



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER
Magistrado Ponente

SP880-2017

Radicación 42656

(Aprobado en acta de 22)

Bogotá D.C., treinta (30) de enero de dos mil diecisiete (2017).

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de MIGUEL ÁNGEL MÁRQUEZ VELÁSQUEZ contra la sentencia de 6 de septiembre de 2013 mediante la cual el Tribunal Superior de Pereira revocó la de carácter absolutorio emitida por el Juzgado Único Penal del Circuito de La Virginia-Risaralda, para en su lugar condenarlo como coautor del concurso de delitos de homicidio agravado, secuestro simple agravado, acceso carnal violento y hurto calificado.

Rafael

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Hacia el mediodía del 6 de junio de 2009, dos sujetos que se llamaban entre sí con los remoquetes de «El Tigre» y «El Papi» llegaron a la finca denominada «La China», ubicada en la vereda «La Aurora», jurisdicción del municipio de Balboa-Risaralda, indagando al administrador de la heredad, Carlos Alberto Vélez Jiménez, y a su cónyuge Liliana Fernández Carvajal, por un sujeto llamado José Yepes. Luego de almorzar allí, procedieron a amarrar y a encerrar en una pieza a los citados administradores junto a sus cuatro hijos: YAVF y LJVF, niñas de catorce y doce años de edad, respectivamente; al varón LCVF, de once años de edad; y a EKVF, otra niña de siete años.

Tras seguir interrogando al jefe del hogar, sacaron a su esposa del predio, la ataron a un árbol y la ahorcaron, igual procedimiento emplearon luego con aquél, a quien además le propinaron varias heridas en el abdomen con arma corto-punzante.

Cumplido lo anterior, regresaron a la finca para apoderarse de algunos bienes —ropa, zapatos, una libreta de ahorros, una despulpadora de café y un machete—, se llevaron a los menores para que les ayudaran a cargar el botín y tras andar un trecho llegaron al sitio conocido como «Altos del Rey», allí ataron a los dos más pequeños, pero se llevaron a las niñas YAVF y LJVF a una parte boscosa donde abusaron sexualmente de ellas, para dejarlas luego amarradas y abandonadas.

Rafael

Los menores lograron desatarse y al otro día dieron aviso a las autoridades.

Con base en el retrato hablado suministrado por la niña YAVF y por el aviso de un informante no identificado de La Virginia-Risaralda, quien indicó que el dibujo se parecía a una persona exintegrante de un grupo paramilitar ya reinsertado a la vida civil y quien cumplía con presentaciones en la Estación de Policía de esa localidad, se libró orden de captura en contra de MIGUEL ÁNGEL MÁRQUEZ VELÁSQUEZ.

Ante el Juzgado Séptimo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Pereira se cumplió el 20 de junio de 2009 la audiencia concentrada en la cual se legalizó tal captura. En la misma diligencia el ente investigador le formuló imputación por la posible comisión del concurso de delitos de homicidio agravado, acceso carnal violento, secuestro simple agravado y hurto calificado, al tiempo que pidió la imposición de medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario. El imputado no aceptó los cargos y se le afectó con la detención preventiva solicitada.

Presentado el 15 de agosto de 2009 el escrito de acusación como coautor de los referidos ilícitos, según los artículos 103; 104, numeral 7º; 168; 170, numeral 1º; 205; 239 y 240, numeral 4º, inciso 2º, del Código Penal, en el Juzgado Único Penal del Circuito de La Virginia-Risaralda se cumplió, el 17 de septiembre siguiente, la audiencia de

Rojas 3

formulación respectiva, en la cual se incluyó la circunstancia de mayor punibilidad contemplada en el artículo 58, numeral 10°, del citado ordenamiento sustantivo, dada la coparticipación criminal.

En ese despacho judicial se surtieron las audiencias preparatoria y de juicio oral. En esta última diligencia se anunció sentido de fallo de carácter absolutorio en aplicación del principio de resolución de duda en favor del procesado, por ello, mediante sentencia de 10 de diciembre de 2010 se le exoneró de responsabilidad penal y, en consecuencia, se ordenó su libertad.

No obstante, en virtud del recurso de apelación elevado por la representante de la Fiscalía, el Tribunal Superior de Pereira por decisión de 6 de septiembre de 2013 revocó la absolución, en su reemplazo, condenó a MIGUEL ÁNGEL MÁRQUEZ VELÁSQUEZ como coautor de los delitos objeto de acusación, a las penas principales de sesenta (60) años de prisión y multa en el equivalente a dieciocho mil (18.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, así como a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el lapso de veinte (20) años, negándole la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, razón por la cual se libró orden de captura en su contra, aprehensión materializada el 13 de septiembre del mismo año.

Contra la anterior determinación el defensor público del enjuiciado impugnó extraordinariamente con la

Rafael
4

correspondiente demanda de casación, la cual luego de admitida, fue sustentada ante esta Sala.

LA DEMANDA

Bajo el marco de la causal tercera de casación, contemplada en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, por el manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba, el recurrente postula un error de hecho por falso raciocinio al infringir el Tribunal los parámetros de la sana crítica.

Pone de presente que por no contar el juez plural con la inmediación de la prueba y sólo tener apoyo en los registros auditivos de la audiencia de juicio oral desconoció la retractación de la menor YAVF al malinterpretar su mutismo previo a no reconocer al procesado cuando le fue puesta de presente su fotografía, argumentando que ello reflejaba el estado de inseguridad de la testigo.

Defiende el fallo absolutorio de primer grado por estar soportado en los elementos de prueba y declaraciones percibidas directamente por la juez que dirigió el debate público en apego a los principios de inmediación, concentración y publicidad, en cambio, el Tribunal que no contó con tales apogemas, ni siquiera justificó el cambio en la valoración probatoria o el motivo por el cual rechazaba las consideraciones del *a quo*, quedándose en unas simples «afirmaciones apodícticas sin razonamiento alguno».

Rafael
5

Para el defensor, el superior no debió reparar en la credibilidad de los testimonios porque no intervino en la actividad probatoria, por eso desconoció que la voz baja o entrecortada de la niña correspondía al mal manejo del micrófono por estar a veces muy lejos del mismo.

Que pese a que la menor aclaró en esa diligencia no haber sido presionada en algún momento, el *Ad quem* la tildó de mendaz para dar preeminencia a la entrevista rendida por la víctima ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en una clara afrenta de la estructura del sistema penal acusatorio, ya que se trataba de un simple acto de investigación, confundiendo aquí el testimonio adjunto con la prueba de referencia.

Explica que la apostasía de la niña está plenamente justificada, porque si se entiende que fue accedida carnalmente por alias «El Papi» —que según la fiscalía corresponde a MIGUEL ÁNGEL MÁRQUEZ VELÁSQUEZ—, era claro que al estar cerca de él pudo analizar su físico y tener una recordación más clara de sus características, de ahí que haya detallado dos lunares en el rostro de su agresor, señales que el enjuiciado no tiene, sin que la Fiscalía hubiera acreditado que él se hubiera practicado alguna cirugía para retirárselos.

Estima que la afirmación de la menor de haber hecho el reconocimiento en fila de personas por salir del paso resulta plenamente entendible y creíble, pues esa diligencia se cumplió en la Cárcel de Varones de Pereira, lugar que de

Rajón 6

por sí es incómodo para los abogados, con mayor razón para una niña.

A su turno, expresa que el niño LCVF corroboró que el acusado no correspondía a alguno de los sujetos que arribaron a la finca, además, con tranquilidad cuando analizó los elementos que se le pusieron de presente —y que correspondían a los encontrados en el allanamiento hecho a la casa de MÁRQUEZ VELÁZQUEZ—, manifestó que ninguno de ellos pertenecía a su padre.

En segundo lugar, destaca que la defensa pidió que se le practicara al inculcado la prueba de ADN a fin de hacer el cotejo con los fluidos corporales extraídos a la niña YAVF, pues de ambas niñas fue la única muestra que salió positiva para espermatozoides, para la cual él siempre estuvo dispuesto.

Que a lo anterior se suman las deficiencias investigativas ya que la ropa interior de las niñas no fue analizada por medicina legal al no haberse aportado los datos de cuál prenda portaba cada una de ellas.

La trascendencia del yerro la ve reflejada en que resultaron afectadas las garantías de su asistido al no haber contado con un debido proceso y un juicio justo, por lo cual solicita casar el fallo a fin de mantener la decisión absolutoria de primera instancia en la que se dio aplicación al principio *in dubio pro reo*.

Rafael
7

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

1. El demandante

Insiste en que la carencia de registros visuales de la audiencia de juicio oral pudo incidir en la apreciación hipotética que hizo el Tribunal al cuestionar la sentencia de primer grado sin indicar cuál fue el equívoco o cómo se excluía la duda probatoria.

Y que se tuvo la entrevista de la menor YAVF rendida por fuera del juicio oral como testimonio adjunto, cuando contrariamente la Fiscalía la presentó como prueba de referencia, aspecto éste por demás impertinente ya que la menor compareció y declaró en el juicio oral.

Que al considerar los actos de investigación realizados por la policía judicial el *Ad quem* «borró de un brochazo la estructura o columna vertebral del sistema acusatorio» que impone al juez tener en cuenta solo las pruebas practicadas y controvertidas en su presencia.

2. De la representante de la Fiscalía

Luego de precisar que no desconoce el respeto por las garantías de las partes, máxime cuando se trata de víctimas menores de edad, señala que aquí debe prevalecer el debido proceso, porque la sentencia condenatoria está resquebrajada al desatender el Tribunal las reglas de una verdadera valoración racional probatoria.

Raúl

23

Detalla que la captura de MÁRQUEZ VELÁSQUEZ obedeció a la información de una fuente no formal desconocida acerca de que el retrato hablado tenía parecido con un sujeto desmovilizado quien hacía presentaciones en la Estación de Policía, sin que se sepan más detalles al respecto.

Pero advierte que el sujeto descrito en ese retrato como apodado «El Papi» y que según la Fiscalía corresponde al enjuiciado, tiene como característica especial dos lunares debidamente demarcados al lado derecho de la cara, señales particulares de las cuales carece MÁRQUEZ VELÁSQUEZ.

Que el morfólogo al elaborar el respectivo dibujo producto de las indicaciones de la niña YAVF refirió a un hombre de piel trigueña, cuello corto grueso, cejas rectas cortas y escasas, ojos pequeños, castaño oscuro, orejas medianas triangulares, nariz media, boca gruesa, mediana, mentón redondo y dos lunares al lado derecho. No obstante, en la entrevista que rindió la misma menor lo describió como un individuo blanco, robusto, bajo, nariz larga, cara «como aplastada», y en la audiencia de juicio oral dijo que era de 1,60, de estatura, blanco y de contextura gruesa.

Por su parte, la otra niña LYVF en la entrevista describió a una persona bajita, flaca, precisando que era blanca con dos lunares; uno en la frente y otro en la mejilla. Y en la audiencia lo refirió como un sujeto «medio gordito»,

Rafael

bajito, blanco, que le vio un lunar pero no sabe si eso obedeció a las manchas del pantano.

Rememora que la menor YAVF compareció al juicio oral, pero como en el recinto no podía estar frente al acusado, al serle puesta de presente una fotografía de éste para su reconocimiento, manifestó que no lo conocía y no correspondía a la persona que había cometido los actos violentos contra su familia, aclarando la deponente que inicialmente lo reconoció, porque en ese entonces estaba confundida.

Para la Delegada si bien podría pensarse que la menor YAVF mintió o fue manipulada para la retractación y por esa vía darle credibilidad al dicho de la otra niña LYVF quien justificó la inconsistencia de la no presencia de lunares en el procesado en que quizás se trataban de manchas de lodo, se debe mirar la prueba en conjunto y analizar la manifestaciones del niño de once años de edad cuando en la audiencia de juicio oral aseguró que la fotografía no correspondía al agresor de sus hermanas y homicida de sus padres, dicho que merece credibilidad, pues era quien acompañaba al padre en las labores del campo, niño que por fortuna no fue abusado y realizó un relato emotivo al dar cuenta de lo que hicieron los dos sujetos que arribaron a la finca.

Que precisamente la juez de primer grado, quien contó con la inmediación, indicó, de un lado, no haber advertido algún temor en la menor de catorce años que la llevara a

Rafael

retractarse y, de otro, que el niño también estuvo tranquilo, seguro y claro en sus respuestas, al punto que revisó el machete incautado y dijo que en la punta se diferenciaba del que tenía su papá, con una claridad mental y cuidado en la forma de declarar que le merecían crédito.

Agrega que aunque la Corte ha clarificado que la inmediación al operar en el juicio oral y facilitar la ponderación del juzgador que la presencié no impide al superior la valoración probatoria, en este caso los medios técnicos utilizados para registrar lo acontecido en el juicio tuvieron incidencia en el análisis del Tribunal, porque al sólo contar con los audios y escuchar una respuesta pausada, no se sabe qué regla aplicó para concluir que la niña mintió, pues esa forma de responder también podía obedecer a la carga emocional de comparecer a juicio.

Acerca de darle valor a la entrevista, señala que efectivamente se trata de un elemento practicado fuera de juicio oral que debió articularse como testigo adjunto con la declaración de la niña, porque el Tribunal cuestionó que no debió ingresar como prueba de referencia, por ello insta a la Sala a dar claridad respecto a ambas figuras.

Pone de manifiesto que no es posible afirmar que la retractación obedeció a las amenazas, porque éstas sólo se acotaron al momento de los hechos y no se acreditó que hubieran sido posteriores.

Rauy

Por último, resalta que se dejaron de investigar temas como las manifestaciones que hizo la esposa del acusado en la entrevista, el examen de ADN de éste ante la muestra de la niña que arrojó positiva para espermatozoides, a lo cual se agrega la equivocación en el embalaje de las prendas íntimas de las víctimas, o el no haber hecho seguimiento al celular del administrador de la finca del cual llamaron los agresores, falencias probatorias que arrojaban serias dudas de la responsabilidad del procesado.

Se muestra así partidaria de la pretensión del impugnante, pues en su criterio no se trata de meras discrepancias con la valoración probatoria judicial, porque además de que el Tribunal demeritó la retractación de la menor, excluyó el resto del material probatorio, amén de los vacíos probatorios que hacían imperiosa la aplicación del principio *in dubio pro reo*.

3. La Delegada del Ministerio Público

Asegura que el principio de inmediación no es una camisa de fuerza que impida una nueva estimación por parte del superior, de ahí que al *Ad quem* como le correspondía verificar si hubo una interpretación ilógica o una infracción de la sana crítica, luego de analizar la retractación de la menor YAVF, expuso las razones por las cuales había error en la valoración del juzgado al no haber considerado las inconsistencias en que ella incurrió, así como también explicó los motivos que lo llevaban a darle crédito a las entrevistas anteriores.

Rafael

Que tales argumentos están basados en comprender el estado psicológico de la niña producto de una revictimización, a las amenazas posteriores a la muerte de sus progenitores y la experiencia cuando se trata de víctimas de delitos sexuales.

En su concepto, la retractación no puede por sí sola excluir lo dicho por el testigo ni da lugar a una duda insalvable, pues entre la versión inicial que se allega como un testimonio adjunto y la versión retractada en el juicio oral debe construirse un diálogo para determinar a cuál de las dos debe dársele credibilidad.

Por lo anterior, estima que el cargo no está llamado a prosperar, porque el Tribunal no violentó las limitaciones del recurso ni infringió los parámetros de la sana crítica y tampoco hizo un cambio injustificado de la valoración del *a quo*.

4. Representante de víctimas

Advierte que a pesar de no haberse podido contar con el registro visual de la audiencia, el medio auditivo sirve, siendo el asunto a dilucidar la credibilidad de los testimonios, pues hay dos versiones encontradas: la expuesta por la menor de catorce años que se retractó de lo dicho ante la Policía Judicial, a cambio de la manifestación de la niña de doce años que fue conteste desde el principio.

Rojas

Que cualitativamente el retracto tiene asidero en las manifestaciones del niño de once años quien dijo no conocer a la persona que estaba en juicio, pero se deben diferenciar los hechos acaecidos en la casa, de los que sucedieron en la zona boscosa respecto de las niñas, lo cual permitiría explicar tal retractación por ser un caso de violencia sexual.

Y que las amenazas pudieron incidir en la niña de catorce años y por eso se retractó, pero no en la de doce años quien no modificó su dicho, por lo cual estima que hay prueba suficiente de la responsabilidad del procesado y que impide la prosperidad del cargo.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Acude el defensor a la violación indirecta de la ley sustancial para denunciar errores probatorios del Tribunal que lo llevaron a proferir sentencia condenatoria. Busca así mantener la exoneración de responsabilidad penal de MÁRQUEZ VELÁSQUEZ declarada en primer grado al dolerse que el juez plural desestimó la retractación de la menor YAVF y le dio valor suasorio a las declaraciones que ella previamente había hecho ante la Policía Judicial, además, que no fueron tenidas en cuenta falencias investigativas las cuales arrojaban dudas del compromiso penal del enjuiciado como autor de las conductas que imponían la aplicación del principio de resolución de duda en su favor.

Rafael

26

Con este panorama, el norte que demarcará el estudio de la legalidad de la sentencia será la gravedad de los delitos que afectaron a cuatro menores de edad, porque además de que le segaron la vida a sus progenitores, fueron retenidos, amarrados, dos de ellas violadas, sopesando también sus garantías en el trámite judicial que conlleva el evitarles mayores efectos dañosos con su doble victimización, pero obviamente sin soslayar los derechos fundamentales del inculcado a un debido proceso, así como a la presunción de inocencia, con el correlato que se impone para la Fiscalía de adelantar una pronta y seria investigación al contar con material técnico y humano para ello, propio del deber constitucional de buscar de forma imparcial la información.

La queja del recurrente relacionada con que la carencia de registro visual del desarrollo de la audiencia oral incidió en el desafuero intelectual del Tribunal, al malinterpretar los silencios de la menor cuando le fue puesta de presente la fotografía del procesado, lleva a analizar en primer lugar la inmediación y las facultades del superior.

Seguidamente, se analizará lo concerniente a las declaraciones previas al juicio haciendo énfasis cuando se trata de menores víctimas de delitos de índole sexual a fin de abordar las figuras de la prueba de referencia y el denominado «testimonio adjunto» de cara a examinar los reconocimientos fotográficos y en fila de personas realizados

Raúl

por la menor YAVF, así como la entrevista rendida ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

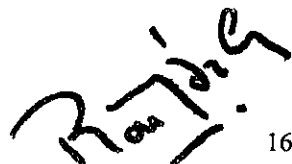
Por último, se estudiarán las falencias probatorias denunciadas para determinar si tal vacío impedía cumplir con la exigencia prevista en los artículos 7° y 381 de la Ley 906 de 2004 para emitir sentencia de condena.

1. Inmediación y facultades del superior

1.1. La Corte ha insistido en que la *inmediación*, entendida como la percepción directa del juez de la práctica o aducción probatoria, unida a la *concentración*, que impone adelantar de forma unitaria el juicio oral y público, irradian el juzgamiento al posibilitar el conocimiento directo de los hechos.

Ello implica que el juez perciba directamente tanto la práctica de las pruebas, como los alegatos e intervenciones de las partes a fin de tener una idea clara de lo ocurrido, y proceda, todo ello en un tiempo prudencial que no incida en su memoria, a anunciar el sentido de su decisión, de ahí que se enarbolan como principios rectores de la Ley 906 de 2004.

El artículo 16 de la Ley 906 de 2004 establece como regla que será prueba solamente la que se produzca e incorpore en el juicio oral en forma pública, oral, concentrada y sujeta a confrontación y contradicción.



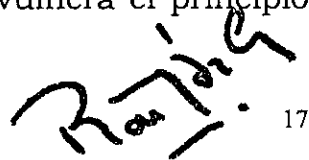
De lo anterior deviene que sea considerada como prueba solo la practicada en el juicio oral y público con observancia no solo de garantías procesales, sino de las formas legales establecidas, para luego ser valorada por el mismo funcionario judicial que la presencié, por ello, el artículo 379 del estatuto en comento establece que el juez debe tener en cuenta como pruebas únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia.

Las excepciones a la regla señalada están reguladas en el estatuto procesal penal y corresponden a la prueba anticipada (artículo 284 del C de P.P.) y la de referencia (artículos 437 y 438 ídem).

En efecto, se ha clarificado que el principio de *inmediación* no es absoluto, toda vez que legalmente son admisibles tanto las pruebas anticipadas, como las de referencia, las cuales no son practicadas en presencia del funcionario judicial director del juicio oral, obviamente siempre que para las primeras medie la contradicción y confrontación¹, y que para las segundas se cumpla con la tarifa legal negativa prevista en el artículo 381 ídem, toda vez que la sentencia no puede fundarse exclusivamente en una prueba de esa estirpe.

En providencia CSJ SP, 12 dic. 2012, rad. 38512, se advirtió, desde el bloque de constitucionalidad, que al no estar consagrado en el cumplimiento de los deberes

¹ En CC C-591/05, la Corte concluyó que la práctica de pruebas anticipadas, en circunstancias excepcionales, no vulnera el principio de inmediación en un sistema acusatorio.


17

adquiridos por el Estado frente a Instrumentos Internacionales que reconocen los derechos humanos la implementación o el respeto absoluto de la *inmediación*, no es por lo tanto un componente esencial del debido proceso y solo hace parte del sistema previsto en la Ley 906 de 2004.

Tras el discurrir jurisprudencial relacionado con el análisis del artículo 454 del citado ordenamiento procesal en relación con la continuidad de la audiencia de juicio oral y los casos excepcionales que ameritan su suspensión o cuando el juez que presencia el debate público no es el mismo que emite la sentencia, la Corte en la decisión ya reseñada (rad. 38512) morigeró el criterio de declarar la nulidad de la actuación a fin de repetir tal diligencia.

En esta óptica, luego de asumir que los cambios del servidor judicial pueden obedecer a situaciones personales, administrativas o de distinta índole, se indicó que la declaratoria de nulidad para repetir el juicio ha de ser excepcionalísima cuando se evidencie una grave lesión a los derechos o garantías superiores, ello tras ponderar también el principio constitucional de acceso a la administración de justicia, así como los derechos de los menores víctimas o testigos dentro del proceso penal².

Esa limitación de la *inmediación* también está justificada ante la garantía fundamental del procesado a impugnar la sentencia de condena, reconocida en

² Criterio reiterado en CSJ SP, 3 jul. 2013, rad 38632 y CSJ AP, 28 ag. 2013 rad. 40557, entre otras.

Rafael

93

instrumentos internacionales y en los artículos 29 y 31 del texto superior, lo cual ha sido ampliado por la CC C-047/07 para fallos absolutorios en aras del derecho de igualdad y de las garantías de las víctimas.

Por lo tanto, para posibilitar el conocimiento de otro funcionario, ora de la misma categoría o como superior funcional, se ha insistido en que se debe acudir a los recursos tecnológicos, visuales y sonoros, para preservar el desarrollo del juicio, como medios inherentes a la oralidad, que si bien no reemplazan la percepción directa que de las pruebas tiene el juez, sí permiten revisar la actuación con miras a estudiar los puntos abordados por las partes.

El mismo artículo 146 del estatuto procesal al prever la oralidad de los procedimientos señala que se deben emplear medios técnicos idóneos para registrar y reproducir de forma fidedigna lo actuado, sea en audio-video o en su defecto solo en audio, desechando así las reproducciones escritas.

Bajo esa arista, en fallo CC C-059/10 se hizo un llamado a las autoridades competentes para que se asegurara la disponibilidad de equipos de audio y video en todos los despachos judiciales encargados de manejar el sistema penal acusatorio, especialmente en regiones apartadas del país, ya que *«la garantía procesal de contar con un juicio oral precisa que el mismo sea técnicamente filmado, con el propósito de que los jueces superiores, si bien no lo presencian directamente, se puedan hacer una idea lo más fidedigna posible de lo sucedido»*.

Rafael

También la citada Corporación en sentencias CC C-046/07, C-250/11 y C-317/11 destacó la relatividad de la *inmediación* en la segunda instancia, ya que el recurso de apelación no es un proceso autónomo o un nuevo juicio en el cual se deban debatir o controvertir todos los temas, ni requiere la práctica probatoria y la presencia del *Ad quem* en la misma, ya que *«Es la oportunidad en la cual el juez controla una decisión adoptada en la primera instancia, sin tener que reconstruirse íntegramente la acusación y defensa, siendo la continuación del proceso en una instancia de control que se ha previsto como garantía interna orientada a obtener una decisión justa. Es evidente que al no haber una repetición del juicio, por tratarse no de un análisis general y abstracto tendiente a revisar la totalidad de lo actuado, es suficiente que cuente con los registros que sobre el mismo y la interposición y sustentación del recurso se hayan realizado en audio y/o video, y que hayan sido allegados al juez de la segunda instancia, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 146 del C.P.P. Con base en ellos, podrá adquirir elementos de juicio para la decisión que corresponda»*.

Por su parte, la CSJ SP, 2 jul. 2014, rad. 34131, recalcó que la *inmediación* no excluye la posibilidad de que el Tribunal en apelación o la Corte en casación tengan divergencias y por ende otra percepción probatoria de la expuesta por el *a quo*, porque si en uno y otro caso la parte hace cuestionamientos a la validez o al mérito judicial otorgado a una prueba, ambos órganos de la administración de justicia dentro de los ámbitos de sus competencias *«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».

Lo expuesto permite entender la *inmediación* como una forma procedimental que se debe observar bajo los lineamientos del sistema acusatorio relacionada con la práctica probatoria en el juicio, facilitadora del análisis del juzgador pero que no impide al superior hacer lo propio.

1.2. En criterio del defensor, el Tribunal malinterpretó los mutismos de la niña YAVF al inferir que fue presionada para que se retractara de la sindicación inicial hecha contra el procesado a través de los reconocimientos fotográficos y en fila de personas, y si bien la representante de la Fiscalía se muestra partidaria de ese yerro fáctico por el falso raciocinio denunciado al aseverar que no se supo cuál fue la regla de la experiencia aplicada en el fallo para deducir que la niña mintió, para la Corte no se trataría de un error de valoración probatoria, sino de aprehensión, como pasa a explicarse —*aspecto técnico que se ha de entender superado con la admisión de la demanda, y que impone su análisis en armonía con los fines que informan el recurso extraordinario*—.

La citada niña compareció a la sesión de audiencia de juicio oral del 4 de febrero de 2010 (una vez se le solicitó al procesado desalojar el recinto precisamente por la presencia de ella). Por su edad (15 años para ese momento) en acatamiento del artículo 383 de la Ley 906 de 2004 se le tomó juramento y por lo normado en el artículo 194 del

Código de la Infancia y la Adolescencia, estuvo acompañada por la Defensora de Familia, Olga Lucía Trujillo Arcila, y las sicólogas del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar: María Beatriz Rubio Mora y Betty Johana Suárez.

Según los audios, relató la forma como dos sujetos arribaron hacia el mediodía del 6 de junio de 2009 a la finca preguntando por una persona llamada «José Yepes», hablaron con el papá de ella, luego él los invitó a almorzar, posteriormente los sujetos encerraron y amarraron a todos en una habitación, se llevaron a la mamá y más tarde al papá, al rato regresaron los hombres a empacar varios elementos en maletas diciéndoles a los niños que no gritaran o si no los mataban, se los llevaron amarrados lejos de la casa, haciéndoles cargar las maletas hasta el «Alto del Rey», agregando seguidamente «no quiero decir lo que pasó después».

A continuación se transcribe lo que consta en los audios en cuanto a las preguntas relacionadas con el señalamiento e identificación del procesado formuladas por la fiscal y acondicionadas para su edad por la defensora de familia, para un mejor entendimiento se hará con las siguientes convenciones **(i)** = interrogadora; **(n)** = niña.

(i) Vamos a mostrarte una foto, queremos que la mires bien y nos indiques si reconoces alguna de estas (01:41 a 01:51).

*Vamos a hacer el reconocimiento de la evidencia. (02:11 a 02:16)
Cuéntanos aquí en esta audiencia si este nombre que hay acá es el tuyo y si esta es tu firma (02:28 a 02:34).*

(n) Sí (02:35).

Rafael

(i) Vamos entonces a mostrarte una serie de fotos, tú las vas a mirar bien y nos vas a indicar si reconoces a alguna de ellas (02:41 a 02:53)

Tomate el tiempo que quieras y avisas cuando ya (03:09 a 03:12)

Reconoces alguna de estas fotos? (03:26 a 3:28)

Dime la respuesta en voz alta (03:42 a 03:43)

(n) No (03:43)

(i) Bueno (03:55)

Ese día te pidieron que elaboraras un retrato hablado y otra persona lo estaba haciendo (04:00 a 04:09)

(n): Sí (04:10)

[Una voz dice «señora defensora»...y se escucha ruido de correr mesas o muebles (04:19)]

(i) Mira esta foto, se te parece a alguien, es un retrato hablado (04:32- 04:42)

Míralo tranquila (04:49)

Despacio lo miras (04:50)

Reconoces a esta persona (04:56)

(n) Pues esa fue la que asesinó a mis padres (04:57)

(i) Háblanos más duro, vuélvemos a repetir (05:02)

(n) Esa persona que está ahí fue la que asesinó a mis padres (05:06 a 05:11)

[Se escucha ruido y varias voces que preguntan si un computador está conectado]

(i) Vamos a mostrarte unas fotos, tú las vas a mirar y nos dices si corresponden a la persona que crees que estuvo ese día en tu casa (05:43 a 05:58)

Igual tómame tu tiempo (06:00)

Raúl

[se oyen varias voces inaudibles y sólo una frase entendible «con f 8 creo que es»]...

(i) ¿La puedes ver bien? (06:19)

Detállalo bien (06:22)

¿Reconoces esta persona? (06:27)

(n) No (06:28)

(i) ¿No la reconoces? (06:30)

Vamos a mostrarte una segunda foto (06:34)

[ruido, y una voz que dice «la otra fotico, está aquí arriba»]

(i) Mira bien esta segunda foto (07:03)

(n) No, esa persona no fue (07:08)

(i) ¿Qué pasa muñeca? (07:15)

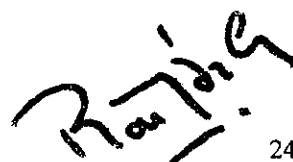
(i) Ya no hay más preguntas por realizar (07:35)

Tras hacer un receso para la formulación de las preguntas por parte del defensor y luego de que la fiscal objetara algunas de ellas por abordar hechos no referidos por la declarante, sólo se le indagó a la testigo si había visto en alguna otra oportunidad a los asesinos de los papás, a lo cual dijo que no.

A continuación se hizo el interrogatorio redirecto:

(i) Muñeca, ¿tu participaste en la elaboración de un retrato hablado? (04:05- 04:09)

(n) Sí (04:10)



(i) ¿Y reconociste ese retrato hablado?, ¿reconociste en ese momento ese retrato como la persona que mató a tu papá, a tus papás? (04:12 a 04:15)

(n) Sí (04:22)

(i) Vamos a volverte a mostrar un retrato [silencio] y queremos que nos digas si corresponde al retrato que se elaboró (04:29 a 04:44).

(n) Yo participé pero hay unas cosas que no (04:45)

(i) ¿Qué cosas? (04:51)

(n) Las manchas que tiene en la cara (04:52)

(i) ¿Qué pasa con esa manchas (04:53)

(n) No eran tan, ¿si me entiendes? (04:53)

(i) ¿Tan marcadas? (04:54)

(n) Sí, no eran tan marcadas pero sí participé (04:55)

(i) ¿Y puedes reconocer este retrato como la persona que ingresó a la casa de tus papás? (05:08)

(n) Sí (05:13)

(i) Duro mami (05:16)

(n) Sí (05:17)

(i) ¿Tú participaste en una diligencia de reconocimiento fotográfico donde te pusieron unas fotos? (05:32 a 05:40)

(n) Sí (05:41)

(i) ¿Reconoces a alguien? (05:44)

(n) No (05:45)

(i) ¿No? (05: 49)

*(i) También participaste en una diligencia donde había...(05:56)
[inaudible y no termina la pregunta]*

(i) Vamos a volver a mirar muñeca esto...tu firma (06:10 a 06:11)

(n) Sí, esa es mi firma (06:17)

(i) Lees por favor qué dice acá (06:22 a 06:23)

(n) YAVF [la niña dice su nombre completo] (06:27)

Rafael

100

(i) Vamos a mirar por filas las fotos y tú las vas a mirar con toda calma y finalmente nos vas a decir si reconoces a alguien (06:34 a 06:42)

(n) No (06:45)

(i) Vamos con la segunda fila (06:48)

(n) No (06:52)

(i) Tercera fila (06:55)

(n) No (06:57)

Seguidamente una voz de mujer, que no es la de la niña, dio lectura al reconocimiento fotográfico.

(i) Muñeca, eh ¿tú estuviste en una diligencia de reconocimiento donde había unas personas? (10:00 a 10:08)

(n) Sí (10:09)

(i) ¿Reconoces a alguien? (10:10 a 10:11)

(n) Señalé a una persona que no era (10:15)

(i) ¿Por qué dices ahora que no era? (10:17 a 10:20)

(n) Realmente estaba confundida por lo que había pasado (10:22).

Inmediatamente se leyó el acta de reconocimiento en fila de personas (10:41).

(i) Muñeca, en el retrato hablado, eh, en el reconocimiento de las personas en fila y en el reconocimiento fotográfico, tú reconociste a una persona, ¿por qué crees ahora que no es esa persona? (13:26 a 13:42)

Interviene la juez: «mira niña te voy a hacer una claridad nosotros queremos que tú nos respondas toda la verdad en lo que tú sabes, porque así como nosotros queremos que paguen los culpables que hicieron eso, también tenemos que ver que no vaya a llegar a la cárcel una persona que es inocente y que no

Raúl

haya hecho eso porque le van a meter una cantidad de años impresionante, va a estar muchos, muchos años, allá, entonces no queremos que vaya una persona que no fue, entonces debes pensar muy bien la pregunta y ser lo bien sincera que tu (14:04 a 14:35)

(l) ¿Le repito la pregunta? (14:36)

Se la voy a repetir (14:38)

Tu estuviste en una diligencia de retrato hablado, de reconocimiento fotográfico y reconocimiento de unas personas en una fila, en esas tres diligencias reconociste a una persona, ¿por qué crees ahora que esa persona no era? (14:43 a 15:00)

(n) Porque ya tengo bien claro que esa persona que a la que señalé no era, estaba equivocada hasta ahora me doy cuenta que aclarar las cosas que esa persona no debe pagar por lo que no hizo (15:02 a 15:18).

Después se le interrogó si alguien le había dicho antes que señalara a esa persona o para ese momento se le había insinuado cómo debía declarar, obteniendo en ambos casos respuestas negativas.

1.3. El anterior recuento permite clarificar que la niña reconoció haber participado en el retrato hablado, en el reconocimiento fotográfico y en fila de personas, reafirmandose en el primero al decir que correspondía a quién mató a sus progenitores, en cambio, en los dos últimos sostuvo que el sujeto otrora señalado no correspondía al ejecutor de tales hechos.

El Tribunal no le otorgó credibilidad a la retractación, al estimar que,

Raúl

...se hace necesario tener en cuenta la actitud asumida por la joven YAVF cuando acudió al juicio a rendir testimonio, porque del contenido de sus dichos se vislumbran sentimientos de pena y vergüenza, tanto es así que fue poco responsiva y evasiva al responder una serie de preguntas que le fueron formuladas en especial las relacionadas con la agresión de tipo erótico-sexual de la cual fue víctima, mientras que las respuestas que daba a las preguntas formuladas las hacía en voz baja y taciturna...

Pero el punto más culminante y dramático lo encontramos en los 'responsivos' mutismos en los que incurrió la testigo para poder dar una respuesta negativa cuando le fue puesta de presente para su correspondiente identificación la fotografía del procesado, como bien se desprende de los registros #02:53 al # 03:43; #05:58 al # 06:33; 13:46 al # 15:11. Es más, si analizamos el contenido del registro #02:52 al 03:43 se puede escuchar cómo la testigo YAVF en voz baja y entrecortada afirma no conocer o reconocer la imagen fotográfica que le fue puesta de presente.

Por lo tanto, si tenemos en cuenta que la testigo fue víctima de unos delitos execrables, es altamente probable que al estar en presencia de la imagen del asesino de sus padres, quien posteriormente abusó sexualmente de ella, mancillando su doncellez, haya entrado en un estado de miedo o de conmoción que ocasionó tal actitud de negación y de mutismo. Lo cual a juicio de la Sala es lógico si partimos de la base que en muchas ocasiones algunas de las personas que han sido víctimas de ciertos delitos abominables, en especial los que atentan en contra de la dignidad del ser humano o de la libertad física o sexual, como mecanismo de defensa o autoconservación prefieren guardar un estoico silencio o asumir una posición de negación, evasión o de indiferencia con la intención o el propósito de evitar revivir lo acontecido (subrayas fuera de texto).

Rafael

El superior, aunque no contó con el registro visual de la audiencia de juicio oral para percatarse de la actitud de la menor, «vislumbró» sentimientos de pena y vergüenza en ella y un «estado de miedo o de conmoción», dándole preeminencia a la información no verbal de la testigo que entrevió en cuanto a los mutismos en que incurrió.

Dentro de los criterios contemplados en el artículo 404 de la Ley 906 de 2004 para la apreciación del testimonio debe tenerse en cuenta los procesos de rememoración, comportamiento, forma de las respuestas y personalidad del deponente, pero el juez plural, que no tuvo una relación directa con la testigo, se circunscribió no a lo que ella dijo, sino a cómo lo dijo, para percibir su estado interno y concluir que estaba melancólica o apesadumbrada dada su voz baja y taciturna.

Lo anterior es patente cuando resaltó la demora en responder según se desprendía de los registros «#02:53 al # 03:43; #05:58 al # 06:33; 13:46 al # 15:11». Y si bien podría pensarse que ello corresponde a una impresión o intuición del fallador plural, en verdad lo que precedió a esa conclusión es que pasó por alto que tal tardanza en contestar estuvo mediada por las advertencias de la defensora de familia para que se tomara el tiempo necesario o detallara bien las imágenes que se le ponían de presente.

Ciertamente, desde que se le mostraron las primeras fotos y se le indagó si las reconocía (02:53), hasta que respondió negativamente (03:43), trascurrieron 50 segundos,

Rafael

pero en el interregno se le instó a que se tomara el tiempo necesario (03:09 a 03:12), se le dijo si reconocía alguna imagen (03:26 a 03:28), y se le indicó que diera la respuesta en voz alta (03:42 a 03:43).

Lo mismo sucedió con el espacio que transcurrió cuando se le mostraron las imágenes correspondientes al reconocimiento fotográfico y se le preguntó si era la persona que estuvo en su casa (05:58), hasta cuando también dio la respuesta negativa (06:57), para un total de 61 segundos, porque entre uno y otro límite la defensora de familia le dijo que se tomara el tiempo (06:00) y luego le advirtió si podía ver bien (06:19), que detallara (06:22) y si reconocía a la persona (06:27), al punto que para una mayor precisión le dividió las imágenes en filas (06:34 a 06:55).

Ahora, el lapso de 13:46 a 15:11, que también detalla el Tribunal, lapso de 85 segundos, corresponde a la pregunta del por qué si en las diligencias anteriores había reconocido a una persona, ahora manifestaba que no era, a lo cual la niña en el registro 15:02 a 15:18 aseguró: *«Porque ya tengo bien claro que esa persona que a la que señalé no era, estaba equivocada hasta ahora me doy cuenta que aclarar las cosas que esa persona no debe pagar por lo que no hizo»*, respuesta que estuvo precedida por la intervención de la juez para que la menor dijera la verdad.

Es por ello que para la Corte, más que un error apreciativo, se presenta un yerro de aprehensión que afecta la identidad de la prueba misma, por cuanto las preguntas y amonestaciones hechas al testigo hacen parte de su contenido,

Rafael

de ahí que al desdeñarlas el juez colegiado cercenó partes importantes que lo llevaron a concluir que los mutismos reflejaban el estado de miedo o de conmoción de la niña. Se trata, entonces, de un error de hecho derivado de un falso juicio de identidad por cercenamiento.

Además, surge también la probabilidad de que la demora en contestar obedeciera a que debía contemplar y analizar detenidamente los documentos e imágenes que se le mostraban o que fuera producto de sentirse ante extraños, en un estrado judicial, circunstancias que impiden acotar que haya sido producto de la conmoción de la niña.

Y aunque la Delegada del Ministerio Público para reivindicar las consideraciones del *Ad quem* destaca las amenazas que posterior a los hechos recibió la niña, de lo cual hace eco el representante de las víctimas, las mismas no aparecen citadas o demostradas, incluso al preguntarle a la menor si había sido presionada para declarar, señaló que las amenazas solo las recibió el día de los hechos, sin que haya noticia que luego ella o sus hermanos hayan sido objeto de algún tipo de coacción.

La conclusión de la perturbación de la niña también obedecería a un falso raciocinio que llegaría a edificar en la equivocada regla de la experiencia según la cual, siempre o casi siempre que el testigo aguarda algún tiempo para contestar es producto indefectiblemente del miedo y que por eso miente. No obstante, como se trata de un error de aprehensión material ante el cercenamiento del contenido de

la prueba o la lectura parcial de la misma, éste último es el que ha de prevalecer.

Es que el Tribunal desdeñó el análisis hecho por la juez de primer grado acerca del comportamiento de la niña al rendir su testimonio que la llevó a no advertir un motivo extraño para la retractación, *«por cuanto no se notó en la menor que estuviera actuando bajo presión, como ocurre con otros menores que se retractan en las audiencias de lo que antes habían manifestado antes ante el órgano fiscal, en donde se ve de manifiesto la voluntad renuente, y que siempre tratan de negar las cosas, como nada sé, no recuerdo, y son reacios a hablar, pero esa no fue la actitud de la menor con relación a las preguntas que se le formularon en relación al reconocimiento del acusado como uno de sus agresores, pues incluso esta dio explicaciones muy creíbles acerca de su retractación, pues en forma espontánea manifestó que ella cuando hizo los reconocimientos se confundió. Que después de dos meses se dio cuenta que había reconocido a una persona que no era, que era que ella en ese momento quería salir de eso rápido, que estaba confundida por lo que le había pasado»*.

La actitud de los declarantes fue una constante en atención y consideración de la funcionaria *a quo*, porque también en el fallo puso de presente el comportamiento que le observó al niño LCVF, quien coincidía con la menor YAVF acerca de que el enjuiciado no era el sujeto que estuvo el día de los hechos en su casa, ya que al mostrarle el retrato hablado y las fotografías fue enfático al aseverar que no lo conocía, ni lo había visto antes, testimonio que, según anotó, le merecía crédito ante la tranquilidad y seguridad que mostró al rendir su declaración en el juicio, además,

porque *«fue muy claro y preciso y al mostrársele las fotografías tomadas al acusado y el retrato hablado, tal como esta funcionaria dejó anotado en sus apuntes, llamó la atención de esta instancia en la forma acuciosa en que el menor examinaba las fotografías, pues antes de responder las preguntas las examinaba detalladamente, y luego de ese análisis contestaba a la pregunta, lo mismo hizo con los objetos que se le pusieron de presente, pues fue el único testigo que pidió se le permitiera observar los objetos de cerca».*

Contrariamente, para el *Ad quem*, las aseveraciones del niño LCVF *«deben ser apreciadas con beneficio de inventario, debido a que al igual que su hermana YAVF tenemos que del relato de dicho testigo hace de los acontecimientos se nota que también luce afectado de tales eventos pavorosos de los cuales fue víctima, lo cual es algo lógico pues tenía escasos 11 años de edad cuando la maldad tocó a las puertas de su niñez»*, postura propia de una apreciación subjetiva respecto de la turbación que se advertía en el niño, cuando había quedado en evidencia en el fallo de primer grado la tranquilidad que lo caracterizó al rendir su testimonio, además lo seguro y claro que fue en sus respuestas, al punto que analizó con detenimiento los elementos incautados al procesado para concluir que ninguno de ellos pertenecía a su progenitor.

De esta manera el Tribunal *«notó»* la perturbación en el ánimo del varón sin una base probatoria, porque no es posible constatar del audio un comportamiento o reacción de la cual se pueda afirmar su afectación emocional para declarar.

Rafael

Y de entender que para suplir la falencia visual del juicio esa Corporación acudió a las reglas de la experiencia cuando se trata de menores víctimas de delitos sexuales, si bien es entendible que por el estado de debilidad manifiesta de los niños ante agresiones de esa índole merezcan protección, ello debe tener algún estribo, no sólo porque cada testigo asume diferentes actitudes, sin que sea viable un estándar, sino principalmente, porque la inmediación no puede ser reemplazada por las reglas de la experiencia.

Es que no queda duda que la inmediación es antecedente a la valoración, aquella servirá de fundamento a ésta, y es ahí donde se podrán incluir apreciaciones relacionadas con las reglas de la experiencia para el otorgamiento del mérito suasorio.

El Tribunal construyó defectuosamente el indicio al deducir la afectación emocional del niño sin algún soporte. Si al juicio de valor de la prueba circunstancial se llega mediante un proceso lógico deductivo, a partir de una regla de la experiencia y la comprobación de un hecho indicador se infiere la existencia de otro, el dislate judicial no se radica en el nexo inferencial, sino en el medio que acredita el hecho indicador, por lo tanto hay un falso juicio de identidad por adición en el hecho base al suponer actitudes del niño reveladoras de su estado de ánimo, porque, se insiste, el registro auditivo no revela que el menor lloró, dudó, vaciló o se demoró en contestar, muy por el contrario, como lo plasmó la juez de primer grado, fue enfático y claro en sus respuestas.

Rafael

109

Precisamente, al *Ad quem* no le merecieron alguna atención las expresiones verbales del niño acerca de que la foto del procesado no correspondía a una de las personas que estuvieron en su casa y mataron a sus padres, y que ninguno de los elementos incautados a MÁRQUEZ VELÁSQUEZ eran de su familia.

Aunque generalmente el solo registro de audio de una audiencia no desnaturaliza la *inmediación*, o mejor, no afecta su núcleo esencial, por cuanto también es viable reconstruir así lo acontecido en juicio, aquí la Corte advierte que esa falencia, al no contar con el registro visual, impedía tener como aceptable la fidelidad de la recreación de tal audiencia en cuanto al desenvolvimiento, actitud, gestos y demás expresiones de los testigos, dentro de los criterios contemplados en el artículo 404 de la Ley 906 de 2004 relacionados con su comportamiento, forma de responder y su personalidad.

De ahí que, al no contar el superior con los elementos adecuados que le garantizaran una reproducción fidedigna del comportamiento de los niños, le impedía hacer valoraciones de credibilidad relacionadas con el comportamiento desarrollado por ellos en el interrogatorio o contrainterrogatorio, máxime que los argumentos de credibilidad de la decisión de primer grado estuvieron también soportados en las actitudes desplegadas por los deponentes en el juicio.

Rafael

2. El uso de declaraciones anteriores al juicio oral

Acerca de este tema en reciente pronunciamiento (CSJ SP 25 ene 2017, rad. 44950) la Corporación hizo las siguientes precisiones:

*Por resultar trascendente para la solución de este caso, la Sala establecerá la diferencia entre la utilización de declaraciones anteriores para **facilitar el interrogatorio cruzado de testigos** (refrescamiento de memoria e impugnación de la credibilidad de los testigos), y los usos de esas declaraciones como **medio de prueba** (prueba de referencia y declaraciones anteriores inconsistentes con lo declarado en juicio).*

Previamente, se hace necesario recordar tres ideas centrales para el entendimiento de esta temática.

En primer término, en el sistema procesal regulado en la Ley 906 de 2004, las declaraciones anteriores al juicio oral no son prueba. Sólo en casos excepcionales podrán ser incorporadas en esa calidad en el juicio oral, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en la ley y desarrollados por la jurisprudencia.

Las entrevistas y declaraciones juradas que obtienen las partes son actos preparatorios del debate. Para esos efectos, el artículo 347 faculta al fiscal para tomar declaraciones juradas si ello “resultare conveniente para la preparación del juicio”, y los artículos 271 y 272 le otorgan una posibilidad equivalente al defensor.

En esa misma línea, el artículo 16 (norma rectora) establece que “en el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya

Raúl

sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada y sujeta a **confrontación**³ y contradicción...”.

La misma orientación tiene el artículo 402, en cuanto establece que el testigo “únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir”, y el artículo 403, que regula los temas sobre los que puede versar la impugnación de la credibilidad de los testigos y las herramientas jurídicas que pueden utilizarse para tales efectos. Ello en consonancia con lo establecido en los artículos 392 y siguientes sobre el interrogatorio cruzado de testigos, especialmente en lo que atañe al contrainterrogatorio, como elemento estructural de derecho a la confrontación.

De otro lado, debe tenerse presente que una declaración anterior no pierde su carácter (testimonial), porque haya sido documentada de cualquier manera (CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153), ni, obviamente, porque las partes o el juez la denominen “prueba documental”, “elemento material probatorio” o de cualquier otra forma.

Cuando se pretende ingresar una declaración anterior al juicio oral, como medio de prueba, deben considerarse todos los aspectos constitucionales y legales que resulten relevantes: la afectación del derecho a controlar el interrogatorio e interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo (como elementos estructurales del derecho a la confrontación), las reglas sobre admisión de prueba de referencia, entre otros.

En todo caso, estos temas no pueden eludirse, bajo el sofisma de que no se trata de una declaración sino de un medio de conocimiento de diversa naturaleza, como si el cambio de

³ Según se indicará más adelante, el derecho a la confrontación puede verse total o parcialmente afectado cuando la presencia del testigo en el juicio oral es reemplazada por las declaraciones rendidas por fuera de ese escenario.

Raúl

denominación fuera suficiente para superar los aspectos constitucionales y legales atinentes a la prueba testimonial.

Finalmente, esta Corporación ha resaltado que en materia de prueba testimonial tiene especial relevancia el derecho a la confrontación, que tiene entre sus elementos estructurales: (i) la posibilidad de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo; (ii) la oportunidad de controlar el interrogatorio (por ejemplo, a través de las oposiciones a las preguntas y/o las respuestas); (iii) el derecho a lograr la comparecencia de los testigos al juicio, incluso por medios coercitivos; y (iv) la posibilidad de estar frente a frente con los testigos de cargo (CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153; CSJ SP, 28 Sep. 2015, Rad. 44056, CSJ SP, 4 May. 2016, Rad. 41.667, CSJ SP, 31 Agost. 2016, Rad.43916, entre otras).

Igualmente, se ha resaltado la importancia del derecho a la confrontación para establecer si una declaración anterior al juicio oral constituye o no prueba de referencia (CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153, CSJ SP, 16 Mar. 2016, Radicado 43866, entre otras).

1.1. La utilización de declaraciones anteriores al juicio oral para facilitar el interrogatorio cruzado de testigos

El ordenamiento procesal penal consagra expresamente la posibilidad de utilizar las declaraciones anteriores al juicio oral, bien para refrescar la memoria del testigo, ora para impugnar su credibilidad.

1.1.1. Refrescamiento de memoria

El artículo 392 de la Ley 906 de 2004, que consagra las reglas sobre el interrogatorio, dispone que “el juez podrá autorizar al testigo para consultar documentos necesarios que ayuden a su

Rafael

memoria. En este caso, durante el interrogatorio se permitirá a las demás partes el examen de los mismos”.

En el mismo sentido, el artículo 399, que trata del testimonio de policía judicial, establece que “el juez podrá autorizarlo para consultar su informe y notas relativas al mismo, como recurso para recordar”.

La misma lógica gobierna lo establecido en el artículo 417, numeral 8, en cuanto establece que “el perito tiene, en todo caso, derecho de consultar documentos, notas escritas y publicaciones con la finalidad de fundamentar y aclarar su respuesta”.

Mirado a la luz de las garantías judiciales del acusado, el uso de declaraciones anteriores para el refrescamiento de memoria no resulta problemático porque (i) la declaración anterior se utiliza exclusivamente con la finalidad de refrescar la memoria del testigo, y, por tanto, **no es incorporada como prueba**, ni físicamente ni a través de lectura (debe ser mental); (ii) la defensa (y la Fiscalía, cuando sea el caso) tiene derecho a examinar los documentos utilizados para refrescar la memoria del testigo, y (iii) el juez debe constatar que se cumplan los requisitos básicos para utilizar un documento con el fin de refrescar la memoria del testigo.

El análisis sistemático de las normas que regulan la prueba testimonial, permite concluir que el uso de documentos para el refrescamiento de la memoria del testigo está sometido a reglas como las siguientes (i) debe verificarse que el testigo tiene conocimiento personal y directo del hecho o circunstancia sobre el que se le indaga (Art. 402); (ii) a través del interrogatorio debe establecerse que el testigo tiene dificultad para recordar (Art. 392); (iii) una vez establecido que con un determinado documento puede favorecerse su rememoración, se le debe poner de presente para su reconocimiento y posterior lectura u

observación (que debe ser mental), no sin antes ponerlo de presente a la contraparte (ídem); y (iv) la necesidad de refrescar la memoria del testigo puede surgir durante el interrogatorio en el juicio oral, por lo que no puede exigirse que una solicitud en tal sentido se haya realizado en la audiencia preparatoria, además que es una posibilidad que opera por ministerio de la ley.

Son varios los aspectos que atañen al uso de documentos para el refrescamiento de la memoria del testigo, que serán desarrollados por la jurisprudencia en la medida en que la casuística haga necesario un pronunciamiento. Por ahora, basta con considerar que en esta forma de utilización de declaraciones anteriores al juicio, "la presentación del escrito en corte no es para probar la verdad de las declaraciones contenidas en el escrito. Eso sería prueba de referencia cuya admisión habría que considerarla bajo la regla (...), el escrito se presenta para ser examinado por la parte adversa, para inspeccionarlo y usarlo en el contrainterrogatorio del testigo..."⁴.

Según lo expuesto en precedencia, es claro que el escrito utilizado para refrescar la memoria del testigo le debe ser exhibido a la otra parte para que tenga conocimiento y control de las herramientas utilizadas para facilitar los procesos de rememoración del declarante, pero también para brindarle la oportunidad de que lo utilice durante el contrainterrogatorio, según las reglas de impugnación de la credibilidad que serán analizadas en el siguiente numeral.

1.1.2. Impugnación de la credibilidad del testigo

Recientemente esta Corporación analizó la utilización de declaraciones anteriores al juicio oral con el propósito de

⁴ Chiesa Aponte, Luis. Reglas de Evidencia de Puerto Rico. Luigi Abraham Ed. San Juan. 2009.

Raúl

impugnar la credibilidad de los testigos (CSJ SP, 31 Agost. 2016, Rad. 43916).

Se aclaró que esta posibilidad constituye una de las principales herramientas para ejercer el derecho a la confrontación. Desde esta perspectiva, se le diferenció con la admisión de declaraciones anteriores a título de prueba de referencia:

La utilización de una declaración anterior al juicio como **prueba** (de referencia), entraña la limitación del derecho a la confrontación, precisamente porque la parte contra la que se aduce no puede ejercer a plenitud el derecho a interrogar al testigo (con las prerrogativas inherentes al contrainterrogatorio), ni, generalmente, tiene la posibilidad de controlar el interrogatorio, sin perjuicio del derecho a estar cara a cara con los testigos de cargo. De ahí que la parte que pretende utilizar una declaración anterior al juicio oral como prueba de referencia debe demostrar la causal excepcional de admisión, según lo reglado en el artículo 438 de la Ley 906 de 2004, y agotar los trámites a que se hizo alusión en la decisión CSJ SP, 28 Sep. 2015, Rad. 44056.

Por el contrario, la utilización de declaraciones anteriores al juicio oral con fines de impugnación constituye una de las herramientas que el ordenamiento jurídico le brinda a las partes para cuestionar la credibilidad de los testigos presentados por su antagonista y/o para restarle credibilidad al relato. Así, antes que limitar el derecho a la confrontación (como sí sucede con la prueba de referencia), la utilización de declaraciones anteriores al juicio oral para fines de impugnación facilita el ejercicio de este derecho.

Rafael

Siendo así, es evidente que los requisitos para utilizar declaraciones anteriores al juicio oral en uno u otro sentido son sustancialmente diferentes.

Además, se hizo alusión a la reglamentación legal del uso de declaraciones anteriores al juicio oral con fines de impugnación:

El artículo 393 de la Ley 906 de 2004, que consagra las reglas sobre el contrainterrogatorio, dispone que para su ejecución “se puede utilizar cualquier declaración que hubiese hecho el testigo sobre los hechos en entrevista, en declaración jurada durante la investigación o en la propia audiencia de juicio oral”.

Por su parte, el artículo 403 ídem establece que la credibilidad del testigo se puede impugnar, entre otras cosas frente a “manifestaciones anteriores (...) incluidas aquellas hechas a terceros, o en entrevistas, exposiciones, declaraciones juradas o interrogatorios en audiencias ante el juez de control de garantías”.

En el mismo sentido, el artículo 347 establece que las partes pueden aducir al proceso declaraciones juradas de cualquiera de los testigos, y que para hacerlas valer en el juicio como impugnación “deberán ser leídas durante el contrainterrogatorio”. Allí se aclara que esas declaraciones no podrán “tomarse como prueba por no haber sido practicadas con sujeción al contrainterrogatorio de las partes”.

Igualmente, se resaltó que la utilización de declaraciones anteriores con fines de impugnación no tiene que ser solicitada en la audiencia preparatoria:

Rafael

Contrario a lo que sucede con la utilización de una declaración anterior como **prueba** (puede ser de referencia), el uso de declaraciones anteriores con fines de impugnación no tiene que ser solicitada en la audiencia preparatoria, precisamente porque la necesidad de acudir a este mecanismo surge durante el interrogatorio y está consagrada expresamente en la ley como mecanismo para ejercer los derechos de confrontación y contradicción.

De otro lado, se establecieron algunos parámetros para evitar que la utilización de declaraciones anteriores con fines de impugnación se traduzca en la incorporación de las mismas para otros fines, lo que podría afectar el debido proceso probatorio:

Por tanto, la parte que pretende utilizar una declaración anterior con el propósito de impugnar la credibilidad del testigo debe demostrar que ese uso resulta legítimo en cuanto necesario para los fines previstos en los artículos 391 y 403 atrás referidos, lo que en el argot judicial suele ser denominado como **"sentar las bases"**⁵.

En la práctica judicial se observa que las declaraciones anteriores al juicio oral generalmente son utilizadas para demostrar la existencia de contradicciones o de omisiones frente a aspectos trascendentes del relato, con lo que las partes pretenden afectar la verosimilitud del mismo y/o la credibilidad del testigo.

Para evitar que bajo el ropaje de la impugnación de credibilidad, intencionalmente o por error, las partes utilicen las declaraciones anteriores para fines diferentes, por fuera de

⁵ En varios apartados de este fallo se hace alusión a este concepto, pero en diferentes contextos.

Raúl J. G.

la reglamentación dispuesta para tales efectos (verbigracia, para la admisibilidad de prueba de referencia), para el ejercicio de la prerrogativa regulada en los artículos 393 y 403 atrás citados la parte debe: (i) a través del contrainterrogatorio, mostrar la existencia de la contradicción u omisión (sin perjuicio de otras formas de impugnación); (ii) darle la oportunidad al testigo de que acepte la existencia de la contradicción u omisión (si el testigo lo acepta, se habrá demostrado el punto de impugnación, por lo que no será necesario incorporar el punto concreto de la declaración anterior), (iii) si el testigo no acepta el aspecto concreto de impugnación, la parte podrá pedirle que lea en voz alta el apartado respectivo de la declaración, previa identificación de la misma⁶, sin perjuicio de que esa lectura la pueda realizar el fiscal o el defensor, según el caso; y (iv) la incorporación del apartado de la declaración sobre el que recayó la impugnación se hace mediante la lectura, mas no con la incorporación del documento (cuando se trate de declaraciones documentadas), para evitar que ingresen al juicio oral declaraciones anteriores, por fuera de la reglamentación prevista para cada uno de los usos posibles de las mismas.

1.2. Eventos en que las declaraciones anteriores al juicio oral pueden ser incorporadas como medios de prueba

1.2.1. Aspectos generales

Según lo indicado en precedencia, el sistema procesal penal regulado en la Ley 906 de 2004 se estructura sobre la idea de que sólo pueden ser valoradas las pruebas practicadas en el

⁶ Esto es, que la reconozca como la declaración que rindió antes del juicio, bien porque allí esta su firma, ora por cualquier otra razón que le permita identificarla.

juicio oral, con inmediación, contradicción, confrontación y publicidad (art. 16).

Los usos de declaraciones anteriores, orientados a refrescar la memoria del testigo o a impugnar su credibilidad, no constituyen excepciones a esta regla, por las razones indicadas en el acápite anterior: son herramientas para facilitar el interrogatorio y/o la impugnación de la credibilidad del testigo o de su relato.

*Las verdaderas excepciones a la regla general consagrada en el artículo 16 de la Ley 906 de 2004 están materializadas en los eventos de admisión de declaraciones anteriores como **medios de prueba** (CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153), como es el caso de la prueba anticipada, la prueba de referencia y las declaraciones anteriores inconsistentes con lo que el testigo declara en juicio. Por resultar pertinente para la solución de este caso, sólo se analizarán las últimas dos modalidades de incorporación de declaraciones anteriores al juicio oral como medios de prueba.*

1.2.2. Prueba de referencia

Esta Corporación ha emitido un sinnúmero de pronunciamientos sobre esta temática.

Sobre el concepto de prueba de referencia, según lo reglado en el artículo 437 de la Ley 906 de 2004, ha resaltado que se trata de: (i) declaraciones, (ii) rendidas por fuera del juicio oral, (iii) presentadas en este escenario como medio de prueba, (iv) de uno o varios aspectos del tema de prueba, (iv) cuando no es posible su práctica en el juicio (CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153; CSJ SP, 6 Mar. 2008, Rad. 27477; CSJ SP, 16 Marz. 2016, Rad. 43866, entre otras).

Rafael

También ha hecho hincapié en la estrecha relación entre el concepto de prueba de referencia y el ejercicio del derecho a la confrontación (CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153; CSJ SP, 16 Mar. 2016, Rad. 43866, entre otras), al punto que la posibilidad o no de su ejercicio constituye uno de los principales parámetros para establecer en qué eventos una declaración anterior al juicio oral encaja en la definición del artículo 437.

En los pronunciamientos atrás citados se estableció la necesidad de diferenciar la prueba de referencia (la declaración rendida por fuera del juicio oral, que se presenta en este escenario como medio de prueba...), de los medios de conocimiento utilizados para demostrar la existencia y contenido de la declaración anterior. A manera de ejemplo, se dejó sentado que si una persona rindió una entrevista ante los funcionarios de policía judicial, la existencia y el contenido de esa declaración puede demostrarse con el documento donde fue plasmada o registrada (audio, video, escrito, etcétera) y/o con la declaración de quien la haya escuchado y, en general, de quien tenga “conocimiento personal y directo” de esa situación.

En la decisión CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153 se estableció el procedimiento para la incorporación de una declaración anterior al juicio oral a título de prueba de referencia. En esencia, se dijo que: (i) deben ser objeto de descubrimiento la declaración anterior y los medios que se pretenden utilizar en el juicio oral para demostrar su existencia y contenido; (ii) en la audiencia preparatoria la parte debe solicitar que se decrete la declaración que pretende incorporar como prueba de referencia, así como los medios que utilizará para demostrar la existencia y contenido de la misma; (iii) se debe acreditar la circunstancia excepcional de admisibilidad de prueba de referencia (artículo 438); y (iv) en el juicio oral la declaración anterior debe ser incorporada, según los medios de prueba que para tales efectos haya elegido la parte. Si la circunstancia excepcional de admisibilidad de prueba de

121

referencia es sobreviniente, en el respectivo estadio procesal deben acreditarse los presupuestos de su admisibilidad y el juez decidirá lo que considere procedente.

Además, se han establecido otras reglas en esta materia. Por ejemplo, se dejó sentado que las “declaraciones anónimas” no son admisibles como prueba de referencia (CSJ SP, 4 May. 2016, Rad. 41.667), y se han delimitado las **reglas especiales de admisibilidad de declaraciones anteriores de niños** que comparecen a la actuación penal en calidad de víctimas (CSJ SP, 18 May. 2011, Rad. 33651; CSJ SP, 10 Mar. 2010, Rad. 32868; CSJ SP, 19 Agos. 2009, Rad. 31959; CSJ SP, 30 Mar. 2006, Rad. 24468; CSJ SP, 28 de octubre de 2015, Rad. 44056; CSJ SP, 16 Marz. 2016, Rad. 43866, entre otras).

A lo anterior debe sumarse que el artículo 438 de la Ley 906 de 2004 dispone que la admisión de la prueba de referencia es excepcional y sólo procede en los eventos allí regulados. Frente a este tema, la Sala ha emitido varios pronunciamientos, principalmente sobre la interpretación del literal b de dicha norma, concretamente sobre los eventos que pueden catalogarse como “similares” a los allí previstos (CSJ AP, 22 May. 2013, Rad. 41106; CSJ SP, 14 Dic. 2011, Rad. 34703; CSJ AP, 27 Jun. 2012, Rad. 34867; CSJ AP, 18 Abr. 2012, Rad. 38051, entre otras).

A la luz de lo anterior, para la solución del presente caso la Sala debe resolver cuáles son las consecuencias jurídicas de que la Fiscalía opte por no presentar en el juicio oral al testigo de cargo (en el que se soporta en buena medida la acusación), cuando no existen dudas sobre su disponibilidad, y en su lugar decida incorporar como prueba una declaración rendida por éste por fuera del juicio oral, sin que se haya presentado oposición por la defensa ni algún control por parte del juez.

Raúl

12

En primer término, debe reiterarse que si la declaración anterior se presenta en el juicio oral como medio de prueba, debe considerarse prueba de referencia, bien porque encaja en la definición del artículo 437 de la Ley 906 de 2004, ora porque la parte contra la que se aduce el testimonio se ve privada de la oportunidad de ejercer el derecho a la confrontación.

Si el testigo está disponible, es obvio que no concurre ninguna de las circunstancias excepcionales de admisión de prueba de referencia consagradas en el artículo 438 en cita.

*Por tanto, admitir, bajo esas condiciones, una declaración anterior al juicio oral como medio de prueba, no sólo trasgrede el artículo 438 de la Ley 906, sino, además, el artículo 16 ídem, norma rectora que establece que “**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”, y, en general, las normas que regulan la prueba testimonial⁷.*

Esa clase de actuaciones, entendibles únicamente a la luz del ya superado principio de permanencia de la prueba, socava el sistema procesal penal implementado con el Acto Legislativo 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004, e impide el desarrollo de garantías judiciales tan importantes como el derecho a la confrontación, previsto en los artículos 8 y 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, respectivamente, así como en las normas rectoras del nuevo estatuto procesal penal, según lo indicado a lo largo de este proveído.

⁷ Se hace énfasis en el tratamiento especial que tienen las declaraciones rendidas por los niños, especialmente los que comparecen a la actuación penal en calidad de víctimas de abuso sexual u otros delitos graves.

Rafael 48

122

Por su trascendencia, estos yerros no se subsanan por la actitud pasiva de la defensa, ni por la fallas del juez en su rol de director del proceso.

1.2.3. Declaraciones anteriores incompatibles con lo declarado por el testigo en el juicio oral

*Es frecuente que personas que han rendido declaraciones por fuera del juicio oral no puedan comparecer a este escenario, por muerte, enfermedad grave o por cualquiera de los eventos regulados en el artículo 438 de la Ley 906 de 2004. Esa realidad fue considerada por el legislador en la reglamentación de la prueba de referencia, en los términos indicados en el anterior apartado, donde se procura un **punto de equilibrio** entre los derechos del procesado y los derechos de la víctima y la sociedad a una justicia pronta y eficaz.*

*Según se indicó en precedencia, en los artículos 437 y siguientes de la Ley 906 de 2004 se establecen las reglas para que una declaración anterior al juicio oral pueda ser presentada **como medio de prueba**, cuando el testigo no está disponible.*

Conforme lo expuesto en los acápites anteriores, las partes tienen la potestad de recibir entrevistas y declaraciones juradas, como actos preparatorios del juicio oral (artículos 271, 272, 347, entre otros). En la práctica judicial suele ocurrir que los testigos, durante el juicio oral, declaren en un sentido diverso a lo expresado en sus versiones anteriores o nieguen haber hecho esas manifestaciones.

Esos comportamientos pueden tener múltiples explicaciones, que van desde la decisión del testigo de no perpetrar una mentira, hasta los cambios de versiones propiciados por amenazas, miedo, sobornos, etcétera.

Rafael

Es obvio que el cambio de versión que realiza el testigo puede afectar e incluso impedir que la parte que solicitó la prueba pueda demostrar su teoría del caso, precisamente porque la misma se fundamentó, en todo o en parte, en lo expuesto por el declarante durante los actos preparatorios del juicio oral.

*Los presupuestos fácticos son diferentes a los que activan el debate sobre prueba de referencia, porque no se trata de un testigo **no disponible**, sino de un declarante que comparece al juicio oral y cambia su versión (respecto de lo que había dicho con antelación).*

Si se aplica a plenitud la regla general de que sólo pueden valorarse como prueba las declaraciones rendidas durante el juicio oral (salvo lo expuesto en materia de prueba de referencia), el juez únicamente podría considerar lo que el testigo dijo en este escenario, con las consecuencias ya indicadas.

Sin embargo, una decisión en tal sentido puede afectar la recta y eficaz administración de justicia, ante la posibilidad de que el relato rendido por fuera del juicio oral sea veraz y el testigo lo haya cambiado por amenazas, miedo, sobornos, etcétera. Con esto no se quiere decir que la primera versión de los testigos necesariamente sea la que dé cuenta de la manera cómo ocurrieron los hechos; lo que se quiere resaltar es la importancia de que el fallador pueda evaluar la versión anterior, cuando el testigo la modifica o se retracta durante el juicio oral.

*De otro lado, admitir, como medio de prueba, todas las declaraciones anteriores al juicio oral, sin que medien circunstancias que lo justifiquen y sin cumplir los requisitos que permitan lograr un **punto de equilibrio** entre los derechos de los procesados y la rectitud y eficacia de la administración de justicia, puede desquiciar el modelo procesal, según se resaltó en otro apartado de este fallo.*

En el derecho comparado, tanto en los sistemas "mixtos" como en los de marcada tendencia acusatoria, se han establecido reglas orientadas a facilitar la incorporación de declaraciones anteriores incompatibles con lo declarado en juicio, siempre y cuando se salvaguarden los derechos del procesado.

En España, por ejemplo, el artículo 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone:

Cuando la declaración del testigo en el juicio oral no sea conforme en lo sustancial con la prestada en el sumario, podrá pedirse la lectura de ésta por cualquiera de las partes. Después de leída, el presidente invitará al testigo a que explique la diferencia o contradicción que entre sus declaraciones se observe.

En Puerto Rico, el ordenamiento jurídico regula de forma armonizada lo atinente a la prueba de referencia y la posibilidad de utilizar declaraciones anteriores al juicio oral incompatibles con lo declarado en ese escenario. En el artículo 801 se define la prueba de referencia, así:

Se adoptan las siguientes definiciones relativas a la prueba de referencia:

- a) Declaración: es (a) una declaración oral o escrita; o (b) conducta no verbalizada de persona, si su intención es que se tome como una aseveración.
- b) Declarante: es la persona que hace la declaración
- c) Prueba de referencia: es una declaración que no sea la que la persona declarante hace en el juicio o vista, que se ofrece en evidencia para probar la verdad de lo aseverado.

Raúl

126

En el artículo 802 ídem se dispone que

No empece lo dispuesto en la Regla 801, no se considerará prueba de referencia una declaración anterior si la persona declarante testifica en el juicio o vista **sujeta a contrainterrogatorio** en relación con la declaración anterior, y ésta hubiera sido admisible de ser hecha por la persona declarante en el juicio o vista, y

- a) **Es inconsistente con el testimonio prestado en el juicio** o vista y fue dada bajo la gravedad de juramento sujeta a perjurio.

(...)⁸.

Aunque en principio estas declaraciones encajan en la definición de prueba de referencia, la razón principal para excluirla de dicha categoría es que el testigo está disponible en el juicio oral para ser contrainterrogado frente a lo expuesto en dicho escenario. Sobre el particular, valen las anotaciones que reiteradamente ha hecho esta Corporación en torno a la relación entre prueba de referencia y derecho a la confrontación.

En las Reglas de Evidencia de Puerto Rico se consagran una serie de requisitos, orientados a evitar que cualquier declaración anterior al juicio oral y bajo cualquier circunstancia puedan ser incorporados como prueba, en el contexto del artículo 802, literal a: (i) es indispensable que la declaración anterior sea inconsistente con lo declarado en juicio (retractación o cambio de versión); (ii) debe tratarse de declaraciones rendidas bajo la gravedad del juramento; (iii) el testigo debe estar disponible para ser contrainterrogado, con lo que se garantiza el ejercicio del derecho a la confrontación; y (iv) la declaración anterior ingresa

⁸ Negrillas fuera del texto original.

Raúl
52

129

como medio de prueba, lo que tiene como consecuencia que el juzgador tendrá ante sí las dos versiones.

*No puede confundirse la utilización de declaraciones anteriores con fines de impugnación, con la incorporación de una declaración anterior al juicio oral **como medio de prueba**. En el primer evento, la finalidad de la parte adversa (la que no solicitó la práctica de la prueba testimonial⁹), es mostrar que existen contradicciones que le restan verosimilitud al relato o credibilidad al testigo. En el segundo, la parte que solicitó la práctica de la prueba y que se enfrenta a la situación de que éste cambió su versión, pretende que la versión anterior ingrese como **medio de prueba**, para que el juez la valore como tal al momento de decidir sobre la responsabilidad penal.*

Sobre esta importante diferencia, la doctrina puertorriqueña aclara:

Estas son las declaraciones más importantes (se hace alusión a la Regla 802, literal a), pues **más allá de su uso para impugnar** al testigo bajo la Regla 608 (B), se permite usar tales declaraciones como **prueba sustantiva** sin que sea aplicable la regla de exclusión de prueba de referencia...¹⁰

Las diferentes finalidades que se persiguen con estos usos de declaraciones anteriores inconsistentes con lo declarado en juicio (para impugnar credibilidad o como "prueba sustantiva"), determinan los requisitos que deben reunir las mismas para que puedan ser utilizadas en uno u otro sentido.

⁹ Ello sin que pueda descartarse la posibilidad de que la parte que presenta al testigo se vea compelida a impugnar su credibilidad. Ello puede suceder, por ejemplo, si durante el interrogatorio el fiscal o el defensor se percatan de que han sido engañados por el testigo.

¹⁰ Chiesa Aponte, Luis. Reglas de Evidencia de Puerto Rico. Luiggi Abraham Ed. San Juan: 2009.

Raúl

*En efecto, mientras la Regla 802 establece que debe tratarse de declaraciones rendidas bajo la gravedad de juramento (para que puedan ser utilizadas como prueba sustantiva), la Regla 608, en su literal B, numeral 4, precisa que “la credibilidad de una persona puede **impugnarse** por cualquier parte, incluyendo a la que llama dicha persona testigo a declarar”, para lo que pueden incluirse aspectos como los siguientes: “declaraciones anteriores de la persona testigo...” (no se requiere que sean declaraciones rendidas bajo juramento).*

En este último sentido se advierte una marcada semejanza con lo regulado en el artículo 403 de la Ley 906 de 2004, en cuanto en este se precisa que la impugnación de la credibilidad del testigo puede hacerse con “manifestaciones anteriores del testigo, incluidas aquellas hechas a terceros, o en entrevistas, exposiciones, declaraciones juradas o interrogatorios en audiencias ante el juez de control de garantías”.

Con el propósito de resaltar la frecuencia con la ocurre la retractación de los testigos en el juicio oral y la forma como los ordenamientos jurídicos tratan de armonizar los intereses en juego, valga anotar que las Reglas Federales de Evidencia de los Estados Unidos regulan el tema de forma semejante a como lo hizo el legislador puertorriqueño, con la diferencia de que se incluye un requisito adicional para que esas declaraciones sean admitidas como prueba: que hayan sido rendidas “en una vista u otro procedimiento, sea civil, penal, legislativo o administrativo¹¹”.

Por su parte, esta Corporación ha emitido diversos pronunciamientos sobre la posibilidad de admitir, como prueba, declaraciones anteriores de los testigos, cuando estos se retractan o cambian su versión en el juicio oral.

¹¹ Ídem.

Rafael

129

Lo primero que debe aclararse es que en el contexto de la Ley 600 de 2000 el debate sobre la admisibilidad de estas declaraciones es prácticamente inexistente, porque en virtud del principio de permanencia de la prueba las plurales versiones de un testigo conforman una unidad, de tal manera que las inconsistencias de las mismas sólo son relevantes de cara a su valoración.

*En el contexto de la Ley 906 de 2004, antes de afrontar la valoración de las declaraciones emitidas por un testigo antes del juicio oral, cuando son contradictorias con lo expresado en este escenario, debe resolverse sobre su **admisibilidad**, bajo el entendido de que en este régimen procesal no impera el principio de permanencia de la prueba.*

La Sala ha emitido diversos pronunciamientos sobre la admisibilidad de declaraciones anteriores al juicio oral, básicamente en dos sentidos: (i) aceptar como medio de prueba todas las declaraciones anteriores rendidas por el testigo que comparece al juicio oral, sin otro requisito que la autenticación del documento que las contiene; y (ii) aceptar como medio de prueba las declaraciones anteriores cuando son inconsistentes con lo declarado en el juicio, siempre y cuando se reúnan ciertos requisitos, a los que se hará alusión más adelante.

La primera línea de pensamiento fue expresada en la decisión CSJ SP, 8 Nov. 2007, Rad. 26411, donde se hizo énfasis en la posibilidad de valorar las declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, siempre y cuando hayan sido recaudadas legalmente y los documentos que las contienen fueran debidamente autenticados:

Los medios del conocimiento obtenidos en actos de indagación y de investigación técnica o científica, como experticias, diagnósticos, entrevistas, reconocimientos, declaraciones de

Raúl 55

eventuales testigos, interrogatorios a indiciados, informes de investigación de campo, actas de reconocimiento fotográfico, huellas, manchas, residuos, vestigios, armas, dineros, mensajes de datos, textos manuscritos, mecanografiados, grabaciones fonográficas, videos, etc. (art. 275 literal h) son evidencia probatoria del proceso cuando son presentados ante el juez en la audiencia de juicio oral por el sujeto procesal a través del testigo de acreditación (fuente indirecta del conocimiento de los hechos) que es el responsable de la recolección, aseguramiento y custodia de la evidencia.

La validez de la prueba así obtenida está supeditada a que se reciba y recaude en el marco de la legalidad (artículos 276 al 281); en tales condiciones, son pruebas del proceso y por ende, apreciables de conformidad con el artículo 273 ib.; por manera que su apreciación se regula de conformidad con los criterios establecidos en la ley para cada prueba legalmente establecida, porque de principio "Toda prueba pertinente es admisible..." (Artículo 376 ib.) y apreciable (art. 380 ib.) según los criterios establecidos en el respectivo capítulo.

Además de ello, si el órgano de indagación e investigación comparece a la audiencia de juicio oral como "testigo de acreditación", certifica idoneidad en la materia de la experticia técnica o científica y se somete a la contradicción -interrogatorio y contrainterrogatorio- de los sujetos procesales (el debate que refiere el censor), **su testimonio es prueba del proceso, tanto como los medios de conocimiento que aporte** (documentos, entrevistas, reconocimientos, actas, videos, etc.), sencillamente porque entran al juicio oral por el umbral de la legalidad cuando el juez del conocimiento así lo declara¹².

En ese orden, el testimonio (de oídas) que rinde deberá ser apreciado y controvertido como prueba testimonial (artículos 383

¹²En el mismo sentido, sentencia del 21/02/2007, Rad. 25920.

a 404); los dictámenes periciales que suministre el experto y su dictamen se apreciarán bajo las reglas de contemplación jurídica y material de esas experticias (artículos 405 al 423 ib.); los documentos que suministre –entre los que caben los textos manuscritos, las grabaciones magnetofónicas, los discos de todas las especies, los videos, las fotografías, cualquier otro objeto similar... art. 424- se apreciarán como tal a la luz de los artículos 425 al 434; las pruebas de referencia (practicadas por fuera de la audiencia de juicio oral y que son utilizadas para probar o excluir uno o varios elementos del delito...) se valorarán a la luz de los artículos 438 al 441 ib.

A la luz de los desarrollos jurisprudenciales relacionados en la primera parte de este apartado, esta jurisprudencia sobre el uso de declaraciones anteriores al juicio oral no puede mantenerse vigente, por las siguientes razones:

Primero, porque contraviene lo expuesto en los apartados anteriores, en el sentido de que, por regla general, las declaraciones anteriores son actos preparatorios del juicio oral y no deben ser incorporadas como prueba. Es por ello que la admisión de prueba de referencia es excepcional (artículo 438), y que la prueba anticipada deba ser repetida en el juicio cuando el testigo está disponible (artículo 284).

Segundo, porque contraviene lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 906 de 2004, norma rectora que establece que únicamente puede estimarse como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, con inmediación, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción. En el mismo sentido, se trasgreden las normas que regulan el interrogatorio cruzado de testigos y, en general, la prueba testimonial.

Raúl

Tercero, porque asimila las declaraciones de testigos a elementos materiales probatorios, como un arma o una huella, y a partir de ello plantea como único requisito de admisibilidad de las mismas la autenticación de los documentos que las contienen, en detrimento de las normas constitucionales y legales que regulan la prueba testimonial.

Y, cuarto, porque permite la incorporación, como prueba, de declaraciones anteriores al juicio oral, por fuera de la reglamentación de la prueba de referencia y sin establecer requisitos que permitan armonizar esta posibilidad con los derechos del procesado.

La otra línea argumentativa está consagrada en la decisión CSJ SP, 09 Nov. 2006, Rad. 25738. En esa oportunidad la Sala analizó el caso de un testigo de cargo que había declarado ante la Fiscalía antes del juicio oral y durante este escenario se retractó de lo inicialmente expuesto.

La Corte hizo hincapié en que la prohibición de utilizar como prueba las declaraciones anteriores al juicio oral, a que alude el artículo 347 de la Ley 906 de 2004, se centra en la imposibilidad de las partes de ejercer el derecho a contrainterrogar al testigo.

Bajo esa premisa, se estableció que la admisibilidad de esas declaraciones está sujeta principalmente a dos requisitos: (i) que la declaración anterior sea inconsistente con lo declarado en juicio, y (ii) que la parte contra la que se aduce el testimonio tenga la oportunidad de ejercer el contrainterrogatorio.

A la luz del desarrollo jurisprudencial del derecho a la confrontación, de la prueba de referencia y, en general, de los usos de declaraciones anteriores al juicio oral, relacionados en otros apartados de este fallo, el anterior precedente debe precisarse en los siguientes sentidos:

Raúl

La retractación de los testigos en el juicio oral es un fenómeno frecuente en la práctica judicial colombiana, como también parece serlo en otras latitudes, al punto que diversos ordenamientos jurídicos han regulado expresamente la posibilidad de incorporar como prueba las declaraciones anteriores inconsistentes con lo declarado en juicio.

La retractación o cambio de versión de un testigo, que puede obedecer a amenazas, sobornos, miedo, el propósito de no perpetrar una mentira, entre otros, puede generar graves consecuencias para la recta y eficaz administración de justicia.

Ante esta realidad, la admisión excepcional de declaraciones anteriores inconsistente con lo declarado en juicio es ajustada al ordenamiento jurídico, siempre y cuando se garanticen los derechos del procesado, especialmente los de contradicción y confrontación.

En ese sentido debe interpretarse el artículo 347 de la Ley 906 de 2004, en cuanto establece que una declaración anterior al juicio oral “no puede tomarse como una prueba por no haber sido practicada con sujeción al interrogatorio de las partes”. Visto de otra manera, cuando se supera la imposibilidad de ejercer el derecho a la confrontación (que tiene como uno de sus elementos estructurales la posibilidad de contrainterrogar al testigo), desaparece el principal obstáculo para que el juez pueda valorar la declaración rendida por el testigo por fuera del juicio oral, cuando éste se ha retractado o cambiado su versión en este escenario.

La anterior interpretación permite desarrollar lo establecido en el artículo 10 de la Ley 906 de 2004 (norma rectora), que establece que “la actuación procesal se desarrollará teniendo en cuenta el respeto de los derechos fundamentales de las personas que intervienen en ella y a la necesidad de lograr eficacia en el

34

ejercicio de la justicia”, bajo la idea de la prevalencia del derecho sustancial.

De esta manera se logra un punto de equilibrio adecuado entre los derechos del procesado (puede ejercer a cabalidad los derechos de confrontación y contradicción) y las necesidades de la administración de justicia frente al fenómeno recurrente de la retractación de testigos, que ha sido enfrentado de manera semejante en otros ordenamientos jurídicos, inclusive en aquellos que tienen una amplia trayectoria en la sistemática procesal acusatoria, según se señaló párrafos atrás.

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

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

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

Mirado desde la perspectiva de la parte que solicita la práctica de la prueba, no es aceptable decir que el testigo está disponible cuando se niega rotundamente a contestar el interrogatorio

Raúl

13

directo, así el juez le advierta sobre las consecuencias jurídicas de su proceder, porque ante esa situación no es posible la práctica de la prueba.

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

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

(...)

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

(...)

(4) al momento del juicio o vista, ha fallecido o está imposibilitada de comparecer a testificar por razón de enfermedad o impedimento mental o físico...¹³

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

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

¹³ Reglas de Evidencia de Puerto Rico.

Raúl

136

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

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

El hecho de que un testigo haya entregado dos versiones diferentes frente a un mismo aspecto, obliga a analizar el asunto con especial cuidado, bajo el entendido de que: (i) no puede asumirse a priori que la primera o la última versión merece especial credibilidad bajo el único criterio del factor temporal; (ii) el juez no está obligado a elegir una de las versiones como fundamento de su decisión; es posible que concluya que ninguna de ellas merece credibilidad; (iii) ante la concurrencia de versiones antagónicas, el juez tiene la obligación de motivar suficientemente por qué le otorga mayor credibilidad a una de ellas u opta por negarles poder suasorio a todas; (iv) ese análisis debe hacerse a la luz de la sana crítica, lo que no se suple con comentarios genéricos y ambiguos sino con la explicación del raciocinio que lleva al juez a tomar la decisión, pues sólo de esa manera la misma puede ser controlada por las partes e intervinientes a través de los recursos; (v) la parte que ofrece el testimonio tiene la carga de suministrarle al juez la información necesaria para que éste pueda decidir si alguna de las versiones entregadas por el testigo merece credibilidad, sin perjuicio de las potestades que tiene la parte adversa para impugnar la credibilidad del testigo; (vi) la prueba de corroboración juega un papel determinante cuando se presentan esas situaciones; entre otros aspectos.

Rafael

Aquí la niña YAVF estuvo disponible en juicio para los efectos relacionados con la responsabilidad del procesado, al precisar sus características físicas fue interrogada y contrainterrogada sobre ello, en cambio, no se puede decir que tuvo esa misma actitud para relatar las condiciones en que fue accedida carnalmente, para lo cual podía echarse mano de su declaración anterior, pero a manera de prueba de referencia caracterizada por la limitación para su confrontación, y no constituir un híbrido jurídico como el que hizo el Tribunal al tomar la declaración directa de la niña e integrarle sin más de forma general su entrevista y asumirla como una unidad probatoria, con desconocimiento de los principios de inmediación, no permanencia de la prueba, contradicción, esto es, sin agotarse el debido proceso probatorio en el juicio oral.

Pero además, debe destacarse que la Fiscal, ante la manifestación de la menor de no declarar acerca de los hechos acaecidos en el sitio «Alto del Rey», afirmó que a través de la defensora de familia introduciría, como prueba de referencia, la entrevista rendida por aquella, toda vez que se trataría de los «eventos similares» previstos en el artículo 438 literal b) del Código de Procedimiento Penal y efectivamente la ingresó a través de la profesional Inés Yamel Buriticá, lo mismo ocurrió con la entrevista a la otra niña LJVF (evidencia 8), por lo tanto, el contenido que apuntaba a la ocurrencia fenomenológica de la violencia sexual y las condiciones en que ocurrió fue ingresado con la fuente formal, esto es, la profesional que la recepcionó, sin que la defensa se hubiera opuesto a ello.

Rafael

38

Esto se ajusta a lo normado en el 1º del artículo 426 de la Ley 906 de 2004, que respecto de la autenticación de documentos señala que podrá hacerse con el reconocimiento de la persona que lo ha elaborado, manuscrito, mecanografiado, impreso, firmado o producido, al haber ingresado a través de los testigos de acreditación adquiere la categoría de prueba de referencia, máxime que se trataba de una menor abusada sexualmente.

Efectivamente, como el juicio contra MÁRQUEZ VELÁSQUEZ se surtió en los años 2009 y 2010 antes de entrar en vigencia la Ley 1652 —promulgada el 12 de julio de 2013—, la entrevista para el específico aspecto objetivo de las conductas se ubica en la admisibilidad excepcional constitucional como prueba de referencia.

Hechas las anteriores precisiones conceptuales, revisado el escrito de acusación, en la audiencia de formulación de la misma, así como la audiencia preparatoria, la Fiscal anunció y descubrió el reconocimiento fotográfico y en fila de personas, así como las entrevistas realizadas a las dos niñas (YAVF y LJVF).

La investigación se enfocó desde un inicio solo en contra de uno de los sujetos. A pesar que se habló de dos retratos hablados referidos por las dos menores, sólo se centró en el descrito por la niña YAVF (evidencia N° 5): El patrullero de Policía Judicial, Jorge Andrés Arias Vélez, en la audiencia de juicio oral de 4 de febrero de 2010, como

Rafael 64

funcionario que asumió la investigación en el municipio de Balboa, señaló que la citada menor ante un morfólogo del CTI hizo el retrato hablado de quien la había agredido y que tras labores de vecindario en la vereda donde ocurrieron los hechos y también en el municipio de La Virginia, una persona de ésta última localidad le dijo a él que el retrato se parecía a un sujeto que días antes le había solicitado una plata prestada *«para hacer una vuelta en Balboa»* y que era fácil reconocerlo porque era reinsertado y mensualmente se presentaba al Comando de Policía para firmar unas actas.

Agregó que se contactó con el Patrullero del comando policial —de quien no recuerda el nombre—, para que le enseñara las hojas de vida de los desmovilizados, éste le dio a conocer el nombre de la persona que el informante manifestaba, y observó que la fotografía de la cédula de ciudadanía de MÁRQUEZ VELÁSQUEZ coincidía con el retrato hablado, y una vez le informó a la fiscal, ésta dio la orden para el reconocimiento fotográfico (practicado el 19 de junio de 2009), mismo día en que se libró la orden de captura en contra de MÁRQUEZ VELÁSQUEZ, y se materializó al día siguiente, ejecutando también la orden de allanamiento a la vivienda, hallando una gorra (evidencia 3), un machete (evidencia 2), botas con tierra (evidencia 4), las cuales fueron embaladas y remitidas al Instituto de Medicina Legal en Bogotá para hacer el cotejo con la tierra del lugar de los hechos.

Por último, indicó que se hizo el reconocimiento en fila de personas (9 de julio de 2009), precisando que por

Rafael

19

indicación de la Fiscal los reconocimientos (fotográfico y en fila de personas) se realizaron solamente con la menor YAVF.

Pero previo al estudio de los actos de reconocimiento fotográfico y en fila de personas hechos por la menor, la Corte debe llamar la atención que la inicial identificación del procesado, esto es, el nexo entre el retrato hablado y MIGUEL ÁNGEL MÁRQUEZ VELÁSQUEZ fue a través de un informante no identificado, como lo relató el miembro de la Policía Judicial, Jorge Andrés Arias Vélez, en el sentido de que una persona de la localidad de La Virginia le comentó que la imagen se parecía a un sujeto reinsertado quien mensualmente se presentaba al Comando de Policía para firmar unas actas.

Así las cosas, esta inicial información ha de catalogarse como anónima, lo cual lleva a reiterar la línea jurisprudencial plasmada en decisiones CSJ, SP, 6 mar. 2008, radicado 27477 y CSJ SP, 4 may. 2016, rad. 41667 que le niega a los anónimos la condición de medio de prueba y sólo le otorgar el carácter de criterio orientador de las labores investigativas.

Como no se supo algo relacionado con el informante obviamente no fue llevado a juicio, y la reproducción que de su dicho hizo el policial en juicio ni siquiera puede ser considerada prueba de referencia, porque ésta debe provenir de una fuente conocida, pues como se destacó en la primera de las decisiones citadas:

Raúl

141

«...conviene en precisar que la declaración que informa de los hechos cuya verdad se pretende probar, debe provenir de una persona determinada, entendida por tal, la que se halla debidamente identificada, o cuando menos individualizada, con el fin de evitar que a través de la prueba de referencia se introduzcan al proceso rumores callejeros o manifestaciones anónimas, sin fuente conocida».

De otro lado, los actos de reconocimiento quedaron vinculados a la prueba testimonial de la niña YAVF ya que al acudir a juicio a rendir testimonio fue interrogada y contrainterrogada respecto de ellos. Al ponerle de presente el retrato hablado, (evidencia 5), así como el reconocimiento fotográfico (evidencia 6), y en fila de personas (evidencia 7), sus contenidos probatorios ingresaron como prueba directa.

En cuanto al primero lo reconoció y ratificó que la imagen correspondía a quien había asesinado a sus padres, pero respecto de los segundos a pesar que admitió haber participado en esas diligencias, se retractó al decir que esa persona no correspondía al que fuera ejecutor de los delitos.

En relación con los métodos de identificación, en sentencia CSJ SP, 29 ago. 2007, rad.26276, se precisó que por sí solos no constituyen prueba porque se contraría el principio de inmediación al no haber sido producidos en presencia del juez ni sujetos a la confrontación y contradicción, sin embargo, su uso está orientado a afianzar la credibilidad del testigo, de ahí que en la audiencia de juicio esos actos de reconocimiento deben estar vinculados con una prueba testimonial válidamente

Raúl

practicada ofreciendo así al juzgador la posibilidad de otorgarle o minarle fuerza persuasiva a la declaración del testigo.

Por lo tanto, superado el ingreso legal de los aludidos reconocimientos, el paso siguiente apunta a su valoración ya que afrenta contra la credibilidad de la niña la divergencia que exhibió al retractarse de los señalamientos, posición que mantuvo cuando le fue puesta de presente la foto tomada en juicio al procesado.

Ante las dos vertientes testimoniales, la de los niños YAVF y LCVF quienes no reconocieron a MIGUEL ÁNGEL MÁRQUEZ VELÁSQUEZ como autor de los comportamientos investigados, frente a la de la menor LYVF que si lo identificó, el *Ad quem* concluyó que *«la balanza de la justicia se debe inclinar por concederle mayor credibilidad a todo lo manifestado por la testigo LYVF»*.

Para sustentar la condena esa Corporación refrendó las manifestaciones de la otra niña LYVF (de doce años de edad), porque en su criterio: *«ofreció un relato lógico, coherente, hilvanado y verosímil de lo acontecido, en el cual señaló al procesado como una de las personas causantes de las desgracias infringidas a la familia VF, tanto es así que lo identificó en la fotografía que le fue puesta de presente como en el bosquejo del retrato hablado elaborado por el perito morfológico. Es más, dicha testigo fue responsiva y exacta respecto de las diferentes preguntas que le fueron formuladas durante la fase de los interrogatorios y contrainterrogatorios, en las cuales ofreció una explicación razonable respecto de las razones por las cuales expuso que uno de los maleantes presentaba como señales particulares unos lunares en el rostro. Sobre este tema, la testigo manifestó que*

143

tales lunares bien podrían ser productos de unas 'manchas de pantano' que fueron malinterpretados por ella como lunares como consecuencia del estado de miedo que la embargaba y del desespero de no saber de sus padres.

En cuanto a la credibilidad de las manifestaciones de los niños, la Sala ha clarificado el entendimiento equivocado que en ocasiones le han dado los operadores judiciales a una cita descontextualizada de la CSJ SP, 26 ene. 2006, rad. 23706, 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»*. Ello porque no debe tomarse como un criterio de autoridad que siempre las manifestaciones de los menores merecen crédito, pues lo que corresponde al juez en cada caso es valorarlas bajo el tamiz de la sana crítica, integrándolas con los demás elementos de convicción.

Ese cuidado especial permitirá no caer en los extremos de postular que los niños por su escasa capacidad o desarrollo cognitivo son fácilmente sugestionables o se los puede utilizar como instrumentos para alterar la verdad, o de otro lado, que nunca mienten y que por eso debe creérseles a pie juntillas sus relatos.

Ciertamente, en decisión CSJ SP, 23 feb 2011, rad. 34568, se indicó que como cualquier testigo, los dichos de los menores deben examinarse de forma imparcial y sin prejuicios siguiendo los lineamientos del artículo 404 de la Ley 906 de 2004 en cuanto a la naturaleza del objeto

Rafael

percibido, el estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contra-interrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad.

También en sentencia CSJ SP, 11 may. de 2011, rad. 35080, se advirtió que en ciertas ocasiones, al igual que los adultos, los niños pueden mentir, tergiversar o alterar los hechos, atendiendo a algún interés o incluso por manipulación de alguien, pero *«lo que se debe entender superado es esa especie de desestimación previa que se hacía de lo declarado por los menores, sólo en razón a su minoría de edad. Pero ello no significa que sus afirmaciones, en el lado contrario, deban asumirse como verdades incontrastables o indubitables»*.

Con esta perspectiva, pese a que los reconocimientos se dieron en fecha cercana a los hechos, razón que debería otorgarles valor suasorio, la Corte reivindica los criterios plasmados por la juez de primer grado para dar crédito a la apostasía de la niña YAVF, pues no se quedó sólo en la aptitud que le observó en el juicio y lo creíble que resultaba que los señalamientos iniciales hechos al procesado hubieran sido por salir de eso rápido y porque estaba confundida, sino que las manifestaciones de ambas niñas acerca de las señales particulares descritas del autor de los delitos no se acompañaban con las de MÁRQUEZ VELÁSQUEZ, especialmente, que aquél tenía dos lunares en la cara, de los cuales éste carece.

Raúl

178

Y es que se encuentra acierto cuando la juez de primer grado calificó de inverosímil que tales marcas faciales pudieran ser confundidas con manchas de barro, como lo dejó entrever la otra niña LJVF, no sólo porque ambas víctimas dieron cuenta de esas características de quien correspondía a alias «El Papi», al punto de ubicarlos en el rostro (uno lo tenía en la frente y otro en la mejilla, lado derecho), sino principalmente, porque no se podía soslayar que *«los menores son niños del campo, que están acostumbrados a ensuciarse diariamente con lodo, que conocen el lodo desde pequeños, que no es algo para ellos extraño, por lo que sería muy difícil que estos confundieran un lunar con lodo, máxime cuando vieron al agresor de día, durante mucho tiempo y lo tuvieron muy cerca. Circunstancias que hacen poco creíble la explicación dada por la menor»*.

Ciertamente, si los sujetos arribaron hacia el mediodía a la casa, compartieron el almuerzo con todos los moradores, luego sobrevino el proceso de encerrar a los niños, atarlos, para posteriormente caminar junto a ellos, y por último el episodio sexual del que fueron víctimas las niñas de catorce y doce años, es dable inferir que medió tiempo suficiente para apreciar las señales particulares de los agresores, de ahí que fueron detalladas en el retrato hablado, lo cual hace poco probable que el crecimiento de la piel en dos partes de la cara, propio de los lunares, fuera confundido con manchas de barro.

De manera que el *Ad quem* incurrió en falso juicio de identidad porque la hipótesis dubitativa planteada por la menor LYVF en el sentido de que posiblemente los lunares

Raúl
71

196

del retrato hablado del agresor eran manchas de barro, la tradujo en certeza para así ajustar su relato al hecho de que efectivamente MIGUEL ÁNGEL MÁRQUEZ VELÁSQUEZ no tiene lunares en su rostro.

Pero además, el estado de incertidumbre en cuanto a la participación en los delitos por parte del procesado no se basó exclusivamente en la discusión de los lunares, sino que a la juez le llamó la atención la parquedad en el relato que las niñas hicieron en las entrevistas al otro día de los hechos, lo cual no se compadecía con lo prolífico del retrato hablado: JAVF ante la Defensora de Familia dijo que su agresor era *«blanco, tenía una gorra habana, era como robusto, bajo, nariz larga y cara como aplastada»*, pero según el dibujo elaborado por el morfólogo se trata de *«una persona de piel trigueña, con dos lunares, cuello corto, grueso, cejas rectas cortas y escasas, ojos pequeños y alargados, color castaño oscuro, orejas medianas y triangulares, nariz media y poco ancha, boca gruesa, mediana y mentón redondo, con 2 lunares en el rostro lado derecho»*. Por su parte la niña LJVF en la entrevista lo describió como *«bajito, flaco, blanco, tenía dos lunares en la cara, uno en la frente y otro en la mejilla»*, pero en la audiencia de juicio oral se refirió a él como *«medio gordito bajito, era blanco...»*.

Para la juez a esas inconsistencias se unía el hecho que los reconocimientos sólo se cumplieron con una de las víctimas (la niña YAVF) *«sin que se explique el despacho por qué no se realizó este reconocimiento con los otros testigos presenciales para que se hubiera dado más certeza a la prueba»*, incertidumbre que

Raúl

en efecto la Corte constata al comparar el retrato hablado con la fotografía que obra del procesado tomada en desarrollo de la audiencia de juicio oral, pues no encuentra similitud en las cejas referidas en el bosquejo como cortas y escasas, las que en cambio, son abundantes y largas según la foto; ni mucho menos al mentón dibujado como redondo, cuando en realidad el de MÁRQUEZ VELÁSQUEZ es cuadrado y partido o con un hoyuelo en la barbilla, característica ésta que sería también de fácil recordación.

3. De las deficiencias investigativas

Bajo el paradigma que se establece de los artículos 7º, 372 y 381 de la Ley 906 de 2004 los medios probatorios han de llevar al conocimiento del juez, más allá de toda duda razonable, del aspecto objetivo del delito y la responsabilidad de los autores o partícipes, y aquí la juez de primer grado expuso abundantes razones que la llevaron a la decisión de absolución en aplicación del principio de resolución de duda en favor del procesado como fundamentador de la presunción de inocencia.

Por eso la Corte corrobora que a la falta de solidez de los elementos probatorios que conoció y sopesó la juez, los cuales le impidieron aplicar las normas sustanciales que definen y sancionan los atentados contra los bienes jurídicos de la vida, libertad individual, libertad sexual, y patrimonio económico por los que fue convocado MÁRQUEZ VELÁSQUEZ a juicio, se une que las evidencias que según

Rafael

148

la Fiscalía eran objetos incautados al procesado correspondientes a los hurtados a la familia, *«una a una fueron descartadas por los mismos testigos, pues ninguna de estas resultó pertenecerles; y a pesar de que algunas fueron muy similares, como en el caso de los zapatos, los que coinciden con los del occiso en relación al modelo pero resultaron diferentes en relación con el color, lo mismo con las cachuchas»* como también sucedió con el machete cuando el niño precisó que el de su padre era diferente.

Aquí se entroncan las deficiencias investigativas de la Fiscalía que impiden determinar el convencimiento de la responsabilidad del procesado, porque siendo este caso el escenario propicio para privilegiar la prueba técnica del cotejo del ADN de MÁRQUEZ VELÁSQUEZ con los fluidos corporales extraídos a la menor YAVF, toda vez que la muestra dio resultado positivo para espermatozoides, el ente investigador fue negligente en su labor al no ordenar el respectivo peritaje.

También, como respecto de la otra niña LJVF, de doce años de edad, quien se dice fue accedida por el otro sujeto apodado *«El Tigre»*, la muestra de frotis vaginal resultó negativa para espermatozoides, resultaba de trascendencia el análisis de la ropa interior para obtener alguna evidencia, estudio que no fue elaborado por parte del Instituto de Medicina Legal por no haberse aportado los datos de cuál prenda era la que portaba aquella.

Por lo mismo, el análisis de las prendas en relación con la menor YAVF, de 14 años, devenía superfluo, porque

Rafael

respecto de ella la muestra sí salió positiva para espermatozoides, niña que según la Fiscalía fue accedida por MÁRQUEZ VELÁSQUEZ y que por lo mismo tornaba de vital importancia realizarle el examen genético a éste a fin de acotar su responsabilidad.

Fue en la audiencia de juicio oral, luego de que fueran objeto de estipulación los hechos referidos en los exámenes sexológicos practicados a las menores, cuando el apoderado del procesado invocando el artículo 334 de la Ley 906 de 2004 al estimar que se trataba de una *«prueba sobreviniente»* solicitó se practicara el cotejo de ADN a su asistido, pedimento con el que estuvo de acuerdo la fiscal, de manera que la juez dado su carácter excepcional, por tornarse pertinente, conducente y sobre todo útil, verificó su admisibilidad y la ordenó, debiéndose suspender la diligencia para tal fin.

Consta que por parte de la Profesional Universitario Forense del Instituto de Medicina Legal de Pereira, Mónica Lucía Restrepo Ortiz, se enviaron las muestras al Grupo de Genética Forense de Medicina Legal en Bogotá para la *«búsqueda de perfil masculino»* (fol. 161 cuaderno original). Esta profesional, cuyo testimonio había sido anunciado por la Fiscalía desde el escrito de acusación por tener relación con el frotis vaginal practicado a las niñas, declaró en juicio indicando que evidentemente tomó las muestras (otrota a las niñas y ahora al procesado) para enviarlas a su estudio, pero no conocía los resultados de la prueba genética, seguidamente la fiscal se opuso a que por intermedio de la

Rafael

profesional ingresara el oficio de respuesta del cotejo al no ser un testigo de acreditación, y ante la orden de la juez de su lectura mantuvo su resistencia al punto que elevó infructuosamente recurso de queja, ya que el Tribunal Superior de Pereira el 29 de septiembre de 2010 se abstuvo de decidirlo por no haber agotado previamente el recurso de apelación.

Sin embargo, con anterioridad el defensor había desistido de la incorporación del resultado porque la respuesta del Instituto de Medicina Legal indicaba que no fue posible realizar el cotejo por las pocas evidencias para el mismo.

Así como lo plasmó la juez, resulta extraño que la Fiscalía, dentro de la labor investigativa que debía desplegar, no dispuso la confrontación de la secuencia del ADN de MARQUÉZ VELÁSQUEZ, *«Situación que llamó la atención de esta instancia, pues una persona que sea culpable no va a permitir voluntariamente a que se realice dicha prueba, pues de antemano sabe que esta lo puede perjudicar».*

Por eso, cuando siendo posible practicar prueba técnica o científica tendiente a confirmar o desvirtuar las aserciones o señalamientos de los testigos, y no se realizan, se vulnera el principio de imparcialidad en la búsqueda de la verdad que debe informar el actuar de la Fiscalía.

Las deficiencias probatorias continúan: pese a que las niñas indicaron que el teléfono celular de su progenitor fue

Rafael

utilizado por los agresores cuando se comunicaron con alguien a quien llamaron «Cabo», y que luego entraron aproximadamente cinco llamas, la Fiscalía no hizo alguna investigación al respecto, y aunque podría pensarse que el aparato telefónico también fue hurtado (porque ello ni se mencionó), bien hubiera podido con el número asignado y el operador establecer las llamadas realizadas o las entrantes.

Tampoco mereció atención de la Fiscalía la manifestación de la niña YAVF en la entrevista cuando a la pregunta si el padre había recibido amenazas, indicó que el día viernes anterior a los hechos su papá recibió una llamada de alias «Repollo» diciéndole que *«alistara los corotos»,* aclarando que *«Repollo es un señor que tiene tienda en balboa, más arriba de la petrolera... hacía trasteos.. tiene un jeep».*

En manera alguna se investigó lo dicho por la misma niña en la entrevista acerca de que uno de los sujetos dejó un pantalón cerca del sitio donde los amarraron.

Es que la gravedad de los hechos y la presencia de víctimas menores de edad demandaban un mayor compromiso investigativo de la Fiscalía, verificar por ejemplo de dónde provenía la familia, a qué se dedicaban los progenitores de los niños, ya que no es usual que de buenas a primeras lleguen a la casa dos sujetos a acabar con la vida de los moradores.

Al parecer a la fiscalía le bastó que una fuente humana no identificada asociara el retrato hablado con el de un desmovilizado que hacía presentaciones en la

Rafael

Estación de Policía de La Virginia para mostrar a MIGUEL ÁNGEL VÁSQUEZ VELÁSQUEZ como autor de los hechos, lo que motivó a que su esposa Johana Patricia Beltrán fuera amenazada, como dio cuenta el personero Wilson Palacio Vásquez, declaración que como prueba excepcional ordenó la juez para acreditar la imposibilidad de comparecencia de la dama a juicio, señalando el servidor público que ella en diciembre había denunciado que dos personas en moto la habían abordado amenazándola que si soltaban al esposo o lo declaraban inocente la mataban a ella y a los hijos. De la respectiva denuncia se dio lectura en el juicio.

También en la entrevista ante la defensoría pública (evidencia N° 1 de la defensa), la esposa del inculcado indicó que él recientemente había sido operado de peritonitis, tenía una herida abierta porque no le pudieron coger puntos, situación que le impedía caminar grandes trayectos, que por ello conducía una moto e incluso al manejar y pasar por un hueco le generaba dolor, aspectos que no fueron explorados.

Así mismo, genera duda el no haber determinado el resultado del análisis del cotejo de la tierra hallada en las botas del procesado con la correspondiente a la zona de los hechos, tema en el cual extrañamente la fiscal se opuso vehemente a que se diera lectura, a lo que se pensó era el informe base de la opinión pericial que estaba anexo a las botas, pero que en últimas sólo se trató del control de la cadena de custodia.

Handwritten signature

En efecto, cuando le fueron puestas de presente al investigador Jorge Andrés Arias Vélez las evidencias que correspondían a los elementos incautados a MÁRQUEZ VELÁZQUEZ, como éste solicitó rasgar la bolsa en la que estaban las botas para su verificación, encontró allí un sobre procedente del Instituto de Medicina Legal, al solicitársele abrirlo para establecer su contenido la fiscal se opuso argumentando que no era testigo de acreditación, pero como la juez insistió en que la evidencia debía estar integrada con el informe y que por lo tanto debía leerse, la fiscal se resistió indicando que el ente investigador había solicitado introducir como evidencia solo las botas mas no el informe, porque no pretendía verificar si la tierra correspondía a la zona, sino un aspecto que se *«dilucidaría más adelante»*, sin que en últimas lo hubiera clarificado.

De otra parte, el procesado declaró en la audiencia de juicio oral relatando que para el día de los hechos estuvo en una finca llamada «*Sajonia*» en Viterbo. El defensor ofreció como testigo a Marco Tulio Marín Ríos, administrador de la citada finca, pero desistió del mismo ya que según indicó el patrón le prohibió declarar con la amenaza de dejarlo sin trabajo.

También declaró María Virgelina Londoño Isaza, quien ratificó que para el 6 de junio de 2009 MIGUEL ÁNGEL MÁRQUEZ llegó con la esposa y le pidieron prestado un casco porque se iban para una finca en Viterbo, que lo recuerda porque ese día cumplía años su hija, que él vendía

Rafael

cosméticos y estaba delicado toda vez que en enero le habían hecho una operación.

Y aunque estos elementos de convicción no llevan a concluir con contundencia que MÁRQUEZ VELÁSQUEZ no fue el autor de las conductas, el vacío probatorio evidenciado, propio del estado de incertidumbre, permite advertir que la declaración de justicia hecha por el Tribunal se muestra, como lo tilda la Fiscal Delegada ante esta sede, resquebrajada.

Es que la valoración objetiva, fidedigna individual y en conjunto de los medios probatorios no permite obtener conocimiento más allá de duda razonable de la responsabilidad de MIGUEL ÁNGEL MÁRQUEZ VELÁSQUEZ en los delitos por los que fue acusado y condenado, porque las deficiencias investigativas predicables de la Fiscalía no suplen o sustentan su teoría del caso.

Lo anterior deviene en la prosperidad del cargo casacional formulado por el defensor de MIGUEL ÁNGEL VÁSQUEZ VELÁSQUEZ, avalado por la representante de la Fiscalía ante esta sede, dada la verificación de los errores en que incurrió el Tribunal de Pereira y los vacíos probatorios, por ello, la Corte Suprema de Justicia en apego al principio de resolución de duda casará la sentencia condenatoria de segundo grado emitida en contra de aquél, en su lugar, confirmará la decisión proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de La Virginia Risaralda que lo absolvió como coautor del concurso de delitos de homicidio agravado,

5

secuestro simple agravado, acceso carnal violento y hurto calificado.

En virtud de lo normado en el artículo 449 del ordenamiento adjetivo se ordenará la libertad inmediata e incondicional de MIGUEL ÁNGEL MÁRQUEZ VELÁSQUEZ, con la advertencia de que cumplirá efectos si no es requerido por otra autoridad.

El juez de primer grado procederá a cancelar los registros y anotaciones que haya originado este diligenciamiento en contra del enjuiciado.

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. CASAR la sentencia de 6 de septiembre de 2013 emitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira que condenó a MIGUEL ÁNGEL MÁRQUEZ VELÁSQUEZ como coautor del concurso de delitos de homicidio agravado, secuestro simple agravado, acceso carnal violento y hurto calificado.

2. CONFIRMAR, como consecuencia de lo anterior, la sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito

Rafael

de la Virginia-Risaralda que lo absolvió de los cargos por los que fue llamado a juicio dentro del presente proceso.

3. ORDENAR, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 449 de la Ley 906 de 2004, la libertad inmediata de MIGUEL ÁNGEL MÁRQUEZ VELÁSQUEZ, la cual se hará efectiva siempre que el citado no sea requerido por otra autoridad judicial. Para tal fin por la Secretaría de esta Sala se librará la respectiva orden inmediatamente.

4. DISPONER que el juez de primer grado cancele los registros y anotaciones que contra el procesado haya originado este diligenciamiento.

Contra la presente sentencia no procede recurso alguno.

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



EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Presidente

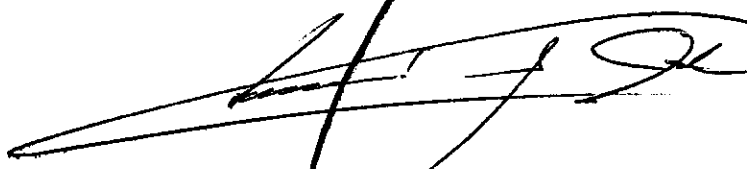


JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

157



JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO



FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ



EYDER PATIÑO CABRERA



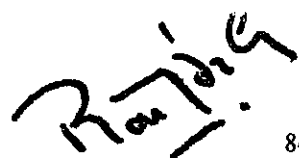
PATRICIA SALAZAR CUELLAR

Handwritten signature

158


LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO


NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria





República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

CASACIÓN 42656
MIGUEL ÁNGEL MÁRQUEZ VELÁSQUEZ

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL

Aclaración de voto

Rad. 42656

Acta n° 22 del 30 de enero de 2017

1. El suscrito Magistrado, con el habitual respeto por las decisiones mayoritarias, procedo a consignar las razones del disenso que me llevaron a aclarar el voto sobre la tesis del valor probatorio del testimonio adjunto o complementario adoptada en el fallo proferido por esta Sala.

2. Si bien estoy de acuerdo con la decisión de casar la sentencia ante el estado de incertidumbre generado que impide obtener conocimiento más allá de duda razonable de la responsabilidad de MIGUEL ÁNGEL MÁRQUEZ VELÁSQUEZ en los delitos por los que fue acusado, mi postura obedece al criterio jurisprudencial, adoptado mayoritariamente desde la decisión del pasado 25 de enero (rad, 44950), decisión en la cual también aclaré el voto, porque se permitió la incorporación y se le da mérito probatorio a la declaración rendida antes e incorporada en el juicio oral, a pesar que el testigo está disponible y rinde testimonio en la audiencia

Rafael

pública, ofreciendo en sus intervenciones información contradictoria, con lo cual desborda los únicos usos de *lege data* admitidos: 1) refrescar la memoria del testigo (artículo 392-d); y 2) impugnar credibilidad ante la evidencia de contradicciones contenidas en el testimonio (artículos 347, 393-b y 403).

3. Seguidamente se da cuenta de los principales argumentos de la decisión mayoritaria, con las que estamos en desacuerdo:

3.1. En el siguiente párrafo, a mi juicio, se establece una clasificación indebida, no sustentable jurídicamente, del testimonio rendido antes del juicio oral, al señalarse, que corresponden a:

“Por resultar trascendente para la solución de este caso, la Sala establecerá la diferencia entre la utilización de declaraciones anteriores para **facilitar el interrogatorio cruzado de testigos** (refrescamiento de memoria e impugnación de la credibilidad de los testigos), y los usos de esas declaraciones como **medio de prueba** (prueba de referencia y declaraciones anteriores inconsistentes con lo declarado en juicio)”.

3.2. Conforme a la decisión mayoritaria de la Sala estos son los eventos en los cuales las declaraciones anteriores al juicio oral pueden ser incorporadas como medios de prueba, directas, no de referencia ni anticipadas:

Las verdaderas excepciones a la regla general consagrada en el artículo 16 de la Ley 906 de 2004

están materializadas en los eventos de admisión de declaraciones anteriores como **medios de prueba** (CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153), como es el caso de la prueba anticipada, la prueba de referencia y las declaraciones anteriores inconsistentes con lo que el testigo declara en juicio (subraya fuera de texto). (...).

3.3. La decisión adoptada con el criterio mayoritario sostiene que las declaraciones anteriores e incompatibles con lo declarado en el juicio por el declarante, se integran y forman parte de la prueba obtenida en el juicio y pueden servir de fundamento para condenar. Los siguientes son los argumentos que invocaron:

“Los presupuestos fácticos son diferentes a los que activan el debate sobre prueba de referencia, porque no se trata de un testigo **no disponible**, sino de un declarante que comparece al juicio oral y cambia su versión (respecto de lo que había dicho con antelación).

Si se aplica a plenitud la regla general de que sólo pueden valorarse como prueba las declaraciones rendidas durante el juicio oral (salvo lo expuesto en materia de prueba de referencia), el juez únicamente podría considerar lo que el testigo dijo en este escenario, con las consecuencias ya indicadas.

Sin embargo, una decisión en tal sentido puede afectar la recta y eficaz administración de justicia, ante la posibilidad de que el relato rendido por fuera del juicio oral sea veraz y el testigo lo haya cambiado por amenazas, miedo, sobornos, etcétera. Con esto no se quiere decir que la primera versión de los testigos necesariamente sea la que dé cuenta de la manera cómo ocurrieron los hechos; lo que se quiere resaltar es la importancia de que el fallador pueda evaluar la versión anterior, cuando

el testigo la modifica o se retracta durante el juicio oral.

De otro lado, admitir, como medio de prueba, todas las declaraciones anteriores al juicio oral, sin que medien circunstancias que lo justifiquen y sin cumplir los requisitos que permitan lograr un **punto de equilibrio** entre los derechos de los procesados y la rectitud y eficacia de la administración de justicia, puede desquiciar el modelo procesal, según se resaltó en otro apartado de este fallo.

(...).

No puede confundirse la utilización de declaraciones anteriores con fines de impugnación, con la incorporación de una declaración anterior al juicio oral **como medio de prueba**. En el primer evento, la finalidad de la parte adversa (la que no solicitó la práctica de la prueba testimonial¹), es mostrar que existen contradicciones que le restan verosimilitud al relato o credibilidad al testigo. En el segundo, la parte que solicitó la práctica de la prueba y que se enfrenta a la situación de que éste cambió su versión, pretende que la versión anterior ingrese como **medio de prueba**, para que el juez la valore como tal al momento de decidir sobre la responsabilidad penal.

(...).

Ante esta realidad, la admisión excepcional de declaraciones anteriores inconsistente con lo declarado en juicio es ajustada al ordenamiento jurídico, siempre y cuando se garanticen los derechos del procesado, especialmente los de contradicción y confrontación.

En ese sentido debe interpretarse el artículo 347 de la Ley 906 de 2004, en cuanto establece que una declaración anterior al juicio oral *"no puede*

¹ Ello sin que pueda descartarse la posibilidad de que la parte que presenta al testigo se vea compelida a impugnar su credibilidad. Ello puede suceder, por ejemplo, si durante el interrogatorio el fiscal o el defensor se percatan de que han sido engañados por el testigo.

tomarse como una prueba por no haber sido practicada con sujeción al interrogatorio de las partes". Visto de otra manera, cuando se supera la imposibilidad de ejercer el derecho a la confrontación (que tiene como uno de sus elementos estructurales la posibilidad de contrainterrogar al testigo), desaparece el principal obstáculo para que el juez pueda valorar la declaración rendida por el testigo por fuera del juicio oral, cuando éste se ha retractado o cambiado su versión en este escenario.

4. El nuevo criterio mayoritario de la Sala, resulta imposible jurídicamente de compartir, porque:

i) Le da valor probatorio al testimonio adjunto o complementario cuando el órgano de prueba está disponible, supuesto que corresponde a una prueba de referencia inadmisibles (artículo 438 y 440 del C de P.P.).

ii) Contraviene lo dispuesto en el artículo 437 del C de P.P. sobre las informaciones obtenidas fuera del juicio oral y que definen la naturaleza y alcance de la prueba de referencia.

iii) Socaba los principios del debido proceso de la prueba relacionados con la publicidad, contradicción e inmediación (artículos 377, 378 y 379 del C de P.P.).

iv) La nueva postura jurisprudencial incorpora como principio la permanencia de la prueba en la Ley 906 de 2004, regla excluida por incompatible con los postulados de

la Ley 906 de 2004, dados los supuestos de los artículos 15, 16, 17 y 381 del C de P.P.

El artículo 381 no permite condenar con base en pruebas no “debatidas en el juicio”, los demás textos legales citados que corresponden a normas rectoras, solamente le dan la categoría de prueba a la que se práctica ante el juez de conocimiento, en audiencia del juicio oral, de forma concentrada, pública, oral, sujeta a contradicción, admitiéndose únicamente como excepción la prueba anticipada. Ni siquiera se permite la comisión para la práctica de la prueba.

El testimonio adjunto como se concibió en la decisión de la que aclaró el voto, viola no solo el rito para la solicitud, decreto, práctica y aducción de la prueba sino también las normas rectoras de los artículos 15, 16 y 17 del C.P.P., las que a decir del artículo 26 ídem son obligatorias y prevalentes sobre cualquier otra disposición y aún de la jurisprudencia, pues éstas tienen que ser fundamento de la interpretación.

v) Se desatiende el artículo 360 del C de P.P. que impone tener como ilegal los medios que se practican con “violación de los requisitos formales previstos en este Código”, uno de ellos que no puede asumirse como prueba de referencia lo declarado antes del juicio si el testigo está disponible para declarar; mucho menos como prueba directa, si el órgano de prueba concurre al juicio a testimoniar.

165

En la hipótesis sobre la que se construyó el nuevo criterio jurisprudencial la declaración anterior al juicio es prueba de referencia inadmisibile porque el órgano de prueba está disponible y lo único que puede servir de fundamento probatorio a la sentencia para la decisión es lo declarado en el juicio oral.

A nuestro entender, solamente se debe admitir que lo declarado antes del juicio sirva como prueba de referencia admisible (no como prueba directa, complementaria, adjunta o integrada con lo detectado en el debate oral), si el testigo adopta en el juicio una postura de silencio y se abstiene de narrar o responder el interrogatorio (caso en el cual el testigo no está disponible), porque si lo hace (responde), por más contradictorio que sea su relato con lo expresado antes, con esta última solamente será posible cuestionar su credibilidad.

vi) Con la lógica que se ha construido por la mayoría de la Sala la tesis del testimonio adjunto, se debe preguntar si ha de entenderse que las que rinde antes del juicio oral el procesado pueden servir de fundamento para condenar, así éste se niegue a declarar en el juicio.

vii) El artículo 347 de la Ley 906 de 2004 establece que las “declaraciones juradas” de los “testigos llamados a juicio” solo pueden tener **“efectos de impugnar credibilidad”**, el criterio mayoritario de la Sala se opone abiertamente a esta regulación sin ofrecer razones de inconstitucionalidad para desatenderla, amén que los

Rafael

criterios de inconveniencia por una supuesta eficacia de la justicia la descarta los enunciados que estamos presentando.

El único argumento que se ofrecen para apoyar la creación del testimonio adjunto o complementario es el supuesto "punto de equilibrio", para que en el caso se haga justicia, la que se ve amenazada porque se encuentran en contradicción sustancial lo expuesto antes y durante el juicio por el testigo.

Qué justicia se administra, si el supuesto de la solución ofrecida con el testimonio adjunto son las contradicciones del declarante, cómo se sabe en cuál se dijo la verdad.

Pero acaso la carga de llevar al proceso la prueba que dé certeza no es de la Fiscalía?, existe en Colombia algún proceso penal diferente a los que terminan por preacuerdo, allanamiento o principio de oportunidad, que no registren contradicciones sustanciales en lo narrado por el mismo testigo o con las demás pruebas?.

Las contradicciones se deben resolver con la sana crítica, solucionar ese problema con el testimonio adjunto, es hacer justicia de cualquier manera, ésta debe ser administrada con sujeción a garantías como las del debido proceso probatorio.

167

Si el testimonio adjunto se necesita para superar contradicciones del declarante y rescatar una supuesta eficacia de la justicia, como se afirma en la providencia de la que aclaró el voto, entonces con ese mismo propósito y argumento se deben crear líneas jurisprudenciales para no absolver los casos con base en el in dubio pro reo o deficiencia probatoria por inactividad de la Fiscalía para probar la teoría del caso, pues con estas también se pone en riesgo la eficacia de la justicia del asunto sub judice, porque la verdad real no se logró conocer.

viii) Sobre el valor probatorio de las exposiciones (entre las cuales se incluyen las declaraciones juradas de quienes son llamados a testimoniar en el juicio), a decir del artículo 347 del C de P.P., **“la información contenida en ellas no puede tomarse como una prueba por no haber sido practicada con sujeción al contrainterrogatorio de las partes”**.

ix. Las declaraciones antes del juicio solo pueden alcanzar la categoría de prueba cuando se reciben en las condiciones en que lo permite el artículo 274 del C de P.P. adquieren así la naturaleza de prueba anticipada, supuestos que jamás los cumple el testimonio adjunto o complementario.

x. A diferencia de otros países, en Colombia hay regulación expresa sobre la materia, se adoptó un régimen opuesto a los países que admiten tener como prueba de cargo o de descargo la rendida antes del juicio oral así el

168

testigo concurra a declarar, por ello apoyarse en tales criterios foráneas, como el de España y Puerto Rico, resulta equivocado.

xi. Si el juez no puede suplir las deficiencias de la Fiscalía porque se afecta la imparcialidad y la regla de igualdad de armas, no se entiende como la jurisprudencia deba crear reglas para superar la incapacidad de la fiscalía o los cuerpos de investigación de obtener la prueba para sustentar los cargos y superar los problemas propios de valoración de las informaciones dadas por los testigos conforme a las reglas de la sana crítica, que es lo que finamente se invoca como sustento del supuesto principio de equilibrio para darle valor probatorio al testimonio adjunto o complementario.

xii. Otras consideraciones que se avienen y soportan los cuestionamientos que hacemos a la decisión asumida para validar el testimonio adjunto o complementario, son las siguientes:

En efecto, la Corte acude a legislación comparada, como la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España, así como al sistema de Puerto Rico para propugnar que las declaraciones previas inconsistentes con lo declarado en juicio sean tenidas como prueba sustantiva y el juez pueda considerar y decidir con base en la intervención procesal, como la procesal del testigo, postura que en mi concepto en Colombia constituye una afrenta contra los principios de inmediación, concentración, publicidad, debido proceso,

Rafael

que conllevan a que solo se tengan como pruebas las que hayan sido prácticas en presencia del juez, al tiempo que desnaturaliza el ejercicio del contradictorio como fundante del sistema acusatorio.

Desde el artículo 15 de la Ley 906 de 2004 se garantiza a las partes conocer y controvertir las pruebas, además de intervenir en su formación, lo cual se traduce en la posibilidad de interrogar, contrainterrogar, objetar, formular objeciones, etc. Ese poder sobre la prueba es lo que permitirá trazar una confrontación dialéctica para defender cada postura. No se olvide que el proceso envuelve una tesis y una antítesis que han de estar robustecidas para ofrecer al juez argumentos para su síntesis.

El ejercicio de la confrontación no se satisface con la posibilidad *a posteriori* de cuestionar las declaraciones previas inconsistentes con lo narrado en juicio, por eso se ha de privilegiar la refutación de la prueba en juicio, y para ello será necesario clarificar la disponibilidad del testigo para contrastarlo en relación con algún tema de relevancia jurídica respecto a la conducta investigada o la responsabilidad penal.

Pero esa disponibilidad del testigo no puede ser confundida con su simple comparecencia a la audiencia de juicio oral, aquella existirá cuando ofrezca respuestas a las preguntas o contrainterrogatorios, independientemente de lo que diga y no habrá disposición cuando guarde silencio sobre el tema, caso éste último en que es viable admitir lo

declarado fuera de juicio oral, pero como testimonio de referencia, no como prueba directa, pero únicamente en cuanto a la conducta de guardar silencio, excepción ésta que no opera cuando se responde el interrogatorio.

No se trata que una vez se haya superado el ejercicio de impugnar la credibilidad del testigo para desacreditarlo por algún factor, tendencia a mentir, tener interés, etc., se considere esa declaración anterior como parte de su atestación, ni es que se sustituya la declaración del testigo. En este caso la prueba de referencia solamente es viable cuando el testigo no esté disponible en el juicio, se niegue a declarar sobre todo o una parte de los hechos y es sobre ello que opera la referencia.

En este sentido la Corte debería rectificar posturas como la planteada en CSJ SP, 8 nov. 2007, rad. 26411, que permitió el uso de declaraciones anteriores sin otro requisito que la autenticación del documento que las contiene (fuente indirecta del conocimiento de los hechos) de la cual se entendió que la misma complementaba el testimonio.

A su turno, debería revalidar la inicial tesis emitida en CSJ SP 9 nov. 2006, rad 25738, cuando enfatizó que para hacer valer declaraciones anteriores se deben garantizar los derechos de contradicción y confrontación, precisando los usos de las declaraciones previas: En primer lugar, para refrescar la memoria del testigo cuando no recuerda en el juicio algún tema específico, el cual se desprende de lo

normado en el literal d) del artículo 392 de la Ley 906 de 2004 que al fijar las reglas del interrogatorio indica que «el juez podrá autorizar al testigo para consultar documentos necesarios que ayuden a su memoria. En este caso, durante el interrogatorio, se permitirá a las demás partes el examen de los mismos», casos en los cuales no surge cuestionamiento porque es sólo para que el deponente recuerde algún tema a fin de exponerlo en la audiencia, y si así lo hace el juez valorará lo dicho en ese acto procesal, ya que entre los criterios de apreciación del testimonio contemplado en el artículo 404 del estatuto adjetivo en comento se indica que se tendrá en cuenta esos procesos de rememoración.

En segundo lugar, en cuanto al uso de las declaraciones previas para impugnar la credibilidad del testigo la Corporación encontró que según lo dispuesto en el artículo 393 de la Ley 906 de 2004 en las reglas del contrainterrogatorio cuya finalidad es la de refutar, en todo o en parte, lo que el testigo ha contestado, se autoriza acudir a '*cualquier declaración que hubiese hecho el testigo sobre los hechos en entrevista, en declaración jurada durante la investigación o en la propia audiencia del juicio oral*'.

Así mismo, el artículo 403 ídem permite su utilización para cuestionar la credibilidad del testigo², y el artículo 347

² Artículo 403. **Impugnación de la credibilidad del testigo.**

La impugnación tiene como única finalidad cuestionar ante el juez la credibilidad del testimonio con relación a los siguientes aspectos:

1. Naturaleza inverosímil o increíble del testimonio.
2. Capacidad del testigo para percibir, recordar o comunicar cualquier asunto sobre la declaración.
3. Existencia de cualquier tipo de prejuicio, interés u otro motivo de parcialidad por parte del testigo.

señala que para poder hacerlas valer en juicio para efectos de esa impugnación *«deben ser leídas durante el contrainterrogatorio. No obstante, la información contenida en ellas no puede tomarse como una prueba por no haber sido practicada con sujeción al contrainterrogatorio de las partes»*. (subrayas ajenas al texto).

Con base en lo anterior la Corte destacó que la normatividad no permite introducir la declaración previa como prueba autónoma e independiente, sino que solamente se trata de debilitar la credibilidad de las afirmaciones del testigo, sin que ello dé vía para que el juzgador pase por alto lo narrado en juicio y detenga su análisis sólo en esa entrevista o exposición previa del declarante, por eso en palabras de la Sala:

Por lo tanto, en el caso de que en el juicio oral un testigo modifique o se retracte de anteriores manifestaciones, la parte interesada podrá impugnar su credibilidad, leyendo o haciéndole leer en voz alta el contenido de su inicial declaración. Si el testigo acepta haber rendido esa declaración, se le invitará a que explique la diferencia o contradicción que se observa con lo dicho en el juicio oral. Véase cómo el contenido de las declaraciones previas se aportan al debate a través de las preguntas formuladas al testigo y sobre ese interrogatorio subsiguiente a la lectura realizada las partes podrán contrainterrogar, refutando

-
4. Manifestaciones anteriores del testigo, incluidas aquellas hechas a terceros, o en entrevistas, exposiciones, declaraciones juradas o interrogatorios en audiencias ante el juez de control de garantías.
 5. Carácter o patrón de conducta del testigo en cuanto a la mendacidad.
 6. Contradicciones en el contenido de la declaración'.

en todo o en parte lo que el testigo dijo entonces y explica ahora, actos con los cuales se satisfacen los principios de inmediación, publicidad y contradicción de la prueba en su integridad.

Si se cumplen tales exigencias, el juez puede valorar con inmediación la rectificación o contradicción producida, teniendo en cuenta los propios datos y razones aducidas por el testigo en el juicio oral. Se supera de esta forma la interpretación exegética que se pretende dar al artículo 347 del Código de Procedimiento Penal, pues lo realmente importante es que las informaciones recogidas en la etapa de investigación, ya por la Fiscalía o ya por la defensa, accedan al debate procesal público ante el juez de conocimiento, cumpliendo así la triple exigencia constitucional de publicidad, inmediación y contradicción de acuerdo con el artículo 250, numeral 4° de la Carta Política.

No se trata, se reitera, de que la declaración previa entre al juicio como prueba autónoma, sino que el juez pueda valorar en sana crítica todos los elementos que al final de un adecuado interrogatorio y contrainterrogatorio ejercido por las partes, entran a conformar el testimonio recibido en su presencia. Lo declarado en el juicio oral, con inmediación de las manifestaciones contradictorias anteriores que se incorporan a éste, junto con las explicaciones aducidas al respecto, permitirán al juzgador contrastar la mayor veracidad de unas y otras, en una apreciación conjunta con los restantes elementos de juicio incorporados al debate público.

Véase cómo desde la perspectiva de la inmediación, el juez tiene en su presencia al autor del testimonio. Puede por ello valorar su cambiante posición frente a afirmaciones anteriores y también puede valorar lo manifestado al ejercer la última palabra, optando por la que en su convicción considere más fiable. Desde las exigencias de la publicidad ya se ha expuesto

cómo el contenido de las declaraciones previas accede al juicio oral a través del interrogatorio y contrainterrogatorio de las partes. Y frente al derecho de contradicción, queda salvaguardado con el hecho de que se permita a la parte contraria formular al testigo todas las preguntas que desee en relación con los hechos previamente relatados e incorporados al testimonio en el juicio oral a través del procedimiento señalado.

El juez debe tener libertad para valorar todas las posibilidades que se le pueden llevar al conocimiento de un hecho más allá de toda duda razonable, sin tener que desdeñar situaciones conocidas a través de medios procedimentales legales y obligatorios.

Aquí no puede obviarse que en muchos eventos la contradicción del testigo puede llevar a evidenciar la falta de fiabilidad del mismo, y esto permitirá al fallador no basarse en su testimonio para fundar la sentencia, pues el testigo que cambia su declaración y se retracta de lo dicho durante la fase previa se está mostrando como voluble y poco creíble, a menos que el fallador encuentre una razón convincente para explicar el cambio producido.

También habrá casos en que el cambio evidencie un comportamiento doloso del testigo. En tales eventos, el juez se verá precisado a compulsar las copias pertinentes para que se le investigue por el eventual falso testimonio en que pudo incurrir, ya en la audiencia del juicio oral o en la declaración jurada rendida previamente.

En conclusión, las exposiciones previas son simples actos de investigación del delito y sus autores, que no constituyen en sí mismas prueba alguna, pues su finalidad es la de preparar el juicio oral, proporcionando los elementos necesarios a la Fiscalía y a la defensa para la dirección de su debate ante el juez de

conocimiento, por lo que para que puedan hacerse valer en el juicio como impugnación, además de haberse practicado con las formalidades que el ordenamiento procesal establece, debe observarse el procedimiento explicado.

En suma, si se ha dicho que las declaraciones previas no son pruebas por sí mismas, pero que si son recogidas y aseguradas por cualquier medio pueden servir en el juicio para los dos fines citados en precedencia, lo problemático resulta cuando con un mal entendido criterio los operadores judiciales las integran a lo dicho por el testigo en juicio, emulando así anteriores modelos procesales de enjuiciamiento que bajo la unidad de prueba las tomaban como un sólo testimonio, sin reparar en cuántas apariciones o momentos procesales hubiera intervenido el deponente (permanencia de la prueba), interpretación con la cual, insisto, se desconoce que bajo la Ley 906 de 2004 el juez únicamente debe considerar como pruebas al momento de dictar el fallo las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia en el juicio oral, con excepción de la prueba anticipada, las de los menores víctimas de delitos sexuales o el declarante que concurre y guarde silencio, con lo que se desdibuja el ejercicio del contradictorio.

Así las cosas, no estoy de acuerdo con que las declaraciones anteriores al juicio se integren o complementen con el testimonio rendido en el juicio oral, como cuando en la decisión CSJ SP, 8 nov. 2007, rad. 26411, se anotó que:

Es factible apreciar la credibilidad del dicho del renuente a partir del diálogo que ofreció durante el proceso desde el momento del recaudo del elemento material probatorio y evidencia física legalmente aceptado en el juicio (art. 275 ib.); es viable apreciar la versión (incluso la actitud pasiva del testigo en la audiencia de juicio oral y público) y confrontarla con aquella que rindió ante el órgano de indagación e investigación para hacer inferencias absolutamente válidas, puesto que se trata en síntesis de apreciar un medio de conocimiento legítimo, de cara a los criterios de apreciación de cada prueba en concreto (testimonial, documental, etc.).

Por ello, el concepto de prueba testimonial como medio del conocimiento no es de cobertura restrictiva; no se puede entender cómo, si el testigo directo, en la audiencia del juicio oral se retracta o guarda silencio, entonces de nada valen las imputaciones que hizo ante el órgano de investigación o de indagación, las evidencias que suministró y que fueron aportadas legítimamente por el testigo de acreditación que también declara en el proceso.

La esencia del proceso constitucional – penal es acceder al valor justicia, en síntesis, porque se trata de un proceso de búsqueda de la verdad que tiene por finalidad hacer prevalecer el derecho sustancial sobre el derecho formal..., se trata de hacer justicia material en cada caso.

Es palmario que si ante el órgano de indagación e investigación dijo una cosa y en la audiencia de juicio oral y público dijo otra (u optó por no responder absolutamente nada – aquí algún testigo tuvo esa actitud), el testimonio como evidencia del juicio que es, articulado con la evidencia que se suministre al proceso (entrevista, documento, acta, reconocimiento, video, etc.), y con el dicho del órgano de investigación e indagación (Policía Judicial, experto técnico o científico, testigo acreditado, etc.),

ofrecen de hecho un diálogo a partir del cual es legítimo hacer inferencias probatorias a la luz de la contemplación material de la prueba testimonial, documental, etc.. ¡Esa es la esencia del papel del juez!.

Es por ello por lo que los formatos de entrevistas, las actas de reconocimiento fotográfico, las actas de reconocimiento a través de fotografías, los videos relativos a reconocimientos a través de fotografías y en fila de personas (Arts. 205, 206, 252, 253, 275) que fueron aducidos y admitidos por el juez como prueba en la audiencia del juicio oral, son medios de conocimiento susceptibles de apreciación por el juez del caso a través de las reglas que rigen cada medio de convicción en concreto.

De otra parte, es cierto que las entrevistas adquieren valor para efectos de la impugnación de la credibilidad del testimonio a tenor de lo previsto en el numeral 4 del artículo 403 del C. de P.P.; no obstante, cuando se está ante un testigo que rehúsa responder el interrogatorio del fiscal, el interrogatorio de la defensa, el interrogatorio (excepcional) del juez, habrá de predicarse que no fue exitosa la impugnación de la credibilidad del testigo ejercitada por los sujetos procesales en los contrainterrogatorios, sin perjuicio de la facultad de contemplar la prueba legítima, entendida en su contexto de "medio del conocimiento" (elemento material probatorio, evidencia física o cualquier medio técnico o científico que no viole el ordenamiento jurídico), legalmente aportado como prueba en la audiencia de juicio oral y público.

Para dar viabilidad a tal integración se ha argumentado que ante las vicisitudes del testigo de ir al juicio, ser reticente, no responder, negar versiones anteriores, fugarse y las múltiples fallas que pueden afectar

su rememoración, o en su comportamiento en juicio, en la forma de sus respuestas, su personalidad, etc., es confrontar el medio de conocimiento, no solo con la posición del testigo que se retractó, negó, no ratificó o no recordó en juicio de lo dicho previamente, sino también con la versión del testigo de acreditación que lo entrevistó.

Con tal postulado se entremezclan las diferentes posturas que puede asumir un testigo en juicio, pues no es lo mismo, cuando es renuente a declarar, a cuando narra aspectos contradictorios con los vertidos en su declaración previa, por eso, si el testigo está disponible, debe agotarse la impugnación de la credibilidad, porque si no se niega a responder no podría complementarse su testimonio con lo dicho antes.

Por la misma razón no puedo avalar la tesis de la Corte en el presente fallo que para permitir esa introducción de la declaración anterior del testigo cuando difiere de lo narrado en juicio argumenta que ello va de la mano con una recta y eficaz administración de justicia, poniendo como ejemplo que lo relatado fuera de juicio puede ser veraz y el testigo lo haya cambiado por amenazas, miedo, sobornos, etc., porque no se puede pasar por alto que la existencia material y jurídica de la prueba depende de su construcción con sometimiento al debido proceso, ante un juez competente, en un momento procesal determinado y con el cumplimiento de las exigencias que particularmente se exijan para cada medio, con la observancia que el rito demande para las partes e intervinientes.

1709

La jurisprudencia debe hacer interpretaciones que ponderen las garantías, los derechos, las facultades y los deberes de las partes, el punto de equilibrio que se trace no puede ser a cualquier precio y forma, así por ejemplo no hay equilibrio cuando se admite la existencia de una prueba que el ordenamiento jurídico no la tolera como tal.

Por ello, lo que se debe promover desde estas instancias es que se haga un adecuado ejercicio de impugnación de la credibilidad a fin de que el testigo renuente o silente a través de las preguntas retome o ratifique lo dicho inicialmente en su declaración anterior, sin caer en el facilismo de incorporar las entrevistas sin pasar por el tamiz de tal impugnación.

Y si en la declaración en juicio el testigo reconoce lo que dijo con anterioridad o da las explicaciones pertinentes, lo que queda como prueba es lo dicho en juicio, sin que sea viable que agotado el proceso de impugnación de la credibilidad, de todas formas se introduzca la declaración anterior como medio probatorio autónoma o se convierta en una unidad con lo dicho en juicio. Y sólo cuando se esté ante un testigo no disponible, como cuando es renuente a responder en relación con su declaración anterior, guarde silencio, se podrá acudir a ésta pero a manera de prueba de referencia.

En otras palabras, al mediar inconsistencia de la declaración en juicio con la rendida previamente, un buen

Ratificación

180

ejercicio de impugnación de la credibilidad será lo que habilite la admisión de la declaración anterior respecto del mérito de la prueba, por eso, se debe privilegiar el ejercicio del contradictorio propio del sistema acusatorio a fin de enriquecer la capacidad de las partes para interrogar y contrainterrogar con miras a convencer al juez para otorgarle o no crédito al testigo.

Bajo los supuestos anteriores, para definir si se puede tener como prueba y valorarse en un proceso los testimonios o las entrevistas obtenidas antes del juicio oral, se debe acudir a las regulaciones : **1)** de la prueba de referencia del artículo 438 de la Ley 906 de 2004 y las reglas especiales establecidas por la jurisprudencia y la Ley 1652 de 2013 para cuando los órganos de prueba de tales elementos son menores víctimas de delitos sexuales o de los tipos penales a que se refieren los artículos 138, 139, 141, 188^a, 188c y 188d del Código Penal; **2)** a las normas que regulan el uso de las versiones o declaraciones para refrescar memoria (artículo 392 ejusdem); y **3)** a los textos relacionados con la impugnación de credibilidad (artículo 403 ídem). Solamente tienen la condición de prueba la del numeral 1°, no así las de los numerales 2° y 3°.

Prueba de referencia. La declaración rendida fuera del juicio oral de la que pueda predicarse alguna de las causales establecidas en el artículo 438 del C de P.P., que «no sea posible practicarla en juicio» (disponibilidad del órgano de prueba para el acto procesal), es prueba de referencia

Rafael

181

admisible y por tanto puede introducirse al proceso en la audiencia al momento de la práctica probatoria con el testigo de acreditación y ser considerada por el juez junto con los demás medios para adoptar la decisión que corresponda, sin que la condena pueda sustentarse exclusivamente en esa clase de pruebas.

Es fundamental en el testimonio como prueba de referencia la no disponibilidad del declarante en el juicio oral, pero esa naturaleza la adquiere también cuando su presencia es física únicamente, porque se niega a través del silencio a ofrecer la información por la que se le pregunta. Un testigo que no se comporte en estas condiciones, sus declaraciones rendidas antes del juicio oral solamente pueden ser utilizadas para impugnar credibilidad o refrescar memoria, jamás pueden ser apreciadas estas como prueba admisible o como como testimonio adjunto, al que se alude también con las denominaciones de testigo de corroboración o complementario, como se acepta sin condicionamientos en la decisión de la que ahora aclaro voto.

Cuando el declarante concurre al juicio oral pero se niega a declarar o contestar el interrogatorio, el testigo no está disponible y por tanto sus declaraciones anteriores únicamente en lo que no declaró podrá ser introducido al juicio oral como prueba de referencia admisible. Esta es una modalidad de esa clase de prueba, el órgano de prueba no está disponible, por tanto no corresponde a lo que se enuncia como testimonio adjunto o complementario.

Manly

Las declaraciones anteriores al juicio oral que no cumplen las condiciones de prueba de referencia admisible, porque el testigo sí está disponible material y jurídicamente, no son medios legales, dado que se afecta el control que deben realizar el juez, las partes y los intervinientes (la víctima a través del fiscal), el debido proceso probatorio, el derecho de contradicción y confrontación, la no práctica en juicio oral, concentrado y público, tampoco corresponde a los parámetros de prueba anticipada, amén de que se genera ante un juez diferente al de conocimiento, en una audiencia o acto procesal independiente, sin la presencia de una de las partes y de los intervinientes, bajo supuestos que afectan la juridicidad pues el ordenamiento jurídico las estima como prueba de referencia inadmisibles.

El inciso tercero del artículo 347 de la Ley 906 de 2004 cuando establece que la exposición dada antes del juicio oral no puede *«tomarse como una prueba por no haber sido practicada con sujeción al contrainterrogatorio de las partes»*, sólo enuncia una de las afectaciones, más no menciona otras que sin superarse no la habilitan como medio probatorio admisible, como las deficiencias señaladas en el párrafo anterior. Éstos elementos solamente sirven para refrescar memoria o impugnar credibilidad, pero no como prueba de referencia admisible y por ende no pueden ser tenidos en cuenta como fundamento de una decisión junto con los demás medios legamente allegados.

24

24/10/15

183

Testimonio adjunto, complementario o de comentario. Dícese de una declaración que en el juicio se retracta de lo dicho antes en la investigación o cambia la versión. En este caso el declarante está disponible material y jurídicamente sobre el tema probatorio para ser interrogado y contrainterrogado, el órgano de prueba rinde la información, por tanto las partes ejercen sus derechos independientemente del alcance de las respuestas, o de si sustentan o no la teoría del caso de la fiscalía o la defensa o de la parte que ha solicitado la prueba. La disponibilidad no depende del sentido y contenido de las respuestas, éstas solo estructuran el fundamento de la valoración conforme a las reglas de la sana crítica. Sin embargo, la Sala mayoritaria ahora las autoriza como pruebas directas, autónomas y fundantes de responsabilidad o inocencia.

La situación del testigo que se retracta o cambia la versión, únicamente permite tener las exposiciones anteriores al juicio oral no como prueba sino como medios para impugnar credibilidad. Aquél no corresponde a ninguna de las hipótesis de la prueba de referencia admisible.

Así dejo expuestas las razones de mi disenso.


EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER
Magistrado

Fecha ut supra.

