



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

EYDER PATIÑO CABRERA
Magistrado Ponente

SP4485-2020
Radicación n°. 56638
(Aprobado acta n°. 228)

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de octubre de dos mil veinte (2020).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

La Corte resuelve el recurso de casación formulado por el defensor de **NELSON PEÑA ARDILA** contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que confirmó la emitida por el Juzgado 14 Penal del Circuito de la ciudad y condenó al acusado como autor del delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado, en concurso homogéneo y sucesivo.

HECHOS

Con informe ejecutivo del 27 de noviembre de 2013, suscrito por el Patrullero de la Policía Nacional JEFERSON CALDERON GUARIN, se allegó denuncia formulada por CLAUDIA

PATRICIA MONTEALEGRE RIVERA en la que informó que su madre, PAULINA, se enteró que su hija JTPM, de 12 años de edad¹, le comentó a la tía SANDRA MILENA MONTEALEGRE que su padre, **NELSON PEÑA ARDILA**, la besó en varias oportunidades, le hizo tocamientos en sus partes íntimas, amenazándola con matar a la hermana menor si contaba lo que ocurría, y veía pornografía delante suyo. Así mismo, puso en conocimiento que esos sucesos venían ocurriendo desde que la niña tenía 9 o 10 años.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. En audiencia del 14 de enero de 2015, bajo la dirección del Juzgado 46 Penal Municipal con función de control de garantías de la capital del país, la Fiscalía General de la Nación formuló imputación a **NELSON PEÑA ARDILA** como autor responsable del delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado, en concurso homogéneo y sucesivo (artículos 209 y 211 –numeral 5-, en concordancia con el 31 del Código Penal)².

2. El escrito de acusación se radicó el 11 de marzo de 2016³, por el injusto de acceso carnal violento agravado, en concurso homogéneo y sucesivo, según los preceptos 205 y 211 -numerales 2 y 5- *ibidem*, y se verbalizó el 3 de mayo siguiente ante el Juzgado 36 Penal del Circuito con función de conocimiento, cuando el delegado del ente persecutor lo

¹ Según el registro civil de nacimiento, nació el 21 de mayo de 2001 (folio 53 de la carpeta).

² Acta en folio 19 *Id.*

³ Folios 20 a 24 *Id.*

corrigió para señalar que la calificación jurídica es la de actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravado, en concurso homogéneo y sucesivo, acorde con los cánones 209 y 211 -numeral 2-⁴.

3. Por disposición del Consejo Superior de la Judicatura⁵, la actuación se remitió al Juzgado 14 Penal del Circuito con funciones de conocimiento de la capital del país, autoridad que llevó a cabo la audiencia preparatoria el 12 de agosto de 2016⁶ y la del juicio oral, que se surtió en sesión del 26 de septiembre de esa anualidad, día en el que se anunció sentido de fallo condenatorio⁷.

4. En la sentencia, de fecha 3 de noviembre de 2016, el Juez condenó a **PEÑA ARDILA**, con apoyo en los artículos 209 y 211 -numerales 2 y 5- del estatuto sustantivo penal, a 150 meses de prisión y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término; le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, a la vez que dispuso librar orden de captura⁸.

5. La defensora pública apeló la decisión y el Tribunal Superior de Bogotá, en proveído del 29 de enero de 2019, la

⁴ Aclaró que la atribución del numeral 5 violenta el *non bis in idem* (Acta en folios 28 y 29 *Id.*)

⁵ Acuerdo n.º CSBTA16-455 del 16 de marzo de 2016.

⁶ Acta en folios 39 a 41 de la carpeta.

⁷ Acta en folios 78 a 81 *Id.*

⁸ Folios 84 a 100 *Id.*

confirmó, con la aclaración que la causal de agravación es solamente la del numeral 2 del artículo 211⁹.

6. Un nuevo defensor, esta vez de confianza, interpuso y sustentó el recurso de casación.

7. La Corte admitió la demanda y convocó a audiencia de sustentación. Sin embargo, por razón de la emergencia sanitaria decretada en el territorio nacional a causa del COVID-19, mediante auto del 8 de mayo anterior dispuso que se corrieran los traslados por escrito, conforme a lo previsto por la Sala en el Acuerdo 020 del 29 de abril del año en curso.

LA DEMANDA

El actor asegura que su pretensión es que se haga efectivo el derecho material y las garantías de su prohijado, en especial, la prevista en el último inciso del artículo 7 de la Ley 906 de 2004, toda vez que el fallo se soportó en prueba de referencia y las inferencias que de las pericias extrajo la judicatura no atienden los parámetros de la sana crítica. En seguida, propone dos cargos que sustenta así:

Primero (principal). Violación indirecta de la ley sustancial por falso juicio de convicción.

La condena se soportó exclusivamente en prueba de referencia, lo que riñe con la prohibición contenida en el

⁹ Folios 15 a 45 del cuaderno del Tribunal

artículo 381 del estatuto adjetivo penal. Ello porque, a pesar de lo decretado en la audiencia preparatoria, al juicio se llevaron únicamente los testimonios de la investigadora GLADYS ROCÍO MISSE BONILLA, la psicóloga forense ROCÍO PÉREZ CELY y la perito del Instituto de Medicina Legal GIOVANNA LISA TARALLO ROMO.

Después de citar in extenso la sentencia CSJ SP4179-2018, rad. 47789, refiere que la base fáctica de la prueba pericial sexológica elaborada por la doctora TARALLO ROMO está compuesta por dos partes: (i) el relato de la menor y (ii) la observación que hizo en el cuerpo de la niña, lo que le permitió concluir que no hay hallazgos que correspondan a abuso sexual. Solamente esta última contiene hechos directamente percibidos.

En lo que toca con la evaluación realizada por la psicóloga PÉREZ CELY, la base fáctica está integrada por la información que la niña suministró: (i) en la entrevista forense, (ii) en la anamnesis del examen sexológico mencionado y (iii) directamente a la profesional PÉREZ CELY, donde se desdice de lo afirmado inicialmente, así como (iv) lo versionado por la menor y su madre sobre antecedentes personales y familiares. Así las cosas, la experta en comentario solo podía dar fe de las conclusiones del dictamen, la existencia y contenido de la retractación y la existencia y contenido de la versión suministrada por la madre. Lo demás, esto es, la facticidad suministrada por la ofendida,

sobre lo cual se fundó el fallo, es prueba de referencia y la Fiscalía no llevó prueba de corroboración.

La Sala ha sostenido que los conceptos emitidos por los peritos en esta clase de procesos no son prueba de referencia, pero es importante verificar si aquellos, en realidad, solo transmiten lo versionado por el menor ofendido.

Solicita a la Corte casar la sentencia y absolver a su representado.

Segundo (subsidiario). Violación indirecta de la ley sustancial derivada de un falso raciocinio.

Los juzgadores, al valorar los testimonios de PÉREZ CELY y TARALLO ROMO, ignoraron las reglas de la ciencia y con ello quebrantaron el principio de presunción de inocencia.

Luego de transcribir lo depuesto por ellas en juicio, asegura que la judicatura adoptó lo adverbado por PÉREZ CELY, y creó una máxima según la cual siempre que la menor se retracta lo que hace es confirmar la declaración inicial de abuso. Ignoraron que la profesional no explicó las fuentes académicas o científicas a partir de las cuales hizo tal afirmación y ésta no reúne las condiciones para tenerla como una proposición de carácter científico.

Adicionalmente, con lo aducido por la especialista TARALLO ROMO, los falladores sostuvieron que el relato de la

menor es creíble porque reiteró su narración, sin embargo, dejaron de lado que no hay inducción por repetición, toda vez que un testigo mendaz también puede reiterar sus mentiras.

Solicita a la Sala casar la sentencia para en su reemplazo dictar otra absolutoria.

LAS INTERVENCIONES

1. El **defensor** afirmó que los dos cargos planteados apuntan a acreditar que con las pruebas practicadas no es posible superar la tarifa negativa prescrita en el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal.

La menor no cambió su versión en juicio, sino durante la fase de investigación y, pese a ello, la Fiscalía no desplegó acciones para hacer efectivo el principio *pro infans* (cita la sentencia CSJ SP934-2020, rad. 52045), pues se contentó con llevar la prueba pericial, olvidando que los informes base de opinión no son suficientes por sí solos para demostrar la veracidad de lo narrado por la supuesta víctima. La psicóloga en el debate oral no explicó los principios científicos o técnicos utilizados para su análisis y el grado de aceptación. Simplemente habló de probabilidad, pero en total desatención de la jurisprudencia (menciona la sentencia CSJ SP1786-2019, rad. 42631).

Con todo, aun de aceptar como válido lo dicho por la aludida profesional, según lo cual, la confiabilidad de la

experticia superaba el 50%, lo cierto es que el otro 50 es un porcentaje importante de duda.

Reiteró que la judicatura, además, estableció una regla epistémica falsa, consistente en que cuando un menor se retracta de la versión inicial, se confirma la incriminación hecha, y que la credibilidad del relato no surte de la simple repetición.

2. La **Fiscal Séptima Delegada para la casación penal** solicitó no casar la sentencia por lo siguiente:

En esta ocasión no fue posible que madre e hija acudieran a la vista pública, motivo por el cual era admisible que las declaraciones anteriores de la menor ingresaran como prueba de referencia y a esa incorporación no se opuso la defensa, y tampoco lo cuestiona ahora.

Los testimonios de la psicóloga y la médica tienen doble connotación, son prueba de referencia y directa, esta última en cuanto a lo que percibieron. La prueba pericial corroboró los relatos de la ofendida.

La postulación del segundo cargo es difusa e imprecisa en punto de las premisas de la sana crítica ignoradas. Contrario a lo expuesto por el demandante, las apreciaciones de la psicóloga en torno a la retractación de la menor y su consiguiente confirmación de la incriminación, son admisibles.

La menor fue coincidente en su sindicación y sus dichos resultan coherentes con lo expresado en las experticias, en tanto se ubicó en tiempo y espacio, describió con similitud los vejámenes sexuales y la actitud del procesado. Por ende, la rescisión no ha de tenerse en cuenta, pues pudo ser provocada por una alienación parental o por circunstancias oprobiosas de diversa índole por las que atraviesa su familia y en este caso la menor *«fue permanentemente y violentamente amenazada por su agresor, desde que tenía la edad de nueve o diez años»*.

El censor descalifica a la psicóloga cuando se pronunció sobre la retractación, pero olvidó que ese era uno de los principales temas que debía comportar su análisis.

3. La **representante de víctimas** pidió mantener la condena por las siguientes razones:

No se recayó en un falso juicio de convicción porque la psicóloga GLADYS ROCÍO MISSE BONILLA no solo es prueba de referencia, sino que también tiene la calidad de testigo directo en aquello que conceptuó y que confirmó la existencia de la conducta punible.

Aunque de manera inadecuada se introdujeron las pruebas de referencia, lo cierto es que la bancada defensiva no hizo observación alguna, lo que evidencia su asentimiento, y aclara que para esa fecha no se había

proferido la sentencia CSJ SP606-2017. De allí que quedó demostrado que el acusado desplegó comportamientos inadecuados sobre JTPM.

En relación con el falso raciocinio, el actor no explicó si la falencia judicial se contrajo a un componente de la lógica, la ciencia o la experiencia.

La retractación no destruye la afirmación inicial y es necesario hacer un trabajo de comparación, no de eliminación, para advertir en cuál versión el testigo dijo la verdad. En este caso, la psicóloga aclaró que la retractación de la víctima obedeció a *«los parámetros de desasosiego soportados por su progenitora al no tener el ingreso económico que proveía PEÑA ARDILA»*.

4. En criterio de la **Procuradora Tercera Delegada para la casación penal**, los cargos deben prosperar por lo siguiente:

El **primero**. Los juzgadores, tras valorar los testimonios de la médica TARALLO ROMO, la funcionaria del CTI MISSE BONILLA y la profesional PÉREZ CELY, concluyeron que la retractación de J.T.P.M. fue producto de la presión familiar *orientada a la consecución de ese comportamiento*, pues lo dicho en la entrevista inicial y en la anamnesis del examen sexológico corroboran la ocurrencia de los hechos y la responsabilidad del acusado. Así, con independencia de la idoneidad de la conclusión de la psicóloga, lo cierto es que el

fallo confutado se soportó exclusivamente en prueba de referencia, esto es, en lo dicho por la presunta víctima, su madre y su tía, que no fueron al juicio.

El restante material, «*que participa de la misma naturaleza*», carece del alcance demostrativo propio para vencer la presunción de inocencia, y, dentro de las conclusiones de las expertas, no se expuso algún elemento que permitiera concluir que el dicho de la niña hubiese sucedido, tales como vestigios o secuelas, cambios de personalidad o de actitud.

El **segundo**. La psicóloga soportó sus conclusiones en declaraciones hechas por fuera del juicio y adujo que la retractación de la menor puede ser el producto de la difícil situación económica y familiar, que irrogan sentimientos de culpa y que, en lugar de desmentir el relato inicial, lo corroboran. Sin embargo, no indicó cuál era la base científica de tal certidumbre.

CONSIDERACIONES

Cuestión previa

1. Revisada la actuación, se advierte que la Sala de Decisión de Tutelas n.º 3 de la Sala de Casación Penal resolvió una acción de amparo promovida por el defensor de **NELSON PEÑA ARDILA** contra el Tribunal Superior de Bogotá, por violación al debido proceso. Sin embargo, no existe

impedimento alguno por parte de los magistrados que la integraron, habida cuenta que en esa ocasión solo se discutió la irregular notificación del fallo de segunda instancia y la Sala de Tutelas, sin emitir consideración alguna frente a la responsabilidad penal del inculcado o al contenido mismo de las sentencias, le halló razón al actor y ordenó rehacer tal actuación a partir de ese acto de comunicación¹⁰.

El asunto a resolver

2. El demandante propone dos cargos, uno principal, por haber recaído el juzgador en un falso juicio de convicción, al soportar la condena en prueba de referencia, toda vez que la Fiscalía no aportó elemento alguno de corroboración; y otro subsidiario, por incurrir en un falso raciocinio al momento de valorar el dictamen psicológico. Esos yerros -en criterio del censor- impidieron dar aplicación al principio *in dubio pro reo*.

3. La Sala, para determinar si le asiste o no razón al recurrente, recordará su jurisprudencia en torno a (i) las declaraciones de los menores víctimas de delitos sexuales y su incorporación como prueba de referencia, (ii) la imposibilidad de fundar la condena exclusivamente en elementos que ostenten tal naturaleza y (iii) la necesidad de contar con prueba de corroboración.

¹⁰ En la sentencia STP10077-2019, rad. 105281 se concedió la tutela y se ordenó a la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal rehacer la actuación a partir del irregular acto de notificación.

No obstante, como avizora ciertas inexactitudes en la imputación factual realizada por la Fiscalía, iniciará por hacer algunas acotaciones al respecto.

La necesidad de que los hechos jurídicamente relevantes no se contraigan, tan solo, a reproducir el contenido de los elementos materiales o evidencia física

4. La Corte ha sido contundente en señalar que la Fiscalía General de la Nación, al realizar la imputación, tiene la obligación de hacer una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes; así mismo, que resulta abiertamente inadecuado que, al desplegar tal labor, el delegado de dicho ente, se contente con transcribir segmentos de la denuncia, las entrevistas u otros elementos materiales o evidencia física recopilada, en tanto ello puede comportar una lesión al derecho de defensa.

5. Al respecto, en la sentencia CSJSP3168-2017, rad. 44599, puntualizó:

*Este concepto [el de hecho jurídicamente relevante] fue incluido en varias normas de la Ley 906 de 2004. Puntualmente, los artículos 288 y 337, que regulan el contenido de la imputación y de la acusación, respectivamente, disponen que en ambos escenarios de la actuación penal la Fiscalía debe hacer **“una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes”**.*

*La relevancia jurídica del hecho está supeditada a su correspondencia con la norma penal. En tal sentido, el artículo 250 de la Constitución Política establece que la Fiscalía está facultada para investigar los hechos que tengan **las características de un delito**; y el artículo 287 de la Ley 906 de 2004 precisa que la imputación es procedente cuando “de los elementos materiales*

*probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es **autor o partícipe del delito que se investiga***¹¹.

*En el mismo sentido, el artículo 337 precisa que la acusación es procedente “cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda afirmar, con probabilidad de verdad, que **la conducta delictiva** existió y que el imputado es su **autor o partícipe**”*¹².

Como es obvio, la relevancia jurídica del hecho debe analizarse a partir del modelo de conducta descrito por el legislador en los distintos tipos penales, sin perjuicio del análisis que debe hacerse de la antijuridicidad y la culpabilidad.

También es claro que la determinación de los hechos definidos en abstracto por el legislador, como presupuesto de una determinada consecuencia jurídica, está supeditada a la adecuada interpretación de la norma penal, para lo que el analista debe utilizar, entre otras herramientas, los criterios de interpretación normativa, la doctrina, la jurisprudencia, etcétera.

(...)

Es frecuente que en la imputación y/o en la acusación la Fiscalía entremezcle los hechos que encajan en la descripción normativa, con los datos a partir de los cuales puede inferirse el hecho jurídicamente relevante, e incluso con el contenido de los medios de prueba. De hecho, es común ver acusaciones en las que se transcriben las denuncias, los informes ejecutivos presentados por los investigadores, entre otros.

También suele suceder que en el acápite de “hechos jurídicamente relevantes” sólo se relacionen “hechos indicadores”, o se haga una relación deshilvanada de estos y del contenido de los medios de prueba.

Estas prácticas inadecuadas generan un impacto negativo para la administración de justicia, según se indicará más adelante.

(...)

Lo anterior no implica que los datos o “hechos indicadores” carezcan de importancia. Lo que se quiere resaltar es la responsabilidad que tiene la Fiscalía General de la Nación de precisar cuáles son los hechos que pueden subsumirse en el respectivo modelo normativo, lo que implica definir las circunstancias de tiempo y lugar, la conducta (acción u omisión) que se le endilga al procesado; los elementos estructurales del tipo penal, etcétera.

Tampoco debe entenderse que las evidencias y, en general, la información que sirve de respaldo a la hipótesis de la Fiscalía

¹¹ [texto inserto en la transcripción] Negrillas fuera del texto original.

¹² [texto inserto en la transcripción] Negrillas fuera del texto original

sean irrelevantes. Lo que resulta inadmisibile es que se confundan los hechos jurídicamente relevantes con la información que sirve de sustento a la respectiva hipótesis. Esta diferenciación, que es obvia, se observa con claridad en el artículo 337 de la Ley 906 de 2004:

Lo anterior sucede en eventos como los siguientes: (i) se relacionen de forma deshilvanada “hechos indicadores” y/o el contenido de los medios de prueba, pero no se estructura una hipótesis completa de hechos jurídicamente relevantes; (ii) la falta de claridad en la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes propuesta por la Fiscalía, impide delimitar el tema de prueba; (iii) en la audiencia de acusación se le proporciona información al Juez, que sólo debería conocer en el juicio oral, con apego al debido proceso probatorio; (iv) las audiencias de imputación y acusación se extienden innecesariamente, y suelen tornarse farragosas; (v) la falta de claridad de la imputación y la acusación puede privar al procesado de la posibilidad de ejercer adecuadamente su defensa; (vi) las omisiones en la imputación o la acusación puede generar impunidad, como cuando se dejan de relacionar hechos jurídicamente relevantes a pesar de que los mismos pueden ser demostrados (elementos estructurales del tipo penal, circunstancias de mayor punibilidad, etcétera).

6. En esta ocasión, luego de revisar los registros de audio, se constata que el delegado de la Fiscalía, en la audiencia preliminar, se contrajo, simplemente, a reproducir apartes de (i) la entrevista forense rendida por la menor J.T.P.M., (ii) el informe sexológico realizado a ella y (iii) el registro civil de nacimiento. Dicha técnica fue igualmente utilizada en el acto de acusación.

Aunque tal proceder resulta ser claramente inapropiado, lo cierto es que, en el caso concreto, no logró violentar el derecho de defensa. Ello porque, de los segmentos reproducidos por el Fiscal, es posible inferir que al inculcado se le atribuyó haber manoseado y tocado a su hija en los senos y vagina, durante el periodo 2010 hasta mediados de 2013, y que dicho acontecer fue entendido a

cabalidad por los abogados que representaron los intereses de **PEÑA ARDILA**, de modo que, sin dificultad ni ambigüedades, tuvieron la oportunidad de desplegar un adecuada labor defensiva en orden a controvertirlo.

Las declaraciones de los menores víctimas de delitos sexuales. Su incorporación como prueba de referencia y la imposibilidad de soportar el fallo únicamente en pruebas de esa naturaleza

7. Con independencia del delito del que se trate, la Fiscalía tiene la obligación de incorporar al juicio todas las pruebas orientadas a sacar adelante su teoría del caso. De allí que la Sala ha sido consistente en sostener que, cuando la víctima es un menor de edad, el delegado del ente acusador cuenta con diversas posibilidades para llevar al conocimiento del juez su declaración, ya sea como: (i) prueba anticipada, (ii) la declaración anterior como prueba de referencia o (iii) testigo en el juicio (*cfr.* CSJ SP2709-2018, rad. 50637). Así lo reiteró en la sentencia CSJ SP934-2020, rad. 52045:

2.1 La Fiscalía General de la Nación tiene la obligación positiva, derivada del artículo 250 Superior, de «adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento» (con excepción de los eventos en que tiene cabida el principio de oportunidad), y en el curso de tales investigaciones, la de obrar diligentemente en el cumplimiento y ejercicio de los deberes y facultades establecidos en el precepto constitucional citado, a efectos de lograr que sus postulaciones salgan avantes en los asuntos que somete al conocimiento de los jueces.

Tratándose de casos de delitos sexuales cometidos contra menores de edad, la Fiscalía, además de esas obligaciones generales pertinentes al cumplimiento de sus funciones legales y

constitucionales, está vinculada por el denominado principio pro infans, el cual, como lo ha señalado la Corte Constitucional, le impone «exigencias reforzadas de diligencia» conforme las cuales debe «ejecutar todos los esfuerzos investigativos necesarios para materializar los derechos fundamentales de los menores víctimas en el marco del proceso, especialmente sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación, y las garantía de no repetición»¹³.

En esa misma línea, el orden jurídico ha avanzado en la precisión de los derechos y garantías debidas a los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales. En particular, la Ley 1653 de 2013 contempla medidas orientadas a que, en el curso de los procesos penales que se adelanten con ocasión de tales ilícitos, se evite su revictimización, la cual puede seguirse de su participación como testigos en los juicios criminales. Incluso desde antes de la promulgación de esa normatividad, la Sala había propendido porque en procesos de tal naturaleza se adoptaran las medidas posibles para evitar el sometimiento de los menores víctimas a las afectaciones que puede conllevar su participación en diligencias judiciales.

De ahí que, en casos como el presente, se hace necesaria la articulación de los deberes especiales de la Fiscalía y los derechos de los menores víctimas, pero desde luego, sin perder de vista el respeto de las garantías que le asisten a toda persona procesada con independencia del delito que se le atribuya. Así,

«... la armonización de los derechos del acusado y los de los menores que comparecen en calidad de víctimas de delitos sexuales se ha caracterizado por lo siguiente: (i) evitar que los menores presuntas víctimas de delitos sexuales sean objeto de victimización secundaria; (ii) garantizar, en la mayor proporción posible, los derechos del procesado; (iii) limitar el valor probatorio de las declaraciones frente a las que el acusado no tuvo la oportunidad de ejercer el derecho a la confrontación, (iv) limitar la posibilidad del acusado de estar frente a frente con el testigo (menor) pero brindarle herramientas para que pueda ejercer el contra interrogatorio, (v) la utilización de la grabación de la declaración como una forma de preservar el testimonio y garantizar la defensa, y (vi) cuando deba anticiparse la declaración del menor, debe garantizarse en la mayor proporción posible los derechos del procesado, sin perjuicio de las medidas necesarias para evitar que el menor sea objeto de victimización secundaria»¹⁴.

2.2 Según lo ha aclarado repetidamente esta Corporación y lo reconoció recientemente la Corte Constitucional¹⁵, la regulación procesal penal confiere a la Fiscalía varias herramientas para que la versión de los menores ofendidos (que muchas veces constituye

¹³ [cita inserta en el texto transcrito] Auto A-009 de 2015.

¹⁴ [cita inserta en el texto transcrito] CSJ SP, 4 dic. 2019, rad. 55651.

¹⁵ [cita inserta en el texto transcrito] Sentencia T - 008 de 2020.

la única fuente de información indicativa de la ocurrencia de tales conductas punibles) pueda ser utilizada como prueba, con miras a lograr la condena de los responsables por su comisión, materializando, en la mayor medida posible, los derechos de las víctimas y, a la vez, sin restringir irrazonablemente la garantías defensivas de contradicción y confrontación.

(i) En primer lugar, tiene la posibilidad de asegurar el testimonio de la víctima como prueba anticipada, según lo previsto en el artículo 274 de la Ley 906 de 2004:

«Frente a los menores de edad que comparecen a la actuación penal en calidad de víctimas o testigos, desde ahora 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, no 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).

La práctica de prueba anticipada no es incompatible con las medidas establecidas en las leyes 1098 de 2006 y 1652 de 2013 para proteger a los niños durante los interrogatorios. Es más, resulta razonable pensar que la intervención de un juez es garantía de que el procedimiento se llevará a cabo con pleno respeto de los derechos del menor.

De otro lado, en este tipo de casos la prueba anticipada puede reportar beneficios importantes, en cuanto: (i) si se le da a la defensa la posibilidad de ejercer la confrontación, con los límites necesarios para proteger la integridad del niño, la declaración no tendrá 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; (ii) la 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.

A lo anterior debe sumarse que la práctica de prueba anticipada no sólo constituye una forma de protección de los derechos del acusado, sino además una forma de obtener medios de conocimiento más útiles para la toma de decisiones en el ámbito penal, lo que también favorece los intereses de las víctimas y el interés de la sociedad en una justicia pronta y eficaz»¹⁶.

(ii) Cuenta también con la opción de llevar la versión de la víctima al juicio como prueba de referencia, incluso si aquélla es convocada como testigo al juicio:

«Tal y como se acaba de indicar, en la decisión CSJSP, 28 oct 2015, Rad. 44056 la Sala analizó la posibilidad de incorporar declaraciones anteriores del menor, a título de prueba de referencia, así la Fiscalía no haya hecho uso de la prueba anticipada o de otras herramientas para evitar la doble victimización del menor y, en consecuencia, haya optado por presentarlo como testigo en el juicio oral.

En esa oportunidad, la Sala analizó el caso de una niña de cuatro años que fue víctima de abuso sexual. Luego de analizar la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de esta Corporación, dejó sentado que la incorporación de ese tipo de declaraciones es posible, así el testigo haya sido presentado en juicio, toda vez que

Así, es claro que en los planos legislativo y jurisprudencial, desde hace varios años existe consenso frente a la necesidad de evitar que en los casos de abuso sexual los niños sean nuevamente victimizados al ser interrogados varias veces sobre los mismos hechos y, principalmente, si son llevados como testigos al juicio oral, lo que puede convertir para ellos el procedimiento en el escenario hostil a que hacen alusión el Tribunal Constitucional de España y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las decisiones citadas por la Corte Constitucional en la sentencia C-177 de 2014 atrás referida.

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:

¹⁶ [cita inserta en el texto transcrito] *Ibidem*.

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.

Lo contrario sería aceptar que el niño víctima de abuso sexual, presentado como testigo en el juicio oral (en contravía de la tendencia proteccionista ya referida), esté en una situación desventajosa frente a otras víctimas que, en atención a su edad y a la naturaleza del delito, fueron interrogados una sola vez, generalmente poco tiempo después de ocurridos los hechos, y su declaración fue presentada como prueba de referencia, precisamente para evitar que fueran nuevamente victimizados.

Por lo tanto, la Sala concluye que las declaraciones rendidas por fuera del juicio oral por un niño víctima de abuso sexual, son admisibles como prueba, así el menor sea presentado como testigo en este escenario»¹⁷.

(iii) Por último, la acusación puede optar (idealmente como mecanismo excepcional, según quedó visto, para minizar el riesgo de revictimización secundaria) por comunicar la narración del menor ofendido a través de la práctica de su testimonio en el juicio oral. Y si en la vista pública sucede que aquél se retracta de los señalamientos incriminatorios que previamente pudo elevar contra la persona investigada, se activa la posibilidad de incorporar su manifestaciones previas como testimonio adjunto.

2.3 Es una facultad de la Fiscalía elegir cuál de los mecanismos referenciados utilizará para llevar al Juez el

¹⁷ [cita inserta en el texto transcrito] *Ibidem*.

conocimiento de los hechos y, particularmente de la narración de la persona ofendida. Para tal fin, el funcionario, en la estructuración del caso y de su estrategia de litigio, debe considerar las variables que puedan incidir en la probabilidad de éxito de la pretensión acusatoria, entre ellas, (i) las circunstancias particulares de la víctima y la mayor o menor probabilidad de su revictimización en caso de concurrir al juicio; (ii) la existencia de pruebas, distintas de la narración del ofendido, que puedan demostrar su teoría del caso; (iii) la previsibilidad de que la víctima se retracte de su dicho en la vista pública.

8. Si la Fiscalía resuelve llevar la declaración del menor víctima como prueba de referencia, debe sujetarse a las reglas de procedencia e incorporación ampliamente desarrolladas por la jurisprudencia (CSJ SP14844-2015, rad. 44056) y no desatender la prohibición del artículo 381 del Código de Procedimiento Penal de 2004.

9. De acuerdo con lo previsto en el artículo 437 de la Ley 906 de 2004, la prueba de referencia es *toda declaración realizada por fuera del juicio oral*, que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado y cualquier otro aspecto sustancial objeto de debate cuando no sea posible practicarla en el juicio.

La Sala, al señalar sus particularidades, ha destacado que debe tratarse de una declaración rendida por fuera del juicio oral, que se utilice o pretenda usar como medio de prueba y que el deponente no esté disponible para testificar en juicio (*cfr.* CSJ, SP14844-2015, rad 44056 y CSJ AP, 30 sep. 2015, rad. 46153).

Su admisibilidad es excepcional, pues únicamente tiene cabida en los casos descritos en el precepto 438 *ibidem* y, justamente, uno de ellos es cuando, al tenor del literal e), el declarante sea *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*.

No obstante, ella debe ingresar al juicio respetando todas las garantías procesales y con plena observancia del procedimiento para el efecto, como su oportuno descubrimiento, la indicación de pertinencia, la acreditación de su excepcionalidad y la manifestación de los medios a través de los cuales se demostrará la existencia y contenido de la declaración anterior (CSJ SP14844 rad. 44056).

10. Al tenor de lo dispuesto en el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal, la sentencia condenatoria «*no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia*». De allí que, en casos de delitos sexuales, en los que normalmente solo se cuenta con la versión del menor víctima y en ciertas ocasiones no es posible que acuda al juicio o, estando allí, puede no ser testigo disponible, la jurisprudencia ha sostenido la necesidad de que la Fiscalía, para superar esa restricción, lleve a la vista pública una prueba complementaria que «*permita: (i) alcanzar los estándares de conocimiento requeridos para dictar un fallo de responsabilidad, y (ii) superar la prohibición consagrada en el artículo 381, inciso segundo, de estatuto procesal penal*». (cfr. CSJ SP3274-2020, rad. 50587).

En la aludida sentencia, la Sala recordó que, para efectos de que se torne válida la condena, la prueba que debe acompañar a la de referencia puede

...tener una naturaleza ratificatoria o complementaria, en la medida en que proporcione nuevos elementos de juicio que en su valoración resulten trascendentes para el objeto del proceso o corroboren los que por el camino de la prueba de referencia ya existen¹⁸.

Igualmente, en virtud del principio de libertad probatoria, no existe ninguna tarifa legal para establecer la suficiencia demostrativa de la prueba complementaria de cara a las exigencias del referido inciso segundo del artículo 381 de la Ley 906 de 2004. Es por ello que en ese propósito la prueba que acompañe a la de referencia, en orden a superar la prohibición consagrada en dicha norma, puede ser directa o de carácter inferencial o indirecto sobre los hechos o, incluso, de corroboración periférica.

Al respecto, la Sala ha enfatizado en la necesaria claridad que debe existir en torno a la prueba de referencia y su conexión con la “prueba directa” y la “prueba indirecta”, bajo el entendido que entre la primera y las últimas no existe identidad, pues estas responden a una relación entre la prueba y el hecho que integra el tema de prueba, de la misma manera que acontece con los testimonios rendidos en el juicio oral.

Así se ha precisado que:

En la práctica judicial, la Sala ha advertido que existen algunas imprecisiones, que impiden aplicar el artículo 381 en toda su dimensión, entre ellas: (i) la confusión entre prueba de referencia y prueba indirecta; (ii) la posibilidad de demostrar cualquier aspecto del tema de prueba a través de prueba “indiciaria” o “indirecta”; (iii) la forma de corroborar las versiones sobre delitos que suelen ocurrir en la clandestinidad, como es el caso del abuso sexual; y (iv) la diferencia entre la restricción consagrada en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004 y la valoración de las pruebas aportadas en cumplimiento de dicha prohibición.

Al margen de las diferentes posturas teóricas en torno a lo que debe entenderse por prueba directa o indirecta, la Sala estima conveniente aclarar que los aspectos relevantes de la prueba de referencia no tocan necesariamente con esta temática, por lo menos no de forma diferente de lo que acontece con los testimonios

¹⁸ [cita inserta en texto transcrito] CSJ SP-2447-2018, 27 jun. 2018, rad. 51467; CSJ SP-2582-2019, 10 jul. 2019, rad. 49283.

rendidos en el juicio oral. Si se adopta como criterio diferenciador de la prueba directa e indirecta su conexión con el hecho que integra el tema de prueba, la primera categoría la tendrán, por ejemplo, el testigo que dice haber visto disparar o el video donde aparece el procesado cometiendo el hurto, mientras que la segunda se podrá predicar, verbigracia, del testigo que dice haber visto al procesado salir corriendo de la escena de los hechos, de la huella dactilar del procesado hallada en la escena del crimen, etcétera.

La declaración anterior al juicio oral, que pretende aducirse como prueba de referencia, puede tener el carácter de prueba directa o indirecta, según el criterio establecido en el párrafo anterior. Así, por ejemplo, es posible que el testigo antes de morir declare que una determinada persona fue quien le disparó (prueba directa), o también lo es que asegure que luego de recibir el disparo vio a un viejo enemigo suyo salir corriendo del lugar donde ocurrieron los hechos (prueba indirecta).¹⁹

De allí se sigue que si la condena puede estar basada en prueba directa e, incluso, exclusivamente en prueba indirecta²⁰, el medio de conocimiento que acompañe a la de referencia, en orden a superar la restricción prevista en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, puede tener cualquiera de tales características, siempre y cuando, dentro de su valoración conjunta, tenga la condición de rebasar el estándar de conocimiento de la duda razonable.

Ahora bien, la Sala ha subrayado que en el ámbito de los delitos sexuales, concurren especiales situaciones que resultan trascendentes frente al análisis del sentido y alcance de la parte final del artículo 381 ibídem, debiéndose destacar la clandestinidad que suele rodear esa clase de conductas, que generalmente impide que la prueba de referencia esté acompañada de otras pruebas «directas», lo cual no significa la imposibilidad práctica de realizar actos de investigación que permitan obtener prueba de hechos o circunstancias de donde objetivamente pueda inferirse que los hechos jurídicamente relevantes ocurrieron tal y como los relata la víctima, resultando de especial importancia, para lograr la corroboración de la versión rendida fuera del juicio, el acopio medios de conocimiento que en el derecho español se ha acuñado con el término «corroboración periférica», para referirse a «cualquier dato que pueda hacer más creíble la versión de la víctima, entre ellos: (i) la inexistencia de razones para que la víctima y/o sus familiares mientan con la finalidad de perjudicar al procesado²¹; (ii) el daño psíquico causado a raíz del ataque sexual²²; (iii) el estado anímico de la víctima en los momentos posteriores a la ocurrencia de los

¹⁹ [cita inserta en texto transcrito]

CSJ SP-3332-2016, 16 mar. 2016, rad. 43866.

²⁰ [cita inserta en texto transcrito] ene. 2007, rad. 26618.

CSJ SP, 30 mar. 2006, rad. 24468, CSJ SP, 24

²¹ [cita inserta en texto transcrito] del 25 de junio de 2015

Tribunal Supremo de España, ATS 6128/2015,

²² [cita inserta en texto transcrito]

Ídem.

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»²³.

Obviamente, aquellos medios complementarios, directos, indirectos o periféricos, tienen que tener la entidad suficiente, tras hacerse la valoración individual y conjunta de la prueba, para apuntalar la demostración del aspecto que se pretende probar relacionado con la conducta penal y/o la responsabilidad del acusado, pues tal exigencia no se satisface con la simple sumatoria de elementos de conocimiento sin trascendencia o inconexos frente al tema de prueba que se debe acreditar conforme a la acusación.

11. En esta ocasión, la Fiscalía anunció en la audiencia preparatoria que, de no comparecer la menor JTPM al juicio, incorporaría como prueba de referencia la entrevista forense que ella rindió en cámara Gesell ante la investigadora GLADYS ROCÍO MISSE BONILLA, lo que efectivamente ocurrió ante la inasistencia de la niña, y por ello la introdujo en el debate oral.

Su admisibilidad no fue objeto de discusión y la Sala tampoco evidencia irregularidad.

Sin embargo, para superar la restricción del artículo 381 del estatuto adjetivo penal, al ente acusador le correspondía llevar otros medios suasorios, de naturaleza distinta, que sirvieran para complementar, ratificar o corroborar aquélla, y que, por ende

...ofrezcan datos objetivos y relevantes para la estructuración de la conducta punible y la responsabilidad del acusado, los cuales, en su conjunta valoración, deben estar dirigidos a llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y las circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal

²³ [cita inserta en texto transcrito] CSJ SP-3332-2016, 16 mar. 2016, rad. 43866.

del acusado, según lo establecido en el artículo 372 de la Ley 906 de 2004. CSJ Sp3274-2020, rad. 50587

12. Cabe recordar que el dictamen psicológico no es prueba directa sobre el abuso sexual perpetrado y aunque sí tiene esa connotación en lo que corresponde con algunos síntomas de los que se haya percatado directamente el profesional que lo realiza, como los relacionados con el “*síndrome del niño abusado*”, lo cierto es que aquí la psicóloga PÉREZ CELY no suministró dato alguno que pudiera catalogarse así.

Sobre el punto, la Sala ha manifestado (CSJ SP2709-2018, rad. 50637):

En el ámbito de los dictámenes emitidos por los psicólogos, debe precisarse lo siguiente: (i) si se pretende introducir como prueba de referencia una declaración rendida por fuera del juicio oral, es posible que la demostración de la existencia y el contenido de la misma puedan demostrarse a través del experto, esto es, el perito puede constituir el “vehículo” para llevar la declaración al juicio (CSJAP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153); (ii) si, por ejemplo, el psicólogo, en ejercicio de su función, percibe síntomas en el paciente, a partir de los cuales pueda dictaminar la presencia del “síndrome del niño abusado”, será testigo directo de esos síntomas, de la misma manera como el médico legista puede presenciar las huellas de violencia física; y (iii) a la luz del ejemplo anterior, si el perito dictamina sobre la presencia del referido síndrome, su opinión se refiere, sin duda, a un hecho indicador de que el abuso pudo haber ocurrido.

*En este orden ideas, cuando las partes y/o el Juez aducen que el perito psicólogo (o cualquier otro experto) es “**testigo directo**”, tienen la obligación de precisar cuál es el hecho o el dato percibido en los términos del artículo 402 de la Ley 906 de 2004. Esto es necesario para dotar de racionalidad el alegato o la decisión y para permitir mayor control a las conclusiones en el ámbito judicial. Así, por ejemplo: (i) si el experto limitó su intervención a la práctica de una entrevista a un menor, será testigo de la existencia y contenido de la misma, así como de las circunstancias que la*

rodearon²⁴; (ii) si durante esa diligencia percibió síntomas a partir de los cuales pueda emitirse una opinión sobre la existencia del “síndrome del niño abusado” o cualquier otro efecto psicológico relevante para la solución del caso, se debe indicar con precisión ese aspecto de la base fáctica y, obviamente, la misma debe explicarse a la luz de una base “técnico-científica” suficientemente decantada, según se indicó en precedencia; (iii) en el evento de que el perito se haya basado en otra información para estructurar la base fáctica de la opinión, la misma debe ser adecuadamente explicada, sin perjuicio de la obligación de descubrirla oportunamente; etcétera.

En similar sentido, los documentos que contienen declaraciones deben someterse a las reglas de la prueba testimonial y la prueba pericial no es el medio idóneo para incorporar las declaraciones rendidas por fuera del juicio oral (CSJ AP5785-2015, rad. 46153 y CSJ SP2709-2018, rad. 50637).

13. De igual manera, la jurisprudencia ha destacado que la anamnesis tampoco es prueba directa del abuso. Así, en CSJ SP791-2019, rad. 47140, acotó:

*Esta conclusión, en la que los relatos de la persona examinada se integran a la prueba pericial, es contraria a la jurisprudencia de la Sala, según la cual los relatos sobre la conducta investigada que los menores suministran a los peritos en las valoraciones médicas o psicológicas, no son hechos que el experto perciba directamente, razón por la cual estas versiones se han de llevar al juicio como prueba de referencia, en caso de que la persona **no** pueda concurrir al juicio oral (artículo 437 de la Ley 906 de 2004).*

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

²⁴ [cita inserta en texto transcrito] En cada caso debe resolverse sobre la admisibilidad de la prueba de referencia, según las reglas analizadas a lo largo del numeral 6.3.

Esto señaló la Corte:

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

Esto por cuanto:

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

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

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

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

“(i) por regla general, solo pueden valorarse los testimonios practicados en el juicio oral, a la luz de los principios de inmediación, concentración, contradicción y confrontación, tal y

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

El fallo del Tribunal

14. Para el *ad quem*, la condena no se soportó exclusivamente en prueba de referencia porque si bien la versión de la menor tiene tal carácter, la Fiscalía demostró a cabalidad su existencia y contenido con: el informe de entrevista y el disco compacto contentivo de la misma; la declaración de la investigadora que lo recepcionó, GLADYS ROCÍO MISSE BONILLA, y los testimonios de la psicóloga ROCÍO ESMERALDA PÉREZ CELY y la médica GIOVANNA LISA TARALLO ROMO²⁵. Además -acotó-, la entrevista y los dictámenes rendidos por expertos del Instituto de Medicina legal no pueden asimilarse a prueba de referencia²⁶. Así lo explicó:

Lo anterior, siguiendo el principio de libertad probatoria, lleva a la Sala a concluir que está demostrada la existencia y el contenido de la declaración anterior rendida por la menor J.T.P.M., tal y como lo plantearon los representantes del Ministerio Público y la Fiscalía durante la audiencia del juicio.

Así las cosas, la condena no está fundamentada exclusivamente en prueba de referencia, por lo que no se trasgredió

²⁵ Página 23 del fallo de segunda instancia.

²⁶ Página 24 *Id.*

la prohibición consagrada en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004. Ello por cuanto la declaración de la víctima fue corroborada por las profesionales que interactuaron con la menor al punto que incluso quedó desvirtuada la retractación que intentó en aras de aminorar las consecuencias procesales contra su padre, se reitera, no porque los hechos no hubiesen sucedido como ella los narró desde un principio, sino por efecto de la presión que se ejerció sobre ella al interior del hogar y de entorno familiar que la llevaron al retracto sin justificación o procedencia alguna.

Además, quedó igualmente en evidencia de acuerdo con el dicho de la madre de la víctima y por esta misma, que la niña y el procesado compartían el mismo techo, lo que confirma que los hechos ocurrieron tal y como fueron narrados por J.T.P.M.

Asimismo, existe coincidencia en la narración de los hechos que la menor entregó a su tía Sandra Milena Montalegre, a su mamá, a la entrevistadora del CTI y en la anamnesis en el examen sexológico.

De otro lado, se pudo establecer que la menor quedaba en varias oportunidades a solas con su padre, lo que fue aprovechado por éste para cometer la conducta, lo cual, dijo la menor, venía sucediendo desde que ella contaba con nueve o diez años de edad, siendo palpable la reiteración del comportamiento delictual atribuido como actos sexuales con menor de catorce años (...).²⁷

El caso concreto

15. Antes de resolver, se hace necesario examinar el devenir del juicio, que se surtió en varias sesiones llevadas a cabo durante un mismo día.

Luego de las estipulaciones, en las que las partes acordaron dar por demostrado (i) la identidad del acusado, (ii) la edad, menor a 14 años, de J.T.P.M. para fecha de los hechos, y (iii) que esta última es hija del acusado, al debate oral acudieron, en su orden, por convocatoria que hiciera la Fiscalía, GIOVANNA LISA TARALLO ROMO, médica cirujana con

²⁷ Páginas 26 y 27 *Id.*

especialidad en medicina forense, quien practicó una valoración sexológica a la menor el 10 de octubre de 2013; ROCÍO ESMERALDA PÉREZ CELY, psicóloga forense del Instituto Nacional de Medicina Legal, que dio cuenta sobre la evaluación pericial que hizo a la niña el 14 de agosto de 2014, y GLADYS ROCÍO MISSE BONILLA, técnica investigadora del Cuerpo Técnico de Investigación (CTI) que escuchó en entrevista a la adolescente y por cuyo conducto se introdujo esa declaración anterior como prueba de referencia.

A pesar de que en la audiencia preparatoria se decretaron los testimonios de J.T.P.M., CLAUDIA PATRICIA MONTEALEGRE RIVERA²⁸ y SANDRA MILENA MONTEALEGRE (últimas denunciante y madre, y tía de la menor, respectivamente), lo cierto es que, ni siquiera por razón de la orden de conducción librada por el Juez a la policía judicial, ellas acudieron a la vista pública.

16. Pues bien, GIOVANNA LISA TARALLO ROMO leyó la anamnesis, adujo que en el examen físico la menor era colaboradora y gozaba de buen estado físico, y en él concluyó que no hay huellas externas de lesión reciente, himen anular íntegro no elástico, ano y tono normales. La profesional destacó que, aunque sugirió valoración psicológica, ello obedeció a que el delito sexual suele tener impacto sobre las víctimas y los peritos psicológicos hacen valoración sobre ese aspecto²⁹.

²⁸ El Juez decretó el testimonio como prueba común, pues también fue reclamado por la defensa.

²⁹ Minuto 22:43 del registro de audio de la sesión del juicio.

Por su parte, la psicóloga ROCÍO ESMERALDA PÉREZ CELY recordó que, por petición de la Fiscalía, hizo una valoración a JTPM para determinar «*espontaneidad y coherencia de sus relatos*» e indicó que, para desarrollar tal labor, utilizó: la denuncia suscrita por la progenitora de la niña, la narración de esta última en Cámara Gesell, el relato de los hechos consignado en el informe pericial de clínica forense y la entrevista rendida por la tía de la menor.

Destacó que la niña, en la versión que le ofreció directamente, se retractó de su dicho inicial, y al respecto refirió:

...según lo contemplado en la literatura acerca de la retractación, se tiene que la misma se puede dar como parte de un proceso, luego de la revelación de situaciones como las que describió la examinada, y en estos casos, se presentan sentimientos de culpa por haber denunciado a un familiar o un allegado a la familia, ya que con la denuncia se ve afectada no solo la persona a quien se identifica como agresor, sino al resto de la familia y, por ende la menor tratando de volver la situación a la normalidad previa a su revelación, termina retractándose.

En el presente caso se encuentran algunas situaciones que pueden generar el proceso de retractación anteriormente descrito, como son los sentimientos de culpa por haber denunciado a su padre, quien puede ir a la cárcel por esto, lo cual le impediría aportar económicamente a su progenitora, quien no tiene empleo estable, dado que su hija menor se encuentra enferma y debe asistir con frecuencia a citas médicas y a las citas propias del presente proceso, motivo por el cual muestra preocupación al no tener los recursos económicos suficientes para su manutención y la de sus hijas, todo lo cual es conocido por la examinada.

Adicionalmente, se percibe que su familia no creía en su dicho y tanto su madre, como su tía y abuela materna le preguntaban con frecuencia si su relato era cierto.

Señala también que su hermana y madre se han mostrado tristes tras la separación del indiciado, y pese a que la examinada se retractó, manifiesta que no quiere volver a vivir con su padre

La retractación es originada por diversas razones, como las encontradas en este caso, dificultades económicas tras la separación del indiciado, rechazo y presión familiar, sentimientos de culpa por la

separación de la familia lo que le causó gran dolor a su madre y hermana.

Igualmente, según lo encontrado en la literatura se debe tener en cuenta que la retractación más allá de desmentir el relato inicial, lo confirma.³⁰

En las conclusiones, consignó:

Acercas de los hechos en estudio, se encuentra que la menor se retractó de su dicho inicial y según lo encontrado en la literatura se debe tener en cuenta que la retractación más allá de desmentir el relato inicial, lo confirma.³¹

17. Lo anterior pone en evidencia que, como bien lo delató el recurrente en el primer cargo, el Tribunal recayó en un falso juicio de convicción, toda vez que la condena se soportó exclusivamente en prueba de referencia.

En efecto, nótese que el testimonio rendido por la investigadora GLADYS ROCÍO MISSE BONILLA tuvo lugar, justamente, para ingresar la versión que ante ella rindiera JTPM en Cámara Gesell, el cual era necesario para acreditar la existencia de esa declaración anterior y, por ende, para incorporarla como prueba de referencia.

La madre y la tía de JTPM no fueron al juicio y sus entrevistas -tenidas en cuenta por la psicóloga- no se incorporaron como prueba de referencia a la vista pública -y tampoco había permisión legal para ello-; además, las manifestaciones de la niña, plasmadas en la anamnesis del

³⁰ Minuto 28:36 y ss. *Id.*

³¹ Folio 62 de la carpeta.

informe de clínica forense -también utilizadas por la profesional de la psicología- no se introdujeron como prueba de referencia.

Ahora, es imposible tener como prueba de corroboración los testimonios de la psicóloga y de la médica forense, en tanto ninguna de ellas dio cuenta sobre alguna constatación directa del abuso y menos suministraron un dato objetivo que pudiera respaldarlo, como huellas, comportamientos o actitudes de la adolescente.

18. En relación con el dictamen psicológico, vale la pena apuntar que la especialista ROCÍO PÉREZ CELY fue convocada por la Fiscalía para determinar *espontaneidad y coherencia* en el relato inicial de la niña, frente a lo cual nada o casi nada exteriorizó en su experticia. Es más, ninguna mención hizo en torno a síntomas del niño abusado o a cualquier otro efecto psicológico relevante para la solución del caso.

En las conclusiones, solo dio cuenta sobre su percepción frente a una eventual retractación de la menor en la entrevista que le rindiera, la cual -debe recalcarse- no ingresó al juicio como prueba de referencia. De allí que, si no se incorporó, por sustracción de materia ese aspecto no amerita estudio alguno y, por ende, cualquier discusión relacionada con la ausencia de base científica, es intrascendente.

19. Así las cosas, el primer cargo prospera, pues es ostensible que la condena está soportada en prueba de

referencia y ninguno de los demás medios suasorios llevados al juicio suministraron elemento alguno que pudiera tenerse como prueba de corroboración, con lo cual no se pudo derrumbar la presunción de inocencia del acusado.

20. Por consiguiente, se casará el fallo impugnado para, en su lugar, absolver a **NELSON PEÑA ARDILA** del delito por el cual fue acusado.

Como en el expediente consta que existe orden de captura vigente en contra del procesado³², se dispondrá su cancelación.

El Juez de primera instancia cancelará las medidas cautelares personales y reales impuestas a aquél en el presente asunto, así como los registros y anotaciones que este mismo haya originado.

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 la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá para, en su lugar, **absolver** a **NELSON**

³² La número 2019-0783, suscrita por el Juez Coordinador del Centro de Servicios Judiciales Sistema Penal Acusatorio de Bogotá (folio 112 de la carpeta).

PEÑA ARDILA del delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado, en concurso homogéneo y sucesivo.

Segundo: ORDENAR la cancelación de la orden de captura emitida contra **NELSON PEÑA ARDILA**, por solicitud del Juzgado 14 Penal del Circuito con Función de conocimiento de Bogotá.

Tercero: Ordenar al Juez de conocimiento que proceda a cancelar las medidas cautelares reales y personales impuestas al acusado en la presente actuación, así como los registros y anotaciones que se hayan originado.

Cuarto. Contra este proveído no cabe recurso alguno.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE


PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR
presidente


JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA



GERSON CHAVERRA CASTRO



EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

penal@z~



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



JAIME HUMBERTO MORENO ACERO



FABIO OSPITIA GARZÓN



EYDER PATIÑO CABRERA



HUGO QUINTERO BERNATE

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria