

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada ponente

SP1783-2018

Radicación n.º 46992

(Aprobado Acta n.º 159)

Bogotá D.C., veintitrés (23) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

ASUNTO

Juzga la Corte en sede de casación, la sentencia proferida el 24 de agosto de 2015 por la Sala Única del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Arauca (Arauca), por cuyo medio revocó el fallo dictado en primera instancia por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de la misma ciudad, que absolvió al procesado DEIVER AUDIEL OJEDA OJEDA del cargo de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, con circunstancia de agravación punitiva, y en su lugar lo condenó.

HECHOS

El 28 de noviembre de 2010, Isabel Cristina llevó a su hija de doce años de edad –YNCT-¹ al Hospital San Vicente de Arauca, toda vez que esta le informó que tenía un fuerte dolor en el estómago. Una vez la menor recibió la atención médica, fue informada por los galenos que su hija estaba embarazada y en proceso incompleto de interrupción voluntaria del embarazo, razón por la cual, fue sometida a un legrado obstétrico.

Por información que YNCT suministró en el hospital, se supo que sostenía una relación sentimental con DEIVER AUDIEL OJEDA OJEDA, a quien conoció en la discoteca *Skape* a la que acudía con frecuencia en compañía de una amiga.

Producto de las relaciones sexuales con DEIVER AUDIEL OJEDA OJEDA, a quien YNCT le dijo que tenía 17 años de edad, la joven quedó embarazada.

ANTECEDENTES PROCESALES

¹ La Corte suprimirá del texto de la providencia cualquier nombre o información que pueda conducir a la individualización de la víctima menor de edad, no solo por ser un sujeto de especial protección como lo impone el artículo 44 de la Constitución Política y la Ley 1098 de 2006, sino para proteger su intimidad, derecho fundamental de todas las personas, consagrado en el artículo 15 de la CP.

Por estos hechos la Fiscalía solicitó la expedición de una orden de captura en contra de DEIVER AUDIEL OJEDA OJEDA, la cual se materializó el 20 de marzo de 2012 y legalizó en la misma fecha en el Juzgado 1 Promiscuo Municipal de Arauca.

Seguidamente se le formuló imputación como posible autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, consagrado en el artículo 208 del Código Penal. La Fiscalía no solicitó la imposición de medida de aseguramiento.

Presentado el escrito de acusación, el conocimiento correspondió al Juzgado 2 Penal del Circuito de Arauca. La audiencia se llevó a cabo del 2 de agosto del mismo año, oportunidad en la cual la Fiscalía, respetando el núcleo fáctico, adicionó la circunstancia de agravación punitiva prevista en el numeral 6 del artículo 211 del Código Penal, referida al estado de embarazo producto del acceso carnal abusivo.

El 25 de julio de 2013 se llevó a cabo la audiencia preparatoria y el juicio se adelantó el 3 de abril y 8 de octubre de 2014, 21 de enero, 6 de marzo y 13 de abril de 2015, fecha esta en la que se anunció el sentido del fallo de carácter absolutorio.

En consonancia con el sentido del fallo, el 22 de mayo de 2015 se emitió la sentencia de primera instancia, contra

la cual la delegada de la Fiscalía interpuso el recurso de apelación.

En fallo de segunda instancia aprobado el 24 de agosto del mismo año y leído al día siguiente, el Tribunal Superior de Arauca revocó el proveído impugnado y en su lugar condenó a DEIVER AUDIEL OJEDA OJEDA como autor responsable del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado, imponiéndole la pena principal de 16 años y 6 meses de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso. Le negó el subrogado de la suspensión de la ejecución de la pena y la sustitución de la prisión en establecimiento carcelario por el domicilio. En consecuencia, dispuso librar orden de captura.

Contra esta decisión el defensor del procesado interpuso el recurso extraordinario de casación y allegó la respectiva demanda que fue admitida mediante auto del 18 de enero de 2017. La audiencia de sustentación correspondiente se llevó a cabo el 12 de septiembre siguiente.

LA DEMANDA

Dos cargos plantea el recurrente.

1. Al amparo de la causal segunda de casación prevista en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, acusa el fallo de segunda instancia de violar los artículos «28 y 29» de la

Constitución Política, y 10 y 457 de la citada norma procesal penal.

Considera que el fallo carece de una motivación completa, es violatorio del derecho de defensa e inaplica el principio *in dubio pro reo*, soportando su postulación en el hecho de que el fallador «*se fundamenta en hilvanaciones o conjeturas que probatoriamente no están soportadas y solamente están en la mente del juzgador de Segunda Instancia por una inadecuada valoración probatoria*».

2. En el segundo cargo plantea errores de hecho estructurados en falsos juicios de existencia, de identidad y falso raciocinio, así:

Falso juicio de existencia por «*suponer la responsabilidad del señor DEIVEL AUDIEL OJEDA OJEDA en la prueba consistente en el testimonio de Leidy Tatiana Bacca Guzmán*».

Falso raciocinio referido, dice, a la errada conclusión del *ad quem* en cuanto a la supuesta retractación de la menor de edad en el juicio, toda vez que no se demostró que YNCT en algún momento hubiera mencionado a DEIVER AUDIEL OJEDA OJEDA, razón por la cual entiende que se asignó a «*la prueba un valor que vulnera la sana crítica por principios de la lógica de la regla de la experiencia y de los postulados de la ciencia*.»

Falso juicio de identidad por alteración del medio de prueba, toda vez que no es posible efectuar una censura al fallo *«de primera instancia solo con criterios subjetivos carentes de contenido probatorio»*

Sin mas consideraciones, solicita casar el fallo impugnado y dejar vigente el de primera instancia que absolvió al procesado del cargo de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, agravado por el embarazo de la víctima.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN ORAL

1. El recurrente no asistió, situación que no fue obstáculo para que la Sala prosiguiera con su práctica, toda vez que la demanda previamente había sido admitida.

2. Intervención de la Fiscalía General de la Nación

El delegado de la Fiscalía solicita a la Corte no casar el fallo impugnado, por las siguientes razones:

Frente a la nulidad destacó que el demandante se limitó a enunciar violación a las garantías fundamentales, sin determinar en qué consistió la supuesta afectación y entrando en consideraciones a partir de las cuales desarrolló el segundo cargo propuesto.

Las censuras referidas a errores de hecho en las diversas modalidades, no solo carecen de lógica formal en

cuanto no determinó en cada caso sobre qué medio probatorio se produjo el yerro de valoración, ni en cuál de las modalidades; sino que se trata de afirmaciones sueltas, dirigidas a mostrar su inconformidad con la decisión del tribunal.

3. Intervención de la Procuraduría General de la Nación

La delegada del Ministerio Público solicita la desestimación de los cargos por las siguientes razones:

El de nulidad, por encontrar que el tribunal motivó el fallo acudiendo a la valoración conjunta de las pruebas, sin que se advierta 'motivación incompleta'.

Frente a los aludidos falsos juicios de identidad, existencia y falso raciocinio, no encontró la delegada su estructuración, pues el *ad quem* valoró la totalidad de las pruebas, incluida la declaración rendida por la menor víctima, llegando a la conclusión de que esta se retractó intentando proteger a DEIVER AUDIEL OJEDA OJEDA.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Aunque es cierto, como lo advirtió el delegado de la Fiscalía, que la demanda tiene serios defectos argumentativos que dificultan su estudio, la Corte los superó por tratarse de una sentencia condenatoria dictada en

segunda instancia, razón por la cual se entrará al análisis de fondo de los puntos alegados, siguiendo los fines asignados en virtud del recurso de casación, especialmente dirigidos a la búsqueda de la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de quienes intervienen en la actuación y la reparación de los agravios inferidos a las partes, según lo establece el artículo 180 ibídem.

1. Nulidad.

El recurrente acusa la sentencia de contener una 'motivación incompleta' que conllevó a la violación del derecho de defensa y a la inaplicación del principio *in dubio pro reo*. Así mismo, alcanza a develar la Sala, su inconformidad por no poder apelar la sentencia condenatoria, dado que fue emitida en segunda instancia como producto del recurso vertical interpuesto por la delegada de la Fiscalía.

Sobre la primera, advierte la Corte que la enunciada motivación incompleta no pasa de ser un reproche general dirigido a mostrar una clara inconformidad con la valoración de las pruebas practicadas en el juicio.

En punto del yerro por deficiencias de motivación, la jurisprudencia ha destacado que se presenta bajo diversas modalidades, pero solo la carencia total de ella, la ausencia de decisión sobre un problema jurídico fundamental para la

resolución del caso o la motivación ambivalente, conducen a la nulidad de la decisión.

Revisado el fallo, no encuentra la Sala que el tribunal hubiera incurrido en algún defecto de motivación, menos, que la providencia soporte la ausencia total de argumentación o que se omitiera resolver sobre un problema jurídico fundamental. Tampoco se presenta ambivalencia en los razonamientos realizados por el juzgador durante el ejercicio valorativo de las pruebas².

El *ad quem* argumentó sobre las razones de hecho y de derecho que lo llevaron a revocar el fallo recurrido, para en su lugar, condenar al procesado por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, con circunstancia de agravación punitiva por el cual fue acusado, sólo que el defensor no comparte las razones allí expuestas.

Así, encontró probada la estructuración del tipo penal denominado acceso carnal abusivo con menor de 14 años, agravado por el embarazo, con el resumen de la historia clínica del Hospital San Vicente de Arauca que da cuenta del ingreso (noviembre de 2010) de la menor de edad YNCT con un proceso de interrupción del embarazo. Realizados los exámenes médicos, se detectó que la evolución el embarazo era de aproximadamente mes y medio.

² CSJ SP16171-2016, 9 nov. 2016, rad. 44940 y CSJ SP, 13 mar 2004, rad. 17738, entre otros.

Este hecho que no fue objeto de prueba por haber sido convenido por las partes como cierto (estipulación n.º 2), estuvo acompañado de la fotocopia de la tarjeta de identidad de YNCT que ingresó con el investigador Holman Augusto Mendoza Vanegas, con la que se establece que la joven nació el 23 de marzo de 1998, es decir, contaba con 12 años de edad para la fecha en que fue sometida al legrado obstétrico para culminar el proceso de interrupción del embarazo.

Así, la sentencia concluye que no hay duda acerca de que YNCT fue accedida carnalmente cuando tenía menos de 14 años de edad y producto del acceso quedó embarazada, circunstancia que configura una causal agravante del tipo penal contra la integridad y formación sexual.

Frente a la autoría del vinculado, fue prolijo el *ad quem* en el análisis de las pruebas practicadas en el juicio oral, centrándose especialmente en el tema objeto de debate consistente en las manifestaciones anteriores al juicio rendidas por la víctima, lo dicho por esta en el testimonio y las contradicciones halladas en sus versiones.

En esa línea, el fallo se ocupa de los precedentes jurisprudenciales y legales sobre el tema de la prueba de referencia excepcionalmente admitida cuando la víctima de un delito sexual es menor de edad y su ingreso al proceso.

Así mismo, argumentó sobre la diferencia de la prueba de referencia y el carácter de prueba directa cuando la entrevista del menor ingresa a través de un informe pericial que es sustentado en el juicio por el experto, como ocurrió en este caso, en el que a través de la sicóloga Leidy Tatiana Baca Guzmán, se conoció que YNCT señaló a DEIVER AUDIEL OJEDA OJEDA como la persona con la que tuvo relaciones sexuales.

Seguidamente, se ocupó el fallador de exponer las razones a partir de las cuales concluyó que la adolescente YNCT durante el juicio entró en contradicciones con su propia versión para desligar al procesado de las consecuencias propias de la comisión de la conducta típica, lo cual, dijo, se evidenció cuando se negó a decir el nombre de quien, según ella, era su novio y con quien tuvo relaciones sexuales:

“No, no les voy a decir... pues yo lo conozco pero pues no, la verdad no quiero meter a nadie en problemas... me lo presentaron... pues era amigo de los amigos que yo tuve pero no fue de barrio... nunca conocí el barrio de él o la familia, no...”

Insistiendo la sicóloga acerca de datos sobre esa persona, “una salida a qué, a un paseo a discotequiar (sic)” contestó “no, no les puedo contar, ... no eso sí no se los puedo contar”, son cosas que yo ya no quiero revivir... nooo, igual yo ya tomé la decisión de que no, no, es mejor así...”

A la par, agregó el juzgador de segunda instancia, YNCT se esforzó en dejar claro que en todo caso no era DEIVER

AUDIEL OJEDA OJEDA y que si bien ella lo señaló, esto ocurrió:

porque yo no tenía a quien más culpar y pues yo lo, al único así que pues yo dije bueno que... nos gustaba salir a rumbiar (sic), entonces pues allá en ese hospital me tenían súper nerviosa, súper, entonces me hacían un poco de preguntas... entonces pues yo no sabía qué iba a pasar eso y me iban a hacer preguntas y eso... ni siquiera me dijeron nada, pues ahí fue cuando yo empecé a decir todas esas barbaridades.

(...)

Preguntada por qué refirió a DEIVER en la policía, confusamente dijo "porque era el, pues así queee, con el, como le digo yo, con el que... no se, pues... el que bueno, primero se me ocurrió"

Igualmente, apreció el Tribunal la preocupación de YNCT por no perjudicar a DEIVER AUDIEL OJEDA OJEDA cuando en el juicio afirmó que no pensó que nombrarlo sería «un problema así de grande».

Además, el fallo valoró los testimonios de Marcela Alejandra, Oswaldo Enrique Albarracín Silva y Mauro Leandro Moreno Villamizar, citados por la defensa para que informaran sobre la manera como se conocieron DEIVER AUDIEL OJEDA OJEDA y YNCT en una discoteca de Arauca, quienes coincidieron en afirmar que no les consta que entre OJEDA OJEDA y la menor de edad hubiera existido una relación sentimental. Sobre el particular señaló el tribunal:

...[C]oinciden en su manifiesta intención de mostrar a la víctima como una persona con apariencia de mucha mayor edad y otras circunstancias que para nada refieren a los episodios ocurridos en el centro hospitalario y el día de marras, por lo que resulta incomprensible que se ofrezcan, como lo hace el cognoscente, como soporte y complemento de la retractación de la menor³.

El compendio de la motivación del fallo descarta la estructuración de la alegada nulidad por violación al debido proceso, pues los argumentos expuestos por el tribunal para concluir que las pruebas practicadas sustentan la conclusión de que DEIVER AUDIEL OJEDA OJEDA es la persona con la que YNCT tuvo relaciones sexuales, son producto de un ejercicio lógico de apreciación, sin que la Sala advierta ambivalencia alguna.

De otra parte, pero dentro del mismo cargo (nulidad), el recurrente echa de menos la doble conformidad *«para garantizar la defensa plena de las personas que han sido condenadas...»*, censura que aunque no desarrolló permite a la Sala reiterar que esta figura no puede aplicarse hasta tanto el Congreso de la República legisle sobre su procedimiento.

En efecto, con la expedición de la sentencia C-792 de 2014, la Corte Constitucional declaró la *«INCONSTITUCIONALIDAD CON EFECTOS DIFERIDOS»* de los artículos 20, 32, 161, 176, 179, 179 B, 194 y 481 de la Ley 906 de 2004, aun cuando *«EXEQUIBLE el contenido positivo»* de estas disposiciones, al concluir que el legislador procesal

³ Folio 52 ídem.

penal omitió consagrar medios de impugnación integrales contra las sentencias condenatorias dictadas por primera vez en segunda instancia.

El efecto diferido de la inconstitucionalidad se fijó en un año a partir de la notificación por edicto del fallo, con el fin de que el Congreso de la República *«regule integralmente el derecho a impugnar las sentencias que en el marco del proceso penal imponen una condena por primera vez»*, advirtiendo que en caso *«de que el legislador incumpla este deber, se entenderá que procede la impugnación de los fallos anteriores ante el superior jerárquico o funcional de quien impuso la condena»*⁴.

Frente a la impugnación que garantiza la doble conformidad judicial para sentencias condenatorias dictadas por primera vez, la Sala venía sosteniendo (antes de la expedición del A.L 01/2018) que no había lugar a concederla, toda vez que no tenía competencia para resolver dicho recurso y adicionalmente se requiere de la regulación legal que determine el procedimiento que habrá de imprimirse a este trámite⁵.

Así, advirtió la Sala, una orden como la contenida en las sentencias C-792 de 2014 y SU-215 de 2016, requiere de una reforma constitucional y legal cuya facultad se encuentra

⁴ CSJ SP16905, sentencia, 24 nov. 2016, rad. 44312.

⁵ CSJ AP8584-2017, rad. 51662; CSJ AP 18 may. 2016, rad. 39156; CSJ AP3280-2016, 25 may. 2016, rad. 37858, entre otras.

atribuida al Congreso, por cuanto implica superar un déficit normativo en cuanto a las funciones de la Corte, pero igualmente, la regulación legal del trámite que surtirá el ejercicio de la impugnación de las sentencias condenatorias dictadas por primera vez en segunda instancia.

Con la expedición del Acto Legislativo 01 de 2018, la situación ha variado – parcialmente-, por cuanto se crea la figura de la impugnación o también llamada doble conformidad judicial penal para primeras sentencias condenatorias y se asigna la competencia a la Sala de Casación Penal para su conocimiento; sin embargo, aún el Congreso de la República no ha expedido la ley por medio de la cual se establece el trámite para la doble conformidad judicial.

Es así como el presupuesto que echaba de menos la Corte, relacionado con la falta de competencia, se colma con el artículo 3°, numeral 2° del Acto Legislativo 01 de 2018, que modifica el artículo 35 de la Constitución Nacional, en tanto se atribuye a la Sala la competencia para conocer de la solicitud de doble conformidad frente a las sentencias condenatorias dictadas por primera vez en segunda instancia.

No obstante, no se ha superado el requerimiento relacionado con la expedición de la ley reguladora del trámite que corresponderá al ejercicio de la doble conformidad penal, razón por la cual, es inviable su ejecución a pesar de la

asignación de competencia fijada en el Acto Legislativo 01 de 2018, que modificó el artículo 235 de la Constitución Política.

En efecto, aún con la asignación de la nueva competencia a la Corte Suprema de Justicia, el mismo acto legislativo establece que ella estará sujeta a lo que **«determine la ley»**, luego, será la norma la que estipule el procedimiento a seguir en estos eventos.

Por lo demás, si se trajese, para el efecto, el trámite de la apelación de sentencias, es claro que la Corte estaría actuando como verdadero legislador, suplantando al que directamente reseña el acto legislativo pues, no se duda, esa transmutación del procedimiento a los casos de doble conformidad representa dar una vigencia que no poseen intrínsecamente a las normas de procedimiento penal.

Entonces, no le corresponde a la Sala, a partir de la competencia asignada por la Constitución, crear un procedimiento para efectivizar el ejercicio de la doble conformidad en materia penal, pues ello implicaría asumir las funciones del legislador.

Pero además, si bien el acusado fue declarado autor responsable del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, agravado *-por primera vez-* en la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Arauca en segunda instancia, también es verdad que aquél contó con el recurso de casación, mecanismo idóneo de impugnación para

cuestionar su fundamentación fáctica y jurídica, así como el eventual desconocimiento del debido proceso por afectación de su estructura o por vulneración de garantías fundamentales.

Y dicho recurso, cuya procedencia está subordinada a la satisfacción de requisitos mínimos, es efectivo para materializar los derechos de quien ha sido condenado por primera vez en segunda instancia, pues con este se logra que el superior del tribunal revise el proveído cuestionado. Así lo ha entendido esta Corporación de tiempo atrás.⁶

En conclusión, no encuentra la Corte que se estructure alguno de los yerros denunciados por el demandante, razón por la cual, no hay lugar a declarar la nulidad del fallo recurrido.

2. Violación indirecta de la ley

Aunque el demandante menciona de manera indiscriminada la existencia de errores de hecho por falso juicio de existencia, de identidad y de raciocinio, realmente su mayor inconformidad se centra en la valoración que, según alega, hizo el tribunal de la versión que la menor YNCT rindió por fuera del juicio oral, a pesar de que esta declaró

⁶ Ver, entre otras decisiones, CSJ AP7365-2016, 26 oct. Rad. 47742; CSJ AP7154-2017, 25 oct. 2017, rad. 50227; CSJ AP5046-2017, 9 ago. Rad. 49646 y CSJ AP2633-2017, 26 abr. Rad. 46901.

en la audiencia pública y sus manifestaciones anteriores no se introdujeron a ésta.

Para el estudio y decisión de las censuras propuestas, la Corte abordará los siguientes temas: (i) las manifestaciones anteriores al juicio oral rendidas por menores de edad víctimas de delitos sexuales; (ii) posibilidades que tiene la Fiscalía para probar su teoría del caso en delitos sexuales con víctimas menores de edad, y (iii) el caso concreto.

(i) Las manifestaciones anteriores al juicio oral rendidas por menores de edad víctimas de delitos sexuales.

Tiene dicho la Sala, que no es asimilable el manejo de las manifestaciones anteriores al juicio oral vertidas por una víctima o testigo mayor de edad, con el que corresponde otorgar a esas exposiciones previas cuando provienen de una víctima de un delito atentatorio contra la libertad, integridad y formación sexuales, cuya edad no supera los 18 años⁷.

La regla general en materia de declaraciones anteriores, determina que estas no pueden ser aducidas como prueba cuando el testigo comparece al juicio, situación que para nada interfiere con lo establecido sobre los usos para refrescar memoria e impugnar la credibilidad.

⁷ CSJ SP14844-2015, 28 oct. Rad. 44056

Lo anterior tiene una excepción cuando se trata de declaraciones de niños, y factores como la edad, la naturaleza del delito, las particularidades del menor, entre otros, habilitan el uso de las declaraciones anteriores a título de prueba de referencia, así el menor haya sido llevado como testigo al juicio oral.

Las razones de orden constitucional que justifican la admisión de las declaraciones anteriores de niños abusados o violentados sexualmente, han sido ampliamente decantadas por la jurisprudencia en orden a evitar que sean nuevamente victimizados con su comparecencia al juicio oral. El tema ha sido tratado a profundidad por la Corte Constitucional, entre otras, en las sentencias T-078 de 2010 y T-117 de 2013, y por esta Corporación en las sentencias CSJ SP, 18 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, entre otras.

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

En el caso de declaraciones rendidas por menores de edad por fuera del juicio oral, cuando son presentadas como

medio de prueba del abuso o la violencia sexual, la responsabilidad del acusado o cualquier otro aspecto relevante del tema de prueba, no cabe duda que constituyen prueba de referencia, porque (CSJ AP5785-2015, 30 sept. Rad. 46153):

«(i) encajan en la definición de prueba de referencia consagrada en el artículo 437 de la Ley 906 de 2004, según el desarrollo jurisprudencial de la misma (CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153 y los pronunciamientos allí relacionados); (ii) constituyen testigos de cargo, en la medida en que las declaraciones están orientadas a soportar la acusación de la Fiscalía, lo que activa el derecho a interrogar o hacer interrogar a quienes han hecho la declaración, sin perjuicio de las demás expresiones del derecho a la confrontación, y (iii) la posibilidad de ejercer el derecho a la confrontación se ve afectada por la no comparecencia del testigo al juicio oral, principalmente cuando la defensa no tuvo la oportunidad de participar en el interrogatorio rendido por fuera de este escenario, bien controlando la forma de las preguntas, formulando los interrogantes que considere pertinentes, etcétera».

En tal sentido, la Ley 1652 de 2013 positivizó esas reglas jurisprudenciales que venían aplicándose ante la necesidad de evitar que en los casos de abuso y violencia sexual, los niños fueran nuevamente victimizados al ser interrogados varias veces sobre los mismos hechos y, principalmente, si son llevados como testigos al juicio oral, así, adicionó al artículo 438 de la Ley 906 de 2004 una admisión excepcional a la prueba de referencia, cuando el declarante:

e) Es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo código.

También se aceptará las declaraciones de referencia cuando las declaraciones se hallen registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos.

Ahora bien, la admisión -excepcional- de las manifestaciones realizadas por el niño, niña o adolescente posible víctima de un delito sexual, fuera del juicio, requiere del agotamiento del procedimiento propio de la prueba de referencia cuando se introduce a través del investigador que las recepcionó, lo cual obliga a la Fiscalía a realizar un mayor esfuerzo investigativo ante la imposibilidad de basar la sentencia únicamente en prueba de referencia (art. 381 de la Ley 906 de 2004).

El artículo 441 de la Ley 906 de 2004 dispone que la prueba de referencia, en lo pertinente, debe regularse *“en su admisibilidad y apreciación por las reglas generales de la prueba y en especial por las relacionadas con el testimonio y lo documental*. Así, la parte que pretenda aducir al juicio una manifestación previa al juicio oral, como prueba de referencia, debe agotar todos los trámites correspondientes a cualquier prueba. En consecuencia, deberá:

(i) realizar el descubrimiento probatorio en los términos previstos por el legislador; (ii) solicitar que la prueba sea decretada, para lo que deberá explicar la pertinencia de la declaración rendida por fuera del

juicio oral, sin perjuicio de los debates que puedan suscitarse frente a su conducencia y utilidad; (iii) demostrar la causal excepcional de admisibilidad de la prueba de referencia (iv) explicitar cuáles medios de prueba utilizará para probar la existencia y contenido de la declaración anterior al juicio oral, y (iv) incorporar la declaración anterior al juicio oral durante el debate probatorio. (CSJ SP14844-2015, 28 oct. Rad. 44056).

Y si bien la admisión excepcional de la prueba de referencia cuenta con soporte legal (art. 438, literal e) de la Ley 906 de 2004), la explicación de pertinencia como requisito esencial de la solicitud de la prueba de referencia, tratándose de menores víctimas de delitos sexuales, tiene su razón de ser en la obligación que tiene el Estado de brindar especial protección a los niños, principalmente cuando su edad y la naturaleza del delito hagan obligatoria la intervención en bien de la protección de su dignidad, integridad y demás derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico, especialmente, evitando la revictimización.

Así, cuando se trata de la declaración anterior al juicio oral vertida por una víctima (menor de edad) de un delito sexual, que pretende aducirse a través de quien la recibió y no de quien la rindió (prueba de referencia), esta no pierde su carácter de prueba de referencia. Otra cosa es que ante la circunstancia prevista en el literal e) del artículo 438 de la Ley 906, adicionado por el artículo 3° de la Ley 1652/2013, su declaración se lleve a juicio a título de prueba de referencia, por lo que será necesario *«presentar pruebas de su*

existencia y contenido, sin perjuicio de la obligación de agotar todos los trámites para su aducción»⁸.

Precisamente en razón de la relevancia que adquieren las entrevistas rendidas por la víctima menor de edad, el artículo 2° de la Ley 1652 de 2013 dispone que esta se grabe o fije en cualquier medio audiovisual o técnico para mantener su fidelidad, genuinidad u originalidad, reglamentación que ya consideraba el Código de Procedimiento Penal del año 2004 en los artículos 146 y 206 al disponer que en las entrevistas recepcionadas a las víctimas deben observarse las reglas técnicas y recibirse empleando los medios idóneos para registrar ese acto de investigación.

En ese orden, resalta la Sala, las manifestaciones vertidas por la víctima menor de edad antes del juicio oral pueden ser recibidas por cualquier persona sin que el sistema procesal penal reclame calidades profesionales determinadas en el entrevistador, más allá de las que requiere una adecuada y respetuosa conducción de esta actividad investigativa en la que prevalecen los derechos fundamentales de los menores, eso sí, exige la ley y la jurisprudencia de la Corte lo ha reiterado, que se documenten debidamente. (CSJ SP14844-2015, 28 Oct. Rad. 44056, entre otras).

Ahora bien, en el tema de la prueba de referencia y la tarifa legal negativa establecida en el artículo 381 de la

⁸ ídem

normatividad citada, resulta de la mayor importancia puntualizar, como ya lo ha hecho la Sala⁹, que la prueba de referencia no se identifica con la noción de prueba indirecta y que nuestro sistema probatorio admite la posibilidad de demostrar cualquier aspecto del tema de prueba a través de prueba indiciaria o indirecta.

Ante la dificultad que en la práctica ha generado la noción de prueba de referencia, la Corte ha delimitado unos criterios para establecer cuándo una declaración anterior al juicio oral constituye prueba de referencia, sobre la base de la regulación legal de esta figura y del desarrollo jurisprudencial de la misma (CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153):

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

(...)

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

⁹ CSJ SP, 28 Oct. 2015, Rad. 44056, entre otras.

limitación a la inmediación que debe tener el juez con los medios de conocimiento que servirán de base a la sentencia.

Entonces, el concepto de prueba de referencia, atendiendo la redacción del artículo 437 de la Ley 906 de 2004, contiene como elementos estructurales: (i) debe tratarse de una declaración; (ii) realizada por fuera del juicio oral; (iii) que es utilizada **para probar** o excluir uno o varios elementos del delito u otro de los aspectos referidos en el artículo 375 ídem, de donde se sigue, sin duda, que sólo puede hablarse de prueba de referencia cuando la declaración es utilizada como medio de prueba, y, (iv) cuando no sea posible practicarla en el juicio, porque de ser ello posible deben seguirse las reglas generales sobre el testimonio.

De otra parte, si lo que se pretende es la aducción de prueba pericial psicológica, que en los casos de abuso sexual con víctima menor de edad se ha erigido en la práctica judicial como una prueba importante para establecer la ocurrencia, autoría y responsabilidad del hecho, su regulación legal se encuentra a partir del artículo 405 de la Ley 906 de 2004 que delimita su procedencia a cuando **sea necesario** efectuar valoraciones que requieran conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados.

Solo cuando se precisa de esa clase de valoraciones que escapen al conocimiento del juez, procede la práctica de esta prueba en la que se veda al declarante la emisión de

opiniones que no tengan un adecuado soporte técnico-científico, «opinar sobre asuntos que escapan a su experticia, eludir las aclaraciones que debe hacer sobre el fundamento técnico científico de sus apreciaciones, no precisar el grado de aceptación de esos principios en la comunidad científica, abstenerse de explicar si las técnicas utilizadas son de orientación, probabilidad o certeza, etcétera.» (CSJ SP, 9 may.2018, rad. 47423)

El mismo ordenamiento jurídico establece quiénes pueden comparecer al juicio en calidad de peritos (artículos 406 y 407), regula la emisión de la base de opinión pericial (artículos 415 y siguientes) y consagra las instrucciones para interrogar y contrainterrogar al experto (artículos 417 y 418, respectivamente).

Sobre las particularidades de los dictámenes psicológicos presentados en casos por delitos sexuales abusivos con víctima menor de edad, recientemente la Sala señaló que:

(i) en cada caso debe precisarse si es “necesario efectuar valoraciones que requieran conocimientos científicos, técnicos artísticos o especializados” (Art. 405); (ii) es imperioso verificar si el dictamen se edifica sobre una base científica aceptable (Arts. 415, 417 –numerales 4, 5 y 6-, 422, entre otros); (iii) en todo caso, debe establecerse si la prueba resulta útil, bajo el entendido de que no lo será cuando exista “probabilidad de que genere confusión en lugar de mayor claridad al asunto, exhiba escaso valor probatorio (...) o sea injustamente dilatoria del procedimiento” (Art. 376); (iv) debe constatarse la idoneidad del perito (Arts. 408 –inciso segundo-, 413, 417, entre otros); (v) el experto debe explicar la base fáctica de su opinión y la forma cómo analizó la

misma a la luz de los respectivos principios científicos (Art. 417); y (vi) debe explicar el alcance de las reglas o principios utilizados –orientación, probabilidad o certeza- (Art. 417 –numeral 6-), la manera como ello incide en el nivel de probabilidad de sus conclusiones, el margen de error inherente a la misma, entre otros. (CSJ SP, 9 may.2018, rad. 47423).

Ahora, no obstante la acreditación del perito y la comprobación de sus conocimientos especializados en sicología, ha de tenerse en cuenta que su juicio no reemplaza la valoración que le corresponde hacer al juez sobre la credibilidad del dicho de la víctima, pues quien le asigna o niega credibilidad es el funcionario judicial que evalúa la totalidad de las pruebas.

Bajo ese entendido, las manifestaciones rendidas por fuera del juicio oral no requieren, para que sean creíbles, de la ‘refrendación’ de un concepto psicológico, toda vez que esa labor corresponde al juez que valora la prueba -pericial¹⁰ o testimonial.

De manera que el funcionario judicial a quien le corresponde valorar el dictamen y determinar su objetividad conforme a los parámetros de la sana crítica probatoria, no está obligado a admitir las conclusiones de los peritos cuando encuentre que los fundamentos y resultados no se hallan dentro de la esfera de su dominio ni conforme a los

¹⁰ Ver, entre otras decisiones: CSJ AP8169-2017, 29 nov. Rad. 46710; CSJ AP8018-2017, 29 nov. Rad.50840; CSJ AP4678-2017, 24 jul. Rad.50408.

métodos, prácticas o experimentos utilizados (CSJ AP7839-2017, 29 nov. Rad. 47728).

Corolario de lo antes dicho, es que la presentación del dictamen psicológico no releva a la Fiscalía del deber de diseñar y ejecutar un programa metodológico orientado a recaudar la “mejor evidencia”, en procura de que el Juez cuente con suficientes elementos de juicio para tomar la decisión (CSJAP, 08 Nov. 2017, Rad. 51410), pues el dictamen es solo uno de los medios de conocimiento cuya valoración debe tener en cuenta los criterios previstos en la Ley 906 de 2004, entre los que cabe destacar *“el grado de aceptación de los principios científicos, técnicos o artísticos en que se apoya el perito, los instrumentos utilizados y la consistencia del conjunto de respuestas”* (Art. 420); etcétera.

No en vano, la Sala destacó la importancia de que la Fiscalía obtenga en desarrollo de las labores investigativas, información que acompañe el dicho de la víctima o que pueda hacerlo más creíble, instando a dejar de lado la errada práctica judicial de considerar como suficiente prueba el concepto de un psicólogo sobre la credibilidad de la versión. Por ello, acudiendo al derecho comparado, enlistó una serie de eventualidades que robustecen el dicho de la menor, entre ellas,

(i) *[L]a inexistencia de razones para que la víctima y/o sus familiares mientan con la finalidad de perjudicar al procesado*¹¹;

¹¹ Tribunal Supremo de España, ATS 6128/2015, del 25 de junio de 2015

(ii) el daño psíquico causado a raíz del ataque sexual¹²; (iii) el estado anímico de la víctima en los momentos posteriores a la ocurrencia de los hechos; (iv) regalos o dádivas que el procesado le haya hecho a la víctima, sin que exista una explicación diferente de propiciar el abuso sexual, entre otros. (CSJ SP 3332-2016, 16 mar. Radicado 43866).

Ahora bien, componente primordial de la valoración psicológica practicada a la víctima menor de edad de un delito sexual, es la entrevista que constituye en esencia la base de la opinión pericial, la cual, además de ser practicada adecuadamente, debe estar documentada por mandato expreso de la Ley 1652 de 2013, puesto que solo un registro fidedigno garantiza el ejercicio de la contradicción y acerca al juez al fiel conocimiento del contexto en el que se formularon las preguntas y se obtuvieron las respuestas.

Además, no puede perderse de vista que el objeto de la pericia debe guardar estricta consonancia con el área del conocimiento del sicólogo y que las conclusiones contar con base científica, pues de otra manera, no se alcanza el estándar exigido por la Ley 906 de 2004 para esta clase de prueba.

De manera que la entrevista rendida por la víctima menor de edad antes del juicio, no se convierte en 'pericia' por el solo hecho de ser recepcionada por un investigador que ostente la condición profesional de sicólogo o por un experto

¹² ídem

en esa área asignado para que la reciba, pues la calidad de profesional solo facilita la conducción del acto de investigación y disminuye el riesgo de que se formulen preguntas sugestivas, capciosas o repetitivas que puedan conducir a la implantación de versiones o a la indeseada revictimización.

En síntesis, (i) la entrevista rendida por la víctima menor de edad, recaudada por la policía judicial como acto de investigación, es prueba de referencia si ingresa al juicio a través de quien la recepcionó; (ii) la admisión de prueba de referencia en los casos donde la víctima de un delito sexual sea menor de edad, se permite sin perjuicio de la prohibición prevista en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004. (iii) el hecho de que las manifestaciones previas al juicio oral las realice la víctima menor de edad a un profesional de la sicología, no equivale a entender que se ha elaborado un dictamen pericial; (iv) si la Fiscalía pretende aducir prueba pericial relacionada con las manifestaciones rendidas por la víctima menor de edad por fuera del juicio oral, esta debe cumplir con los presupuestos previstos para este medio probatorio en el artículo 405 y siguientes de la ley 906 de 2004.

(ii) posibilidades que tiene la Fiscalía para probar su teoría del caso en delitos sexuales con víctimas menores de edad

La legislación nacional otorga diversas posibilidades a la Fiscalía para probar su teoría del caso en procesos en los

que las víctimas de delitos sexuales son menores de edad, pues admite, como regla excepcional, que las manifestaciones anteriores al juicio sean introducidas; permite, además, que el ente acusador lleve al menor a declarar al juicio oral, o incluso, para evitar la alteración o desaparición de la prueba, en casos de extrema necesidad, acudir a la prueba anticipada.

Así, dependiendo de la estrategia acusatoria, la Fiscalía determinará en qué casos resulta necesario prescindir del testimonio de la víctima menor de edad, para en su lugar, recurrir a la prueba de referencia admitida excepcionalmente. En todo caso, debe tener en cuenta la prohibición establecida en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004.

Y aunque esta posibilidad –escuchar en el juicio al niño– en principio excluye el ingreso de sus manifestaciones previas, la Sala convino en admitir que, en los casos donde la corta edad de la víctima permite anunciar que su testimonio estará afectado, entre otras cosas, por el paso del tiempo, es posible que concurren las dos pruebas:

A pesar de la tendencia proteccionista ampliamente desarrollada por la jurisprudencia en las sentencias atrás referidas, es posible que el niño víctima de abuso sexual sea presentado como testigo en el juicio oral, tal y como sucedió en el caso que ocupa la atención de la Sala. Ante situaciones como esta, cabe preguntarse si las declaraciones rendidas por el menor antes del juicio oral son

admisibles como prueba para todos los efectos. La Sala considera que sí, por las siguientes razones:

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

Lo anterior por cuanto es posible que para el momento del juicio oral el niño no esté en capacidad de entregar un relato completo de los hechos, bien porque haya iniciado un proceso de superación del episodio traumático, porque su corta edad y el paso del tiempo le impidan recordar, por las presiones propias del escenario judicial (así se tomen las medidas dispuestas en la ley para aminorarlo), por lo inconveniente que puede resultar un nuevo interrogatorio exhaustivo (de ahí la tendencia a que sólo declare una vez), entre otras razones. Todo esto hace que su disponibilidad como testigo sea relativa, razón de más para concluir que las declaraciones rendidas antes del juicio son admisibles bajo los requisitos y limitaciones propios de la prueba de referencia. (CSJ SP, 28 de Oct. 2015, Rad. 44056).

Del mismo modo, la Fiscalía cuenta con la alternativa de utilizar en el juicio oral las declaraciones anteriores como medios de prueba, cuando estas son inconsistentes con lo que el testigo declara en juicio. Esto, por supuesto, requiere

que el testigo se encuentre disponible (CSJ SP606-2017, 25 ene. rad. 44950):

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

(...)

*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 testimonial¹³), 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.*

En tal sentido, 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 en el juicio**. Este aspecto tendrá que ser demostrado por la parte durante el interrogatorio. Además, la declaración anterior

¹³ 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.

[D]ebe 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.¹⁴

¹⁴ CSJ SP606-2017, 25 ene. rad. 4495.

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

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

Frente a los menores de edad que comparecen a la actuación penal en calidad de víctimas o testigos, cabe resaltar que si la finalidad principal de la prueba anticipada

es evitar la pérdida o alteración del medio probatorio, su procedencia en este tipo de casos es evidente,

[N]o sólo porque la práctica de varios interrogatorios puede dar lugar a la victimización secundaria, sino además porque el medio de conocimiento podría verse afectado en la medida en que el menor "haya iniciado un proceso de superación del episodio traumático, porque su corta edad y el paso del tiempo le impidan rememorar, por las presiones propias del escenario judicial (así se tomen las medidas dispuestas en la ley para aminorarlo), por lo inconveniente que puede resultar un nuevo interrogatorio exhaustivo (de ahí la tendencia a que sólo declare una vez), entre otras razones" (CSJ SP, 28 Oct. 2015, Rad. 44056).

Adicionalmente, con la práctica de la prueba anticipada, se da a la defensa la posibilidad de ejercer la confrontación, con los límites necesarios para proteger la integridad del niño, situación que elimina el carácter de prueba de referencia y, en consecuencia, no estará sometida a la limitación de que trata el artículo 381 de la Ley 906 de 2004.

Otros beneficios en la prueba anticipada, han sido igualmente resaltados por esta Corporación (CSJ SP3332-2016, 16 mar. 2016, rad. 43866):

[L]a intervención del juez dota de solemnidad el acto y, además, permite resolver las controversias que se susciten sobre la forma del interrogatorio; (iii) la existencia de un registro judicial adecuado le permitirá al juez conocer de manera fidedigna las respuestas del testigo menor de edad, así como la forma de las preguntas y,

en general, todos los aspectos que pueden resultar relevantes para valorar el medio de conocimiento, y (iv) permite cumplir la obligación de garantizar en la mayor proporción posible la garantía judicial mínima consagrada en los artículos 8 y 14 de la CADH y el PIDCP, respectivamente, reglamentada en el ordenamiento interno en las normas rectoras 8, 15 y 16 de la Ley 906 de 2004 y en los artículos que regulan aspectos puntuales de la prueba testimonial.

(iii) El caso concreto

En el fallo de segunda instancia el Tribunal Superior de Arauca revocó la sentencia absolutoria y condenó a DEIVER AUDIEL OJEDA OJEDA como autor responsable del delito de acceso carnal con menor de 14 años, con circunstancia de agravación punitiva. Las razones del *ad quem* para condenar al procesado se resumen en las siguientes:

(i) Los dictámenes psicológicos practicados a menores de edad víctimas de delitos sexuales, constituyen prueba directa.

(ii) Aunque la adolescente se retractó en el juicio oral de lo dicho a la psicóloga Leydi Tatiana Baca Guzmán, las dos versiones deben ser objeto de valoración.

(iii) La debilidad de las explicaciones ofrecidas por la víctima en su testimonio en el juicio, denotan una clara intención de marginar a DEIVER AUDIEL OJEDA de su responsabilidad, pues la joven lo señaló en el hospital y tres

meses después a la sicóloga Baca Guzmán, como la persona con quien sostuvo relaciones sexuales.

Antes de abordar el análisis de los cargos propuestos, recuerda la Sala que el testimonio de la adolescente fue escuchado en el juicio (utilizando la cámara de Gesell), por solicitud de la fiscal delegada, quien atendiendo la edad (16 años) y las circunstancias en las que se desarrollaron los hechos, consideró que no se afectaban sus derechos al presentarla en la audiencia.

Aunque a YNCT no se le puso de presente formalmente sus manifestaciones anteriores, las cuales habían sido descubiertas por la Fiscalía, sí reconoce en el curso de su declaración haber respondido por fuera del juicio, preguntas que le hicieron funcionarios del hospital, del ICBF y de la Policía, recién sucedieron los hechos. Es decir, se parte del hecho cierto de que la Fiscalía no utilizó en el juicio las entrevistas forenses rendidas por YNCT, bien como herramienta para facilitar el interrogatorio cruzado de testigos (*refrescamiento de memoria e impugnación de la credibilidad*), o como medio de prueba para controvertir declaraciones anteriores inconsistentes con lo declarado en juicio¹⁵. Tampoco, solicitó su ingreso como prueba de referencia.

No obstante, se reitera, no puede desconocerse que durante el interrogatorio en el juicio se le formularon a la

¹⁵ CSJ SP 606-2017, 25 ene 2017, rad. 44590.

menor preguntas cuyas respuestas permitieron al juzgador conocer que aquella si mencionó de primera mano a DEIVER AUDIEL OJEDA OJEDA como la persona que la había embarazado.

Así se desarrollaron los apartes más relevantes de la declaración, en los que YNCT admite que en sus manifestaciones previas al juicio mencionó a DEIVER AUDIEL OJEDA como el padre de su hijo, razón por la cual fue llamado por Isabel Cristina (madre de la adolescente) para que se presentara en el hospital¹⁶:

Sicóloga: *¿cómo llegó usted al ICBF?*

YNCT: *o sea, la verdad fue que yo no he llegado, ellos llegaron a mi por el problema*

Sicóloga: *¿cuál problema?*

YNCT: *creo que fue el hospital el que demandó a DEIVER*

Sicóloga: *¿quién es DEIVER?*

YNCT: *el muchacho que me está preguntando (sic) que está afuera*

Sicóloga: *¿pero quién es DEIVER para ti o qué relación tienen?*

YNCT: *es un taxista, pues relación no tenemos, hace años fue que nos conocimos, yo estaba chiquita.*

Sicóloga: *¿qué tipo de relación tenían?*

YNCT: *pues yo lo conocí porque a él le gusta bailar, rumbear y esto y pues a mi también me gusta y me ha gustado desde chiquita, entonces pues lo conocí una vez que me escapé y pues ahí fue que me looo, pues lo empecé a distinguir y eso y una vez que cuando nos hacía carreras en el taxi.*

Sicóloga: *¿conoces a DEIVER OJEDA?*

¹⁶ A partir del minuto 11:36 del testimonio de YNCT.

YNCT: pues conocerlo, conocerlo no, pero lo distingo desde que yo estaba como en sexto.

Sicóloga: ¿cuántos años tenías?

YNCT: como 11 años.

Sicóloga¹⁷: ¿tuviste alguna dinámica de relación con el?

YNCT: pues relaciones no, pues si me gustó y eso, me pareció simpático en esa época, pues nos conocimos y eso pues porque a mi me gustaba ir a Skape y yo tenía unos amigos allá y yo iba con mis amigas también y el llegaba ahí y eso y bailábamos y ya, él llegaba ahí y eso, ... aahhh y pues una vez que nos hacía carreras a unas amigas y a mi y como el también tenía amigos ahí en el colegio, pues el iba y los recogía y nos hacía el recorrido a mis amigas y a mi, eso fue todo

(...)

Sicóloga: ¿él sabía que tenías 12 años, cuándo se enteró el?

YNCT: no, él se enteró cuando me pasó lo que me pasó del aborto, sí, porque yo no sabía a quién más culpar y pues yo, al único así que pues yo dije bueno, que nos gustaba salir a rumbear, entonces pues allá en ese hospital me tenían súper nerviosa, me hacían un poco de preguntas, entonces yo no sabía que iba a pasar eso, que me iban a hacer preguntas, o sea ni siquiera me dijeron nada pues ahí fue cuando yo empecé a decir todas esas barbaridades.

(...)

Sicóloga: ¿has tenido relaciones sexuales?

YNCT: aahh si claro, la primera vez como a los 11 o 12 años más o menos, pues yo me desarrollé a los nueve y desde ahí fue cuando ya pues... la primera relación sexual como a los 10

(...)

Sicóloga: O has tenido que ir, o tu me dices, no es que del hospital llamaron ¿que hacías allá...?

YNCT: Ah pues cuando aborté el bebé,

¹⁷ Minuto 13:16

Sicóloga: *tu abortaste un bebé de qué... cuántos años tenías?*

YNCT: *o sea, es que yo ya no me acuerdo de esa época, yo ya esa historia... o sea, prácticamente... no me gusta tocar ese tema*

Sicóloga: *¿pero recuerdas la edad?*

YNCT: *10, 11 o 12, algo así*

(...)

Sicóloga: *si tienes esa confianza para hablar con tu mamá, por qué de pronto ella desconoce lo que te pasó del aborto, o si lo conoce¹⁸?*

YNCT: *no, ella si porque cuandoooo, porque, como le digo yo, cuando me apliqué las pastillas esas yo no pensé que fuera a ser tan fuerte, si ve, entonces, como le digo yo, o sea yo no le iba a contar nada de eso pero entonces yo me sentí muy mal y ella pues obviamente fue la que me acompañó al hospital y eso y fue cuando se enteró...*

(...)

Sicóloga: *¿te preguntó quién es el papá de ese bebé?*

YNCT: *si, pero yo nunca le dije*

(...)

Sicóloga: *explicame cómo llegó el tema de ir a buscar a DEIVER, tu lo nombraste en dónde, lo acusaste en dónde?¹⁹*

YNCT: *no, yo lo nombré fue en el hospital*

Sicóloga: *Y por qué?*

YNCT: *porque no tenía a quién más culpar, yo se lo dije a él, no tenía a quién más culpar*

Sicóloga: *¿tú se lo dijiste a él?*

YNCT: *sí, porque él llegó al hospital porque yo le dije a mamá que había sido él, o sea, mi mamá pensaba que el papá era él, bueno, eso fue un rollo un problema entre mi mamá y yo.*

Sicóloga: *su mamá se enojó me imagino?*

¹⁸ 23:34

¹⁹ 12:30 del segundo video del testimonio de la adolescente

YNCT: Juum. Pues ella me ayudó y todo pero después fue que me regañó, entonces... bueno y eso fue lo que pasó **yo le dije a él yo no tengo a quien más culpar, no podía ver. Él me preguntó que qué me había pasado, que yo porque estaba así, lo traté súper mal porque el llegó allá y me empezó a hacer todas esas preguntas entonces lo abrí, prácticamente, sabe qué, váyase de acá que no quiero hablar con usted.** O sea, no era sentida, estaba como triste yo, yo no se como será eso, estaba mal, con el dolor por allá abajo en la vagina, pues mi mamá dice que fue que yo estaba llorando, que yo empecé a hablar cosas...

(...)

Sicóloga: ¿qué dijiste?

YNCT: Aaahh eso, que había abortado

Sicóloga: ¿y que el papá era quién?

YNCT: DEIVER

Sicóloga: ¿por qué razón lo culpas o por qué lo dijiste?

YNCT: porque era así como el queeee. Como le digo yo, el queeee. Con el que no se, pues el primero que se me ocurrió, así.

A partir del conocimiento de esa información suministrada en el juicio por la adolescente y sometido a controversia por las partes, el juzgador concluyó que DEIVER AUDIEL OJEDA OJEDA es la persona con quien la joven tuvo relaciones sexuales en el año 2010, cuando tenía 12 años de edad, deducción a la cual arribó después de contrastarla con las demás pruebas practicadas y con los hechos indicadores surgidos de su versión.

En primer lugar, en el juicio se escuchó a la sicóloga del Instituto Nacional de Medicina Legal, Leidy Tatiana Baca Guzmán, quien realizó valoración a YNCT en febrero del año 2011, y que dio cuenta del objeto de su análisis, informando

que las conclusiones de su experticia se limitaron a: (i) determinar si la menor de edad estaba *«en capacidad de resistir en el momento en que sucedieron los hechos»*, y si (ii) el relato que le hizo la paciente tiene coherencia interna y externa, es decir, si *«es concordante con la realidad en que se mueven los actores»*, dejando de lado la determinación de la *‘veracidad’* de la ocurrencia de los hechos, toda vez que esa valoración, señaló la funcionaria del Instituto de Medicina Legal, es una facultad exclusiva del juez.

La primera conclusión pericial, por la irrelevancia con el objeto del juicio, no fue motivo de controversia, centrándose la atención en la argumentación de la deducción referida a que el relato que en el año 2011 le hizo YNCT sobre los hechos en los cuales resultó embarazada *«es coherente, consistente, espontáneo, cuenta con coherencia interna, externa y respaldo afectivo»*, agregando que en el momento de la experticia *«YNCT no presenta traumas o secuelas de orden psicológico que interfiera en sus esferas personal, social, familiar y académica»*. La perito dijo que se basó exclusivamente en lo que le informó la paciente, leyendo el siguiente aparte de su relato que se encuentra integrado al informe pericial:

*«Estoy aquí por la denuncia, nosotros con Deyber nos conocimos cuando mi mamá nos dejó ir a mi hermana y a mi a skape con unas amigas de mi hermana, de ahí **Deyber Ojeda** me llamó y empezamos a hablar, duramos de amigos como un mes y 10 días, después salimos en el taxi de él y nos fuimos para el estadio, ese fue un **primero de julio de 2010**, era una tarde cuando él me*

*pidió que fuéramos novios, ese día me puse brava, el me regañó y me dijo que por qué era tan brava si eso era una pregunta nada más, ese día le dije que si, **pasaron cuatro meses de novios, la primera relación que tuvimos, después de la relación sexual le cogí rabia, pasaron como unos 25 días y no me llegaba la menstruación**, ahí yo fui a una droguería a comprar una prueba de embarazo. De ahí fue que me enteré que estaba embarazada en septiembre, solo mi amiga sabía y me dijo que comprara unas pastillas, yo empeñé una cadena y mi amiga compró las pastillas, me las tomé y pasó un día y me empezó a doler la barriga, ese día mi mamá me llevó al hospital y luego se enteró que estaba embarazada.»*

El aparte del relato que la sicóloga transcribió por ser relevante para el objeto de su valoración, también ingresó al juicio pero no como prueba directa, como erradamente lo consideró el Tribunal, sino como prueba de referencia admisible, al tenor de lo establecido en el artículo 438 de la Ley 906 de 2004, pues se trata de una menor de edad víctima de delito sexual.

De lo informado por la adolescente durante su declaración en el juicio, el Tribunal dedujo los siguientes hechos como probados:

- Estuvo embarazada en el año 2010, cuando tenía 11 o 12 años de edad, no lo recuerda exactamente.
- Interrumpió el embarazo en noviembre de 2010, proceso que originó un procedimiento obstétrico hospitalario.

- Del hospital llamaron al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y a la policía.
- Estando en el hospital dijo que el padre del bebé era DEIVER AUDIEL OJEDA OJEDA, quien la visitó pero ella estaba tan '*adolorida*' que lo echó diciéndole que no quería saber nada de él.
- Era amiga de DEIVER OJEDA porque salían con frecuencia a rumbeo. Lo conoció a mediados de junio de 2010 en la discoteca *skape* de Arauca.
- Inventó que DEIVER AUDIEL OJEDA era el padre de su hijo porque se sintió presionada y no tenía a quién más echarle la culpa.
- Se reserva el nombre de la persona de quien quedó embarazada porque no quiere meterlo en problemas.

Adicionalmente, sobre la relación de 'amistad' que tenía DEIVER AUDIEL OJEDA OJEDA con YNCT en el año 2010, declaró en el juicio Isabel Cristina Tique Chaparro,²⁰ madre de YNCT, quien admitió que uno o dos meses antes de saber que su hija estaba embarazada (noviembre de 2010), ya los vecinos le habían advertido que la menor llegaba a la casa con frecuencia en un taxi y que el conductor siempre era la misma persona, razón por la cual decidió abordar al hombre para pedirle que se alejara porque su hija era menor de edad y ella no estaba de acuerdo con cualquier '**relación sentimental**' que tuviera.

²⁰ Fue presentada por la Fiscalía como la primera testigo de cargo, Declaró el 3 de abril de 2014.

Sobre lo que supo de la relación de su hija YNCT con 'el taxista', dijo que solo estando en el hospital se enteró que el joven se llamaba DEIVER OJEDA:

*...[U]na persona que después me enteré el nombre de esa persona comenzó a traerla del colegio, llevarla a la casa y me enteré por unos vecinos que era un taxista, pero yo pensé que le hacía carreras normales. **Después de ciertos acontecimientos bastante desagradables me entero que ella salía con esa persona y cuando era bastante tarde porque salió embarazada.***²¹

(...)

Fiscal: ¿supo cómo se llamaba el taxista?

Isabel C: me enteré el día que tuvo el inconveniente que me tocó llevarla al hospital... DEIVER OJEDA

Con base en esos elementos de juicio, el Tribunal hizo el análisis contextual de la versión rendida por YNCT en el juicio, concluyendo que las explicaciones brindadas en la cámara de Gesell para justificar la mención inicial que hizo la menor de DEIVER OJEDA OJEDA, no contaba con soporte probatorio alguno y que, por el contrario, dejaban ver una clara «*intención de superar su inicial acusación contra aquél, para marginarlo de las graves consecuencias que su conducta generan desde la ley penal*».

No puede la Corte atender el reclamo del recurrente para excluir del análisis del Tribunal, los apartes del testimonio de YNCT en los que nombró a DEIVER AUDIEL OJEDA OJEDA, recordando que en el año 2010 eran amigos,

²¹ El resaltado lo hace la Sala.

a ella le gustaba, salían a bailar, pero sobre todo, que cuando estuvo hospitalizada a consecuencia de su decisión de interrumpir el embarazo, decidió culparlo, porque no tenía '*a quién más echarle la culpa*', exculpación que no fue creíble para el juzgador por las razones que claramente explica y que no fueron atacadas en su raciocinio lógico por el demandante.

Entonces, fue la apreciación conjunta de las pruebas practicadas en el juicio oral, lo que llevó al *ad quem* a concluir que la menor YNCT sí mencionó de primera mano el nombre de la persona con la que tuvo relaciones sexuales, y que las razones que ofreció para justificar la mención de su nombre solo se advierten como un claro propósito de proteger al procesado.

Por lo tanto, la autoría de la conducta ilícita fue deducida, básicamente de lo dicho en el juicio por YNCT, lo declarado por su señora madre Isabel Cristina, lo informado por la sicóloga Baca Guzmán y la prueba indiciaria, información a partir de la cual el fallador concluyó que YNCT e Isabel Cristina pretendieron ayudar al procesado.

Por lo demás, advierte la Corte, que no fue la conclusión de la perito en psicología la que condujo a que el Tribunal tuviera probada la participación de DEIVER AUDIEL OJEDA OJEDA en la conducta típica, sino la valoración del conjunto de pruebas practicadas en la audiencia de juicio oral, dentro

de las cuales se encuentra la declaración en juicio de la adolescente YNCT y la prueba indiciaria.

De lo dicho por la adolescente en ese escenario surgieron hechos indicadores, que tomándolos aisladamente no revelan más que una probabilidad; no obstante, articulándolos unos con otros, dan cuenta de que la relación entre OJEDA OJEDA y YNCT en el año 2010 fue más allá de una simple amistad, pasando a ser un noviazgo con relaciones sexuales producto de las cuales la joven quedó embarazada ante lo cual decidió interrumpir la gestación, proceso que se complicó debiendo ser llevada al hospital de Arauca en donde se le sometió a un procedimiento quirúrgico.

En ese sentido, el Tribunal señaló que Isabel Cristina Tique (madre de la menor) declaró que dos meses antes de la hospitalización de su hija a consecuencia de la interrupción voluntaria del embarazo, ya los vecinos la habían alertado de la relación entre su hija YNCT y un taxista, cuyo nombre supo *'ya muy tarde'* cuando estaban en el hospital; sin embargo, el no conocer el nombre de este hombre no fue impedimento para abordarlo y advertirle que su hija era *'menor de edad'*, razón por la cual no estaba de acuerdo con cualquier relación que pudiera tener. Adicionalmente, durante su declaración Isabel Cristina Tique confirmó que en el hospital se enteró que *'el taxista'* se llamaba DEIVER OJEDA.

Esta circunstancia, aunada a la también contada por YNCT en el juicio, referida a que DEIVER AUDIEL OJEDA llegó al hospital cuando se enteró de la interrupción del embarazo de la adolescente y esta dolida lo insultó y lo *'echó porque no quería ni verlo'*, y al hecho de que la misma joven dijo haberlo nombrado como la persona con la que sostuvo las relaciones sexuales porque estaba agobiada por las preguntas que le hacían y por el dolor físico que sentía, condujeron a la declaratoria de autoría del acceso carnal abusivo con menor de 14 años.

De la misma manera, consideró el fallador que no es atendible la explicación dada por YNCT en la mención de DEIVER AUDIEL OJEDA como responsable de su embarazo, porque no tenía a quien más *'echarle la culpa'*, pues, si efectivamente existía otra persona la habría señalado en ese instante o cuatro años después, en la audiencia en la que se negó a dar el nombre porque no quería *'perjudicar a nadie.'*

Por consiguiente, no encuentra la Sala que los reproches del demandante en torno a la supuesta estructuración de errores de hecho en la valoración de las pruebas practicadas legalmente, se hayan producido, en lo que atañe a la autoría de la conducta.

Sin perjuicio de ello, del examen de la actuación la Sala advierte la existencia de errores de falso juicio de identidad por cercenamiento en la valoración de los testimonios de Isabel

Cristina Tique, YNCT, Mauro Leandro Moreno Villamizar, Osvaldo Enrique Albarracín y Marcela Alejandra Pérez Ávila, de los cuales se ocupará oficiosamente, dada su incidencia directa y trascendental en la conclusión de responsabilidad del procesado a la cual se arribó sin análisis del requisito de culpabilidad, como si la autoría de la conducta fuera suficiente para determinar su actuar doloso.

El cercenamiento en los apartes de los testimonios que indicaban que DEIVER AUDIEL OJEDA OJEDA no sabía que YNCT tenía menos de 14 años de edad, condujo a la falta de aplicación del numeral décimo del artículo 32 de la Ley 599 de relación con su responsabilidad penal, puesto que los declarantes revelan que YNCT: (i) aparenta más edad de la que biológicamente tiene; (ii) se avergonzaba de revelar su verdadera edad; (iii) acostumbraba a decir mentiras sobre su edad biológica; (iv) conoció a DEIVER AUDIEL OJEDA en una discoteca en la que se prohíbe el ingreso de menores de edad, y (v) le dijo a DEIVER AUDIEL OJEDA que tenía 17 años. Es decir, se estructuró el error de tipo, regulado en el Código Penal de la siguiente manera:

«Artículo 32.- Ausencia de responsabilidad. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando:

(...)

10. Se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad. Si el error fuere vencible la conducta será punible cuando la ley la haya previsto como culposa. Cuando el

agente obre en un error sobre los elementos que posibilitarían un tipo penal más benigno, responderá por la realización del supuesto de hecho privilegiado.».

Consecuente con esta descripción, la Sala ha señalado que esta figura *«se caracteriza por el desconocimiento de una circunstancia objetiva (descriptiva o normativa) perteneciente al tipo de injusto, que deja impune la conducta cuando es invencible y también cuando es superable y la respectiva modalidad delictiva sólo está legalmente establecida en forma dolosa»*²². En otras palabras, el error de tipo se concreta cuando el sujeto activo de la acción desconoce que su comportamiento se adecúa a un delito y excluye el dolo porque afecta su aspecto cognitivo, incidiendo así en la responsabilidad.

En el caso que ocupa a la Sala, la edad aparente de YNCT y la que dijo tener en el año 2010 fueron aspectos sobre los cuales giraron los interrogatorios cruzados a los declarantes, al punto que la sentencia de segunda instancia reconoce que Mauro Leandro Moreno; Osvaldo Enrique Albarracín y Marcela Alejandra Pérez Avila *«coinciden en su manifiesta intención de mostrar a la víctima como una persona con apariencia de mucha mayor edad»*; no obstante, sus dichos fueron desechados sin argumento alguno.

²² Cfr. CSJ. SP. de 23 de mayo de 2007, Rad. 25405.

La existencia del error de tipo en el presente caso se evidencia en las declaraciones recaudadas en el juicio, cuyos apartes fueron cercenados por el fallador.

Sobre la edad biológica y la que aparentaba YNCT en el año 2010, señaló Isabel Cristina Tique que a pesar de que su hija tenía 12 o 13 años, se veía mayor debido a su contextura física:

Fiscal: ¿qué edad tenía su hija para la fecha en que estaba embarazada?

Isabel C.: 12, 13 años

(...)

Fiscal: ¿antes había tenido contacto con él?

Isabel C.: tuve un cruce de palabras pidiéndole que se alejara de la chica y que yo no estaba de acuerdo con la relación, pero con seguridad que el haya sido no.

Fiscal: ¿qué le respondió?

Isabel C.: él respondió que no sabía que la chica mía era menor de edad, pero entonces yo se lo dejé muy claro y él dijo que se iba a alejar de ella

Fiscal: ¿de ese momento en que usted le hizo ese reclamo a la persona que salía con su hija al momento que usted se enteró que estaba embarazada, cuanto tiempo transcurrió?

Isabel C.: como un mes, dos meses.

(...)

Defensor: ¿por qué le manifestó que su hija era menor de edad, es que su hija aparentaba mayor edad?

Isabel C.: sí, mi hija aparenta mayor edad.

Defensor: explíquenos.

Isabel C.: pues el cuerpo de ella está bastante desarrollado, es alta para tener la edad que tiene, muy acuerpada.

Defensor: ¿para la fecha de los hechos se presentaba esa situación?

Isabel C.: si

Defensor: ¿qué edad aparentaba?

Isabel C.: como unos 14, 15.

(...)

Fiscal: ¿esa aparente edad que demostraba su hija era en razón a qué, a su corpulencia?

Isabel C.: a la parte física, la forma de vestir nunca ha tenido relevancia en eso, es acuerpada, alta pero en el momento que se sienta a hablar con ella es una niña todavía.

(...)

Min Público: después de esta situación, ya calmados los ánimos pudo hablar con la niña sobre la relación que sostuvo con DEIVER OJEDA?

Isabel C.: algunos puntos si y me comentó que salió varias veces con el señor ahí en... creo que se conocieron en una discoteca, que salieron dos o tres veces, fue lo que me comentó.

Min Público: ¿recuerda qué edad tenía?

Isabel C.: estaba entre 12 y 13 años

Min. Público: ¿usted habló con la niña sobre la edad. **El señor OJEDA se enteró que se trataba de una menor de 14 años o simplemente menor de edad?**

Isabel C.: no, no exactamente porque ella le podrá haber dicho la edad que quisiera ella porque siempre aparenta más edad.

Tan importante era establecer la edad morfológica de YNCT, que no solo las partes e interviniente insistieron en este punto, sino que en forma complementaria el juez interrogó a la madre de la menor, pudiéndose conocer que ésta decía mentiras sobre su edad biológica y que OJEDA OJEDA solo se enteró que la joven tenía 12 años el día que

estuvo en el hospital, durante la convalecencia de esta producto de la interrupción del embarazo:

Juez: ¿respecto de la respuesta que le dio al Ministerio Público, ella le comentó si OJEDA se enteró de la edad que ella tenía?

Isabel C.: **creo que se enteró el día del hospital pero yo ya había hablado con él y le había dicho que ella era menor de edad.**

Juez: ¿se enteró ese día?

Isabel C.: **si porque la verdad ella aparenta más edad.**

Juez: ¿por qué cree usted eso?

Isabel C.: **porque mucha gente me lo dice, muchas personas creen que le robo la edad a mi hija... que no le quite la edad**

Juez: ¿según usted por las características físicas de ella es que aparenta mayor edad?

Isabel C.: si

Juez: ¿a qué edad empezó a tener ese desarrollo diferente?

Isabel C.: **es que ella se me desarrolló a los 9 años y ahí comenzó a formarse su cuerpo impresionante.**

Juez: ¿por qué dice que OJEDA se enteró de la edad de la menor cuando fue al hospital?

Isabel C.: **porque después de hablar bien con ella, ella dice que nadie le cree la edad que ella tenía, él se aseguró la edad que ella tenía el día del hospital.... Yo creo que eso sucedió por lo que yo hablé con él, yo le comenté que ella era menor de edad, que tomara distancia con ella, yo creo que eso sucedió porque ella decía bastantes mentiras.**

Juez: ¿ella le comentó a usted que no le había dicho la verdad sobre la edad al señor OJEDA?

Isabel C.: **sí, eso me dio a entender una vez, se sentía orgullosa que todo el mundo pensara que ella era mayor de edad, le daba pena decir que ella era menor de edad.**

Juez: ¿ella le comentó eso?

Isabel C.: **si, mucho después de que sucedieron los hechos.**

Juez: *¿sigue aparentando tener más edad, según dice usted?*

Isabel C.: *si, según yo no, la gente. Yo siempre la veo como mi bebé, la gente es la que dice que ella aparenta más edad.*

Sobre el mismo asunto, YNCT confirmó en el juicio que desde que tenía 9 años de edad, cuando presentó la menarquia, su cuerpo tuvo un crecimiento –para ella inusual-, lo que le causaba incomodidad y pena. Concretamente, sobre la edad que le dijo a DEIVER AUDIEL OJEDA OJEDA tener, la menor señaló en su declaración lo siguiente:

Sicóloga: *¿... para ser clara, has tenido relaciones sexuales?*

YNCT: *Aaahhh si, claro, la primera vez como a los 11 o 12 años más o menos, pues yo me desarrollé a los nueve y desde ahí fue cuando ya pues.... la primera relación sexual como a los 10.*

Sicóloga: *cuando te relacionabas en el colegio de doce años con DEIVER, él sabía qué edad tenías?*

YNCT: *no porque... o sea, la verdadera edad no se la dije*

Sicóloga: *¿no?. Cuántos años dijiste que tenías?*

YNCT: *17.*

Sicóloga: *¿y tan grande eras?*

YNCT: *pues es que yo siempre he sido grandecita... años porque y cuando... es que yo me desarrollé, es que yo me desarrollé a los 9 años y yo ya era grandota.*

Sicóloga: *¿y por qué dijiste mentiras?*

YNCT: *no se, por miedo.*

Sicóloga: *¿y no dices que eran solo amigos?*

YNCT: *pues si, pero imagínese yo con un cuerpo así.*

Sicóloga: *¿te daba vergüenza decir que tenías 12 años con tu cuerpo así de grande?*

YNCT: *si porque yo siempre fui altica, inclusive yo digo mi edad y a mi nadie me la cree por lo grande que soy, me ponen quisque (sic) 26, 27 años.*

(...)

Sicóloga: *¿cómo te dejaban entrar a la discoteca?*

YNCT: *porque el dj era amigo mío. Le decíamos el mono pero no supe el nombre, aunque de algunos nunca supe tampoco porque eran muy arrogantes...*

Sicóloga: *entonces entrabas por medio de algún conocido y ya ¿y no te pedían ningún documento?*

YNCT: *si, pero entonces uno llamaba al mono y él me hacía entrar*

Sicóloga: *DEIVER OJEDA. Cuándo conociste exactamente, en qué situación?*

YNCT: *allá en 'Skape'. Nosotros nos conocimos en 'Skape'.*

(...)

Sicóloga: *¿él sabía que tenías 12 años, cuándo se enteró él?*

YNCT: *eeehhh pues él se enteró cuando me pasó lo que me pasó del aborto...²³*

(...)

Sicóloga: *¿por qué negabas tu edad y cómo te creían?*

YNCT: *la edad, me creían por mi cuerpo*

Estas manifestaciones vertidas en el juicio no fueron objeto de valoración por el Tribunal, las cuales coinciden con lo dicho en la audiencia por Marcela Alejandra Pérez Ávila, amiga de YNCT quien estuvo con ella en la discoteca *Skape* cuando DEIVER OJEDA y YNCT fueron presentados, testigo que sobre este aspecto relevante dijo:

²³ A partir del minuto 41:20

En el momento que nos presentaron a DEIVER hace como cuatro años en una discoteca, estábamos las dos y un conocido nos la presentó...

*En ese momento ella debe (sic) tener como 16 años... sí claro, tenía más cuerpo que yo y además ella me dijo que era mayor que yo en ese momento... **en ese entonces yo tenía 16 años y ella me decía que tenía 17 y demostraba tener más cuerpo, pues yo siempre le creí...***

En similar sentido declararon Osvaldo Enrique Albarracín y Mauro Leandro Moreno Villamizar, quienes, además de ser amigos de DEIVER OJEDA, conocen a YNCT y coincidieron varias veces en la discoteca *Skape* a la que acudía frecuentemente la joven con su amiga Marcela Alejandra, percepción a partir de la cual concuerdan en afirmar que esta aparentaba ser mayor de edad porque era 'acuerpadita' y que siempre que iba llegaba aproximadamente a las 11 de la noche y se retiraba a la 1 de la mañana.

El origen de ese conocimiento encuentra respaldo en el dicho de YNCT, quien dijo que estaba con su amiga Marcela en la discoteca *Skape* cuando conoció a DEIVER OJEDA y que se veían en ese sitio porque compartían el gusto por el baile, lugar en el que también coincidía con amigos comunes, incluido el *dj* de la discoteca, a quien conoce como 'el mono'.

Y si bien el fallador se refirió a las declaraciones de Osvaldo Enrique Albarracín y Mauro Leandro Moreno Villamizar, lo hizo exclusivamente para demeritar sus

versiones en relación con el lugar exacto donde se conocieron DEIVER AUDIEL OJEDA y YNCT, debido a que Osvaldo afirmó que el primer encuentro sucedió en la discoteca *Platino*, pese a que realmente ocurrió en el establecimiento *Skape*, circunstancia irrelevante para el objeto del proceso.

Una crítica adicional efectuó el fallador frente al contenido de estas declaraciones y es la referida al comportamiento de YNCT cuando veía a DEIVER AUDIEL OJEDA, pues los testigos aseguran que debido a que a la joven le gustaba DEIVER, siempre lo buscaba, situación igualmente irrelevante, pero sobre todo sin pertinencia con el objeto del proceso.

Queda demostrado que el Tribunal cercenó los apartes de los testimonios de la víctima, de su señora madre, de Marcela Alejandra Pérez, Osvaldo Enrique Albarracín Silva y Mauro Leandro Moreno, en lo que hace referencia a la edad que aparentaba YNCT para el año 2010 cuando sostuvo relaciones sexuales con DEIVER AUDIEL OJEDA OJEDA.

Frente a la trascendencia de este yerro, admite la Sala que de haber sido valorados en su debida dimensión los apartes cercenados, el fallador hubiera concluido que el procesado solo se enteró que YNCT tenía 12 años de edad en el mes de noviembre de 2010 cuando acudió al hospital preocupado por la salud de la joven que estaba recluida para terminar el proceso de interrupción del embarazo, pues hasta entonces pensaba que se trataba de una adolescente de 17

años, que asistía a la discoteca *Skape*, error al cual contribuyó el hecho de que la niña acostumbrara a ir a un lugar con acceso restringido para menores de edad y a altas horas de la noche.

Escinde, igualmente el fallador, el aparte del testimonio de Isabel Cristina Tique, progenitora de YNCT, en el que acepta que en varias ocasiones su hija se voló de la casa, debiendo acudir a la Policía de Infancia y Adolescencia para que le ayudara a buscarla. Incluso relata que una noche YNCT no llegó a dormir, hecho que indica que es cierto que la joven asistía con frecuencia a la discoteca *Skape* y en horas de la noche.

Ningún elemento de juicio permite deducir que DEIVER AUDIEL OJEDA OJEDA conocía que YNCT tenía 12 años de edad cuando sostuvieron relaciones sexuales. Por el contrario, todas las pruebas refieren que la joven ocultó su verdadera edad, debido a su contextura que exteriorizaba varios años más.

Y aunque la Fiscalía le preguntó a la sicóloga Leidy Tatiana Baca por la edad de la menor valorada, la perito respondió que en el informe registró la que aparece en la tarjeta de identidad, y que la ausencia de cualquier referencia a la correspondencia entre la edad biológica y la físicamente aparente se debe a que no notó nada destacable, tal afirmación no desnaturaliza lo dicho por los testigos, pues el

objeto de su pericia no guarda relación con este aspecto y su testimonio tampoco descendió a este tema.

Ahora bien, tampoco se trata de que los testigos se hubieran puesto de acuerdo para favorecer al procesado, pues incluso los de cargo, (YNCT e Isabel Cristina Tique) coinciden en que la adolescente reflejaba mayor edad a la que realmente tiene.

No puede dejarse de lado que la madre de YNCT no pretendió ocultar el abuso, pues dio cuenta de él y la manera como se enteró en el hospital que *'el taxista'* era la persona con la que su hija estaba saliendo y tuvo relaciones sexuales, producto de las cuales quedó embarazada. De la misma manera, indicó que se encargó de reclamarle por la relación que tenía con YNCT, dejándole claro que la joven era menor de edad.

No obstante, con la misma contundencia Isabel Cristina Tique aclaró que en ningún momento le dijo a DEIVER AUDIEL OJEDA la edad que tenía su hija y que él se enteró el día que estuvo en el hospital, agregando, que ella pudo decirle la edad que quisiera porque *«después de que se desarrolló se acuerpó demasiado, la parte física de ella es bastante gruesa, bastante alta»*.

En síntesis, la falta de conocimiento de la edad de YNCT descarta que DEIVER AUDIEL OJEDA OJEDA hubiera cometido con dolo la conducta típica objetiva de acceso

carnal abusivo con menor de 14 años, requisito de configuración del tipo penal respecto del cual no se ocupó el fallador, dando por sentado, erradamente, que su culpabilidad deviene de haber sostenido relaciones sexuales con YNCT cuando esta tenía 12 años de edad.

De acuerdo con lo anterior, los errores de hecho por falso juicio de identidad en la modalidad de cercenamiento de los testimonios de YNCT, Isabel Cristina Tique, Marcela Alejandra Pérez, Osvaldo Enrique Albarracín Silva y Mauro Leandro Moreno, impidieron que el fallador observara que DEIVER AUDIEL OJEDA OJEDA nunca actuó con dolo de acceder a una menor de 14 años de edad, razón por la cual, la Sala casará oficiosamente el fallo recurrido, para en su lugar absolverlo de los cargos por los que fue acusado.

Comoquiera que DEIVER AUDIEL OJEDA OJEDA se encuentra privado de la libertad en razón de la orden de captura que dispuso en segunda instancia el Tribunal de Arauca, se dispone su inmediata libertad y la cancelación de las anotaciones y medidas cautelares reales o personales que se hubieren derivado de este proceso.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CASAR OFICIOSAMENTE la sentencia condenatoria del 24 de agosto de 2015, dictada por la Sala Única del Tribunal Superior de Arauca (Arauca), que declaró responsable a DEIVER AUDIEL OJEDA OJEDA del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, cometido en las circunstancias descritas en la parte motiva de este proveído; en consecuencia, **ABSOLVERLO** por ausencia de dolo en la comisión de la conducta típica objetiva, de acuerdo con lo indicado en la motivación.

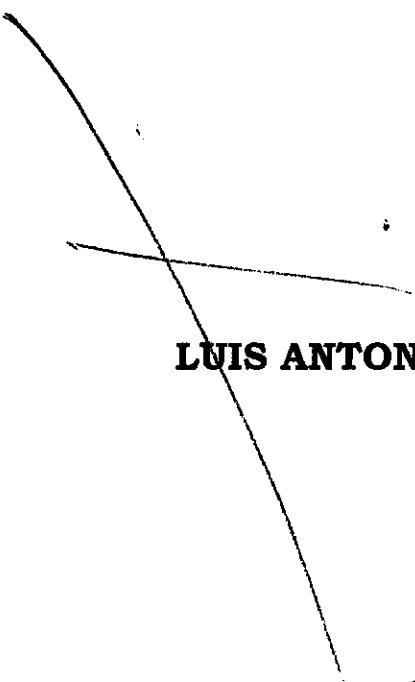
SEGUNDO: ORDENAR LA LIBERTAD INMEDIATA de DEIVER AUDIEL OJEDA OJEDA, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 449 de la Ley 906 de 2004, siempre que no sea requerido por otra autoridad judicial. **CANCÉLENSE** las anotaciones y medidas previas de carácter real o personal que se hubieren ordenado en razón de este proceso.

TERCERO: COMUNICAR a las autoridades la decisión absolutoria, orden que se cumplirá por el juzgado de primera instancia.

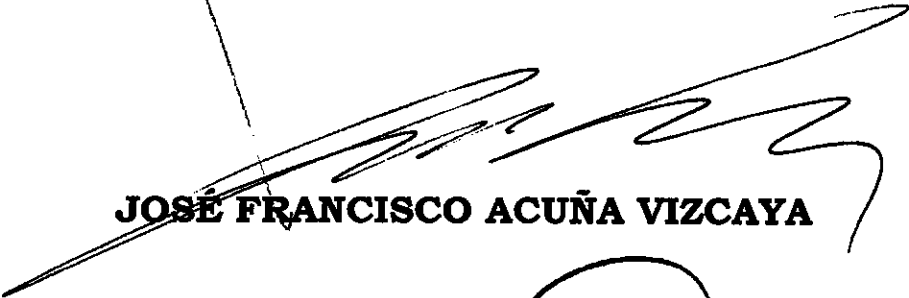
Devuélvase la actuación al Tribunal de origen.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA



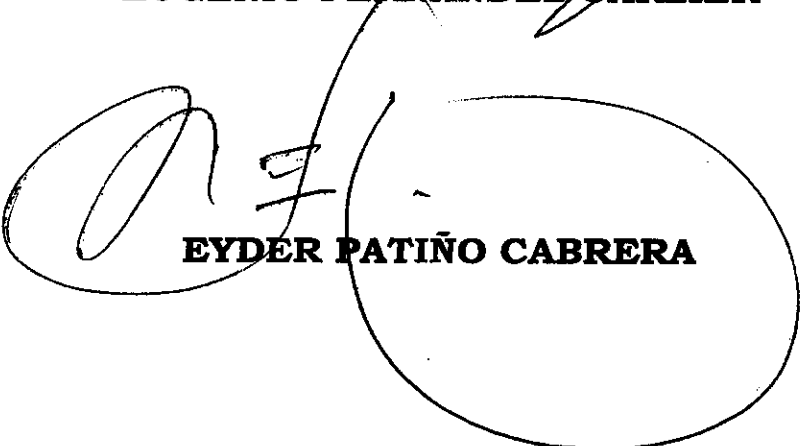
JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO



FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO



EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER



EYDER PATIÑO CABRERA



PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR



LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO



NUBIA YOLANDA NOVÁ GARCÍA

Secretaria