo en el juicio oral, con lo cual a su vez se incorporó el aparte más importante de la denuncia origen de la investigación y el juicio, que igualmente aporta información trascendente para la definición del asunto

La Fiscalía también hizo comparecer al juicio oral a la doctora Teresita Durán Cotes, quien fuera presentada por el fiscal como testigo perito, experto en psicología, una Investigadora Criminalística y a la vez Psicóloga del CTI, quien dijo haber entrevistado a la joven el 22 de noviembre de 2006.

Sobre dicho medio de conocimiento, cabe reseñar que en el juicio oral, después de referir las circunstancias que rodearon la realización de la entrevista con la menor, así como las manifestaciones que ésta le hiciera en desarrollo de la entrevista, dijo, entre otras cosas lo siguiente:

“Bueno, de acuerdo a lo que recuerdo de la entrevista, S. se presenta a la entrevista junto con la mamá. En ese momento me manifiesta que es hija de padres separados hace aproximadamente 9 años. S. comentaba que vivía junto con sus hermanos, 2 hermanos que para la fecha eran una mayor de edad, una mujer y un muchacho de 16 años. Vivía con ellos, con su mamá y con su padrastro. Tenía buena relación con su padre, aunque no compartía la misma vivienda con él, pero que también compartían tiempo y algunas

actividades.

“En términos generales, S. comunicaba unas buenas relaciones intrafamiliares, aunque la mamá hacía mención de algunas dificultades que tenía ella por el comportamiento, porque en el colegio los profesores se quejaban en ocasiones del comportamiento un poquito hostil y agresivo por parte de S que había discutido con ellos y demás, al punto que manifestaba que hubo una época en el colegio en que todos los problemas se dirigían a ella y que a responsabilizarla a ella, pero que en ese momento, en el momento de la entrevista ya eso no estaba ocurriendo.

“Me comentaba que vivía en un apartamento, un apartamento que queda ubicado, si no estoy mal en un segundo piso de una vivienda. Me decía de qué constaba su apartamento, me comentaba cómo estaban ubicadas las camas y demás, qué había en cada uno de los cuartos y, como lo dije anteriormente, también comunicó una buena relación con su señor padre cuando compartía con él algunas actividades, porque no vivía junto con la mamá, la mamá ya compartía su vida con otro compañero sentimental.

“En el momento de la entrevista, S se encontraba cursando el grado quinto de primaria, me comentaron algunas dificultades con el grado primero y segundo, los que había repetido en varias ocasiones y que de ahí en adelante no había tenido ningún otro tipo de dificultad académica, o bueno, dificultad para pasar los años, aunque sí sus notas eran bajas y tenía dificultades con algunas áreas específicas que no recuerdo cuáles son en este momento.

“También se le preguntó a S en cuáles áreas le iba bien, se sentía mejor y se sentía más cómoda, pregunta que ella también contestó, lo cual está consignado en el informe y básicamente eso fue lo que se exploró a nivel académico, que tenía buenas relaciones en términos generales con sus compañeros de curso, dificultad en la relación específicamente con una de sus compañeras, y lo que habíamos hablado anteriormente

de las dificultades que había tenido con los profesores por el área de la disciplina.

“Recuerdo que no presentaba ningún tipo de alteración de salud que fuera como importante o llamativo. La mamá me comentaba que tenía la sospecha de que S estuviera haciendo alergia como a los animales, porque cuando los cargaba como que se brotaba. Tenía algún tipo de manifestación de alergia, básicamente eso es lo que recuerdo.

“Ella tuvo una muy buena apariencia, estaba relacionada con su edad. Iba en buenas condiciones de aseo, de vestido, su actitud fue bastante colaboradora por que ella ofrecía la información que se le estaba solicitando. Básicamente pues estuvo consciente, pues pudo dar respuesta a todas las preguntas que se le estaban formulando, en ese momento estaba alerta. Manifestaba eventos de abuso sexual de parte de JEL a quien ella reconoce como el esposo de la tía D o D, algo así es el nombre. Su relato era coherente. Su relato era consistente. Fue un relato espontáneo, ofreciendo las respuestas a lo que se le preguntaba cuando se necesitaba aclarar alguna información que no estuviera clara. Básicamente esas fueron las observaciones que se hicieron acerca del relato de los hechos materia de investigación para ese momento que recuerde.

Con respecto a los hechos relatados por la menor, indicó:

“Ella relató vivencias de abuso sexual por parte de JEL, a quien reconoce como el esposo, compañero sentimental de la tía D. Manifestaba que estos eventos ocurrían en la casa de él, que él compartía con la tía y con los hijos de ella. Hablaba específicamente de un lugar que era la habitación donde dormía con él. Los hechos como los recuerdo, ocurría que cuando estaban solos, él le daba plata a ella para llevarla a su colegio, entonces ella iba a la casa del señor JEL con alguna frecuencia. En algún momento la mamá le dijo que no volviera a esa casa y ella se puso a llorar y además porque estaba pensando en lo del dinero del colegio.

“Ella manifestaba que su mamá le había dicho que para que no llorara entonces que

volviera a la casa de JEL. JEL le daba ese dinero a cambio de tener favores sexuales por parte de ella.

“Ella manifestaba de hacerme el amor yo le decía que en qué consistía eso y ella me decía que el señor JEL la tumbaba a la cama, la cogía de las muñecas, la cogía a la fuerza, la penetraba por el área vaginal, bajándole los pantalones con violencia. Él se bajaba su ropa también, más o menos hasta la rodilla, la penetraba.

“Ella describía los movimientos del señor encima de ella cuando estaban ocurriendo los eventos de abuso sexual y manifestaba que cuando alguien llegaba, esto ocurría siempre cuando estaban ellos 2 solos, por ejemplo cuando la tía se iba a hacer el mercado o algo así. Que cuando llegaba la tía el señor le decía que se acomodara rápido, el señor se cambiaba de cama y ella se quedaba en la cama donde estaba pues ya después de acomodarse la ropa.

“Hablaban de eventos de abuso sexual que estaban enmarcados en la violencia por parte de este señor, en la resistencia por parte de ella, quien en varias ocasiones me manifestaba que ella le decía que no que no y que no, pero él lo seguía haciendo. Básicamente es lo que recuerdo.

“Bueno, el relato tiene algunos elementos de credibilidad. Por ejemplo, está ubicado en lugares específicos. Ella hablaba de interacciones entre personas, pues definitivamente existen lugares que definitivamente existen. Hablaba de intercambios o conversaciones entre personas. Habla de acciones secuenciales que tienen una lógica. Ella ofrecía los detalles que se le preguntaban y básicamente esos fueron los elementos de credibilidad.

La perito dijo que dentro de ese relato manifestado por la menor, no observó alguna clase de manipulación o inducción a que se diera ese relato, pero sí que en el caso particular

“Existen elementos que se relacionan con algunas de las secuelas de delitos abuso sexual. Básicamente la hostilidad hacia algunas personas, la agresividad hacia algunas personas y el bajo rendimiento académico. Eso fue lo que pude descubrir a partir de esta entrevista que fue un único contacto.

Sobre el referido medio de conocimiento, en opinión de la Corte, el Tribunal acertadamente no sólo lo consideró individualmente sino en conjunto con el resto de las pruebas válidamente practicadas, para concluir que el mismo no podía ser catalogado como prueba de referencia, toda vez que la perito en el juicio oral puso de presente acontecimientos fácticos directamente percibidos por ella con ocasión de la entrevista psicológica realizada a la joven, tales como la manera como se presentó, la colaboración que prestó para responder las preguntas que se le formulaban, la espontaneidad, coherencia y consistencia de sus relatos, para concluir que existían elementos que permitían conferirle credibilidad a su dicho.

Sucede además, que la postura del juzgador de alzada coincide precisamente con el criterio jurisprudencial según el cual en los casos de delitos sexuales, las declaraciones de peritos que conceptúan sobre la credibilidad de los relatos de las víctimas, no pueden ser catalogadas como pruebas de referencia, toda vez que el aspecto por esclarecer con dicho medio de conocimiento no es en manera alguna el supuesto fáctico del delito sino el mérito persuasivo que podría conferirse a la narración de la víctima, a partir de una serie de criterios técnicos y científicos para los cuales ha sido capacitado el perito.

En tal sentido la jurisprudencia de la Corte (Cfr. CSJ SP 21 sept. 2011, rad. 36023) se ha orientado por indicar que

Es decir, en este tipo de valoraciones, el perito suministra su conocimiento personal³⁶, no sobre los hechos que tipifican el delito, sino sobre la confiabilidad que le merece la narración que sobre los mismos le hace el menor, a partir de su formación técnica y

científica y su experiencia en el tratamiento de estos casos, de donde no se trata de una prueba testimonial que merezca el calificativo de referencia, sino de un medio de convicción de índole pericial.

El testimonio del perito, tiene por objeto dar a conocer el análisis técnico desplegado por el experto sobre las manifestaciones de la víctima con base en factores como su comportamiento, actitud, forma de narrar los hechos y varios criterios fijados en los protocolos científicos, en orden a determinar si un menor ha sido o no abusado sexualmente. “Es así que el peritaje está encaminado a ofrecer un elemento de juicio de corte científico que en todo caso, está sometido al tamiz de la sana crítica por parte del funcionario judicial”³⁷.

Y si bien en el caso particular la perito dijo que la fecha en el informe pericial era un aspecto importante del mismo, es claro que en presente evento tal omisión no comporta tema relevante en cuanto la fecha indicada por la profesional en el curso del contrainterrogatorio a que fue sometida por la defensa, correspondió a un asunto que no fue desvirtuado en el interrogatorio realizado en el juicio oral a la menor o a la madre de ésta.

La Corte no puede dejar de reseñar, que si bien no ha de desconocerse que en los niños también resulta posible detectar algún grado de capacidad de faltar a la verdad, pues como ha sido indicado por algún sector de la literatura sobre el tema³⁸, algunas investigaciones evidencian << que los niños pequeños están en capacidad para mentir, de hecho mienten, y los adultos somos incapaces de detectar sus mentiras>>³⁹, tampoco ha de perderse de vista que se pueden presentar problemas <<a la hora de obtener información del menor sobre el acontecimiento; dificultades de naturaleza cognitiva, relacionadas con la competencia del testigo (su susceptibilidad a la sugestión y a la implantación de recuerdos falsos), y dificultades de naturaleza motivacional (intento de engañar), que afectarían a la credibilidad que debemos conceder

a la declaración>>40.

Precisamente para sortear tales dificultades, en relación con la <<evaluación de la credibilidad y de la validez de las alegaciones>>, los doctores María del Rosario Cortés Arboleda y José Cantón Duarte⁴¹, ponen de presente que

“En los casos de agresiones sexuales los adultos suelen conceder una menor credibilidad a los adolescentes que los niños de preescolar (Duggan et al., 1989; Bottoms y Goodman, 1994). Sin embargo, el informe pericial sobre las reacciones típicas de las víctimas de abuso sexual infantil puede influir en un cambio de percepción, haciendo que los efectos de la edad del niño se vean atenuados. Concretamente, los miembros de un jurado confían más en los niños mayores cuando un experto les informa que la conducta presenta síntomas asociados al abuso sexual. El informe pericial proporciona información a jueces y jurados que contrarresta sus creencias previas sobre la capacidad del niño para declarar con exactitud”.

Lo cierto del caso es que con apoyo en la prueba válidamente practicada y debatida en el juicio oral, el Tribunal encontró desvirtuada la presunción de inocencia que constitucionalmente amparaba al acusado JEL, y procedió a proferir sentencia de condena en su contra, sin que a su favor observara la presencia de dudas que ameritaran resolver el asunto en sentido diverso.

En cuanto tiene que ver con la aplicación del imperativo constitucional y legal del in dubio pro reo como resultado de apreciar las pruebas practicadas en la actuación penal, la Corte (Cfr. CSJ SP. Sep. 4 2002, rad. 15884) tiene dicho lo siguiente:

Pero, claro está, que el reconocimiento de un tal principio probatorio, en ninguna forma está significando que para su aplicación sea suficiente su sola afirmación, desconociendo que la contradicción subyacente en el proceso de valoración probatoria se quede en la dinámica primaria de su aducción, ya que, precisamente, su máxima

expresión dialéctica se encuentra es en el juicio que de ellas debe hacer el juzgador, quien como titular de la jurisdicción es el que debe confrontar en su integridad los elementos probatorios allegados legalmente al proceso, para con fundamento y límite en la sana crítica, excepción hecha de aquellos casos en los que eventualmente la ley les reconozca tarifa legal, colija cuáles ameritan probar un hecho y cuáles no, labor intelectual esta que le impone una apreciación, inicialmente individual, pero, acto seguido, como en todo proceso analítico, confrontativa con el universo probatorio válidamente aportado al proceso, única forma de establecer la verdad procesal, pues el grado de certeza no puede ser abstracto sino referido a un objeto determinado, esto es, que el juicio probatorio imprescindiblemente debe fundamentarse en los medios de prueba dinamizados en la correspondiente actividad procesal, resultando intrascendente la sola afirmación de certeza o duda, según el caso, pues lo que importa es su demostración.

6. Este procedimiento, impone, entonces, la elaboración de un juicio probatorio, que de suyo, conlleva un raciocinio, una conclusión, que en el campo valorativo viene a significar la convicción que se tenga sobre la existencia de un hecho o su negación, con el ítem de que en punto de la actividad probatoria procesal, su apreciación no puede partir de hipótesis, sino de hechos probados, los que contradictoriamente valorados, permitan o que todos los medios obtenidos para su demostración conduzcan a una sola verdad o que, por el contrario, su conjunto haga que, de la misma forma, con base en la lógica, la ciencia y la experiencia común, unos de ellos sucumban frente al objeto por demostrar, o que quedando los dos extremos en igual grado de credibilidad, imposibiliten llegar a la certeza sobre la existencia de una determinada conducta, de un hecho o de un preciso fenómeno, pudiendo, entonces, llegarse a uno de los dos extremos viables, o la certeza o la duda de su inexistencia.

7. En todo caso, sea que el sujeto cognoscente llegue a uno y otro grado de credibilidad, lo que no puede ser jurídicamente admisible es que, a priori, se pueda

privilegiar el valor de una determinada prueba, dejando de lado la imprescindible confrontación que se impone concretar con la integridad de su conjunto, ya que cada una de ellas puede contener una verdad, o más precisamente, dar origen a un criterio de verdad, que como tal debe estar predispuesto a ser confrontado con los demás, para que en su universo, integrados todos, sea dable deslindar los que puedan calificarse de lógicos, no contrarios a la ciencia ni a la experiencia, y descartar aquellos que se escapan a estos cánones exigidos por la ley para efectos de la apreciación probatoria, y así, de ellos, sí inferir la conclusión que irá a producir una determinada relevancia jurídica, tanto en lo sustantivo como en lo procesal, por haberse llegado a la certeza sobre el objeto que se pretende demostrar, o por el contrario, a la duda sobre el mismo.

De manera que, en este caso, atendiendo lo términos en que se formula la demanda, los reparos propuestos por la recurrente no denotan nada diverso de la simple y llana oposición al sentido del fallo del Tribunal tan sólo porque se le dio la razón a la Fiscalía y no a la defensa cuando aquella recurrió en apelación, pero no la seria demostración de que el juzgador de alzada hubiere incurrido en un concreto error de apreciación probatoria que diera lugar variar los supuestos fácticos en que se sustentó la sentencia de segunda instancia.

Como quiera entonces que no le asiste razón a la recurrente en la formulación de la censura, el cargo no prospera.

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

RESUELVE:

- 1.- NO CASAR la sentencia recurrida.
- 2.- ADVERTIR que contra esta decisión no proceden recursos.

Notifíquese y cúmplase.

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 En las decisiones de la Sala se omite el nombre completo de los menores en protección de sus derechos fundamentales conforme a los artículos 15 y 44 de la Constitución Política, en armonía con los artículos 33, 47 numeral 8 y 193 numeral 7 de la Ley 1098 de 2006

2 Fls. 127-134 carpeta original.

3 Fls. 60 y ss. carpeta original.

4 Cfr. Fls. 4 y 5 cno. Corte.

5 Ley 906 de 2004, artículo 6, en armonía con los artículos 275, 276, 277, y 382.

6 Ídem, artículo 18 y 377.

7 Ídem, artículo 9, en armonía con el 145.

8 Ídem, artículo 431

9 Jauchen, Eduardo M. “Tratado de la prueba en materia penal”, Rubinzal-Culzoni, 2004, Pág. 544; López Barja Quiroga, Jacobo. “Tratado de derecho Procesal Penal”, Thomson-Aranzadi, 2005, Pág. 353.

10 Ley 906 de 2004, artículo 15.

11 Ídem, artículo 378.

12 Jauchen, Eduardo M. Ob. Cit. Pág. 545; López Barja Quiroga, Jacobo. Ob. Cit. Pág. 346.

13 En relación con el principio de inmediación, a que se alude en los artículos 16 y 379 de la Ley 906 de 2004, la Corte (CSJ SP 12 dic. 2012, rad, 38512), recogió la jurisprudencia anterior sobre el particular, y precisó que <<nunca la sola afirmación de que el juez encargado de emitir el fallo –o su sentido– es distinto de aquel encargado de presenciar la práctica probatoria trascendente, puede conducir a la anulación del juicio oral, consecuencia que, de solicitarse, obliga demostrar grave afectación de otros derechos o principios fundamentales>>.

14 Jauchen, Eduardo M. Ob. Cit. Pág. 546; López Barja Quiroga, Jacobo. Ob. Cit. Pág. 349.

15 Ley 906 de 2004, artículo 17.

16 Jauchen, Eduardo M. Ob. Cit. Pág. 544; López Barja Quiroga, Jacobo. Ob. Cit. Pág. 348.

17 Ley 906 de 2004, artículos 372 a 441.

18 Cfr. CSJ SP, dic. 12 2012, rad 38512.

19 Chiesa opina sobre el tema: “La prueba de referencia consiste en recibir como evidencia una declaración que se hizo por fuera de la vista o juicio en el que se ofrece, justamente para probar que tal declaración es verdadera.” Y acota que el hecho de que no esté sujeta a confrontación “... explica ya la razón de ser de la regla general de exclusión de la prueba de referencia: que la parte afectada o perjudicada con la declaración no ha tenido oportunidad de confrontarse con el declarante... se excluye la prueba de referencia por su falta de confiabilidad, por su dudoso valor probatorio, y no por ninguna otra consideración [es decir] no tiene las garantías de confiabilidad de la que se produce mediante testimonio en corte, a saber: i) hecha en el propio tribunal en el que se ofrece como evidencia, ii) bajo juramento, iii) frente a la parte perjudicada por la declaración, iv) frente al juzgador que ha de aquilatar su valor probatorio y, v) sujeta al contrainterrogatorio por las partes que tengan a bien hacerlo.” Tratado de derecho probatorio, tomo II, Publicaciones JTS, primera edición, 2005, páginas 565-566.

20 Cfr. providencias del 24-11-05 Rad. 24323, 30-03-06 Rad. 24468 y 27-02-13 Rad. 38773, entre otras.

21 Nótese cómo el artículo 16 de la Ley 906 de 2004 establece que “En el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento” (se destaca).

22 Al efecto el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado en Colombia por la Ley 74 de 1968, establece que toda persona acusada de un delito, tendrá derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los de descargo y a que éstos sean interrogados en las mismas condiciones de los testigos de cargo.

De igual modo, el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, aprobada en Colombia por la Ley 16 de 1972, reconoce el derecho de todo acusado a interrogar a los testigos presentes en el Tribunal y a obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos.

Asimismo, el artículo 6, numeral 3, literal d, del Convenio Europeo de Derechos Humanos, prevé que todo acusado tiene, como mínimo, el derecho 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.

23 Como así acontece en el caso de los testimonios de menores de edad que han sido víctimas de delitos contra la libertad sexual

24 Hoy, artículos 266 de la Ley 600 de 2000 y 383, inciso segundo, de la 906 de 2004.

25 Sentencia de fecha 3 de octubre de 1994; Rad. 8700.

26 Sentencia de fecha 29 de julio de 1999; Rad. 10615.

27 Ibídem.

28 “La credibilidad del testimonio infantil ante supuestos de abuso sexual: indicadores psico sociales”, tesis doctoral presentada por Josep Ramón Juárez López, ante la

Universidad de Girona, Italia, año 2004.

29 “Violencia familiar y abuso sexual”, capítulo “abuso sexual infantil”.
Compilación de Viar y Lamberti. Ed. Universidad del Museo Social de Argentina, 1998.

30 Corte Constitucional, sentencia de tutela T-408 del 12 de septiembre de 1005.

31 Corte Constitucional, sentencia T-554 del 10 de julio de 2003.

32 Corte Constitucional, sentencia T-458 del 7 de junio de 2007.

33 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

34 Cancio Meliá, M., “los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales en el nuevo Código Penal Colombiano. Algunas reflexiones político-criminales y de derecho comparado”, Derecho Penal y Criminología, Edit. Universidad Externado de Colombia, Diciembre de 2000, p. 75.

35 Providencias de 9 de noviembre de 2006. Radicación 25738 y de 17 de marzo de 2010. Radicación 32829, entre otras.

36 Casación 29606 del 17 de septiembre de 2008.

37 Casación 30612 del 3 de febrero de 2010.

38 HASIP Jaume. GARRIDO Eugenio. LA EVALUACIÓN DEL ABUSO SEXUAL INFANTIL.
Editorial MAD, S. L. 2007. Sevilla. España.

39 Ob. Cit. Pág. 98.

40 Ob. Ct. Pág. 100

41 GUÍA PARA LA EVALUACIÓN DEL ABUSO SEXUAL INFANTIL. Ediciones Pirámide.
Madrid. 2008. Págs. 262 y 263.