

LUIS ANTONIO HERNANDEZ BARBOSA

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

Magistrados ponentes

SP337-2023

Radicado 56902

Bogotá, D.C dieciséis (16) de agosto de 2023 dos mil veintitrés (2023).

VISTOS:

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por la defensa de Carlos Enrique Ruíz Herrera, contra la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, el 25 de septiembre de 2019, mediante la cual confirmó la del Juzgado Noveno Penal del Circuito de la misma ciudad, que condenó al procesado como autor del delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado.

HECHOS:

Así pueden resumirse siguiendo la exposición que hizo el tribunal:

El 27 de agosto de 2014, A, de tres años, quien asistía al Jardín Asoben de Fátima, después de ir al baño, le pidió a la profesora, cuando le iba a subir el interior, que le diera un beso en la vagina. La profesora le preguntó por qué decía eso y la niña le respondió que porque su papá, Carlos Enrique Herrera Ruíz, lo hacía.

ACTUACIÓN PROCESAL:

1. El 26 de noviembre de 2015¹, ante el Juzgado 53 Penal Municipal de Bogotá, la Fiscalía le imputó a Carlos Enrique Herrera Ruíz el delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado (arts. 209 y 2011, numeral 5, del Código Penal), cargo que no aceptó.

La fiscalía no solicitó medida de aseguramiento.

2. Presentado el escrito de acusación, la formulación tuvo lugar el 28 de abril de 2016², oportunidad en la que la Fiscal delegada precisó que la calificación jurídica de la agravante correspondía a la prevista en el numeral 2 del artículo 211 del Código Penal.

3. El juicio lo tramitó el Juzgado Noveno Penal del Circuito con Funciones de conocimiento de Bogotá, despacho judicial que adelantó la audiencia preparatoria en sesiones de 16 de septiembre³ y 2 de noviembre de 2016⁴, y 25 de enero de 2017⁵.

El juicio oral y público se instaló el 4 de abril de 2017⁶ y, luego de varias sesiones, culminó el 25 de julio de 2018⁷, oportunidad en la que el juzgador anunció sentido de fallo condenatorio.

Mediante sentencia del 5 de septiembre de 2018⁸, condenó a Carlos Enrique Ruíz Herrera, a la pena principal de 180 meses de prisión, y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por término igual a la sanción privativa de la libertad como autor del delito de actos sexuales con menor de 14 años, en concurso homogéneo y sucesivo.

Le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, ordenando, en consecuencia, su captura.

4. El 25 de septiembre de 2019, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, al resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa, confirmó la sentencia del juzgado.

5. Contra esta determinación, la defensa interpuso recurso extraordinario de casación, cuya

demanda fue admitida y sustentada ante la Corte en audiencia de 30 de marzo de 2023.

DEMANDA DE CASACIÓN:

Primer cargo de Nulidad.

Por afectación del derecho de defensa técnica, solicita que se anule la actuación a partir de la audiencia de juicio oral del 4 de abril de 2017, pues, para esa fecha, el defensor del implicado se encontraba suspendido para ejercer la profesión de abogado por sanción que le fuera impuesta el 30 de noviembre de 2016.

Además, en la referida audiencia, el abogado lesionó los derechos de defensa y de debido proceso del procesado, por cuanto:

(i) No advirtió la afectación al principio de congruencia respecto de la causal de agravación de que trata el art. 211, numeral. 5 del Código Penal, por la que fue condenado, siendo que fue acusado por la prevista en el art. 211, numeral 2 del mismo código.

(ii) Permitió la incorporación de una prueba documental por una persona diferente a la mencionada en la audiencia preparatoria.

(iii) Sin hacer control de la lealtad procesal, consintió que la fiscalía presentara a la menor en la audiencia de juicio oral, sin que se hubiera determinado si fue sometida a un tratamiento psicológico, conforme se anunció en la audiencia preparatoria, y

(iv) Pasó por alto el procedimiento establecido en el artículo 362 de la Ley 906 de 2004, toda vez que, en relación con el testigo de cargo, Belisario Valbuena, no se indicó que fungía como testigo de refutación.

Segundo cargo por violación directa de la ley sustancial.

Se refiere la defensora a la afectación del principio de congruencia. Señala que se condenó a Carlos Enrique Ruiz Herrera atribuyéndole la causal de agravación del artículo 211, numeral 5 del Código Penal⁹, pese a que fue acusado por la prevista en el numeral 210 del mismo artículo, impidiéndole ejerciera su defensa respecto de los cargos por los que fue convocado a juicio.

Tercero cargo. Violación indirecta de la Ley sustancial por error de derecho.

Sostiene la demandante que, en la audiencia de juicio oral del 4 de abril de 2017, se permitió que la testigo Alba Liyani Manrique incorporara documentos, a pesar de que en la audiencia preparatoria se dijo que los ingresaría Miguel Galindo Bautista, de manera que al apreciarlos se otorgó mérito a una prueba ilegal, incurriendo en un error de derecho por falso juicio de legalidad.

Cuarto Cargo. Violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho.

Considera que en la decisión de condena no se valoró la prueba en conjunto.

Resalta algunas inconsistencias en las que incurrieron los testigos de cargo, en especial, las que se manifiestan en las declaraciones de la menor, ofrecidas por la niña antes del juicio a profesionales de la salud.

Acepta que es creíble lo expuesto solo en una de esas entrevistas, de lo cual concluye que no existe certeza acerca de cuántas veces fue asediada sexualmente por su progenitor, aunado a que del entorno familiar hacía parte otra persona, a quien la menor ofendida se refería como su papá o tío y que, de manera coincidente, también se llamaba Carlos y era pareja de su madre.

Por ello, está en duda el periodo en que sucedieron los hechos mencionados por la presunta víctima, en qué momento estuvo bajo el cuidado de su madre o de su abuela, y cuándo,

realmente, compartía la vivienda con su padre.

Adicionalmente, precisa que en la entrevista a la menor no se le permitió una narrativa libre, sino que se le hizo «preguntas directas, cerradas y específicas», que afectan la validez de la información recolectada.

En tal virtud, solicita que se case el fallo impugnado y, en su lugar, se absuelva al acusado.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN:

1. Casacionista.

Manifestó que ratificaba los cuatro cargos formulados en la demanda.

2. Fiscalía.

Le formula a la Sala dos solicitudes: primera, no casar la sentencia por los cargos formulado por la defensa y, segunda, casar de oficio el fallo del Tribunal.

En relación con la primera, indicó que los supuestos yerros atribuidos por falta de defensa técnica -primer cargo- no demuestran que se haya incurrido en irregularidades en la actuación.

La estipulación de parentesco o de consanguinidad entre la supuesta víctima y el victimario, es un hecho cierto y en nada compromete la responsabilidad del acusado.

Incorporar un documento con quien lo suscribió y no por quien anunció en la audiencia preparatoria, resulta irrelevante, dado que corresponde a un documento público que no requiere de testigos de acreditación para su ingreso.

No tiene trascendencia que la menor no hubiese recibido tratamiento psicológico, pues este factor no tiene incidencia en la comisión de las conductas atribuidas al implicado.

El testigo de refutación declaró con posterioridad a que lo hizo el testigo a refutar, acatando así lo dispuesto sobre la materia en el ordenamiento procesal penal.

En cuanto al segundo cargo, expresa que en la acusación se endilgó al implicado ser el papá de la presunta víctima, por lo cual, no fue sorprendida la defensa técnica y material con la condena, soportada en el numeral 5 del artículo 211 del Código Penal.

Adicionalmente, en la acusación se explicó que el acusado ejercía la patria potestad y ocasionalmente tenía la custodia y cuidado de la niña, resultando fácil entender que pueden coexistir las causales de agravación de los numerales 2 y 5 del artículo 211 del Código Penal, pese a que solo la última fue la que se consideró en el fallo.

Por tal motivo, ninguno de los cargos enunciados tienen vocación de prosperidad.

En relación con el tercer cargo, explica que el documento que menciona la casacionista es un documento público, el cual no requiere de un testigo especial de acreditación, y lo más importante, no fue tomado como fundamento de la sentencia, por lo cual el reproche es intrascendente.

Frente al cuarto cargo, relacionado con la defectuosa valoración de la prueba de descargo, destaca que la censora omitió señalar cuál sería la relevancia de los medios suasorios omitidos, y de otra parte, el reproche lo sustenta en la incorrecta apreciación de una entrevista rendida por la víctima, elemento que no ingresó a la actuación.

De tal manera que, para el Fiscal, este cargo tampoco tiene la aptitud de prosperidad.

Respecto de la solicitud de casación oficiosa, la petición la sustenta en la estructuración de

un error de derecho por falso juicio de legalidad sobre la prueba que sirvió de fundamento de la sentencia condenatoria.

En concreto, menciona que los juzgadores apreciaron las manifestaciones realizadas por la menor víctima por fuera del juicio ante diferentes profesionales. Con los señalamientos que hizo la menor en estas versiones, se acreditó la ocurrencia del delito y la responsabilidad del implicado.

Por lo tanto, los juzgadores apreciaron como prueba las entrevistas que rindió la menor, sin percatarse de que no fueron solicitadas ni decretadas como prueba de referencia, error significativo, pues al prescindir de esas manifestaciones efectuadas por la niña, el proceso queda sin pruebas de la ocurrencia de la conducta punible y de la responsabilidad del implicado.

Por lo tanto, considera el Fiscal que la Corte debe casar la sentencia disponiendo la absolución del procesado y dejando sin efectos las sentencias de primero y segundo grados.

3. Ministerio Público

Señaló que la afectación al derecho de defensa se genera cuando la gestión del abogado es deficiente, debiéndose acreditar, entonces, cómo incidió la incorrecta asesoría jurídica en la estructura del proceso o cómo se afectaron las garantías del acusado, situación que no ocurrió, más allá de lo que propone la recurrente a partir de criterios subjetivos.

En relación con la presunta afectación del principio de congruencia, la actuación enseña que no se presentó tal irregularidad. En la acusación se precisó que la conducta imputada correspondía al abuso de la hija biológica de 3 años del acusado, comportamiento tipificado en los artículos 209 y 211, numeral 5 del Código Penal, es decir, a un acto sexual abusivo con menor de 14 años, agravado por el parentesco, en concurso homogéneo y sucesivo, tal

como se consignó además en los alegatos y juicio oral.

En tales condiciones, señaló, este segundo cargo no está llamado a prosperar.

Ahora bien, en relación con la irregular incorporación del acta de medidas correctivas realizada por la trabajadora social de la Comisaría de Familia, considera que este cargo carece de fundamento, pues su incorporación se solicitó en la audiencia preparatoria, explicando que lo haría Miguel Galindo Bautista, sin que eso implique que un documento público no pueda ser allegado directamente y no estrictamente con un testigo de acreditación.

Además, de llegar a considerar irregular su incorporación, devendría irrelevante su contemplación, pues nada aporta a la determinación de responsabilidad penal.

Así las cosas, en su criterio, este tercer cargo no está llamado a prosperar.

Finalmente, en relación con el último cargo, consideró que si bien el reproche debió ser sustentado por la senda de un falso juicio de convicción, es relevante considerar que la entrevista de un menor «tiene plena credibilidad así se celebre en un momento diferente al juicio y ante personas diferentes», pues, en todas estas etapas, para el caso concreto, la niña reiteró cómo ocurrieron los hechos.

Adicionalmente, «la no comparecencia de la menor al juicio» se justifica en que al momento de los hechos solo contaba con tres años y no se pretendía revictimizarla en la audiencia de juicio oral.

Agrega que el artículo 381 del C. de P.P., no puede interpretarse literalmente, pues como lo señalado la Corte, en la SP 3332 del 2016, la declaración anterior al juicio que pretende aducirse como prueba de referencia, puede tener el carácter de prueba directa o indirecta, es decir, «la prueba de referencia no puede asimilarse automáticamente a prueba

indirecta.».

En ese contexto, en lo que corresponde a los delitos del tipo del juzgado en esta actuación, se tiene el deber de realizar las labores pertinentes para lograr la corroboración de la versión de la víctima, incluso, a través de ratificaciones periféricas.

Por ello, una cosa es que la sentencia condenatoria no pueda estar fundamentada exclusivamente en prueba de referencia, y otra, muy diferente, la valoración que se debe hacer de la pluralidad de medios de conocimiento aportados por la Fiscalía que conducen al convencimiento de la responsabilidad del procesado.

Bajo los precedentes argumentos, solicita no casar el fallo impugnado.

CONSIDERACIONES:

Como la Corte advierte que los tres primeros reproches son infundados, abordará con prelación el estudio del cuarto cargo, al considerar que amerita casar la sentencia con base en dicha censura.

Cuarto cargo.

Para efecto de su estudio, la Sala abordará los siguientes temas: (i) La aducción de declaraciones rendidas antes del juicio por menores víctimas de delitos sexuales; (ii) las consideraciones y los fundamentos de la sentencia del tribunal y (iii) la apreciación de las pruebas incorporadas a la actuación.

1. La aducción de declaraciones rendidas antes del juicio por menores víctimas de delitos sexuales.

En una uniforme línea jurisprudencial se reconoce, tratándose de juicios en los que las víctimas de delitos sexuales son menores, el compromiso ético de conferirles un tratamiento

diferencial para cumplir con la protección reforzada que desde el nivel constitucional se dispensa al menor de edad. Sobre esa base, a nivel de principio, se ha señalado, en cuanto a la prueba testimonial se refiere, que los menores, como todo testigo, pueden comparecer al juicio, pero aun si concurren, o no lo hacen, sus declaraciones anteriores pueden hacerse valer como prueba de referencia admisible, algo que no ocurre cuando el testigo es mayor de edad (SP, 28 oct 2015, Rad. 44056, y 20 de mayo de 2020, rad. 52045, entre otras).

A partir de esta reflexión, se harán anotaciones para efectos de la decisión que se tomará, consistentes en mostrar las consecuencias de esa singular consideración cuando la prueba de referencia está constituida por declaraciones de menores antes del juicio.

Por regla general, mediante la prueba de referencia ingresan al juicio declaraciones anteriores de un testigo que no está disponible para su confrontación e interrogatorio. De allí que para matizar la excepción a esos principios estelares del juicio, relacionados con la producción de la prueba y la forma de aproximarse a la verdad, el artículo 381 de la Ley 906 de 2004 prohíbe sustentar la sentencia exclusivamente en pruebas de referencia.

Tratándose de declaraciones por fuera del juicio, la disponibilidad del testigo, ya sea que no pueda comparecer en los casos señalados en el artículo 438 de la Ley 906 de 2004 (disponibilidad física), o por su renuencia a prestar su declaración cuando concurre a la audiencia (disponibilidad jurídica), es esencial para realizar el juicio de admisibilidad de sus declaraciones anteriores como prueba de referencia (SP del 25 de enero de 2017, rad. 44950 y 2 de agosto de 2017, rad. 48952).

En cambio, tratándose de menores víctimas, la incorporación al juicio de sus declaraciones anteriores es un asunto de puro derecho definido por el legislador en el literal e), del artículo 438 de la Ley 906 de 2004, agregado por el artículo 3 de la Ley 1652 de 2013. Por lo tanto, su aducción al debate no está sujeta a juicios de disponibilidad.

En efecto, en la exposición de motivos del proyecto de Ley 001 de 2011 Senado y 245 de

2012, Cámara, la adopción de las declaraciones de menores como prueba de referencia admisible se justificó con la pretensión de que no declaren en el juicio, ante el riesgo, entre otras causas, de su retractación, debido a la impresión que se puede presentar al confrontar al acusado. En ese sentido se explicó:

“[Es] imperativo para la cabal protección de los derechos de los niños víctimas de abuso sexual, que ellos no sean sometidos a rendir testimonio.

La confrontación que debe hacer la víctima contra el acusado agrava el fenómeno de retractación, ya explicado, por el que pasa todo niño víctima. Son numerosos los casos en que el juez de conocimiento absuelve al abusador, pues considera que pierde toda la fuerza el acervo probatorio presentado por la fiscalía, tras escuchar el testimonio de la víctima que se retracta.

Por lo anterior, en vez de escucharse el testimonio de los niños víctimas, ellos deben ser sometidos a una entrevista hecha por un profesional. La entrevista del niño será introducida como prueba en el proceso penal. Lo mismo sucederá con el informe pericial sobre la misma y el testimonio del experto que condujo la entrevista. De esta manera se excluye el testimonio de los niños víctimas, sin negarles el derecho a ser oído y presentar su versión de los hechos.” 11 (Se subraya)

De allí se infiere que el propósito central de la ley está dirigido a que el menor no declare, aunque si lo desea, puede hacerlo.

En caso de que lo haga, como lo ha señalado la Corte en la SP del 28 oct 2015, Rad. 44056, no existe ningún obstáculo para que se pueda solicitar al mismo tiempo el ingreso de sus declaraciones como prueba de referencia admisible, sin necesidad de probar su indisponibilidad, pues este criterio, en relación con menores, ha sido desestimado legalmente.

Debido a que la fiscalía puede optar por no solicitar las declaraciones anteriores del menor como prueba de referencia admisible, pese a la expresa facultad legal, esas declaraciones anteriores debidamente descubiertas puede emplearlas como testimonio adjunto, si es el deseo del menor concurrir al juicio y se retracta en él.

Frente a esta eventualidad se debe precisar que la Corte, en la SP del 10 de mayo de 2023, rad. 62852, moduló las reglas sobre testimonio adjunto y consideró que la inflexibilidad de las formas debía ceder frente a las finalidades de la prueba y del proceso penal, siempre que se respeten los principios de inmediación y contradicción. En este sentido se explicó:

“Bajo ese entendido, las actuaciones procesales, entre ellas la producción de la prueba, deben valorarse bajo los principios de inmediación y contradicción, para no caer en el riesgo de quedar sometido a la dictadura de las formas. O como dice el profesor Taruffo, “no es posible hacer colapsar el razonamiento y reducir la justicia de la decisión a la corrección del procedimiento que de ella se deriva. Si así fuera nos encontraríamos de nuevo frente a una concepción meramente procedural de la justicia.” 12

Según lo anterior, para la Sala, si materialmente se cumplen las condiciones que garanticen la confrontación y el interrogatorio del testigo, tratándose del testimonio adjunto, las formas acerca de cómo se pide la prueba, ceden ante la aproximación racional a la verdad, finalidad suprema de la prueba.

La prueba de referencia tampoco puede cuestionarse por no cumplir una liturgia formal. Se requiere si, como se indicará, cumplir ciertos presupuestos de validez, pero no negar su incorporación con fórmulas sacramentales que niegan la finalidad de la prueba y los objetivos del proceso de aproximación racional a la verdad. Eso implica, entonces, asumir lo siguiente:

(a). Bajo el principio de protección reforzada, mediante el artículo 3 de la Ley 1652 de 2013, se adicionó el numeral e) al artículo 438 de la Ley 906 de 2004, con el fin de considerar de

pleno derecho, como prueba de referencia admisible, las declaraciones por fuera del juicio de menores de 18 años, víctimas, entre otros, de delitos contra la libertad, integridad y formación sexual.

Por lo tanto, como se mencionó, su procedencia no está condicionada a si el menor está o no está disponible, o si concurre o no al juicio, pues de no ser así, el principio de protección reforzada que justifica esta singular consideración normativa carecería de sentido.

(b). El ordinal e) del artículo 438 de la Ley 906 de 2004, tiende a evitar la impunidad que se puede generar ante el riesgo de retractación del menor y su revictimización.

Desde ese punto de vista, salvo que el fiscal encuentre que su teoría del caso se puede probar sin necesidad de recurrir a pruebas de referencia admisibles, no existe razón para no hacer uso de una prerrogativa legal que le permite actuar con la sensibilidad y responsabilidad que este tipo de conductas requiere.

(c). En un sistema de partes, la lealtad que se materializa en el debido proceso probatorio, les impone la carga de descubrir la prueba -en el escrito de acusación, numeral 5 del artículo 337 y en su formulación, numeral, 2 del artículo 356 de la Ley 906 de 2004—, y solicitar y justificar su conducencia y pertinencia en la audiencia preparatoria -artículo 357 del Código de Procedimiento Penal—.

En este sentido, para cumplir con el debido proceso probatorio, tratándose de declaraciones anteriores al juicio de menores víctimas, basta descubrirlas, solicitarlas en la audiencia preparatoria y que sean decretadas. Son las únicas condiciones, porque otras, como la disponibilidad del testigo, según se advirtió, no son exigibles tratándose de declaraciones de víctimas menores entregadas por fuera del juicio oral.

De esta manera se satisface el debido proceso probatorio, pues como lo señala el artículo 441 de la Ley 906 de 2004, la prueba de referencia, en lo pertinente, salvo lo expresado en

el artículo 3 de la Ley 1652 de 2013, literal e) del artículo 438 de la Ley 906 de 2004, se rige “en su admisibilidad y apreciación por las reglas generales de la prueba y en especial por las relacionadas con el testimonio y lo documental.”

(d). El hecho de que las declaraciones anteriores de víctimas menores de 18 años se cataloguen como prueba de referencia admisible, no significa que la parte esté exonerada de descubrir la prueba y solicitarla. Esa es una condición de validez de la prueba. Por lo tanto, no puede el juez apreciarlas con la excusa de que por definición legal las declaraciones del menor constituyen prueba de referencia admisible, sin que la parte las haya descubierto y hecho la manifestación de utilizarlas en el debate oral, en una actitud oficiosa que desdice del sistema y de la carga que tienen las partes de llevar al juez el convencimiento sobre la responsabilidad o la inocencia del acusado.

(e). Decretada la prueba, si el menor concurre al juicio y es su deseo declarar, la prueba de referencia admisible se puede utilizar para impugnar su credibilidad (artículo 440 de la Ley 906 de 2004), así como también se puede impugnar la prueba de referencia admisible por cualquier medio probatorio (artículo 441 ibídem). Conforme a la jurisprudencia de la Corte, igualmente, en caso de retractación se la puede incorporar como testimonio adjunto.

(f). Por último, si la prueba aducida al juicio es de referencia, así se trate de declaraciones de menores de edad, el Juez está impedido de dictar sentencia condenatoria exclusivamente con base en ese tipo de pruebas (inciso 2 del artículo 381 de la Ley 906 de 2004).

En este sentido, en la Sentencia C 177 de 2014, en la que se analizó la constitucionalidad de la Ley 1652 de 2013, se reiteró lo expresado en la sentencia C-144 de 2010, en la cual se dijo:

“... aunque la prueba de referencia sea admitida excepcionalmente, “su valor y aporte para esclarecer los hechos y definir la responsabilidad penal del acusado, siempre dependerá del soporte que encuentre en otros medios de prueba”, como quiera que ninguna condena

puede fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia (art. 381 Ley 906/04).

2. La actuación procesal.

En la audiencia preparatoria la Fiscalía solicitó escuchar en el juicio a la menor A.D.R. En sesión del 25 de enero de 2017, lo enunció así:

“El testimonio de la menor de iniciales A.D.R. nacida el 19 de abril del año 2011, que desde ya manifiesto es condicionado como quiera que la niña tenía tan solo 3 años para la fecha de ocurrencia de hechos y estamos esperando verificación de psicólogo tratante para saber si puede comparecer a juicio.”

A continuación, sustentó sus pretensiones probatorias en los siguientes términos:

“Se pide el testimonio de la menor de iniciales A.D.R. ...La calidad en que se presenta la niña es en calidad de presunta víctima. Siendo ella quien soportó la carga de los actos abusivos aquí investigados; podrá dar cuenta de cuáles fueron las circunstancias de tiempo, modo y lugar en la cual se presentaron, cuáles fueron precisamente el momento de su revelación, qué fue lo que en el jardín indicó de qué le realizaba su señor padre para efectos de llamar la atención del jardín infantil en donde se encontraba, cuáles fueron los lugares y los episodios en donde ocurrieron estos hechos. El juicio de pertinencia, conducencia y utilidad, se debe hacer mención que siendo esta menor quien soportó esta carga de actos ella será pertinente como quiera que es una prueba directa, será conducente habida cuenta de que es el medio de convicción más idóneo para realizarlo, y será pertinente comoquiera que guarda estrecha y absoluta relación con los hechos y los fines de la investigación.

Este testimonio, debo hacer mención, desde ya, en lealtad a usted y a la defensa, que será condicionado a la autorización por parte de psicóloga tratante para entrar a presentar a la

niña o no de conformidad con el tratamiento psicológico por su muy temprana edad, está muy pequeña y en ese sentido se requiere la autorización de psicólogo para la presentación en juicio.” (se subraya)

Adicionalmente, solicitó y sustentó la práctica de la siguiente prueba testimonial:

(i). Martha F. – no suministró su apellido-, psicóloga del jardín infantil adscrito al I.C.B.F., en el que estudiaba la menor: la profesional dará cuenta de las revelaciones que le hizo la niña y del procedimiento que siguió ese plantel educativo para determinar lo relacionado con la presunta comisión del abuso sexual.

(ii). Eliana Velásquez, quien realizó la entrevista de la menor, dará cuenta de sus apreciaciones en torno del relato y comunicación emocional de la niña.

Además, mostrará «el cd con sus anexos, la entrevista realizada a la menor de edad, junto con los anexos y autorizaciones correspondientes.».

(iii). La psicóloga Luisa Alejandra Olaya Chinchilla, adscrita a la fundación «Creemos en ti», quien realizó la valoración y el seguimiento de las terapias realizadas a la menor, dará cuenta de la investigación realizada con ocasión de su exposición y el grado de afectación, entre otros aspectos.

Adicionalmente, «con ella se introducirá su entrevista clínica inicial con fines de protección realizada por la profesional en psicología...».

El Juez, ante esas solicitudes, dispuso: «...se ordenan todas las pruebas de la señora Fiscal. Se podrán incorporar los documentos enunciados con cada uno de sus testigos...».

En síntesis, la Fiscalía optó porque se recibiera el testimonio de la menor en el juicio, al tiempo que, con las profesionales en psicología, se introducirían las entrevistas que le

fueron tomadas.

Seguidamente, en la sesión de juicio oral del 4 de abril de 2017¹³, al presentar a la menor para el interrogatorio en Cámara de Gesell, la Fiscal elevó la siguiente manifestación:

“La Fiscalía General de la Nación tiene el propósito de presentar a la menor A.D.R., pese a que ella fue citada a través de audiencia preparatoria, la Fiscalía solicitaría que la Defensora de Familia hiciera su pronunciamiento debido y, en caso tal, solamente indagara en la niña la parte general. Debo avisar, como así lo hice anteriormente, que el derecho fundamental del niño es primordial y se pondera, pero en este caso, salvo mejor concepto de la señora defensora de familia que representa sus derechos constitucionales, me han informado que la niña no tiene mucho recuerdo de esa situación, pero si quisiera la fiscalía explorar en interrogatorio sobre aspectos generales sin vulnerar los derechos y evidenciarlos en audiencia.

Ante ello, la Defensora de Familia señaló lo siguiente:

“...ya tuvimos la oportunidad de tener a la niña en la oficina del ICBF, se obtuvo un pequeño diálogo con la psicóloga, entonces, pues, no vemos conveniente que se le hagan preguntas a la niña de unos recuerdos que no los tiene claros, pero para ya saber más acerca de la edad que tiene la niña, si me gustaría que le tomaremos la sugerencia a la profesional en psicología, quien es la que acompaña a la niña.”

La psicóloga, Karen Herrera, consideró:

“En la poca información que obtiene en la recepción de los casos en nuestra defensoría de familia, sabemos que esto es una denuncia cerca de los tres años de la niña, y de los cero a los tres años, los niños apenas están en su proceso de activar y de estimulación de su memoria; entonces, la memoria, ellos tendrían memoria a corto plazo, de qué pasa en pocas horas o pocos días. A largo plazo, para recordar algo, serían eventos o muy fuertes o

muy específicos que hayan impactado mucho su vida, de lo contrario, pedirle dos años después a esta chiquita que recuerde algo que haya pasado, no es conveniente para ella, porque seguramente no lo va a recordar, su memoria apenas está en proceso, es a partir de los seis años que los niños empiezan a codificar más recuerdos, más largos, entonces, creo que no resultaría bueno para ella ni para el proceso de ustedes.”

La fiscalía procedió, en consecuencia, a interrogar a la menor. Lo hizo brevemente, bajo las advertencias realizadas y con apoyo de la psicóloga, de la siguiente manera:

¿Cuáles son tus nombres y apellidos?

A.R.C.

¿Cuántos años tienes?

Tres.

¿Cómo se llama tu mamá?

Yineth... (no se entiende lo demás)

¿Y el de tu papá cómo es?

Es que no sé el nombre

¿No te sabes el nombre?

No.

¿Y el de tu hermanita sí?

sí.

¿Y con quién vives?

Con mi mamá

¿Y tú estás estudiando?

Si señora...

Finalizado el interrogatorio, la Fiscal expresó:

“Con el mayor respeto, la Fiscalía General de la Nación considera que, seguir en el interrogatorio con un lenguaje como el de la niña y el consejo que da la Defensoría de Familia, es vulnerarle los derechos constitucionales. La Fiscalía terminará el interrogatorio este momento, porque, obviamente, las condiciones tanto cronológicas como de afectación y expresión oral de la niña no permitirían ninguna otra exploración y por el contrario vulneraría sus derechos.”

La defensa no hizo preguntas.

Analizada esa situación, respecto de la opción con que cuenta la fiscalía para utilizar las declaraciones rendidas por fuera del juicio, no se trata de un testimonio adjunto. Esta modalidad requiere de la disponibilidad del testigo y de que ofrezca en el juicio una versión diferente a la que había ofrecido por fuera del debate, lo que permite confrontarlo con el interrogatorio posterior a la lectura que el testigo hace de sus declaraciones anteriores.

Por lo visto, entonces, se trata de declaraciones anteriores al juicio incorporadas con las psicólogas que realizaron la entrevistas y que como tal constituyen prueba de referencia admisible.

En este sentido se debe observar que la fiscal descubrió la prueba y solicitó, no con la precisión deseada y con la ortodoxia del lenguaje que se requiere, que se decretara el

testimonio de las psicólogas Martha, Eliana Vásquez y Luisa Alejandra Olaya, con quienes incorporaría las declaraciones anteriores de la menor que le recibieron por fuera del juicio, ante la evidencia de que la niña, por su edad, no pudiera declarar en el debate oral, como en efecto ocurrió. No se refirió a una prueba técnica o pericial, ni indicó por lo tanto la base pericial, sino de testigos con quienes incorporaría declaraciones anteriores de la menor.

Así las cosas, no era necesario mencionar la dificultad de comunicación de la menor o una situación sobreviniente por razón de ese trance, pues la acentuada protección del menor faculta, de antemano, que se pueda solicitar declaraciones anteriores como prueba de referencia admisible, según lo prevé el literal e) del artículo 438 de la Ley 906 de 2004, adicionado por el artículo 3 de la Ley 1652 de 2013, norma vigente para el momento en que se inició la actuación.

Con todo, sin que haya recurrido a esta opción, la fiscalía justificó anticipadamente la indisponibilidad de la menor (algo que no era necesario ante la autorización legal) y se valió de esa circunstancia para solicitar la incorporación de sus declaraciones anteriores, que es justamente de lo que trata la prueba de referencia admisible, hecho que no se puede obviar con la excusa de que la fiscalía no empleó la palabra debida, frente al hecho de que expuso todos los elementos para que su petición fuera tratada como prueba de referencia admisible.

Desde esa perspectiva, la Sala no tiene duda de que se cumplió el debido proceso y que las declaraciones anteriores de la menor ingresaron legalmente al juicio como prueba de referencia admisible. En efecto, solicitó la prueba y la sustentó, solo que la justificó en la indisponibilidad de la testigo, una condición que no se exige tratándose de la incorporación al juicio de declaraciones de menores víctimas, pero en lo sustancial cumplió los presupuestos de validez de la prueba enunciados, así no haya referencia al tratamiento diferencial previsto en el literal e) del artículo 438 de la Ley 906 de 2004.

El error denunciado, entonces, desde esa perspectiva es infundado.

Cuestión diferente, y es ahí en donde radica la ilegalidad, así se trate de prueba de referencia admisible de menores, es que pueda dictarse sentencia condenatoria exclusivamente con base en dicha prueba y en otras del mismo alcance que se derivan de ella, como lo son las de quienes conocieron del episodio por comentarios de la menor, no por percepción directa (artículos 402 y 438 de la Ley 906 de 2004). El error, por lo tanto, no consiste en haber apreciado las declaraciones anteriores de la menor, sino en sobrepasar la cláusula restrictiva –inciso segundo del artículo 381 de la Ley 906 de 2004—, que limita la posibilidad de dictar sentencia condenatoria con fundamento exclusivo en pruebas de ese tenor.

En este sentido, así razonó el Tribunal:

En efecto, la menor fue entrevistada por la psicóloga de la Fundación Creemos en Ti y rindió declaración ante la profesional del C.T.I., Luisa Alejandra Olaya Chinchilla y Yaneth Eliana Velásquez Vargas, los días 5 de diciembre de 2014 y 24 de agosto de 2015.

Además, en el juicio oral las citadas profesionales dieron lectura íntegra al acápite que contiene las afirmaciones que les hizo la víctima, documentos que fueron incorporados al juicio, incluso el CD contentivo de la entrevista realizada en el año 2015.¹⁴

En consecuencia, las declaraciones previas rendidas por la víctima cumplen los requisitos para ser tenidas como pruebas dentro del presente diligenciamiento, ya que se trata de atestaciones que realizó la menor de edad con anterioridad a la celebración del juicio oral.

Si bien no procede la sentencia condenatoria fundada exclusivamente en pruebas de referencia, según el artículo 381 inciso 20 de la Ley 906 de 2004, en el caso objeto de análisis, la prueba basilar para proferir condena la constituyen las versiones previas de la víctima dadas a las referidas profesionales.

... estas dos funcionarias merecen credibilidad, tal como se indicó, ya que percibieron el relato de la víctima, sus emociones y expresiones, respecto de lo cual emitieron sus conclusiones en el debate probatorio, que fueron basadas en la percepción que tuvieron de la niña, sumado al restante material probatorio recaudado en el juicio oral, por lo que reúnen los requisitos previstos en los artículos 402 y 405 y siguientes del código de procedimiento penal de 2004.” (se subraya)

Eso indica que el tribunal, para resolver el asunto, lo hizo contra el principio de no contradicción: sostuvo que no se puede dictar sentencia condenatoria con base en pruebas de referencia y al mismo tiempo adujo que las pruebas que soportan la decisión están constituidas sustancialmente por las declaraciones que la menor les entregó a las psicólogas, es decir, por pruebas de referencia, sin mencionar ninguna otra que corrobore la versión de la menor.

3. La prueba practicada.

Siendo eso así, Ana Yineth Caldas Carranza, madre de la menor, quien respecto del conocimiento de los hechos, señaló que se enteró por la información que recibió del personal del jardín donde estudiaba la niña¹⁵, que luego de salir del baño le habría dicho a una de las docentes si podía besarle sus genitales como hacía su padre, es testigo de referencia.

Si algo le consta, por percepción directa, es que sus dos hijas rivalizaban y eran agresivas entre sí, conducta que mejoró con la intervención de las psicólogas del colegio. Este hecho, tal como fue relatado por la testigo, ninguna relación tiene con el abuso o cuando menos es totalmente impreciso para establecer una relación causal entre esa conducta y la presunta agresión sexual.

Alba Liyani Manrique Amado, Trabajadora Social adscrita a la Secretaria de Integración Social en el ámbito de las Comisarías de Familia, se enteró de lo sucedido, porque los

padres de la niña asistieron a la Comisaría de Familia, con el propósito de adelantar una diligencia de modificación de un acta de conciliación. En ese momento, la madre de la menor sacó a relucir los hechos de abuso sexual comentados por la menor.

Por ello, se realizó un acta de medida correctiva en la que, entre otros aspectos, amonestó a la mamá de la niña para que instaurara la correspondiente denuncia e impidiera que el progenitor de la menor tuviera contacto con esta.

Nada tiene, pues, que decir, con respecto a la ejecución de la conducta.

Yaneth Eliana Velásquez Vargas, Psicóloga del C.T.I., señaló que el 24 de agosto de 2015, realizó entrevista forense a la menor A.D.R.C.

Luego de ponerle de presente el informe que rindió, a efectos de refrescar su memoria, la testigo refirió que en su relato la menor no manejó temporalidad, dada su corta edad, aunado a que, en el video que registró la entrevista se denota la utilización de lenguaje verbal y no verbal, aspecto respecto del cual precisó:

“la niña en su lenguaje, en su nivel de desarrollo, como lo pudimos observar, no es claro, pero su lenguaje verbal es reiterativo en algo muy puntual; teniendo en cuenta su nivel de desarrollo del lenguaje, es la razón por la cual se manejó el protocolo de esa manera, se le indagó dándole opciones y, para el final, una vez ella señala en las siluetas, menciona partes que no lo había referido en su relato, es la razón por la cual cuando se le aborda de manera verbal, por última instancia se le presentan los muñecos.».

Culminado su testimonio, la fiscalía solicitó autorización para incorporar su informe, en el que incluyó un CD que registró la entrevista de la menor y material audiovisual, el cual fue proyectado en la vista pública.

(iv) Luisa Alejandra Olaya Chinchilla, psicóloga en la Fundación Creemos en Ti, realizó la

valoración inicial de la menor y rindió un informe de fecha 5 de diciembre de 2014, el cual leyó, incluida la entrevista de la niña.

Acorde con la información obtenida de la menor, señaló:

«La niña no posee una comunicación clara, sin embargo, reporta una situación de tipo sexual por parte de “Carlos” a quien reconoce como su padre. Refiere que le dio besos en la vagina y en la cola, por encima de la ropa interior. La niña no es capaz de identificar y reportar en dónde sucedió, refiere que sucedió en la noche, refiere que le dolía la vagina porque el padre le “daba picos” en la vagina (la señala).

La niña refiere que fue hace poco pero por su corta edad pueda que no sepa identificar bien el tiempo. La niña refiere que a ella no le gustó que le diera besos en la vagina... la niña no es capaz de reconocer las emociones que el evento le generó.».

La fiscalía incorporó al juicio el informe y la entrevista mencionadas.

En suma, las tres refirieron hechos que no les consta directamente, pero que les fueron relatados por la menor.

Ahora bien, por la defensa fueron practicadas las siguientes pruebas:

(i) Psicólogo Belisario Valbuena Trujillo, quien realizó «contrainforme del informe de entrevista clínica inicial con fines de protección, efectuado en la Asociación Creemos en Ti, de 5 de diciembre de 2014, a la menor de inicial A.D.R.» La juez no autorizó la incorporación del documento contentivo del informe elaborado, por no tener base de opinión pericial.

(ii) Ninfa Jiménez García, cuñada del procesado, quien, entre otros aspectos, señaló haber cuidado durante un año a la menor ofendida y su hermana, mientras la progenitora de las

menores trabajaba; dio cuenta del entorno familiar y buen trato que el acusado prodigaba a sus hijas, así como de la difícil relación existente entre los padres de las menores, lo que, incluso, en algún momento, determinó la asignación de la custodia de la menor a su esposo.

(ii) Adriana del Pilar Herrera, madre del acusado, quien dio cuenta de la difícil convivencia que tuvo su hijo con la denunciante, así como del maltrato físico que esta última infligía a sus nietas. Respecto de los hechos de abuso sexual develados por la menor ofendida, mencionó que se enteró por su nuera, quien le confió lo que la menor habría manifestado en el jardín.

(iii) Gildardo Cepeda Gordillo, padrastro del acusado, de quien señaló que su comportamiento ha sido bueno, pues, desde que cumplió los 18 años esporádicamente ha trabajado con él en construcción. Asimismo, expuso detalles de la convivencia con su hijo y su familia. En relación con los hechos que enmarcaron la denuncia por el presunto abuso sexual en contra de la menor A.R.C., se enteró de los mismos por conducto de su esposa.

(iv) El acusado Carlos Enrique Ruiz Herrera se refirió a los problemas de convivencia que tuvo con su excompañera, madre de su hija. En relación con la denuncia formulada en su contra, se mostró ajeno a los hechos objeto de la misma. Además, se refirió a los comentarios que su hija mayor le hizo respecto de las relaciones sentimentales que su madre tuvo con otros hombres.

En síntesis, ninguno percibió directamente los hechos. Todos adujeron tener conocimientos por referencia que recibieron de otras personas.

4. Trascendencia del error.

Como se infiere, ninguna de las personas que declararon en el juicio tienen conocimiento directo de los hechos (artículo 402 de la Ley 906 de 2004), luego, son testigos de referencia.

De otra parte, la menor, conociendo todas las dificultades de percepción y memoria por su corta edad, fue llevada por la fiscalía al juicio, sin que en su exposición se refiriera al tema objeto del debate, pues ni siquiera recordó el nombre de su padre. De otra parte, sus declaraciones previas, si bien fueron incorporadas legalmente al juicio, con las particularidades que se anotó, no dejan de ser prueba de referencia admisible.

A su vez, las psicólogas Yaneth Velásquez Vargas y Luisa Alejandra Olaya, no se refirieron a conexiones entre la agresión sexual y secuelas que hubiesen podido constatar como consecuencia de ese acto, que permitieran corroborar el abuso, sino al relato que hizo la menor y la técnica utilizada.

De manera que así se aprecien las declaraciones de la menor realizadas antes del juicio, sus manifestaciones no dejan de ser prueba de referencia, como lo son además las versiones de las psicólogas, cuyo conocimiento se deriva de lo que la menor les contó, no de lo que ellas pudieran percibir directamente.

En consecuencia, eso impide sustentar la sentencia condenatoria en las percepciones de las psicólogas Yaneth Velásquez y Luisa Olaya, pues lo que hicieron fue contar lo que la niña les dijo, no establecer conclusiones, propias de su ciencia, sobre el hecho y sus consecuencias.

La Corte encuentra, entonces, que si bien resulta legítimo haber apreciado en este caso, sin afectar ninguna garantía, con la modulación de los conceptos de debido proceso y prueba de referencia, las declaraciones anteriores de la menor, al no existir pruebas de corroboración —la prueba periférica de su dicho—, casará la sentencia para, en su lugar, absolver al acusado frente a la imposibilidad de franquear la restricción del inciso segundo del artículo 381 de la Ley 906 de 2004, de condenar exclusivamente con base en pruebas de referencia.

Por lo tanto, se dispondrá la libertad inmediata de Carlos Enrique Ruíz Herrera, por razón de este proceso, se librarán los oficios pertinentes, y se dispondrá que el juzgador de primer grado se ocupe de realizar las anotaciones a que haya lugar.

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:

Primero: CASAR la sentencia de 25 de septiembre de 2019, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Segundo: Absolver a Carlos Enrique Ruíz Herrera, por el delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado.

Tercero: Ordenar la libertad inmediata de Carlos Enrique Ruíz Herrera, por razón de este proceso, para lo cual se librarán los oficios pertinentes y se dispondrá que el juzgador de primer grado se ocupe de realizar las anotaciones a que haya lugar.

Cuarto: Disponer que el juez de primer grado, cancele los registros y anotaciones originados en contra del acusado en razón de este proceso.

Quinto: Esta decisión no admite recursos.

Notifíquese y Cúmplase

HUGO QUINTERO BERNATE

Presidente

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

GERSON CHAVERRA CASTRO

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

FABIO OSPITIA GARZÓN

CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Carpeta 1, fol. 6.

2 Ibidem, fol. 19.

3 Ibidem, fol. 33.

4 Ibidem, fol. 35.

5 Ibidem, fol. 37.

7 Ibidem, fol. 88.

8 Ibidem, fol. 122.

9 «La conducta se realizare sobre pariente hasta cuarto grado de consanguinidad, cuarto de afinidad o primero civil, sobre cónyuge o compañera o compañero permanente, o contra cualquier persona que de manera permanente se

hallare integrada a la unidad doméstica, o aprovechando la confianza depositada por la víctima en el autor o en alguno o algunos de los partícipes. Para los efectos previstos en este artículo, la afinidad será derivada de cualquier forma de matrimonio o de unión libre.

10 «El responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza.».

11 Gaceta del Congreso 520 de 2011.

12 Taruffo Michele, Simplemente la verdad, Ed. Marcial Pons, página 135.

13 Audio n°. 11001600006120140121100_110013109009_1.

14 Fols. 51-60 y 72-79

15 Textualmente la testigo expresó: “A mí me citaron del jardín de la niña, ella estudiaba en el jardín Asoben de Fátima, de Integración Social, me citó la psicóloga y las profesoras. Fui, a él también lo citaron, pero nunca llegó. Fui a la citación, ahí fue donde me informaron que la niña reportaba, pues, como manoseo por parte del papá. Entonces, las psicólogas y las profesoras estaban como muy pendientes de eso...así fue como yo me enteré.

Calle 12 No. 7 - 65 Palacio de Justicia - Bogotá, Colombia.

PBX: (571) 562 20 00 Exts.1126 -1142 - 1143 - 1144 - 1145 Fax: 1125 - 1428

www.cortesuprema.gov.co