

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Magistrado ponente

SP791-2019

Radicación n.º 47140

Acta 65

Bogotá, D. C., trece (13) de marzo de dos mil diecinueve (2019).

VISTOS:

Resuelve la Corte el recurso de casación interpuesto por el defensor de Fauner Martínez Cristancho.

HECHOS:

Fauner Martínez Cristancho, de 34 años, y AMCA, menor de 14 años, tuvieron una breve relación amorosa a fines del año 2011. La niña, quien forma parte de un hogar desestructurado por la ausencia de su madre, hacía gala de cierta autonomía no propia de su edad: no tenía mayor control de su padre, ni le obedecía, y en ejercicio de esa relativa libertad se ausentaba en las noches, quedándose en una de ellas en la habitación de su novio, donde, según manifestó a sus allegados, tuvo relaciones sexuales con él bajo los efectos del alcohol, que luego aseguró lo dijo por rabia ante la relación que Martínez Cristancho sostenía con su prima.

ACTUACION PROCESAL:

1.- El 7 de mayo de 2013, ante el Juzgado Tercero Penal Municipal de Duitama, se legalizó la captura, imputación e imposición de medida de aseguramiento contra Fauner Martínez Cristancho, por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años (artículo 208 del Código Penal).

2.- El 25 de junio del mismo año, se radicó el escrito de acusación. El Juzgado Primero Penal del Circuito de la misma sede, llevó a cabo la audiencia correspondiente el 24 de julio siguiente.

3.- El 15 de noviembre de 2013 se realizó la audiencia preparatoria, y el juicio oral se inició el 24 de febrero de 2014, actuación que se prolongó hasta el 5 de febrero de 2015, día que se anunció el sentido absolutorio del fallo e igualmente se profirió la sentencia correspondiente.

4.- Esta determinación fue recurrida por la fiscalía, siendo revocada por la Sala Única del Tribunal de Santa Rosa de Viterbo, mediante sentencia del 9 de septiembre de 2015. Le impuso a Fauner Martínez Cristancho 144 meses de prisión y por el mismo lapso la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, al declararlo responsable como autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años (artículo 208 del Código Penal).

5.- La defensa interpuso contra esta decisión el recurso extraordinario de casación.

DEMANDA DE CASACIÓN:

Con fundamento en la causal tercera de casación formula un cargo, por haber incurrido el juzgador en manifiestos errores de apreciación probatoria (artículo 181 numeral 3 de la Ley 906 de 2004).

Según el recurrente, el Tribunal infringió las reglas de la sana crítica al considerar que el

testimonio que rindió la menor A.M.C.A en el juicio no era creíble.

Luego de referirse a la presunción de inocencia, cuestiona que el Tribunal haya afirmado que la declaración que la menor ofreció en el juicio es una retractación a los relatos que entregó a la sicóloga y a la médica forense, y que estas versiones debían preferirse a la del juicio oral.

En su criterio, esta conclusión es el producto de un error de hecho por falso juicio de existencia por suposición, al “dar por probados hechos con base en enormes suposiciones que no devienen directa o indirectamente de las pruebas recaudadas,” lo cual denota la ilegalidad del fallo y la necesidad de reestablecer la sentencia absolutoria de primer grado.

Para sustentar sus afirmaciones, transcribe apartes de la declaración de la menor en el juicio, de la cual resaltó: (i) la existencia del noviazgo de la niña con el acusado, a quien le dijo que tenía 15 años, (ii) la aceptación de invitaciones, incluida una a la habitación de Fauner Martínez Cristancho, lugar al que fue acompañada por su hermano, (iii) la razón de la sindicación, originada en celos por el noviazgo de su ex novio con su prima, y (iv) el reconocimiento de que entre Fauner Martínez Cristancho y la menor no hubo trato sexual, como si lo tuvo con su anterior novio, lo que explica que en el concepto de medicina legal se haya constatado su desfloración antigua.

Dice que, al apreciar la prueba, el Juzgado señaló que la única directa sería la declaración anterior al juicio que la niña entregó a la investigadora del CTI, Ángela Morales Cardozo - cuya incorporación fue negada por el juzgado—, por lo cual ese despacho concluyó que las menciones al presunto abuso ante el sicólogo y la médica son pruebas de referencia, al tener como fuente de conocimiento lo que la menor les contó.

Resalta que, con base en la SP del 9 de noviembre de 2006, Rad, 25738, el Juzgado precisó que la utilidad de las declaraciones anteriores al juicio consiste en servir de medio para refrescar memoria o impugnar credibilidad, por lo cual las versiones que la menor ofreció a

los peritos y a la sicóloga no pueden ser la base de una sentencia de condena.

Considera este juicio más sensato que el del Tribunal. Este, asegura, es producto de errores de apreciación probatoria que incidieron en la aplicación indebida del artículo 208 del Código Penal. Como consecuencia de ello, el Tribunal incurrió en el error de afirmar que “el testimonio rendido por la menor A.M.C.A en juicio oral se trató de una verdadera retractación respecto a las versiones realizadas en otras oportunidades, entre ellas la técnica pericial practicada por la doctora Lizarazo Cordero y la anamnesis rendida ante el profesional de medicina legal” (Resaltado en el texto original).

Tal conclusión, concluye el demandante, irrumpe contra las reglas de la sana crítica.

Insiste que la declaración fuera del juicio que la menor le entregó a la funcionaria del Cuerpo Técnico de Investigación no fue decretada ni incorporada legalmente al proceso, de manera que el juzgado debe atenerse a lo que expresó en el juicio. Por eso considera que al empeñarse en sostener que la verdad se encontraba en lo que la menor les dijo a los expertos, la sicóloga y la médica forense, y no en lo que manifestó en el juicio, el tribunal incurrió en el error que denuncia.

Recuerda, en tal sentido, lo dicho por el Tribunal:

“En este punto cobra especial relevancia el informe pericial psicológico forense realizado e incorporado en juicio por la sicóloga Sonia Yolanda Lizarazo, allí la sicóloga consignó el análisis del relato y transcribió apartes de lo que expuso la menor A.M.C.A durante la entrevista, que lejos de contener un contenido que pueda tacharse de falaz se reviste de una labor propia de la experta sin que pueda adjurarse ánimo de falsedad o razón suficiente para que hubiera inventado tal historia sino que por el contrario, para esta Sala es objetivo y simplemente descriptivo.”

De manera que, concluye el demandante, el Tribunal infringió la regla que indica que las

personas no faltan a la verdad, y en tal sentido supuso, contrario a esa máxima, que la menor si lo hizo, cuando todo indica que pudo actuar por el ánimo de vengarse, al enterarse de que su novio mantenía una relación con su prima.

Agrega que el Tribunal criticó el fallo de primera instancia por no haber considerado la relación sentimental entre la menor y el acusado, acreditada con el testimonio del padre de esta y la “entrevista” de su hermano VRCA. Sin embargo, en su criterio, el Tribunal ignoró que el menor declaró en el juicio que siempre acompañó a su hermana cuando estuvo con Fauner Martínez y que no separó de ella, única manera para concluir que el menor se retractó.

Solicita, en consecuencia, casar la sentencia y dictar el fallo de reemplazo.

AUDIENCIA DE SUSTENTACION

El demandante se atiene a lo consignado en la demanda.

La Fiscalía considera que, según el cargo propuesto, los errores de raciocinio surgen por no otorgarle credibilidad al testimonio que la menor entregó en la audiencia pública, al considerar que se retractó de las declaraciones anteriores al juicio que la niña ofreció a expertos que rindieron su dictamen válidamente en el debate oral.

Para el casacionista, el Tribunal no tuvo en cuenta la regla que dice que quien es ofendido siempre responde con ánimo de venganza, toda vez que la menor se enteró que el acusado tenía una relación con su novia, hecho que explicaría su inicial declaración acusadora.

Para la Fiscalía, entonces, el punto a resolver es si el Tribunal se apartó de las reglas de la sana crítica.

En su opinión, el Tribunal realizó un análisis integral de la prueba y estimó que la menor se

retractó de las imputaciones que hizo en declaraciones anteriores al debate oral: ante la médica, que consignó el detallado relato en la anamnesis, y ante la psicóloga judicial. No ignora que la fiscalía pudo usar la entrevista rendida ante la fiscalía para impugnar la credibilidad ante el sorpresivo cambio de versión de la menor en el juicio, pero con todo y eso, esa situación es inocua, al contar con otros elementos de convicción, tales como el informe médico legal y el dictamen psicológico, que el Tribunal apreció para concluir que estaba frente a una retractación provocada.

Comparte lo dicho por el Tribunal, en el sentido de que las declaraciones anteriores al juicio no son inexistentes, al ser el soporte de una prueba legalmente constituida, como lo prueba el hecho de que las versiones de la menor fueron objeto de análisis pericial. En esa medida es inerte la postura de la defensa al negar que son parte del proceso y que no pueden influir en la decisión. En lo que está de acuerdo es en que no permiten sustentarla definitivamente.

Considera que el vertiginoso cambio en la versión de la menor no podía quedar supeditado a una valoración sesgada, privilegiando la declaración de la menor en el juicio oral, en la que aceptó que tuvo relaciones amorosas, pero no sexuales con el acusado, y que todo lo que expresó lo hizo por rabia al saber de sus amoríos con su prima. Incluso afirmó que le dijo a su novio que era mayor de quince años, con el fin de acreditar un supuesto error de tipo invencible, maniobra que de no haberse apreciado en conjunto con la prueba pericial, los testimonios de los familiares de la víctima y los demás medios acreditados en el juicio, habría que aceptarla a pesar de su evidente y tardía elaboración.

De allí que la regla general de la experiencia que según el casacionista fue desconocida, consistente en que quien es ultrajado generalmente responde desproporcionadamente a la ofensa recibida, lejos de ignorarla fue correctamente aplicada, pues no en vano se consideró inadmisile la contraposición entre el dicho de la menor por fuera del juicio y las versiones rendidas por ella en las que se sustentó el análisis pericial, psicológico y de

medicina legal, dando cuenta de cuándo y cómo ocurrieron las relaciones sexuales, las circunstancias en que sucedieron, y el posible estado de embarazo que dio origen a que contara lo que sucedió.

Fue éste el verdadero ultraje a la menor, que se pretendió acallar por medio de amenazas y llamadas a los familiares, lo cual explica las razones de la retractación.

En fin, la decisión es correcta y en esa medida solicita que no se case la sentencia.

La Procuradora solicita no casar la sentencia.

Para ella, la menor contó a la sicóloga cómo ocurrió el abuso sexual. Esa misma narración la hizo a la médica forense, quien constató su desfloración antigua. Contrariamente, en el juicio ofreció una versión distinta.

El Tribunal valoró las pruebas y exploró la razón por la cual la niña se retractó. Una de ellas fue la declaración de su prima, quien también tuvo relaciones amorosas con el acusado y contó que éste llamaba a la menor desde la cárcel pidiéndole que lo ayudara, incluso mediante amenazas. El tío igualmente declaró que una hija le contó que otra hija le había avisado de lo que sucedió con A.M.C.A, y les insinuó que denunciaran lo sucedido.

De modo que el Tribunal apreció cada una de las pruebas, llegando a la conclusión de que la retractación de la menor fue una retractación motivada.

Para el apoderado de víctimas, el Tribunal hizo un estudio serio y concluyó que existía prueba de la demostración del hecho y de la responsabilidad del acusado. Si bien la ofendida negó que hubiese tenido relaciones sexuales con el acusado, su versión en juicio dista de ser espontánea, como si lo es la narración que hizo a las primeras personas a quienes informó de lo acontecido.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Primero. A la causal tercera de casación acudió el demandante para denunciar la infracción indirecta de la ley por errores de apreciación probatoria, y concretamente por haber incurrido en errores de hecho que influyeron negativamente en las reglas de la sana crítica.

Al sustentar el cargo el recurrente mezcló menciones a errores de raciocinio y falsos juicios de existencia. No obstante, realmente propone un falso juicio de legalidad, al afirmar que la sentencia se sustentó en declaraciones por fuera del juicio oral realizadas por la menor a la médica legista y a la sicóloga, las cuales solo pueden emplearse para refrescar memoria o impugnar la credibilidad, cuando el testigo acude al juicio oral (SP del 21 de enero de 2017, Rad. 44950).

La Sala examinará, entonces, si el Tribunal apreció y le dio valor de prueba a declaraciones realizadas por fuera del juicio oral, como en últimas lo sugiere el demandante, o si podía emplear las versiones recogidas en los conceptos periciales para estimar el testimonio que la niña ofreció en el juicio.

Segundo. Pruebas practicadas en el juicio:

1.- La menor AMCA declaró en el juicio que sostuvo una relación afectiva con Fauner Martínez Cristancho, más no sexual, como si la tuvo con otro novio, lo cual explicaría la desfloración que constató la médica legista. Señaló que cuando su novio la invitó a su habitación la acompañó su hermano, y que las imputaciones contra el acusado las hizo en un momento de rabia, al enterarse que sostenía una relación con su prima.¹

La fiscalía no impugnó la credibilidad de la niña ni con las entrevistas que rindió ante el investigador José Ulises Romero, ni con las versiones que le ofreció a la médica legista y a la sicóloga. En esto está de acuerdo el fiscal delegado que asistió a la audiencia de

sustentación.

2.- El hermano de AMCA, aseguró que acompañó a su hermana a la habitación del acusado en la que durmieron una noche, y que no sabía si ella, y su prima, tuvieron relaciones amorosas y sexuales con el acusado.

Dijo no recordar lo que expresó en la entrevista que rindió antes del juicio -la cual le fue puesta de presente para impugnar credibilidad—, en la que manifestó que su hermana le contó que había sido objeto de un abuso sexual por parte de su novio.

3.- En su declaración, TYCD, prima de AMCA, declaró que Fauner Martínez Cristancho sostuvo una relación con su prima en el año 2011, y que supo que abusó de ella después de embriagarla. Afirmó que eso le contó su prima y también que el procesado la llamó desde la cárcel para ofrecerle lo que quisiera si lo ayudaba a resolver su situación judicial.

4.- Martín Cendales, tío de AMCA, aseguró conocer a Fauner Martínez Cristancho debido a que su hija TYCD se perdió un día de su casa, encontrándola en la residencia del acusado. Aseguró que con ella no pasó nada, como al parecer si sucedió con su sobrina, quien le contó a su hija, y ésta a su vez a él, que Fauner Martínez Cristancho había abusado de ella.

Manifestó que su sobrina se decidió a denunciar el hecho el día en que lo acompañó hasta la casa de Fauner Martínez Cristancho, cuando sorprendieron al acusado con su prima. Concretamente, sobre este último suceso, manifestó:

“A raíz de esta situación ella comenzó a comentarle a mi hija que este señor la había abusado sexualmente por que era una niña de colegio, de pronto el individuo se aprovechó de ella, a raíz del problema que le comenté ella le comenta a mi hija, y accedió a presentarle la denuncia.”

5.- Declaración de José Berrueta Medina, quien refirió haber ayudado a su suegra a desocupar la pieza en donde vivió Fauner Martínez Cristancho – de la cual sacó un colchón inflable – y a la cual no volvió, al parecer porque le informaron que lo iban a detener.

6.- Testimonio de Angelina Morales Cardozo, quien entrevistó a los menores AMCA y VRCA, con quien se incorporó la entrevista de éste último.

La fiscalía solicitó, con fundamento en los artículos 3º de la Ley 1652 de 2013 y 438 de la Ley 906 de 2004, que estas entrevistas fueran tenidas como prueba de referencia, luego de que la menor A.M.C.A, ofreciera en juicio una versión diferente a las que entregó a los expertos.

El juzgado negó esa pretensión y el Tribunal decidió que, al haber concurrido las menores al juicio, la solicitud de la fiscalía era inadmisibles.² Aclaró que esas declaraciones por fuera del juicio se podían emplear para impugnar credibilidad o refrescar memoria, modalidades que la fiscalía no aprovechó al no haber utilizado tales versiones al interrogar a AMCA.

7.- La psicóloga Sonia Yolanda Lizarazo se refirió a su formación, especialidad y al procedimiento empleado para realizar la valoración que plasmó en el informe que se incorporó al expediente.

Conceptuó lo siguiente:

“la menor estuvo a la defensiva, fue un relato muy puntual, no fue espontáneo, no dio mayores detalles por esa misma evitación de recordar esos hechos, sin embargo, se resalta que los detalles que dio y el contenido básico de los hechos está contenido en las versiones anteriores.

Es de resaltar el apoyo afectivo que hay en el momento del relato, acá hay muchos cambios en la modulación afectiva, acá lo que se manifiesta es principalmente ansiedad, ella estuvo

constantemente frotándose las manos, hubo mayor tiempo de silencios prolongados, evitó o hubo menor contacto visual con la entrevistadora, hubo mayor inquietud motora, esa es la manifestación física de la ansiedad y de la tristeza, referencia del mismo malestar que le generan los hechos. Así el relato no haya sido mucho más amplio si se destacan estos hechos.

8.- Testimonio de la investigadora del Cuerpo Técnico de Investigación, Claudia Jazmín Amaya.

Señaló que entrevistó al hermano menor de la afectada, al tío de ésta, a Jorge Berrueta, a la propietaria del inmueble. Refirió igualmente que practicó la diligencia de inspección a la residencia del acusado (evidencia 3), obtuvo el Registro civil de la menor (evidencia 4), y recogió el informe inicial de psicología que le fue practicado a la menor en la Fundación Luis Antonio Sandoval (evidencia 5), documentos que se incorporaron con su testimonio.

9.- La médica Liliana Yohana Ruíz Camacho practicó el examen forense a la menor: incorporó al mismo la anamnesis y corroboró que la menor presentaba desfloración antigua.

10.- Testimonio del investigador judicial José Ulises Ramos Bernal, quien recibió la entrevista a la menor AMCA, y la denuncia que formuló su tío Víctor Cendales. Con él se incorporó la denuncia criminal, más no la entrevista de la menor.

11.- Por solicitud de la defensa se recibieron los testimonios de Martín Raúl Cendales Castro, papá de la niña afectada, y de Edny Benavides Camargo.

El primero declaró que su hija le comentó de la relación que mantenía con Fauner Martínez Cristancho, y que en sus encuentros estuvo acompañada de su hermano. Supo que su hija tuvo otros novios distintos al acusado.

El segundo dijo haber conocido a Fauner Martínez Cristancho en cursos de inducción de la universidad, y por eso pudo percibir que una niña de nombre Aura Mercedes, de aproximadamente unos 16 años de edad, lo visitaba y llamaba por celular.

Tercero. Argumentos de la decisión de instancia.

El Tribunal, al apreciar el testimonio de la menor AMCA, expresó lo siguiente:

“Valorará el testimonio de la menor AMCA, rendido en desarrollo del juicio oral y su frenética contraposición con la versión que presentó durante la realización del informe pericial psicológico forense la sicóloga Sonia Yolanda Lizarazo Cordero y el informe médico técnico legal sexológico rendido por la médica forense Liliana Yohana Ruíz Camacho.

El testimonio rendido por la menor AMCA en juicio oral se trató de una verdadera retractación respecto de las versiones realizadas en otras oportunidades, entre ellas, la técnica pericial practicada por la doctora Lizarazo Mosquera y la anamnesis rendida ante la profesional de medicina legal.

En el testimonio rendido en el juicio oral, la menor AMCA relató que mantuvo con el procesado una relación sentimental ya que fueron novios por el lapso aproximado de tres meses a finales de 2011, indicó, contrario a lo que expuso ante la sicóloga forense, que no mantuvo relaciones sexuales con aquel, sino que la circunstancia de su desfloración se debía a que antes de Fauner Martínez había tenido un novio; en el juicio indicó: “pues la verdad, pues nada de lo que yo dije pasó, porque lo que yo dije pues fue en un ataque de rabia porque pues yo estaba enamorada de él, yo creo que no es pecado amar a alguien...”

Estas afirmaciones se oponen de manera tajante a escritos de pasada memoria que hacen parte de algunos de los informes técnicos forenses, tales como la versión de la anamnesis consignada en el informe médico legal sexológico elaborado por la médica forense Liliana Yolanda Ruíz Camacho el 13 de marzo de 2012 y en el informe pericial psicológico realizado

por la sicóloga Sonia Yolanda Lizarazo Cordero el 5 de agosto de 2013 en las que reiteró en su relato al cansancio y de manera muy descriptiva incluso, cómo y en donde se realizaron las relaciones sexuales que mantuvo con el procesado durante la relación de noviazgo que duró aproximadamente tres meses....”

En orden a establecer el valor y utilidad de la versión que la menor suministró a la médica y siquiatra, reflexionó de la siguiente manera:

“El punto de discordia es sobre el valor probatorio de las declaraciones rendidas por la menor y que fueron utilizadas por técnicos y profesionales para elaborar sus informes base de opinión pericial, puesto que, para el juez del caso son inexistentes, máxime porque la fiscalía no hizo uso correcto de las entrevistas originales y permitió que quedaran por fuera del juicio.

“Para la Sala, las declaraciones que hizo la víctima ante las profesionales de la salud no pueden ser inexistentes, en la medida que sustentaron una prueba legalmente constituida, a punto que, las versiones deprecadas y sobre todo el enfoque de cargo que contienen, fueron objeto de análisis pericial; en esa medida resulta inerte la posición de la defensa al negar que son parte del proceso y del juez al concluir que su contenido no puede influir en la decisión; lo que no permiten es, y en ello hay que ser precisos, al tenor del artículo 381 del Código de Procedimiento Penal, es sustentarla definitivamente...

Con base en esas premisas concluyó:

“... es que las entrevistas que reciben los profesionales hacen parte inescindible de una prueba perfectamente estructurada, que se practica y agota en el momento en que el profesional o el técnico acude al juicio y allí rinde la pericia. Esta prueba legalmente prevista en el artículo 405 instrumental penal (se refiere a las entrevistas que reciben los profesionales), de ninguna manera puede tacharse de referencia puesto que no lo es, por la potísima razón que se practica bajo el principio de inmediación y puede ser controvertida

por los medios previstos en los artículos 417 a 419 ibídem.”

Cuarto. Una de las finalidades del proceso penal es la aproximación racional a la verdad.³ Más allá de la discusión sobre el concepto de verdad del proceso penal -si es histórica o discursiva—⁴, existe acuerdo en que, como conocimiento para condenar, la verdad del proceso acusatorio se produce en el juicio, con inmediación y confrontación, y no por fuera de él (artículos 372, 377, 378 y 379 de la Ley 906 de 2004).

Por claro que parezca, es necesario reafirmar que en el sistema de la Ley 906 de 2004, los actos de investigación son actos preparatorios del juicio. Eso implica que si se aprecia un acto de investigación que no se introduce al juicio cumpliendo las reglas de prueba (descubrimiento, sustentación, decreto, práctica y confrontación), el juez incurre en un error de derecho por falso juicio de legalidad, al infringir el debido proceso probatorio y conferirle carácter de prueba a un acto que jurídicamente no lo es.

En este sentido hay que señalar que la fiscalía no empleó la entrevista que la menor le concedió al investigador judicial José Ulises Romero para impugnar credibilidad. En su lugar pretendió que se tuviera como prueba de referencia, algo inaceptable en este caso, así la testigo sea menor de edad y posible víctima de un abuso sexual, pues dicha opción, en el contexto del artículo 438 de la Ley 906 de 2004, modificado por el numeral 3 de la Ley 1652 de 2013, ha de entenderse que procede cuando la menor no comparece al juicio, salvo que, como lo ha precisado la Sala en la SP del 11 de julio de 2018, Rad. 50637, la edad, naturaleza del delito y particularidades del menor, justifiquen el uso de las declaraciones anteriores a título de prueba de referencia, así el menor haya sido llevado como testigo al juicio oral, suceso que puede obedecer a la necesidad de protegerlo por su debilidad o para evitar su revictimización, lo cual refuerza la idea de que la excepción a los principios básicos del sistema en temas de prueba de referencia, ha de reducirse a verdaderos casos de necesidad (artículo 438 de la Ley 906 de 2004).

Para finalizar no sobra reiterar que, en estos casos, en que se pretende emplear las declaraciones anteriores al juicio como prueba de referencia, como es obvio, se debe cumplir con el debido proceso probatorio, trámite que por supuesto no se cumplió.

Para sortear este inconveniente, el Tribunal sustentó sus conclusiones en las versiones que la niña entregó a la médica legista y a la psicóloga forense. Lo hizo con el argumento de que los dictámenes constituyen un todo, y de esa manera empleó las declaraciones de la menor por fuera del juicio entregadas a los peritos, para contrastar la de la menor en el juicio. A partir de ese método concluyó, después de confrontar la declaración de la menor en el juicio con las declaraciones anteriores, que eran preferibles estas y no aquellas, como fundamento de responsabilidad.

Al hacer de las pericias un todo para incorporar por ese medio las declaraciones anteriores al juicio, el Tribunal incurrió en un error de derecho por falso juicio de legalidad y no de raciocinio, como se propuso en el cargo, según luego se indicará.

Quinto. El Tribunal destacó las contradicciones entre la declaración que la menor ofreció en el juicio con las explicaciones que entregó a la médica legista, y que ésta plasmó en la anamnesis, y las que brindó a la psicóloga judicial.

En el juicio la menor aseguró que no tuvo relaciones sexuales con Fauner Martínez Cristancho, su novio, a quien incriminó por la rabia que sintió al enterarse que tenía amores con su prima. En cambio, a la médica, y a la psicóloga, fuera del juicio, les dijo que el acusado abusó de ella en su habitación, sitio al que la invitó y en donde bebieron aguardiente como preámbulo a la relación sexual.

Al respecto, el Tribunal explicó lo siguiente:

“Ahora, el punto de discordia es sobre el valor probatorio de las declaraciones rendidas por la menor y que fueron utilizadas por técnicos y profesionales para elaborar sus informes

base de opinión pericial, puesto que, para el Juez casi que son inexistentes, máxime porque la fiscalía no hizo uso correcto de las entrevistas originales y permitió que quedaran por fuera del juicio.

A partir de ese presupuesto, refirió:

“Para la sala, las declaraciones que hizo la víctima ante las profesionales de la salud no pueden ser inexistentes, en la medida que sustentaron una prueba legalmente constituida, a punto que, las versiones deprecadas y sobre todo el enfoque de cargo que contienen, fueron objeto de análisis pericial; en esa medida, resulta inerte la posición de la defensa al negar que son parte del proceso y del juez, al concluir que su contenido no puede influir en la decisión; lo que no permiten es, y en ello hay que ser precisos, al tenor del artículo 381 del Código de Procedimiento Penal, sustentarla definitivamente.”

Según el Tribunal, la versión que la menor entregó a la médica y psicóloga, son parte inescindible de la prueba pericial, y por eso la declaración de la niña no constituye prueba de referencia:

“Y es que las entrevistas que reciben los profesionales hacen parte inescindible de una prueba perfectamente estructurada que se practica y agota al momento en que el profesional o técnico acude al juicio y allí rinde la pericia. Esta prueba legalmente prevista en el artículo 405 instrumental penal de ninguna manera puede tacharse como de referencia, puesto que no lo es, por la potísima razón que se practica bajo el principio de inmediación y puede ser controvertida por los medios previstos en los artículos 417 a 419 ibídem.” (Se subraya)

Esta conclusión, en la que los relatos de la persona examinada se integran a la prueba pericial, es contraria a la jurisprudencia de la Sala, según la cual los relatos sobre la conducta investigada que los menores suministran a los peritos en las valoraciones médicas o psicológicas, no son hechos que el experto perciba directamente, razón por la cual estas

versiones se han de llevar al juicio como prueba de referencia, en caso de que la persona no pueda concurrir al juicio oral (artículo 437 de la Ley 906 de 2004).

Así, en la SP del 26 de septiembre de 2018, Radicado 47789, que sintetizó lo expresado, entre otras, en la SP del 11 de julio de 2018, Radicado 50637, la Sala definió que cuando el peritaje estaba compuesto, además de hechos que el perito percibe directamente, por información fáctica suministrada por otros medios de prueba, como declaraciones de testigos, es necesario incorporar dichas declaraciones rendidas por fuera del juicio oral a la manera de prueba de referencia, si lo que se pretende es utilizarlas como tal.

Esto señaló la Corte:

“... Pero si la base fáctica estaba conformada en todo o en parte por declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, que informaban sobre la ocurrencia de los hechos investigados, como acontecía con la anamnesis en las pericias sexuales, psicológicas o psiquiátricas, y la parte pretendía utilizar su contenido para probar los hechos jurídicamente relevantes, no bastaba el testimonio del perito, sino que era necesario agotar los trámites legalmente previstos para la incorporación de declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, si lo buscado era utilizarlas a título de prueba de referencia...”

Esto por cuanto:

“... (i) los relatos sobre los hechos investigados, entregados por los menores de edad en las valoraciones de carácter sexual, psicológico o psiquiátrico, tienen la condición de declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, y (ii)... si la parte pretende utilizar estos relatos para probar la existencia del hecho investigado, debe sujetarse en su descubrimiento, incorporación y valoración al trámite y reglas establecidas para la prueba de referencia.”

De manera que el tribunal incurrió en un error de legalidad al incorporar las entrevistas por

fuera del juicio oral integradas a la prueba pericial, al hacer de ellas la base sustancial para contrastar la declaración que la menor rindió en el juicio. Claro, porque no se trata como se podría suponer, de una errada apreciación de la prueba pericial demandable por la vía del falso raciocinio (artículo 420 de la Ley 906 de 2004), sino de hacer de declaraciones por fuera del juicio que el perito recoge como elemento para elaborar su concepto, un elemento autónomo para contrastar la declaración ofrecida en el juicio.

De ello se sigue que, si la o el menor concurre al juicio, como en este caso, las declaraciones anteriores, como las entrevistas y las entregadas a los peritos, se pueden emplear, en los términos del numeral 4 del artículo 403 de la Ley 906 de 2004, para impugnar la credibilidad del testigo o refrescar memoria, y no como prueba de referencia.

En tal sentido, en la SP del 4 de diciembre de 2018, Rad. 51896, la Corte sintetizó la línea jurisprudencial sobre el tema al puntualizar lo siguiente:

“(i) por regla general, solo pueden valorarse los testimonios practicados en el juicio oral, a la luz de los principios de inmediación, concentración, contradicción y confrontación, tal y como lo disponen, entre otros, los artículos 8 y 16 de la Ley 906 de 2004; (ii) ese tipo de declaraciones pueden ser utilizadas para refrescar la memoria de los testigos o impugnar su credibilidad, siempre y cuando se agoten los respectivos procedimientos (CSJAP. 30 Sep. 2015, Rad. 46153; CSJSP, 25 Ene. 2017, Rad. 44950; entre otras); (iii) cuando el testigo está disponible para declarar en el juicio oral y se retracta o cambia su versión, la parte puede pedir la incorporación de la declaración anterior para que sea valorada en su integridad por el juez, siempre y cuando se agoten los procedimientos orientados a garantizar el debido proceso (ídem); y (iv) tal y como se expresa en el referido fallo, en esos eventos la parte debe suministrarle al juez los insumos suficientes para establecer cuál de las dos versiones merece credibilidad, sin perjuicio de que ambas puedan ser desestimadas.”

En este caso, por causas atribuibles a la fiscalía y a la dirección de la audiencia, la

declaración de la menor no fue impugnada con la versión que le entregó al investigador José Ulises Ramos Bernal, ni tampoco con las que entregó a la médica y a psicóloga forenses, de manera que la única versión procesal es la que se practicó en el juicio con intermediación del juez y confrontación de la defensa.

Sexto. Al excluir las declaraciones incorporadas a las pericias, y al apreciar sistemáticamente la declaración de la menor en audiencia, se puede concluir que su testimonio se corrobora con detalles legalmente aportados al juicio, que impiden superar el umbral de la duda razonable.

Así, las declaraciones de su prima, de su hermano y de su tío Víctor Cendales, en cuanto al supuesto abuso sexual, tienen como fuente el comentario que AMCA les hizo de tal suceso. Declaran sobre lo que la niña les comentó, no sobre una situación que les conste (artículo 402 de la Ley 906 de 2004). Es decir que su percepción se origina en comentarios, no en situaciones que hayan apreciado directamente (artículo 404 ibídem), regla esencial para establecer la veracidad de la declaración. Sin embargo, en ese contexto se debe destacar que Víctor Cendales declaró un hecho que le consta: que su sobrina sólo se refirió a la violación luego del día en que lo acompañó hasta la casa de su novio, donde lo sorprendieron con TYCD, hecho que compagina con la razón que AMCA esgrimió en el juicio al explicar su versión de los hechos.

En tal sentido, se debe resaltar que la niña, al referirse al objeto de su declaración, advirtió que a sus familiares les dijo que había sido abusada por la rabia que tuvo al enterarse que su novio tenía una relación con su prima. Si Víctor Cendales, quien hizo gala de su disgusto y se mostró sumamente molesto al referirse a la manera como sorprendió a su hija con el acusado, corroboró esa situación, y que la menor resaltó ese hecho para justificar la razón de ser de las imputaciones, la declaración de la menor en tal sentido se ofrece admisible, quizá porque es muy propia de una niña sin la suficiente formación y madurez emocional.

Otros detalles, como la revelación que hizo su hermano (hecho que le consta) de que ante Fauner Martínez Cristancho se presentaba como una mujer de 15 años, pone en entredicho la adecuación de la conducta al delito de abuso con menor de 14 años. Esta opción también la esbozó el defensor valiéndose de lo expuesto en la declaración fuera del juicio por VRCA, quien se refirió en detalle a su amistad con el acusado y a la muy llamativa situación que se acaba de indicar.

Al respecto, véase que tal declaración, que se empleó en su interrogatorio, la rindió el 12 de julio de 2012, casi un año antes del 6 de mayo de 2013, día en que se legalizó la captura y se le imputaron cargos al acusado. Por las fechas entre una y otra declaración, es difícil pensar que el niño fuera influenciado para declarar de esa manera, de modo que este hecho, que le consta, por haberlo percibido directamente, permite inferir que muy posiblemente la menor si hizo alusión a una edad distinta a la que realmente tenía.

Esta situación, sin embargo, el Tribunal la catalogó como una maniobra tardía para justificar un comportamiento intolerable; mas, desde la perspectiva histórica puesta de presente, la explicación no es tan artificial para desestimarla por fuera de contexto, pues esa mención ha de analizarse en conjunto con la prueba legalmente aportada al expediente, para encontrar su sentido, algo que el Tribunal no hizo (artículo 380 de la Ley 906 de 2004).

Ahora, el hecho de que se haya impugnado la declaración de VRCA, en cuanto tiene que ver con su retractación respecto a los comentarios de su hermana en relación con el supuesto abuso, es un tema que deja un sin sabor pero que no afecta su credibilidad en relación con lo que le consta (la manifestación de la edad de su hermana), pues en cuanto a la agresión sexual la supo por comentarios de su hermana -la percepción la obtuvo por el dicho de otro—, cuya veracidad ofrece serios reparos por las razones que se explicó al analizar la razón de ser de la declaración de la niña AMCA, presuntamente afectada.

En esas condiciones la declaración de la menor en el juicio pueda que no sea

suficientemente creíble, pero tampoco el remanente de prueba legalmente practicada deja espacio a conclusiones adversas al acusado.

Al lado de la declaración de AMCA en el juicio, que como se ha visto, tiene respaldo en elementos de juicio válidos, quedan comentarios a terceros por fuera del proceso, que por no haberse allegado válidamente al trámite subsisten como un agregado sombrío que no pueden apreciarse como prueba, y que de hacerlo, incidirían en la validez del proceso.

Lo único rescatable sería el estudio de la psicóloga forense que conceptuó que la menor presentaba síntomas de ansiedad y de tristeza y que evitaba referirse al tema. No obstante, analizada esa conclusión en conjunto con la prueba que se acaba de señalar, su rendimiento es muy exiguo para llevar al conocimiento más allá de toda duda acerca de la autoría y responsabilidad, por carecer de apoyo adicional en otros medios de prueba legalmente aportados al proceso, y por cuanto lo que le conferiría sentido al dictamen es ese espacio de penumbra por comentarios que no fueron válidamente incorporadas al proceso.

De manera que la Corte no puede construir excepciones para “salvar” el proceso y para corregir deficiencias de la fiscalía, ni siquiera acudiendo al principio “pro infans”, con el cual se suelen solucionar tensiones entre los derechos de los menores y los adultos, sencillamente porque esa colisión no se presenta, puesto que la prevalencia de los derechos de los menores, un principio ciertamente importante, no significa la supresión absoluta de los derechos de los demás sujetos, entre ellos el de presunción de inocencia.

Séptimo. La Corte, en consecuencia, casará la sentencia y en su lugar dejará vigente la absolutoria de primer grado.

Por lo expuesto, La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, Administrando Justicia en nombre de la Republica de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Casar la sentencia proferida por la Sala Única del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo el 9 de septiembre de 2015, mediante la cual condenó a Fauner Martínez Cristancho a 144 meses de prisión y por el mismo lapso a la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, como autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años (artículo 208 del Código Penal). En consecuencia, se deja en firme la absolutoria de primer grado.

NOTIFIQUESE y CUMPLASE

EYDER PATIÑO CABRERA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSE LUIS BARCELÓ CAMACHO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Audiencia del 27 de mayo de 2014.

2 Auto del 25 de julio de 2014.

3 Se puede decir que también es verdad determinar que el hecho no fue

cometido por el acusado, o que no existió, pero el conocimiento que aquí importa es el que se produce en el juicio.

4 “Verdadero pasa a ser, no lo que mejor se corresponde con lo que realmente ocurrió, sino lo mejor justificado.” Vives Antón, Tomás S. Fundamentos del Sistema penal. Acción significativa y derechos constitucionales. Ed, Tirant lo Blanch. Valencia 2011. Pág. 875.