

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL**

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR
Magistrada ponente

La información que permite identificar o individualizar al (los) menor (es), fue suprimida por la Relatoría de la Sala de Casación Penal, con el objeto que el contenido de la providencia pueda ser consultado sin desconocer los artículos 33 y 193 de la ley 1098 de 2006 y demás normas pertinentes.

SP-3332 -2016

Radicación n° 43866

(Aprobado Acta n° 80)

Bogotá D.C., dieciséis (16) de marzo de dos mil dieciséis (2016).

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado LFGS en contra el fallo del 25 de febrero de 2014, mediante el cual el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo confirmó la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Segundo Penal

del Circuito de Duitama, que lo condenó a la pena principal de 192 meses de prisión y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término, al hallarlo penalmente responsable del delito de acceso carnal abusivo agravado, de que tratan los artículos 208 y 211, numeral 2º, del Código Penal.

HECHOS

El 24 de mayo de 2010 la señora EJA le pidió a LFGS que le cuidara a sus dos hijos, de tres y ocho años de edad, mientras ella iba a otro lugar a usar el internet. Una vez el niño de ocho años estaba dormido, GS le ofreció al más pequeño, P.S.J.A.¹, un carro de juguete a cambio de que le dejara introducir el pene en su boca (del párvulo) y realizar otros actos sexuales que lo llevaron a eyacular. El señor GS es hijo de la compañera sentimental del abuelo materno de la víctima y en razón de dicho parentesco tenía con el menor contacto habitual.

ANTECEDENTES PROCESALES

El 12 de mayo de 2012 se formuló imputación a LFGS por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, consagrado en el artículo 208 del Código Penal, agravado por el artículo 211, numeral 2, por la posición que tenía el señor GS frente al menor, derivada de su calidad de hijo de la compañera permanente del abuelo materno de la

¹ Se omite el nombre del menor porque así lo ordena la Ley 1098 de 2006.

víctima. En esa misma fecha se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en centro carcelario.

El 31 de julio del mismo año se formuló acusación en contra de GS, bajo los mismos presupuestos fácticos y jurídicos de la imputación.

El 14 de noviembre de 2012 se llevó a cabo la audiencia preparatoria.

La sentencia de primera instancia se emitió el 30 de julio de 2013 y en ella se concluyó que el señor LFGS es penalmente responsable por el delito de acceso carnal abusivo agravado, según los términos de la acusación.

El 25 de febrero de 2014 el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, en el contexto del recurso de apelación interpuesto contra el fallo de primera instancia, confirmó la decisión de primera instancia.

El defensor del procesado interpuso el recurso extraordinario de casación contra el fallo emitido por el Tribunal.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

A la luz de la causal tercera de casación, el defensor del procesado LFGS argumenta que el juzgado que emitió la sentencia condenatoria y el tribunal que la confirmó incurrieron en una violación indirecta de la ley, concretamente en un “*error de derecho por falso juicio de convicción*”.

En su sentir, los juzgadores se equivocaron al evaluar lo que aparece rotulado como “*evidencia documental número 4 de la Fiscalía*”, pues se trata de un informe de policía judicial, preparado por el investigador Robert Edilson Gómez Carrillo, y asumieron equivocadamente que se trata de la entrevista rendida por el niño P.S.J.A.

Al efecto, resalta que la entrevista está reglada en varias normas de la Ley 906 de 2004, orientadas, según dice, a que las preguntas sean “*lógicas, concretas y precisas*”, y a que este tipo de actos de investigación sean documentados por escrito o por grabación magnetofónica o fonóptica. Como soporte de su conclusión cita el contenido del artículo 206 de la Ley 906, el Manual de Policía Judicial expedido por la Fiscalía General de la Nación, así como un documento realizado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses como producto de la Mesa Interinstitucional sobre el rol del psicólogo.

El libelista considera que en este tipo de actuaciones los investigadores tienen la obligación de documentar suficientemente la entrevista, para que las partes puedan

conocer exactamente lo que el testigo dijo, “*sin opiniones ni valoraciones del entrevistador*”, y, además, deben indicar en su informe cómo se realizó el acto de investigación.

Trasladados estos conceptos al caso examinado, concluye que el investigador elaboró el informe pero no cumplió con el deber de documentar la entrevista y, por ello, ésta no pudo ser incorporada como prueba: “*la entrevista como tal, no se registró por ningún medio. Lo que se enunció en la formulación de acusación, lo que se descubrió en la preparatoria, lo que leyó el patrullero ROBERT EDILSON GÓMEZ CARRILLO y finalmente se introdujo en la audiencia de juicio oral, fue el informe FPJ-14 del 28 de mayo de 2010, equivocadamente valorado por los juzgadores como la entrevista realizada al menor*”.

El togado no discute que el documento suscrito por el policía judicial GÓMEZ CARRILLO fue oportunamente descubierto, que en la audiencia preparatoria se surtió el trámite pertinente y, finalmente, se incorporó en el juicio oral sin reparo alguno por parte de la defensa. También acepta que la corta edad del niño y la necesidad de proteger sus intereses justificaron la decisión de no escucharlo en el juicio y, en lugar de su declaración en ese escenario, se podía llevar la entrevista que rindió el 28 de mayo de 2010, pero, reitera, en el formato FPJ-14 suscrito por el investigador “*no aparece entrevista alguna, sino las apreciaciones del funcionario de policía judicial*”.

Considera que en este caso resulta aplicable lo expresado por la Corte Constitucional en la sentencia C-392 de 2000 en el sentido de que los informes de policía judicial no constituyen prueba.

Concluye diciendo que si los falladores no hubieran incurrido en el error de tomar como una entrevista el informe suscrito por el investigador, no habría lugar a la condena, pues la otra prueba aducida durante el juicio oral es claramente insuficiente para desvirtuar la presunción de inocencia del señor GS.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN ORAL

1. Intervención del recurrente

La defensa plantea que la no comparecencia de los niños como testigos a la audiencia de juicio oral limita las posibilidades de contradicción y de inmediación, por lo que se deben cumplir con rigor las reglas previstas en las leyes 1098 de 2006 y 906 de 2004 sobre la forma de realizar y documentar las entrevistas a menores, orientadas a permitir a quienes intervienen posteriormente que puedan verificar las preguntas y respuestas, así como los protocolos seguidos durante el interrogatorio.

Agrega que la prevalencia de los derechos del menor no equivale a la condena del acusado, porque de esa manera la judicialización pierde legitimidad, a lo que debe

sumarse que se trata de delitos que tienen asignadas penas de prisión altas.

Añade que de tiempo atrás, antes de la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004, la Corte Constitucional (no aclara en cuál sentencia) dejó sentado que el informe de policía judicial no puede tenerse como prueba.

Luego, traslada estos conceptos al caso objeto de análisis y concluye que la única prueba de la responsabilidad del acusado es la versión del policía judicial, quien explicitó su interpretación de lo manifestado por el niño, sin que se sepa cuáles fueron las preguntas y cuáles las respuestas.

Basada en lo anterior, solicita a la Sala casar la sentencia recurrida y, en su lugar, emitir fallo absolutorio.

2. Intervención de la Fiscalía General de la Nación

La delegada de la Fiscalía General de la Nación solicita a la Corte no casar el fallo impugnado, por las siguientes razones:

En este caso la entrevista se realizó conforme los lineamientos legales. Prueba de ello es que se llevó a cabo en presencia de la Defensora de Familia y la Psicóloga, bajo el “*protocolo SATAC*”.

El ordenamiento procesal penal regulado en la Ley 906 de 2004 consagra el sistema de libertad probatoria, por lo que la falta de grabación de la entrevista pierde relevancia si se tiene en cuenta que tanto el policía judicial como otros testigos se refirieron a la versión del menor.

Agrega que esta Corporación se ha referido a la obligación de evitar la nueva victimización del menor a través de su exposición en la audiencia de juicio oral, por lo que se deben valorar con plenos efectos las entrevistas rendidas con antelación. Además, -dice- la Corte ha dejado sentado que la entrevista al menor no tiene que ser practicada por un determinado profesional, pues lo fundamental es que la realice una persona idónea para adelantar el procedimiento con respeto de los derechos fundamentales.

De otro lado, resalta que el profesional que practicó el examen médico legal sexológico se refirió a la espontaneidad y coherencia del niño afectado, y que la madre de éste describió la forma cómo el pequeño le relató lo sucedido, declaración (de la madre) que no puede tenerse como prueba de referencia porque se basó en el “relato directo” del pequeño, además que se refirió al comportamiento del menor luego de sucedidos los hechos.

Así, concluye que la falta de grabación de la entrevista del menor no tienen trascendencia y, por tanto, la prueba

debe ser valorada de la misma manera como lo hizo el Tribunal, lo que conduce a desestimar la demanda.

3. Intervención de la Procuraduría General de la Nación

El delegado del Ministerio Público plantea que el cargo no está llamado a prosperar por las siguientes razones:

En primer término, porque si bien es cierto se omitió la grabación de la entrevista a que alude la impugnante, la misma se realizó en presencia de la Defensora de Familia, una psicóloga y la madre del menor, lo que es compatible con lo dispuesto en la Ley 1098 de 2006 en cuanto consagra la obligación de proteger los derechos de los niños, según los lineamientos previstos en el ordenamiento interno y en los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por Colombia.

Agrega que existen otras pruebas que dan cuenta de la responsabilidad penal del procesado, entre ellas, el informe preparado por la psicóloga Claudia Díaz Montoya, quien refiere que lo observado en el menor (agresividad, alteración del lenguaje –tartamudeo ocasional, etc.-), es compatible con la ocurrencia del abuso sexual, y el informe del médico Pedro Sánchez, quien practicó el examen sexológico y fue la primera persona, no perteneciente al grupo familiar del niño, que escuchó su relato. Expone además que el menor

fue coherente en sus varias exposiciones, lo que contribuye a que su versión sea creíble.

El delegado del Ministerio Público considera que en este caso es aplicable lo que ha concluido la Sala en el sentido de que los testimonios de los niños no pueden ser descalificados a priori y que deben ser valorados según los postulados de la sana crítica, en conjunto con los otros medios de conocimiento.

4. Intervención de la Defensora de Familia

La Defensora de Familia solicita a la Sala no casar el fallo, porque: (i) no hay prueba que desvirtúe la hipótesis de la Fiscalía; (ii) la entrevista es creíble porque el menor, en diferentes momentos y ante diferentes personas, reiteró la manera cómo ocurrieron los hechos; (iii) con la declaración de la psicóloga se probó la afectación que sufrió el menor a raíz de estos hechos; y (iv) la no comparecencia del niño al juicio se justificaba porque éste manifestó que no quería referirse de nuevo a los hechos materia de juzgamiento.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. El cargo formulado

La defensa plantea que el fallo condenatorio es producto de la violación indirecta de la ley, por error de derecho derivado de un falso juicio de convicción, en la

medida en que se asumió que el informe presentado por el policía judicial que entrevistó al menor equivale al registro del relato entregado por éste, sin ser ello cierto.

2. A pesar de las deficiencias argumentativas advertidas en su momento por la Sala, la demanda fue admitida con la finalidad de desarrollar la jurisprudencia sobre aspectos centrales de la prueba de referencia, como lo son la demostración de la existencia y contenido de la declaración anterior al juicio y la armonización de los derechos de los niños víctimas de delitos sexuales y las garantías del acusado de confrontar a los testigos de cargo y ejercer la contradicción de la prueba presentada por la Fiscalía, como se anunció en el auto que convocó a la audiencia de sustentación respectiva.

Bajo los anteriores derroteros, para el estudio y decisión de la censura propuesta, la Corte abordará los siguientes temas: (i) el derecho del acusado a confrontar a los testigos de cargo, (ii) el derecho a la confrontación como parámetro determinante para establecer cuando una declaración constituye prueba de referencia, (iii) la demostración de la existencia y contenido de la declaración anterior admitida como prueba de referencia, (iv) la imposibilidad de basar la sentencia únicamente en prueba de referencia (Art. 381), y (v) la armonización de los derechos de los niños que comparecen a la actuación penal en calidad de víctimas de delitos sexuales, con las garantías judiciales mínimas de los procesados.

2.1.1. El derecho del acusado a confrontar a los testigos de cargo

El artículo 29 de la Constitución Política establece que “*quien sea sindicado tiene derecho (...) a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra...*”.

En la sentencia C-537 de 2006 la Corte Constitucional hizo un recorrido sobre su propia línea jurisprudencial en torno al sentido y alcance de este derecho:

El artículo 29 constitucional consagra el derecho fundamental a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en contra del procesado. Se trata de una de las dimensiones más importantes del derecho de defensa, en el sentido de poder utilizar los medios de prueba legítimos, idóneos y pertinentes y a controvertir la evidencia presentada por los otros sujetos procesales. En tal sentido, la Corte ha considerado que (i) el juez sólo puede condenar con base en pruebas debidamente controvertidas que lo llevan a la certeza de la responsabilidad del procesado²; (ii) se trata de una garantía³ que debe ser respetada en cualquier variedad de proceso judicial o administrativo; (iii) para la validez y valoración de las pruebas deberá garantizarse a la contraparte el escenario para controvertirlas dentro del proceso en el que se pretenda hacerlas valer⁴; (iv) el funcionario judicial vulnera el derecho de defensa y desconoce el principio de investigación integral, en aquellos casos en los cuales deja de solicitar, o practicar sin una justificación objetiva y razonable, aquellas pruebas que resultan fundamentales para demostrar las

² Sentencia C- 609 de 1996.

³ Sentencia C- 830 de 2002.

⁴ Sentencia C- 798 de 2003.

*pretensiones de la defensa*⁵; (v) *en virtud del derecho de contradicción, el procesado tiene derecho a oponer pruebas a aquellas presentadas en su contra, vulnerándose esta garantía cuando “se impide o niega la práctica de pruebas pertinentes, conducentes y oportunas en el proceso”*⁶; por otro lado, se refiere a la facultad que tiene la persona para participar efectivamente en la producción de la prueba, “por ejemplo interrogando a los testigos presentados por la otra parte o por el funcionario investigador”⁷ y exponer sus argumentos en torno a lo que prueban los medios de prueba; y (vi) el núcleo esencial del derecho de defensa comprende la posibilidad real y efectiva de controvertir las pruebas⁸.

Así mismo, en sentencia T- 1099 de 2003 la Corte, reagrupando sus líneas jurisprudenciales en materia del derecho a presentar y controvertir las pruebas, estimó que éste comprendía, a favor del procesado, los derechos a (i) presentar y solicitar pruebas; (ii) a controvertir las presentadas en su contra; (iii) el aseguramiento de la publicidad de la prueba, a fin de asegurar el derecho a la contradicción; (iv) derecho a la regularidad de la prueba; (v) el derecho a que de oficio se practiquen las pruebas que resulten necesarias para asegurar el principio de efectividad de los derechos; y (vi) el derecho a que se evalúen por el juzgador las pruebas incorporadas al proceso.

En la misma sentencia (C-537 de 2006) la Corte Constitucional resaltó que el artículo 29 de la Constitución Política debe armonizarse con los Tratados Internacionales sobre derechos humanos suscritos por Colombia, que consagran garantías judiciales mínimas para el acusado en lo concerniente a la práctica de la prueba testimonial. Tal es

⁵ Sentencias T-055 de 1994; T-442 de 1994; T-324 de 1996; T-329 de 1996 y T-654 de 1998.

⁶ Sentencia T- 461 de 2003.

⁷ *Ibidem*.

⁸ Sentencia SU- 014 de 2001.

el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 8º, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 14.

El artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece:

(...)

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

(...)

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos.

En el mismo sentido, el artículo 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos precisa que:

(...)

Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

(...)

e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo.

Así, a la par de las prerrogativas que la ley y la jurisprudencia han derivado del derecho consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, los tratados internacionales en mención consagran a favor del acusado la garantía de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo, a la que se suman la posibilidad de controlar el interrogatorio, lograr la comparecencia, aun por medios

coercitivos, de testigos al juicio, entre otras expresiones del denominado derecho a la confrontación.

Por ahora basta con resaltar que mientras algunas facetas del derecho de contradicción pueden garantizarse incluso cuando el testigo no comparece al juicio oral, como cuando, a pesar de ello, la defensa (o la Fiscalía, según se indicará más adelante), presentan pruebas para rebatir la teoría del caso de su antagonista o cuando aportan evidencia orientada a cuestionar la credibilidad de los testigos de cargo o de descargo, según el caso; el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de la contraparte generalmente se ve truncado, y en el mejor de los casos limitado, cuando se aporta como prueba una declaración rendida por el testigo por fuera del juicio oral.

Por su importancia para la solución del presente caso, y para desarrollar la jurisprudencia en los términos indicados en el auto a través del cual se admitió la demanda de casación, la Sala analizará los aspectos más relevantes del derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo, y los demás elementos estructurales del derecho a la confrontación.

Las garantías judiciales mínimas de que tratan los acápites atrás citados de los artículos 8 y 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, respectivamente, fueron desarrolladas por varias normas de la Ley 906 de 2004.

Así, por ejemplo, el artículo 8, literal k, dispone que el imputado tiene derecho a *“tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con inmediación de las pruebas y sin dilaciones injustificada, en el cual pueda, sí así lo desea, por sí mismo o por conducto de su defensor, interrogar en audiencia a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia, de ser necesario aun por medios coercitivos, de testigos o peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos objeto de debate”*.

Esta norma incorpora varios de los elementos incluidos en los tratados internacionales en mención, entre ellos: (i) el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y, (ii) el derecho a lograr la comparecencia, aun por medios coercitivos, de testigos o peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos.

En idéntico sentido, el artículo 124 ídem dispone que *“la defensa podrá ejercer todos los derechos y facultades que los Tratados Internacionales relativos a Derechos Humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad, la Constitución Política y la ley reconocen en favor del imputado”*, y, en clara reiteración de lo establecido en el artículo 8° de esta codificación, el artículo 125 establece que la defensa tiene las atribuciones de *“interrogar y contra interrogar en audiencia pública a los testigos y peritos”* y *“solicitar al juez la comparecencia, aun por medios coercitivos, de los testigos y peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos materia de debate en el juicio oral”*.

Por su parte, el artículo 15 del mismo estatuto, que consagra el principio de contradicción, dispone que las partes tendrán derecho a conocer y controvertir las pruebas, así como a intervenir en su formación. Allí se dispone expresamente que estas reglas operan frente a las pruebas practicadas en el juicio y para las que se practiquen en forma anticipada.

En el mismo sentido, el artículo 16 de esa codificación dispone que *“en el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a **confrontación**⁹ y contradicción ante el juez de conocimiento...”*. De esta norma cabe destacar que diferencia, por lo menos nominalmente, los derechos de contradicción y confrontación.

La posibilidad de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo a que aluden los tratados internacionales suscritos por Colombia y las normas rectoras atrás relacionados es uno de los elementos estructurales del denominado derecho a la confrontación. Del mismo también hacen parte la posibilidad de lograr la comparecencia de testigos, la oportunidad de controlar el interrogatorio y la posibilidad del acusado de tener frente a frente a los testigos de cargo.

De esta manera, puede entenderse que así como la Convención Americana de Derechos Humanos (Art. 8) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 14)

⁹ Negrillas fuera del texto original

consagran como garantía autónoma lo que en su conjunto conforma el derecho a la confrontación, el artículo 16 de la Ley 906 de 2004 también dota de autonomía ese derecho en cuanto establece que la posibilidad de su ejercicio es requisito para que la prueba pueda ser valorada.

Sin embargo, mientras los artículos 8 y 14 de la CADH y el PIDCP, respectivamente, y el artículo 8 de la Ley 906 de 2004 consagran este derecho para el acusado, los artículos 15 y 16 lo extienden a “*las partes*”, de donde se sigue que el ente acusador también tiene derecho a interrogar a los testigos de la contraparte, controlar el interrogatorio, solicitar la comparecencia de los testigos, aun por medios coercitivos, etcétera.

El derecho a la confrontación, así concebido en los tratados internacionales y en las normas rectoras de la Ley 906 de 2004, es desarrollado a lo largo de este cuerpo normativo. Así, por ejemplo, se disponen herramientas para facilitar el interrogatorio de los testigos presentados por la parte adversa, entre las que se destacan la posibilidad de formular preguntas sugestivas durante el contra interrogatorio y la autorización para utilizar declaraciones anteriores con fines de impugnación, sin perjuicio de la posibilidad de presentar evidencia de refutación, lo que hace parte de un amplio sistema de impugnación de testigos (Arts. 403, entre otros).

En el mismo sentido, se dota a las partes de las herramientas jurídicas para controlar el interrogatorio,

edificadas sobre la idea de que la regla general es que los testigos entreguen su declaración en el juicio oral. Entre ellas se destacan: (i) la posibilidad de objetar las preguntas de los otros intervinientes, e incluso las que formula el juez cuando opta por realizar preguntas complementarias; y (ii) el registro de las audiencias, con lo que puede verificarse el contenido de las declaraciones, bien para su valoración, ora para confrontar al deponente con sus propios dichos.

En cuanto a la posibilidad de lograr la comparecencia de los testigos, el artículo 384 de la Ley 906 de 2004 dispone que *“si el testigo debidamente citado se negare a comparecer, el juez expedirá a la Policía Nacional o a cualquier otro autoridad, orden para su aprehensión y conducción a la sede de la audiencia...”*, lo que es desarrollo de lo establecido en el artículo 8° ídem en el sentido de que el acusado tiene derecho *“a obtener la comparecencia, de ser necesario aun por medios coercitivos, de testigos o peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos objeto de debate”*, prerrogativa que también tiene la Fiscalía, según lo dispuesto en el artículo 384 en cita.

Finalmente, en lo concerniente a la posibilidad de estar frente a frente con los testigos de cargo, esta es, en principio, una consecuencia natural de que las declaraciones se entreguen en el escenario del juicio oral, al que tiene derecho a asistir el acusado y en el que es obligatoria la presencia de la defensa técnica. Tan es así, que cuando el legislador ha querido consagrar excepciones a esta regla, lo ha establecido expresamente, como sucede

en varios artículos de la Ley 1098 de 2006 que serán analizados más adelante.

Aunque la confrontación, entendida en los términos anteriores, está consagrada en los tratados internacionales como una garantía para el acusado (sin perjuicio de que el ordenamiento interno disponga que la Fiscalía tiene derecho a su ejercicio), también debe mirarse como una metodología de depuración de la evidencia, en la medida en que: (i) el control al interrogatorio puede evitar la utilización de preguntas que incidan negativamente el relato del testigo (sugestivas, capciosas, confusas, etc.), (ii) la posibilidad de impugnar la credibilidad del deponente le puede dar mejores herramientas al juez para valorar la prueba, (iii) el registro de la audiencia permite conocer de manera fidedigna el contenido del relato, y (iv) la inmediación del juez con el interrogatorio cruzado del testigo puede favorecer la apreciación del testimonio.

Sumado a lo anterior, la declaración en el escenario del juicio está rodeada de circunstancias que favorecen su confiabilidad, entre ellas: (i) la solemnidad de la audiencia, (ii) la dirección del proceso por parte de un juez, y (iii) la imposición del juramento, entendido como una forma de disuadir al testigo de faltar a la verdad.

Lo anterior es relevante, además, porque los derechos de las víctimas y, en general, el interés de la sociedad en una justicia pronta y eficaz, pueden verse favorecidos con la obtención de declaraciones más confiables merced al

cumplimiento de los requisitos y procedimientos orientados a dicho fin. Lo anterior es así no sólo por los factores de mayor confiabilidad asociados a que la contraparte puede ejercer los derechos de contradicción y confrontación, sino además porque el artículo 381 de la Ley 906 de 2004 dispone expresamente que la condena no puede estar fundamentada exclusivamente en prueba de referencia, esto es, en declaraciones frente a las cuales la defensa no haya tenido la oportunidad de ejercer a plenitud la confrontación, según se explicará en el siguiente numeral. Sobre estos temas regresará la Sala cuando se analice la armonización de los derechos de los acusados y los de los niños que comparecen en calidad de posibles víctimas de abuso sexual u otros delitos graves.

A manera de resumen, la Sala estima conveniente resaltar los siguientes aspectos: (i) el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo, la posibilidad de controlar el interrogatorio, el derecho a estar frente a frente con los testigos de cargo y la posibilidad de lograr la comparecencia de los testigos, aun por medios coercitivos, constituyen las principales expresiones del derecho a la confrontación; (ii) este derecho está consagrado en la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 8, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles, artículo 14, como una garantía judicial mínima del acusado, que fue desarrollada a lo largo de toda la Ley 906 de 2004; (iii) las normas internas, incluyendo el artículo 29 de la Constitución Política, deben interpretarse a la luz de lo

dispuesto en los tratados internacionales en mención; (iv) la posibilidad de ejercer el derecho a la confrontación no es sólo una garantía del procesado; también es un mecanismo de depuración de la prueba, que incluso puede favorecer los derechos de las víctimas a la verdad, justicia, reparación y no repetición, en la medida en que permite contar con mejor evidencia para decidir sobre la responsabilidad penal y, además, evita la aplicación de la tarifa legal negativa prevista en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, y (v) el Estado tiene la obligación de garantizar, en la mayor proporción posible, el derecho a la confrontación, o, visto de otra manera, sólo puede limitarlo en cuanto resulte estrictamente necesario para desarrollar otros aspectos constitucionalmente relevantes.

2.2. El derecho a la confrontación como parámetro determinante para establecer cuándo una declaración anterior al juicio oral puede catalogarse como prueba de referencia

La admisión de declaraciones anteriores al juicio oral, a título de prueba de referencia, impide o limita el ejercicio del derecho a la confrontación, porque, generalmente, la otra parte no tiene la oportunidad de controlar el interrogatorio y formularle preguntas al testigo.

Aunque es posible que la parte contra la que se aduce la prueba de referencia haya tenido la oportunidad de controlar el interrogatorio y formularle preguntas al testigo

cuando entregó su versión por fuera del juicio oral, como cuando se trata de declaraciones rendidas en audiencias preliminares, la constante es que la admisión de este tipo de declaraciones impide el ejercicio del derecho en mención.

Así, en el ámbito constitucional, una de las principales implicaciones de la prueba de referencia es la afectación de la garantía judicial regulada en los artículos 8 y 14 de la CADH y el PIDCP, desarrollada a lo largo de la Ley 906 de 2004, según se indicó en la primera parte de este apartado.

En efecto, cuando una declaración reúne los requisitos para ser catalogada como prueba de referencia (fue rendida por fuera del juicio oral, y se lleva a este escenario como medio de prueba, sin que el testigo esté disponible), se genera un impacto negativo para el ejercicio del derecho a la confrontación, que sólo se ve aminorado cuando la parte contra la que se aduce la prueba tuvo la oportunidad de controlar el interrogatorio y formularle preguntas al testigo (cuando declaró por fuera del juicio).

Si las reglas de prueba de referencia operan “*para preservar la habilidad de una parte a confrontar testigos adversos en corte abierta*”¹⁰, uno de los principales parámetros para establecer si una declaración anterior al juicio oral constituye o no prueba de referencia es, precisamente, la verificación de si con su admisión se afecta dicho derecho.

¹⁰ Vélez Rodríguez, Enrique. La Prueba de Referencia y sus excepciones. Ed. Inter Juris, San Juan: 2010.

Esta tendencia se ve reflejada, por ejemplo, en las Reglas de Evidencia de Puerto Rico, donde, en el artículo 801¹¹, se define lo que debe entenderse por prueba de referencia, y en el artículo 802¹² se precisa que “*no se considerará prueba de referencia una declaración anterior si la persona declarante testifica en el juicio o vista **sujeto a contrainterrogatorio**¹³ en relación con la declaración anterior...*”, sin perjuicio de los otros requisitos allí dispuestos para su admisibilidad.

En el mismo sentido, esta Corporación concluyó que para establecer si una declaración anterior al juicio oral constituye prueba de referencia, debe verificarse si está siendo presentada como parte del tema de prueba (como en los casos de injuria, calumnia, falso testimonio o falsa denuncia, entre otros), o si el propósito de la parte es utilizarla como medio de prueba. En este segundo evento, se activa para el acusado (y también para la Fiscalía, según se indicó en precedencia) el derecho a interrogar o hacer interrogar al testigo y, en general, a ejercer el derecho a la confrontación (CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153).

¹¹ Regla 801. Definiciones

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

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

¹² No empece a lo dispuesto en la Regla 801, no se considerará prueba de referencia una declaración anterior si la persona declarante testifica en el juicio o vista sujeto a contrainterrogatorio en relación con la declaración anterior y ésta hubiera sido admisible de ser hecha por la persona en el juicio o vista, y

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

¹³ Negrillas fuera del texto original.

Este criterio adquiere una especial trascendencia frente a las declaraciones de menores de edad, principalmente cuando han sido víctimas de delitos sexuales, porque la obligación de brindar especial protección a estas víctimas y/o testigos, según los tratados internacionales sobre derechos humanos y la legislación interna, que serán analizados en el punto 5 de este apartado, pueden generar confusión frente a un aspecto de especial relevancia para lo que es objeto de decisión: una cosa es que una declaración anterior se pretenda utilizar como medio de prueba y que dicho uso limite la posibilidad de ejercer las garantías judiciales consagradas en los artículos 8 y 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, respectivamente, desarrolladas a lo largo de la Ley 906 de 2004, según se indicó en el numeral 2.1., y otra muy diferente que dicha limitación se justifique por la necesidad de proteger los derechos de los menores.

Si se analiza en su esencia, una declaración inculpativa no pierde su carácter porque (i) haya sido rendida por un menor de edad o un adulto, (ii) se documente de una determinada manera, o su existencia y contenido se demuestre a través de testimonios y/o dictámenes periciales, o (iii) legalmente se le denomine de una determinada manera: evidencia física, prueba documental, elemento material probatorio, etcétera.

En el caso de declaraciones rendidas por menores de edad por fuera del juicio oral, cuando son presentadas como medio de prueba del abuso, la responsabilidad del acusado o cualquier otro aspecto relevante del tema de prueba, no cabe duda que constituyen prueba de referencia, porque (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.

De ahí que en la Ley 1652 de 2013, que será analizada en el numeral 2.5 de esta apartado, se reguló la manera de recibir las declaraciones de menores de edad en orden a evitar su doble victimización, se fijaron reglas sobre la documentación de este tipo de declaraciones y se dispuso que las mismas constituyen prueba de referencia admisible.

En resumen, para determinar si una declaración anterior al juicio oral, que se lleva al juicio oral, constituye prueba de referencia, deben tenerse en cuenta criterios como los siguientes: (i) establecer cuál es la declaración que podría constituir prueba de referencia (la rendida por fuera del juicio oral); (ii) precisar si la declaración anterior hace parte del tema de prueba (por ejemplo, en los casos de injuria o calumnia) o si está siendo aportada como medio de prueba (sólo en este caso podrá constituir prueba de referencia); (iii) analizar si con la admisión de la declaración anterior, a título de prueba de referencia, se afecta el derecho a la confrontación; (iv) tener en cuenta que el carácter de prueba de referencia de una declaración no depende de la edad del testigo ni de la manera como la legislación denomine un determinado medio de conocimiento, y (v) cuando se trata de declaraciones de menores de edad, víctimas de delitos, debe establecerse cómo se armonizan sus derechos con las garantías debidas al procesado.

2.3. La demostración de la existencia y contenido de la declaración anterior que pretende ser aducida como prueba de referencia

En la práctica judicial suele confundirse la declaración que constituye prueba de referencia (la realizada por fuera del juicio oral, que se lleva al juicio oral como medio de prueba), con el medio utilizado para demostrar que esa declaración existió y cuál es su contenido. En estos casos es

fundamental preguntarse “*quién es verdaderamente el declarante que testifica en su contra –del acusado¹⁴*”, y, como bien se indica en el artículo 437 de la Ley 906 de 2004, sólo puede serlo el testigo que tuvo conocimiento de los hechos y entregó su versión por fuera del juicio oral, mas no el testigo que comparece al juicio a declarar sobre la existencia y contenido de esa declaración. En términos simples, siempre debe indagarse quién es el testigo de cargo y, en consecuencia, frente a quién se activa para el acusado el derecho a la confrontación.

Si una parte pretende aducir como prueba de referencia una declaración anterior al juicio oral, asume la carga de demostrar que esa decisión existió y que su contenido es el que alega según su teoría del caso. Frente a este aspecto también opera el principio de libertad probatoria, según lo indicó la Sala en la decisión CSJ SP, 28 de Oct. 2015, Rad. 44056, donde además se analizó todo el proceso de incorporación de una declaración anterior a título de prueba de referencia.

Como suele suceder con cualquier aspecto incluido en el tema de prueba, frente a la existencia y contenido de la declaración anterior puede debatirse, por ejemplo, si el documento representa de manera fidedigna el relato o si el testigo percibió con exactitud lo expresado por el declarante por fuera del juicio oral, el contexto en el que se hizo la declaración, la intención del declarante, la forma de las

¹⁴ Tribunal Supremo de Puerto Rico, Puerto Rico vs Ángel Santos (2012)

preguntas que dieron lugar a las respuestas del testigo, etcétera¹⁵. En consecuencia, frente a esta temática también deben aplicarse los criterios de valoración de la prueba, bien los consagrados para cada medio en particular (Artículos 404, 420, 432, entre otros, de la Ley 906 de 2004), o los criterios generales atinentes a la sana crítica.

Aunque, según se dijo, la demostración de la existencia y contenido de la declaración anterior está regida por el principio de libertad probatoria, entre otras cosas porque en ocasiones la documentación del relato se puede dificultar por las circunstancias que rodean la declaración (verbigracia, cuando una persona moribunda declara sobre la identidad de quien le ha causado las heridas mortales, o cuando la declaración se hace ante un particular), la Fiscalía debe tomar las medidas necesarias para lograr el mejor registro posible de las declaraciones anteriores al juicio oral, principalmente cuando de antemano se sabe que podrán ser aducidas al juicio oral a título de prueba de referencia, porque con ello se favorece el ejercicio de la contradicción por la contraparte y la valoración que debe realizar el juez para decidir sobre la responsabilidad penal.

En este sentido, la Ley 1652 de 2013 que, valga aclararlo de una vez, no estaba vigente para cuando se adelantó el proceso en contra del procesado GS, en su artículo 2º establece que la entrevista forense de niños, debe ser *“grabada o fijada por cualquier medio audiovisual o*

¹⁵ En el mismo sentido, CHIESA APONTE, Ernesto. Reglas de Evidencia de Puerto Rico. Ed. Luigi Abraham, Pag. 231

técnico en los términos del numeral 1 del artículo 146 de la Ley 906 de 2004”, que, a su turno, dispone que en las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación o la Policía Judicial serán registradas y reproducidas “mediante cualquier medio técnico que garantice su fidelidad, genuinidad u originalidad”.

Aunque las omisiones sobre el particular no conducen inexorablemente a la inadmisión de la declaración anterior, como quiera que se trata de un problema probatorio (la demostración de la existencia y contenido de la declaración anterior), regido, según se dijo, por el principio de libertad probatoria, el adecuado registro de las entrevistas de menores puede generar efectos favorables para la prontitud y eficacia de la justicia, entre otras cosas porque (i) pueden disminuirse los debates sobre la existencia y contenido de la declaración anterior, que es el tema central de la demanda de casación que se analiza, (ii) la defensa tendrá mejores oportunidades para ejercer los derechos del acusado, no obstante los límites que para la confrontación implica la admisión de prueba de referencia, y (iii) el juez tendrá mejores elementos de juicio para valorar la declaración anterior al juicio oral, presentada a título de prueba de referencia.

Lo anterior, se insiste, bajo el entendido de que la jurisprudencia (CSJ AP, 28 Oct. 2015, Rad. 44056 y la que allí se relaciona) estableció la admisión de las declaraciones rendidas por los niños y niñas por fuera del juicio oral a

título de prueba de referencia, para evitar que sean nuevamente victimizados, lo que coincide con lo establecido en la Ley 1652 de 2013 en el sentido de que será prueba de referencia admisible la declaración rendida por fuera del juicio oral por una persona que *“es menor de dieciocho años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo código”*.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que los casos tramitados antes de la Ley 1652 de 2013 deben ser analizados a la luz de la legislación vigente para ese momento y su desarrollo jurisprudencial.

En síntesis, considera la Sala que la demostración de la existencia y contenido de una declaración anterior al juicio oral se rige por las siguientes reglas: (i) se trata de un problema probatorio y, en consecuencia, está regido por el principio de libertad probatoria que inspira toda la actuación penal; (ii) La Ley 906 de 2004, en sus artículos 206 y 146, establece la obligación de documentar de la mejor manera posible las actuaciones de la Fiscalía y la Policía Judicial, lo que fue reiterado en la Ley 1652 de 2013; (iii) la Fiscalía tiene la obligación de procurar el mejor registro posible de las entrevistas o declaraciones juradas, principalmente cuando tienen clara vocación de ser incorporadas en el juicio oral a título de prueba de referencia, para facilitar el ejercicio de los derechos del

acusado, reducir los debates frente a este aspecto y brindarle mejores elementos al juez para la valoración del medio de conocimiento, y (iv) en cada caso debe evaluarse si se demostró o no la existencia y contenido de la declaración anterior al juicio oral que pretende aducirse como prueba de referencia, según las reglas generales y específicas de valoración probatoria.

2.4. La prohibición de basar la condena únicamente en prueba de referencia

El artículo 381 de la Ley 906 de 2004 establece que “*la sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en prueba de referencia*”.

En estricto sentido, se trata de una garantía para el procesado, íntimamente relacionada con el derecho a la confrontación, toda vez que, según se indicó en el apartado 2.2., la reglamentación de la prueba de referencia es una manera de regular el ejercicio de la confrontación, en la medida en que se consagran parámetros para establecer cuándo una declaración anterior al juicio oral puede comprometer dicho derecho (cuando es usada como medio de prueba sin que el testigo esté disponible en el juicio oral, según lo dispone el artículo 437); determina el carácter excepcional de la admisibilidad de la prueba de referencia (Art. 438) y establece la prohibición de que trata el artículo 381.

De hecho, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Superior de España, cuando se analiza la garantía judicial consagrada en el artículo 6º del Convenio Europeo de Derechos Humanos¹⁶, cuya semejanza con los artículos 8º y 14 de la CADH y el PIDCP es evidente, se articulan el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo, la admisión excepcional de declaraciones anteriores al juicio oral (**con las particularidades de esos modelos procesales**) y la prohibición de que la condena se funde exclusivamente en declaraciones frente a las cuales el acusado no ha podido ejercer este derecho:

[A]simismo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que la incorporación al proceso de declaraciones que han tenido lugar en la fase de instrucción no lesiona en todo caso los derechos reconocidos en los párrafos 3d y 1 del art. 6 CEDH, siempre que exista una causa legítima que impida la declaración en el juicio oral, y que se hayan respetado los derechos de defensa del acusado; esto es, siempre que se dé al acusado una ocasión adecuada y suficiente de contestar los testimonios de cargo e interrogar a su autor bien cuando se prestan, bien con posterioridad (SSTEDH de 20 de noviembre de 1989, caso Kostovski; 15 de junio de 1992, caso Lüdi; 23 de abril de 1997, caso Van Mechelen y otros. Como el Tribunal de Estrasburgo ha declarado (STDH de 27 de febrero de 2001, caso Lucá), “los derechos de defensa se restringen de forma incompatible con las

¹⁶ (...)

3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:

(...)

d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra y a obtener la citación e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra;

garantías del artículo 6º del Convenio cuando una condena se funda exclusivamente o de forma determinante en declaraciones hechas por una persona que el acusado no ha podido interrogar o hacer interrogar ni en la fase de instrucción ni durante el plenario”¹⁷.

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 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

¹⁷ Tribunal Supremo de España, STS 459/2015, del cuatro de febrero de 2015.

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).

Otra cosa es que ante la muerte del testigo, o la ocurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el artículo 438 de la Ley 906 de 2004, su declaración deba ser llevada a juicio a título de prueba de referencia, por lo que será necesario presentar pruebas de su existencia y contenido, según los parámetros analizados en el numeral anterior, sin perjuicio de la obligación de agotar todos los trámites para su aducción (CSJ SP, 28 Oct. 2015, Rad. 44056, entre otras).

De otro lado, la Sala ha aclarado que la responsabilidad penal puede establecerse a través de inferencias, a pesar de que en la Ley 906 de 2004 no se incluyó la “*prueba indiciaria*” como un medio de conocimiento, supresión que, sin duda, constituye un

avance conceptual, por las razones expuestas en pasadas decisiones (CSJ SP 30 Mar. 2006, Rad. 24468, entre otras).

En esta línea de pensamiento, no existe duda de que la prueba que acompañe la de referencia, en orden a superar la prohibición consagrada en el artículo 381, puede ser indirecta, porque si la condena puede estar basada exclusivamente en este tipo de pruebas¹⁸, a *fortiori* puede afirmarse que las mismas pueden ser suficientes para superar la restricción objeto de análisis.

En el ámbito de los delitos sexuales, concurren dos situaciones trascendentes frente al análisis del sentido y alcance de la parte final del artículo 381: (i) la tendencia, cada vez más marcada, a evitar que los niños víctimas de abuso sexual concurren al juicio oral, y (ii) la clandestinidad que suele rodear el abuso sexual.

Frente a lo primero, con la expedición de la Ley 1652 de 2013 se consolidó lo que jurisprudencialmente se había planteado en torno a la necesidad de evitar que los niños sean doblemente victimizados, lo que puede suceder con su comparecencia al juicio oral¹⁹. Así, es posible que en muchos casos la Fiscalía deba apelar a la presentación de estas declaraciones a título de prueba de referencia, como expresamente lo permite el artículo 3º de la ley en mención, y, en consecuencia, se vea avocada a asumir las cargas

¹⁸ CSJ SP, 30 Mar. 2006, Rad. 24468, CSJ SP, 24 Ene. 2007. Rad. 26618, entre otras.

¹⁹ CSJ SP, 28 Oct. 2015, Rad. 44056; CSJ SP, 18 May. 2011, Rad. 33651; CSJ SP, 10 Mar. 2010, Rad. 32868; CSJ SP, 19 Agos. 2009, Rad. 31959, entre otras

derivadas de lo estatuido en el varias veces citado artículo 381, lo que necesariamente obliga a realizar una investigación mucho más exhaustiva.

Pero, de otro lado, la clandestinidad que suele caracterizar estos delitos generalmente impide que la prueba de referencia esté acompañada de otras pruebas “*directas*”, lo que no significa la imposibilidad práctica de realizar actos de investigación que permitan obtener prueba de hechos o circunstancias de los que pueda inferirse que los hechos ocurrieron tal y como los relata la víctima.

Así, por ejemplo, el examen sexológico puede corroborar lo atinente al acceso carnal, la presencia en la víctima de una enfermedad venérea, que también padece el procesado, puede confirmar que hubo entre ambos un contacto de carácter sexual, lo que también puede inferirse de la presencia de fluidos del procesado en el cuerpo o la ropa de la víctima, e incluso en el lugar donde ocurrió el abuso sexual. ***Esto último requiere de la oportuna y cuidadosa intervención de la Policía Judicial, pues este tipo de evidencias pueden ser eliminadas o alteradas fácilmente.***

En el derecho español se ha acuñado 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

procesado²⁰; (ii) el daño psíquico causado a raíz del ataque sexual²¹; (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.

En esta línea, el Tribunal Supremo de España expuso:

[t]ales criterios o requisitos, reiteradamente mencionados, son: a) ausencia de incredibilidad subjetiva, derivada de las relaciones entre la declarante y el acusado, que pudieran conducir a la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier otra índole semejante, que prive a esa declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre; b) verosimilitud, es decir constatación de la concurrencia de algunas corroboraciones periféricas de carácter objetivo, que avalen lo que no es propiamente un testimonio (declaración de conocimiento prestada por una persona ajena al proceso) sino una declaración de parte, en cuanto que la víctima puede personarse como parte acusadora o perjudicada civilmente en el procedimiento o, cuando menos, la inexistencia de datos de tal carácter objetivo, que contradigan la veracidad de la versión de la víctima; y c) persistencia en la incriminación, que debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones ya que la única posibilidad de evitar la situación de indefensión del acusado que proclama su inocencia, es la de permitirle que cuestione eficazmente la declaración que le incrimina, poniendo de relieve aquellas contradicciones que, valoradas, permitan alcanzar la conclusión de veracidad²².

²⁰ Tribunal Supremo de España, ATS 6128/2015, del 25 de junio de 2015

²¹ ídem

²² ATS 6128/2015

Es claro que no es posible, ni conveniente, hacer un listado taxativo de las formas de corroboración de la declaración de la víctima, porque ello dependerá de las particularidades del caso. No obstante, resulta útil traer a colación algunos ejemplos de corroboración, con el único propósito de resaltar la posibilidad y obligación de realizar una investigación verdaderamente exhaustiva: (i) el daño psíquico sufrido por el menor; (ii) el cambio comportamental de la víctima; (iii) las características del inmueble o el lugar donde ocurrió el abuso sexual; (iv) la verificación de que los presuntos víctima y victimario pudieron estar a solas según las circunstancias de tiempo y lugar incluidas en la teoría del caso; (v) las actividades realizadas por el procesado para procurar estar a solas con la víctima; (vi) los contactos que la presunta víctima y el procesado hayan tenido por vía telefónica, a través de mensajes de texto, redes sociales, etcétera; (vii) la explicación de por qué el abuso sexual no fue percibido por otras personas presentes en el lugar donde el mismo tuvo ocurrencia, cuando ello sea pertinente; (viii) la confirmación de circunstancias específicas que hayan rodeado el abuso sexual, entre otros.

En todo caso, debe tener claro la Fiscalía que la admisión de prueba de referencia, sin posibilidades de ejercer el derecho a la confrontación, no sólo implica la limitación de los derechos del procesado, sino además la obligación de realizar una investigación especialmente meticulosa, bien para hacer frente a la restricción consagrada en el artículo 381 del ordenamiento procesal

penal y para brindarle al juez mejores elementos de juicio para decidir sobre un tema de tanta trascendencia para los derechos fundamentales como lo es la responsabilidad penal.

Finalmente, debe insistirse en que una cosa es que la sentencia condenatoria no pueda estar fundamentada exclusivamente en prueba de referencia y otra muy diferente la valoración de la pluralidad de medios de conocimiento aportados por la Fiscalía para soportar su teoría del caso.

La prohibición consagrada en el artículo 381 es una cuestión de *derecho*, en la medida en que el legislador dispuso que en ningún caso la condena puede estar basada exclusivamente en prueba de referencia. De ahí que este tipo de asuntos, en el contexto del recurso extraordinario de casación, deben ser alegados por la senda de la violación indirecta de la ley sustancial, por error de derecho por falso juicio de convicción.

Una vez verificado el carácter plural de las pruebas orientadas a soportar la teoría del caso de la Fiscalía, su valoración debe hacerse a la luz de los criterios establecidos para cada medio de conocimiento en particular, sin perjuicio de la obligación de valorar las pruebas en su conjunto y de considerar los criterios estructurales de la sana crítica: máximas de la experiencia, conocimiento técnico científico y reglas de la lógica.

Al efecto debe tenerse en cuenta que la admisión de una declaración anterior a título de prueba de referencia no significa que se le esté otorgando un determinado valor probatorio. En el mismo sentido, la existencia de otras pruebas de responsabilidad, que acompañen a la de referencia, no significa que proceda la emisión de la condena. En cada caso debe hacerse la valoración individual y conjunta de la prueba, con el fin de verificar si las mismas permiten alcanzar el estándar de conocimiento establecido en la ley como presupuesto de la condena: convencimiento más allá de duda razonable.

Lo anterior sin perjuicio de que lo dispuesto en la parte final del varias veces citado artículo 381 sea trasgredido de forma velada, cuando la responsabilidad está basada exclusivamente en prueba de referencia, pero para ocultar esa realidad procesal se enuncian “pruebas” que terminan siendo impertinentes o inconexas con los aspectos factuales determinantes del juicio de responsabilidad. En todo caso, la parte que alegue este tipo de vicios tendrá la carga de elegir la causal de casación adecuada y asumir las respectivas cargas argumentativas.

En suma, frente a la restricción consagrada en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, deben tenerse en cuenta aspectos como los siguientes: (i) la prueba de referencia no puede asimilarse automáticamente a prueba indirecta; (ii) así como la responsabilidad penal puede estar

basada en prueba indirecta, la prohibición de basar la condena únicamente en prueba de referencia puede ser superada con este tipo de pruebas (indirectas); (iii) la Fiscalía tiene el deber de realizar lo que esté a su alcance para lograr la corroboración de la versión de la víctima, incluso a través de las denominadas “corroboraciones periféricas”; y (iv) una cosa es la prohibición legal de que la condena esté basada exclusivamente en prueba de referencia, y otra que las pruebas plurales –algunas pueden ser de referencia- sean suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia, según el estándar de conocimiento establecido por el legislador.

2.5. Armonización de los derechos del acusado y los derechos de los niños que comparecen a la actuación penal en calidad de posibles víctimas de delitos sexuales

En el apartado inicial se hizo alusión a las garantías judiciales del acusado, especialmente el derecho a confrontar a los testigos de cargo. Por tanto, en este acápite se analizarán los siguientes temas: (i) los derechos de los menores que comparecen a la actuación penal en calidad de probables víctimas de delitos sexuales, (ii) la armonización de los derechos del acusado y los derechos de los menores en el derecho comparado, y (iii) la armonización de los derechos del acusado y los derechos de los menores en el ordenamiento interno.

2.5.1. Los derechos de los menores que comparecen a la actuación penal en calidad de posibles víctimas de delitos sexuales (y otros delitos graves)

Este tema ha sido ampliamente desarrollado por la jurisprudencia nacional, tanto de la Corte Constitucional como de esta Corporación. En la sentencia CSJ SP, 28 Oct. 2015, Rad. 44056 la Sala hizo las siguientes precisiones sobre el particular:

De tiempo atrás la jurisprudencia ha decantado las razones de orden constitucional que justifican la admisión de las declaraciones anteriores de niños abusados sexualmente, 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.

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 abuso sexual.

Al analizar la constitucionalidad de los artículos 1º, 2º y 3º de la Ley 1652 de 2013, la Corte resaltó la obligación de considerar el principio pro infans en las decisiones que deben tomar los funcionarios judiciales y la obligación de brindar el mayor nivel de protección posible a los menores víctimas de abuso sexual; dijo:

Resulta diáfano que acorde con diversos tratados internacionales, la Constitución y múltiples normas contenidas en el ordenamiento interno, existe un mandato general válidamente fundado para que se garantice el restablecimiento de los derechos de los niños que hayan sido víctimas de delitos, cualquiera que sea su naturaleza y en especial aquellos contra la libertad, integridad y formación sexuales, situaciones que de suyo afectan gravemente sus derechos fundamentales ampliamente reconocidos.

Acorde con algunos de los matices de los derechos de las víctimas brevemente reseñados, donde se recalca la preponderancia no sólo del acceso efectivo a la administración de justicia, sino de la salvaguarda de la dignidad humana para prevenir la revictimización, y en consonancia con el interés superior de los menores de edad, como quedo visto, constitucionalmente y legalmente se ha recalcado la importancia de adoptar medidas dentro del proceso penal que no afecten a los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos, en particular aquellas afligidas por execrables conductas de carácter sexual.

Bajo esos derroteros, ha sido un querer común internacional²³ proteger a los menores de edad víctimas de delitos sexuales, atendiendo básicamente dos aspectos. En primer lugar, la corta edad de la víctima quien está en formación física y psicológica y, en segundo, la ignominiosa naturaleza de esos comportamientos sujetos a reproche penal, la cual afecta negativamente el desarrollo personal, moral y psíquico del agredido.

En tal sentido, hizo énfasis en los pronunciamientos proferidos en el plano internacional donde se resalta que los juicios por delitos sexuales pueden resultar tortuosos para las víctimas, lo que es incompatible con la obligación que tiene el Estado de brindar especial

²³ Entre otros, el Tribunal Constitucional Español en varios pronunciamientos ha recalcado el trato preferente y cuidadoso que debe brindarse a los menores de edad víctimas de delitos sexuales, como se indicará con mayor profundidad más adelante.

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.

En este orden de ideas, consideró ajustado a la Constitución Política lo establecido en los tres primeros artículos de la Ley 1652 de 2013²⁴,

²⁴ Artículo 1°. Adiciónese el artículo 275 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, con el siguiente párrafo: También se entenderá por material probatorio la entrevista forense realizada a niños, niñas y/o adolescentes víctimas de los delitos descritos en el artículo 206A de este mismo código.

Artículo 2°. Adiciónese un artículo nuevo a la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, numerado 206A, el cual quedará así: Artículo 206A. Entrevista forense a Niños, Niñas y Adolescentes Víctimas de Delitos tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, relacionados con violencia sexual. Sin perjuicio del procedimiento establecido en los artículos 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199 y 200 de la Ley 1098 de 2006. por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia, cuando la víctima dentro de un proceso por los delitos tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo código sea una persona menor de edad. se llevará a cabo una entrevista grabada o fijada por cualquier medio audiovisual o técnico en los términos del numeral 1 del artículo 146 de la Ley 906 de 2004. para cuyos casos se seguirá el siguiente procedimiento: d) La entrevista forense de niños, niñas o adolescentes víctimas de violencia sexual será realizada por personal del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación entrenado en entrevista forense en niños, niñas y adolescentes, previa revisión del cuestionario por parte del Defensor de Familia. sin perjuicio de su presencia en la diligencia. En caso de no contar con los profesionales aquí referenciados, a la autoridad competente le corresponde adelantar las gestiones pertinentes para asegurar la intervención de un entrevistador especializado. Las entidades competentes tendrán el plazo de un año, para entrenar al personal en entrevista forense. En la práctica de la diligencia el menor podrá estar acompañado, por su representante legal o por un pariente mayor de edad; e) La entrevista forense se llevará a cabo en una Cámara de Gesell o en un espacio físico acondicionado con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva de la víctima y será grabado o fijado en medio audiovisual o en su defecto en medio técnico o escrito; f) El personal entrenado en entrevista forense, presentará un informe detallado de la entrevista realizada. Este primer informe deberá cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 209 de este código y concordantes, en lo que le sea aplicable. El profesional podrá ser citado a rendir testimonio sobre la entrevista y el informe realizado. Parágrafo 10. En atención a la protección de la dignidad de los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales, la entrevista forense será un elemento material probatorio al cual se acceda siempre y cuando sea estrictamente necesario y no afecte los derechos de la víctima menor de edad, lo anterior en aplicación de los criterios del artículo 27 del Código de Procedimiento Penal. Parágrafo 2°. Durante la etapa de indagación e investigación, el niño, niña o adolescente víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual, tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo código, será entrevistado preferiblemente por una sola vez. De manera excepcional podrá realizarse una segunda entrevista, teniendo en cuenta en todo caso el interés superior del niño, niña o adolescente.

Artículo 3°. Adiciónese al artículo 438 de la Ley 906 de 2004, un literal del siguiente tenor: e) Es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad,

donde se regula la forma como debe tomarse la entrevista a los menores y se dispone que las versiones entregadas por éstos por fuera del juicio oral pueden ser admitidas como prueba de referencia, con lo que se evita su presencia en la fase de juzgamiento y, con ello, que el trámite procesal se convierta en otro escenario de victimización.

Además, la Corte Constitucional reseña las normas de carácter interno orientadas a garantizar los derechos de los niños víctimas de delitos sexuales, entre las que destaca la Ley 1098 de 2006 (Ley de Infancia y Adolescencia) y la Ley 1652 de 2013, y a renglón seguido resalta que “bajo tales supuestos, la Constitución y la ley especializada en la protección de menores de edad, imponen a la autoridad judicial tener presentes tales criterios, entre otros, de modo que se garantice la satisfacción de sus intereses y se evite ponerlos en riesgo frente a eventuales nuevos actos de agresión”.

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 referida²⁵.

2.5.2. La armonización de los derechos del acusado y los derechos de los menores, en el derecho comparado

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.

²⁵ La Corte hizo alusión, entre muchas otras, a la sentencia C57 del 11 de marzo de 2013, emitida por el Tribunal Constitucional de España, donde se relaciona la línea del tribunal ibérico sobre este aspecto. Además, trajo a colación varios pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre ellos el emitido en el caso Gani contra España.

La búsqueda del equilibrio entre las garantías del procesado, los derechos de las víctimas y el legítimo interés en la eficacia de la administración de justicia, ha dado lugar a la emisión en el plano internacional de una serie de reglas que pueden servir de referente para la labor que en esta oportunidad acomete la Sala.

En España, por ejemplo, recientemente el Tribunal Supremo –Sala Penal-, en un caso por abuso sexual a un menor de edad²⁶, hizo un análisis pormenorizado de la jurisprudencia interna y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la forma de armonizar los derechos de los niños que comparecen al proceso en calidad de presuntas víctimas de delitos sexuales y los derechos del procesado.

Inicialmente, cabe resaltar que la norma en torno a la cual gira el análisis de la jurisprudencia española relacionada a continuación (Art. 6º del Convenio Europeo de Derechos Humanos²⁷) tiene un contenido semejante al de los artículos 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a que se hizo alusión en precedencia, lo que la reviste de mayor utilidad para el estudio de la temática que ocupa la atención de la Corte.

²⁶ Tribunal Supremo de España –Sala de lo Penal-, sentencia 459 del 4 de febrero de 2015.

²⁷ (...)

3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:

(...)

d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra y a obtener la citación e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra.

En primer término, el Tribunal Supremo se refirió a la importancia de esclarecer este tipo de delitos y de imponer a los responsables las sanciones que correspondan:

[l]os delitos contra la libertad sexual, máxime cuando afecten a menores de edad, merecen un especial reproche moral y social que impone una contundente reacción penal, proporcionada a su acentuada gravedad, a la especial relevancia del bien jurídico contra el que atentan y a la reforzada tutela que dichas personas merecen como víctimas de los mismos.

Pero a renglón seguido aclara que para lograr dichos fines no es posible degradar las garantías judiciales de los procesados:

Pero siendo todo ello cierto (la gravedad de los delitos sexuales y la obligación estatal de salvaguardar los derechos de los niños), en ningún caso puede aceptarse que el carácter odioso de los hechos denunciados determine una degradación de las garantías propias del proceso penal y especialmente del derecho constitucional a la presunción de inocencia, que constituye un derecho fundamental y presupuesto básico de todas las demás garantías del proceso...

En el ámbito del derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo (Art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos), el Tribunal Supremo concluyó que, por regla general, los menores de edad deben ser interrogados en el juicio oral, con las salvaguardas necesarias para proteger su integridad psíquica. Agregó que de ser necesario reemplazar la declaración en el juicio oral

por la vertida por fuera de este escenario, deben garantizarse los derechos del procesado:

Esta Sala ha estimado (SSTS 96/2009 de 10 de marzo, 743/2010, de 17 de junio, 593/2012, de 17 de julio y 19/2013, de 9 de enero, entre otras) que la previsión de “imposibilidad de practicar una prueba testifical en el juicio oral, exigible para justificar la práctica anticipada de la prueba durante la instrucción, incluye los riesgos de victimización secundaria, especialmente importantes en menores de muy corta edad, cuando sea previsible que dicha comparecencia pueda ocasionar daños psicológicos a los menores. Serán, pues, las circunstancias del caso las que, mediante un razonable equilibrio de los derechos en conflicto, especialmente la defensa del interés del menor y el derecho fundamental del acusado a un juicio con todas las garantías, aconsejen o no la ausencia del menor en el juicio, valorando las circunstancias concurrentes. Es evidente que no se puede, ni se debe, sustituir la regla general de la presencia del testigo en el acto del juicio oral por la regla general contraria cuando se trate de menores.

(...)

Cuando existan razones fundadas y explícitas (informe psicológico sobre un posible riesgo para los menores en caso de comparecer), puede prescindirse de dicha presencia en aras de la protección de los menores. Pero ha de hacerse siempre salvaguardando el derecho de defensa del acusado, por lo que tiene que sustituirse la declaración en el juicio por la reproducción videográfica de la grabación de la exploración realizada durante la instrucción judicial de la causa, en cuyo desarrollo haya sido debidamente preservado el derecho de las partes a introducir a los menores cuantas preguntas y aclaraciones estimen necesarias, y ordinariamente practicadas en fechas próximas a la ocurrencia de los hechos perseguidos.

Posteriormente, el Tribunal Supremo resalta que atendiendo los tratados internacionales orientados a la

protección de los niños, especialmente cuando han sido víctimas de delitos sexuales, *“es posible, ya desde la fase de instrucción, dar protección a los intereses de las víctimas, sin desatender el derecho de defensa, acordando que la exploración de los menores se realice ante expertos, en presencia del Ministerio Fiscal, acordando su grabación para una posterior utilización y asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes”*, siempre bajo las medidas necesarias para evitar la afectación psíquica del menor.

Resalta, además, que son tres aspectos claves de la contradicción: (i) *“conocer la existencia de la exploración”* (interrogatorio); (ii) *“acceder a su contenido mediante la grabación audiovisual”*, y (iii) *“tener la posibilidad procesal de cuestionarla, durante su realización o un momento posterior, indicando aquellos aspectos adicionales sobre los que la defensa considera deben ser interrogados”*.

Finalmente, la jurisprudencia española destaca la manera como este tema ha sido abordado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH):

En este sentido el TEDH ha declarado que la incorporación al proceso de declaraciones que han tenido lugar en la fase de investigación del delito no lesiona por sí misma los derechos reconocidos en los párrafos 3.d y 1 del artículo 6 del CEDH, siempre que exista una causa legítima que impida la declaración en el juicio oral y que se hayan respetado los derechos de defensa del acusado; esto es, siempre que se dé al acusado una ocasión adecuada y suficiente de contestar el testimonio

de cargo e interrogar a su autor bien cuando se presta, bien con posterioridad (SSTWDJ de 20 de noviembre de 1989, caso Kostovski; 15 de junio de 1992, caso Lüdi; 23 de abril de 1997, caso Van Mechelen y otros; 10 de noviembre de 2005, caso Bocos-Cuesta, y de 20 de abril de 2006, caso Carta).

Por ello, de forma reiterada, el Tribunal Europeo ha declarado en los pronunciamientos citados que “los derechos de defensa se restringen de forma incompatible con las garantías del art. 6 CEDH cuando una condena se funda exclusivamente o de forma determinante en declaraciones hecha por una persona a la que el acusado no ha podido interrogar o hacer interrogar ni en la fase de instrucción ni durante el plenario”.

En el plano latinoamericano, la Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (UNODC), en la Opinión Técnica Consultiva Nro. 001 de 2014, realizó una propuesta de armonización de los derechos del procesado y los derechos de los menores que comparecen en calidad de víctimas de delitos sexuales, materializada en “*el uso del anticipo de prueba para disminuir la revictimización de los niños, niñas y adolescentes en la República de Panamá*”.

El concepto, emitido en el marco de la implementación del sistema acusatorio en la República de Panamá, considera los siguientes aspectos: (i) la obligación de los Estados de proteger la integridad de los niños que comparecen al proceso en calidad de víctimas, de acuerdo a los tratados internacionales que han regulado esta materia; (ii) la definición de victimización secundaria (daño causado a víctimas o testigos durante el proceso); (iii) la necesidad

de armonizar los derechos de las víctimas con los derechos de los procesados, y (iv) la utilidad de interpretar las normas que regulan la prueba anticipada a la luz del “*corpus juris del derecho internacional de los derechos del niño*”.

Sobre el anterior concepto, en la Opinión Técnica Consultiva se concluye:

En este sentido, UNODC ROPAN ES DE LA OPINIÓN que a través del uso del anticipo de prueba en una Cámara Gesell se puede recabar el testimonio como prueba, en una única diligencia, que será presentada e introducida por su reproducción o lectura en el juicio oral. Si la prueba anticipada es utilizada de manera correcta y en estricta observancia de las normas nacionales e internacionales, el testimonio (la prueba) será recogido por única vez y no será necesario volver a convocar a la víctima o testigos para que se realice de nuevo una entrevista, de esta manera se logra reducir la revictimización; además al ser grabada en la Cámara Gesell, se tiene una constancia (grabación) de lo ocurrido.

UNODC ROPAN señala que el anticipo de prueba es una de las diligencias en el SPA que de ser utilizadas correctamente puede ser un instrumento para la reducción de la revictimización. Tal como se ha revisado en la legislación panameña, queda establecido que lo que se realice en la audiencia de anticipo jurisdiccional de la prueba debe tener una constancia de lo sucedido por medio de una grabación en audio o video.

De otro lado, el Código de Procedimiento Penal de Chile, en su artículo 191 bis, dispone expresamente la posibilidad de recibir la declaración de los menores víctimas de delitos sexuales a título de prueba anticipada, bajo el

entendido de que la declaración deberá practicarse en el juicio si varían las circunstancias que llevaron a adoptar esta medida excepcional:

Artículo 191 bis.- Anticipación de prueba de menores de edad. El fiscal podrá solicitar que se reciba la declaración anticipada de los menores de 18 años que fueren víctimas de alguno de los delitos contemplados en el Libro Segundo, Título VII, párrafos 5 y 6 del Código Penal. En dichos casos, el juez, considerando las circunstancias personales y emocionales del menor de edad, podrá, acogiendo la solicitud de prueba anticipada, proceder a interrogarlo, debiendo los intervinientes dirigir las preguntas por su intermedio. Con todo, si se modificaren las circunstancias que motivaron la recepción de prueba anticipada, la misma deberá rendirse en el juicio oral. La declaración deberá realizarse en una sala acondicionada, con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva del menor de edad. En los casos previstos en este artículo, el juez deberá citar a todos aquellos que tuvieren derecho a asistir al juicio oral.

En Chile actualmente se tramita un proyecto de reforma orientado a regular las entrevistas grabadas de menores víctimas de delitos sexuales. Los análisis previos han considerado la necesidad de armonizar los derechos de los niños y de los procesados, especialmente el derecho a contrainterrogar a los testigos de cargo, para lo que se han considerado las formas como este asunto ha sido tratado en varios países del mundo²⁸.

²⁸ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Informe sobre declaración video grabada de menores de edad. Estándares internacionales y legislación comparada. Elaborado para la Comisión de Constitución, legislación, justicia y reglamento del Senado, en el marco de la discusión del Proyecto de Ley que regula entrevistas grabadas en video y otras medidas de resguardo a menores de edad víctimas de delitos sexuales. Boletín Nro. 9.245-07, en primer trámite.

En síntesis, la Sala encuentra que en el plano internacional 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.

2.5.3. La armonización de los derechos del acusado y los derechos de los menores, en el derecho interno

Esta temática será abordada a partir de los siguientes conceptos: (i) la obligación de interpretar las normas que regulan la práctica de la prueba a la luz de los derechos del acusado y de los menores que comparecen en calidad de probables víctimas de delitos sexuales, y (ii) la manera como el legislador armonizó estos bloques de derechos.

2.5.3.1. La obligación de interpretar las normas que regulan la prueba testimonial a la luz de los derechos del acusado y los derechos de los menores

La actuación penal es escenario natural de colisión de asuntos constitucionalmente relevantes, entre otras cosas porque (i) el Estado está habilitado para realizar actos de investigación que afectan derechos fundamentales (allanamiento y registro, interceptaciones de comunicaciones, toma de muestras, entre otros); (ii) se pueden imponer medidas cautelares personales o reales; (iii) las víctimas tienen derecho a la verdad, justicia, reparación y no repetición; (iv) la sociedad tiene interés legítimo en que los delitos sean esclarecidos y sus responsables sancionados; (v) los derechos de los procesados deben restringirse en la menor proporción posible; y (vi) deben protegerse las garantías judiciales mínimas de los procesados.

De tiempo atrás la Corte Constitucional ha emitido múltiples pronunciamientos en torno a la obligación de procurar la mayor eficacia posible de las normas jurídicas que entran en colisión en un determinado caso, pues siempre debe tenerse presente que

El principio de armonización concreta impide que se busque la efectividad de un derecho mediante el sacrificio o restricción de otro. De conformidad con este principio, el intérprete debe resolver las colisiones entre bienes jurídicos, de forma que se maximice la efectividad de cada uno de ellos. La colisión de derechos no debe,

por lo tanto, resolverse mediante una ponderación superficial o una prelación abstracta de uno de los bienes jurídicos en conflicto. Esta ponderación exige tener en cuenta los diversos bienes e intereses en juego y propender su armonización en la situación concreta, como momento previo y necesario a cualquier jerarquización o prevalencia de una norma constitucional sobre otra. El principio de armonización concreta implica la mutua delimitación de los bienes contrapuestos, mediante la concordancia práctica de las respectivas normas constitucionales, de modo que se asegure su máxima efectividad. (Entre otras, Sentencia T-425 de 1995).

En el ámbito penal, la Corte Constitucional ha hecho hincapié en la necesidad de lograr un punto de equilibrio entre los derechos del procesado, los derechos de las víctimas y el interés público en que se haga justicia, en la medida en que *“ambos extremos se unen en el fin común de que se administre justicia de manera imparcial, pronta y con el respeto de las garantías constitucionales”* (C-822 de 2005).

En otros pronunciamientos, la Corte Constitucional ha dejado sentado que el estatuto procesal penal debe interpretarse a la luz de los tratados internacionales y las normas internas orientadas a proteger los derechos de los menores que comparecen a la actuación penal en calidad de probables víctimas de delitos sexuales u otros delitos graves (T-077 de 2010, T-117 de 2013 y C-177 de 2014, entre otras).

De otro lado, el alto tribunal ha resaltado que las garantías judiciales del acusado consagradas en los tratados internacionales suscritos por Colombia,

concretamente el derecho a interrogar o hacer interrogar los testigos de cargo, consagrado en los artículos 8 y 14 de la CADH y el PIDCP, respectivamente, también deben ser consideradas para establecer el sentido y alcance de las normas que regulan el proceso penal (C-537 de 2006). Cabe resaltar que la Corte Constitucional hizo estos planteamientos al analizar las normas de la Ley 600 de 2000 que consagran la posibilidad de que el acusado comparezca como testigo en contra de otras personas, y concluyó que en esos casos, en aplicación de las garantías consagradas en los tratados internacionales en mención, se le debe dar la oportunidad a quien resulte afectado con dicha declaración de contra interrogar al testigo.

Lo planteado por la Corte Constitucional en la sentencia C-537 tiene especial trascendencia en el contexto de la Ley 906 de 2004, porque la garantía judicial que analizó en esa oportunidad (el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo) fue consagrada expresamente en las normas rectoras y desarrollada en el articulado que se ocupa de la prueba testimonial, según se indicó en el apartado 2.1.

2.5.3.2. La manera como el legislador armonizó los derechos del procesado, los derechos de las víctimas y el interés de la sociedad en que se administre justicia de manera pronta y eficaz

En materia de prueba testimonial, el legislador estableció varias reglas, claramente orientadas a ponderar los aspectos constitucionales en juego. En ese entramado normativo pueden distinguirse: (i) las reglas generales, aplicables a cualquier testigo, (ii) las reglas generales aplicables cuando un menor comparece a la actuación penal en calidad de víctima o testigo de cualquier delito, (iii) las normas específicas para cuando el menor tiene la calidad de posible víctima de un delito sexual o de alguno de los delitos incluidos en la Ley 1652 de 2013, a los que se hará alusión más adelante.

2.5.3.2.1. Las reglas generales, aplicables a cualquier testigo

El derecho de los procesados a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo (y los demás componentes del derecho a la confrontación), encuentra desarrollo cuando (i) se establece como regla general que los testigos deben declarar en el juicio oral; (ii) se brindan herramientas para hacer efectiva la impugnación de testigos; (iii) se dispone que, por regla general, la prueba de referencia es inadmisibles (Art. 438); (iv) se limita la declaración de los testigos a lo que les conste directa y personalmente (Art. 402); entre otros.

En la reglamentación general de la prueba testimonial el derecho a la confrontación encuentra su principal limitación en las normas que permiten la admisión

excepcional de prueba de referencia (Arts. 437 y siguientes de la Ley 906 de 2004), aunque el desequilibrio que de ello puede derivarse se compensa con lo dispuesto en el artículo 381 ídem en el sentido de que la condena no puede basarse exclusivamente en ese tipo de declaraciones.

Estas reglas son aplicables a cualquier testigo, incluso cuando se trata de menores de edad, porque, a manera de ejemplo, puede suceder que un niño haya rendido una declaración anterior al juicio oral sobre lo que percibió de un hurto o cualquier otro delito, y para el momento del juicio oral haya fallecido, perdido la memoria o esté bajo otra de las circunstancias reguladas en el artículo 438 de la Ley 906 de 2004, y, por ello, su declaración deba ser incorporada como prueba de referencia.

Incluso es posible que estas normas deban ser aplicadas frente a alguno de los delitos previstos en la Ley 1652 de 2013, ante la eventualidad de que el menor fallezca o quede inmerso en alguna de las circunstancias previstas en el artículo 438 en cita antes de que se le haya tomado una entrevista bajo las reglas establecidas en esta ley.

Finalmente, cabe anotar que esta Corporación ha emitido varios pronunciamientos en torno a la admisibilidad, a título de prueba de referencia, de las declaraciones anteriores al juicio oral, rendidas por niños que tienen la calidad de probables víctimas de abuso sexual, como una forma de evitar que los menores sean

doblemente victimizados. Este tema fue abordado por la Corte Constitucional en las sentencias T-078 de 2010, T-117 de 2013 y C-177 de 2014, y por esta Corporación en las decisiones CSJ SP, 29 Oct. 2015, Rad. 44056, 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. Esto sin perjuicio de lo establecido en la Ley 1652 de 2013 en torno a la admisibilidad, como prueba de referencia, de las entrevistas tomadas a los menores de edad bajo los parámetros fijados en esa legislación, lo que será objeto de análisis más adelante.

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, 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 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”* (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.

2.5.3.2.2. Las reglas generales aplicables cuando un menor comparece a la actuación penal en calidad de víctima o testigo de cualquier delito

En Colombia se han emitido varias normas orientadas a proteger los intereses de los niños que comparecen al proceso penal en calidad de víctimas y/o testigos. Esta normatividad, según se indicó, debe interpretarse a la luz de lo establecido en los tratados internacionales orientados a proteger a los niños, niñas y adolescentes, tal y como lo expresó la Corte Constitucional en la sentencia C-177 de 2014, y, además, deben considerarse los derechos de los acusados, tanto los previstos en el ordenamiento interno como los incluidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por Colombia (C-537 de 2006).

En la Ley 1098 de 2006 se hace hincapié en la prelación que debe dársele a este tipo de casos para lograr la sanción de los responsables, la indemnización de perjuicios y el restablecimiento pleno de los derechos vulnerados, así como en la obligación de tomar las medidas necesarias para evitar que sean nuevamente victimizados (Arts. 192 y siguientes).

Entre las medidas que deben adoptarse para evitar la “victimización secundaria”, se tienen: (i) procurar que el menor esté acompañado de sus padres, representantes legales o las personas con quienes conviva, cuando no sean estos los agresores; (ii) ordenar las medidas necesarias para garantizar la seguridad de los niños, las niñas y los adolescentes víctimas y/o testigos de delitos y de su familia; (iii) evitar que la víctima esté frente a frente con el agresor; (iv) disponer que el niño, niña o adolescente se encuentre acompañado de un profesional especializado que adecue el interrogatorio y contrainterrogatorio a un lenguaje comprensible de acuerdo a su edad; y (v) se podrá limitar la publicidad de la actuación.

De otro lado, el artículo 150 establece las reglas generales para la recepción de testimonio de menores, entre las que se destacan: (i) los niños, niñas y adolescentes (NNA) pueden ser citados como testigos en los procesos penales; (ii) su declaración sólo podrá ser tomada por el defensor de familia, a partir del cuestionario remitido previamente por el fiscal o el juez; (iii) la defensa podrá realizar el interrogatorio, siempre y cuando no contravenga el interés superior del menor; (iv) el NNA no tendrá contacto directo con el acusado, y (v) a discreción del juez, es posible obviar la presencia física del NNA mediante la utilización de medios tecnológicos.

Frente a esta reglamentación caben las siguientes precisiones: (i) se mantiene para el acusado la posibilidad de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo, aunque con las limitaciones inherentes a la intervención del Defensor de Familia; (ii) la defensa tiene la oportunidad de controlar el interrogatorio, (iii) se elimina la posibilidad de que el acusado esté frente a frente con los testigos de cargo, (v) cuando el testigo (NNA) declara en el juicio oral, no opera la restricción consagrada en el inciso final del artículo 381 de la Ley 906 de 2004.

2.5.3.2.3. Las normas específicas para cuando el menor tiene la calidad de posible víctima de un delito sexual o de alguno de los delitos incluidos en la Ley 1652 de 2013

Más recientemente, en la Ley 1652 de 2013 se establecieron reglas para obtener las versiones de NNA víctimas de unos delitos en particular (los previstos en el Título VI del Código Penal y en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c y 188d ídem). En ese cuerpo normativo se hace énfasis en la sanción de los responsables y la obligación de evitar que los menores sean nuevamente victimizados.

El artículo 1º de la ley en mención establece:

Adiciónese el artículo 275 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, con el siguiente parágrafo:

También se entenderá por material probatorio la entrevista forense realizada a niños, niñas y/o adolescentes víctimas de los delitos descritos en el artículo 206A de este mismo código.

Esta norma necesariamente debe armonizarse con el artículo 3° de la misma ley, que modifica el artículo 438 de la Ley 906 de 2004 en el sentido de incluir una nueva causal de admisión de prueba de referencia:

Adiciónese al artículo 438 de la Ley 906 de 2004, un literal del siguiente tenor:

e) es menor de dieciocho 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 y 188d

La redacción del artículo 1° de la Ley 1652 podría llevar a pensar que la entrevista regulada en el artículo segundo ídem constituye una nueva tipología de medio de conocimiento, que puede ser admitido por fuera de las reglas constitucionales y legales que regulan la prueba testimonial, en la medida en que el legislador dispuso que la entrevista regulada en el artículo 2° ídem tiene el carácter de elemento material probatorio.

Sin embargo, las discusiones previas a la expedición de la citada ley, así como los criterios analizados en el apartado 2.2. del presente fallo, no dejan dudas sobre el sentido y alcance de esta disposición, que no es otro que la posibilidad de admitir este tipo de entrevistas como prueba de referencia.

En el proyecto de ley, que constaba de seis artículos, el artículo 1º tenía la siguiente redacción:

Se adiciona el artículo 382 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, en el sentido de incluir como medio de conocimiento la entrevista o testimonio de niños, niñas y/o adolescentes víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales²⁹.

Durante el trámite en el Congreso se escuchó la opinión de varias entidades públicas. Frente a la redacción del artículo 1º, se dijo que existen “*confusiones entre testimonio y entrevista, que están claramente diferenciadas en el Código de Procedimiento Penal colombiano, según la etapa procesal en que se encuentre*” (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar). De otro lado, la Procuraduría General de la nación sugirió “*tener en cuenta que la entrevista no está considerada como medio de prueba en el artículo 233 (sic) de la Ley 906 de 2004...*”, y la Defensoría del Pueblo instó a considerar “*las posibles tensiones entre el interés superior de las presuntas víctimas menores de edad, y las garantías del derecho de defensa de los victimarios*”³⁰.

En esa misma oportunidad, según se anota en el informe de ponencia para primer debate, la Defensoría del Pueblo dejó sentado que “*la entrevista practicada por el profesional experto a la presunta víctima, siendo recaudada*

²⁹ Informe de ponencia para primer debate.

³⁰ Ídem.

de forma anticipada, no puede ser homologada al testimonio, ya que no reviste las condiciones exigidas por la legislación procesal para constituirse en prueba judicial. Se estaría limitando la posibilidad de interrogatorio y contra interrogatorio, violando la posibilidad de contradicción de la prueba”.

En las modificaciones propuestas en la ponencia para segundo debate en Plenaria del Senado, se lee:

Además de las modificaciones que se aprobaron en primer debate, y de conformidad con las observaciones realizadas por el Senador Jesús Ignacio García, los ponentes realizaron las siguientes modificaciones: Se suprime la palabra testimonio, ya que resulta confuso en el sentido de que las reglas que se establecen son para la etapa previa al juicio oral, y en ese sentido, resulta incorrecto por la etapa procesal que se surte.

En el informe de ponencia para segundo debate, se dejó sentado que

En la ponencia para primer debate, los ponentes, luego de escuchar las opiniones de la Mesa de Judicialización sobre violencia sexual integrada por las siguientes entidades: Consejo Superior de la Judicatura, Fiscalía General de la Nación, Defensoría del Pueblo, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Policía Nacional Dijn Interpol, Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Ministerio del Interior y progra Presidencial de Derechos Humanos y DIH, Ministerio de Relaciones Exteriores, Ministerio de Salud y Protección social y la Fundación Renacer, decidieron proponer el siguiente articulado:

Artículo 1°. Adiciónese el artículo 275 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, con el siguiente párrafo:

También se entenderá por material probatorio la entrevista forense realizada a niños, niñas y/o adolescentes víctimas de los delitos descritos en el artículo 206 A de este mismo código.

En el informe de conciliación de los proyectos debatidos en el Senado, bajo el número 001 de 2011, y en la Cámara de Representantes, con la radicación 245 de 2012, se optó por suprimir la entrevista a menores del listado de medios de conocimiento previsto en el artículo 382 de la Ley 906 de 2004, para incluirla como uno de los elementos materiales probatorios previstos en el artículo 275 ídem, tal y como finalmente fue aprobado.

Así, la ubicación de la entrevista en el listado de elementos materiales probatorios prevista en el artículo 275 de la Ley 906 de 2004 obedece a la intención de darle una “*denominación legal apropiada*”, bajo el entendido de que no podía someterse a la reglamentación de las pruebas en el juicio oral, precisamente porque se trata de un acto de investigación.

No sobra advertir que el artículo 275 regula el manejo de las evidencias en la fase de investigación, e incluso utiliza definiciones diferentes a las incluidas en el artículo 382, que se ocupa de la práctica de las pruebas en el juicio. Por ejemplo, la primera de las normas en cita incluye en la categoría de elementos materiales probatorios “*los documentos de toda índole*”, mientras que la segunda

consagra como medios de conocimiento autónomo la prueba documental, las evidencias físicas, los elementos materiales probatorios, etcétera.

En síntesis, la decisión del legislador de darle la categoría de elemento material probatorio a la entrevista forense regulada en la Ley 1652 de 2013, tiene incidencia en la regulación de los actos preparatorios del juicio oral. Frente al manejo de dichas entrevistas en el juicio oral, se dispuso expresamente que son admisibles a título de prueba de referencia, al adicionar la regla e) del artículo 438 de la Ley 906 de 2004.

De otro lado, a la luz de los criterios regulados en el apartado 2.2. de este fallo, las declaraciones rendidas por los NNA en los términos de la Ley 1652 de 2013, si se presentan como prueba en el juicio oral, constituyen prueba de referencia porque: (i) se trata de declaraciones, de claro contenido incriminatorio, que, además, se reciben con la vocación de ser utilizadas en la actuación penal; (ii) el carácter testimonial no se afecta por el hecho de que se le denomine elemento material probatorio, para efectos de su regulación en la fase de investigación; (iii) son declaraciones realizadas por fuera del juicio oral (iv) se presentan en el juicio oral como medio de prueba, (v) pueden impedir o limitar el ejercicio del derecho a la confrontación, especialmente en lo concerniente al control del interrogatorio y la posibilidad de interrogar o hacer interrogar al testigo de cargo; y (vi) los anteriores aspectos

no dependen de la edad del testigo, sin perjuicio de las medidas que deben tomarse para proteger a los niños y otras personas especialmente vulnerables.

Siendo así, estas declaraciones no pueden servir de fundamento exclusivo de la condena, según lo establecido en el artículo 381, inciso final, de la Ley 906 de 2004, lo que coincide con lo planteado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y ratificado por el Tribunal Supremo de España en torno a la imposibilidad de que la condena se base exclusiva o preponderantemente en la declaración de un testigo que el acusado no ha podido interrogar o hacer interrogar.

Por otra parte, el artículo 2° de la Ley 1652 de 2013 establece las reglas para la recepción de las entrevistas forenses de NNA víctimas de los delitos allí previstos. Esta reglamentación incluye los siguientes aspectos: (i) la documentación de la entrevista, (ii) la forma como la misma debe realizarse y (iii) la utilización de la declaración del menor cuando resulte estrictamente necesario.

En cuanto a la forma de documentar esta actuación, la norma dispone que

[s]e llevará a cabo una entrevista grabada o fijada por cualquier medio audiovisual o técnico en los términos del numeral 1 del artículo 146 de la Ley 906 de 2004". Más adelante añade que "el personal entrenado en entrevista forense, presentará un informe detallado de la entrevista realizada. Este primer informe deberá cumplir con los requisitos

establecidos en el artículo 209 de este código y concordantes, en lo que le sea aplicable. El profesional podrá ser citado a rendir testimonio sobre la entrevista y el informe realizado.

Esta reglamentación coincide con lo planteado en los debates previos a la expedición de la citada ley, en los siguientes aspectos: (i) *“la entrevista forense se introducirá en el proceso a través de tres diferentes medios, a saber: dictamen pericial, testimonio del perito y la entrevista propiamente dicha”*³¹; y (ii) se reitera la importancia de documentar adecuadamente la entrevista, para facilitar el derecho de defensa, brindarle mejores elementos al juez para su valoración, etcétera.

Sobre la forma de adelantar la entrevista, se dispuso:

[s]e seguirá el siguiente procedimiento: d) La entrevista forense de niños, niñas o adolescentes víctimas de violencia sexual será realizada por personal del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación entrenado en entrevista forense en niños, niñas y adolescentes, previa revisión del cuestionario por parte del Defensor de Familia. sin perjuicio de su presencia en la diligencia. En caso de no contar con los profesionales aquí referenciados, a la autoridad competente le corresponde adelantar las gestiones pertinentes para asegurar la intervención de un entrevistador especializado. Las entidades competentes tendrán el plazo de un año, para entrenar al personal en entrevista forense. En la práctica de la diligencia el menor podrá estar acompañado, por su representante legal o por un pariente mayor de edad; e) La entrevista forense se llevará a cabo en una Cámara de Gesell o en un espacio físico acondicionado con los

³¹ Informe de ponencia para primer debate del proyecto de ley 01 de 2011, tramitado en el Senado.

implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva de la víctima y será grabado o fijado en medio audiovisual o en su defecto en medio técnico o escrito; f) El personal entrenado en entrevista forense, presentará un informe detallado de la entrevista realizada. Este primer informe deberá cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 209 de este código y concordantes, en lo que le sea aplicable.

(...)

Durante la etapa de indagación e investigación, el niño, niña o adolescente víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual, tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo código, será entrevistado preferiblemente por una sola vez. De manera excepcional podrá realizarse una segunda entrevista, teniendo en cuenta en todo caso el interés superior del niño, niña o adolescente.

Finalmente, en lo concerniente a la utilización de las entrevistas forenses de NNA, la norma indica que

[e]n atención a la protección de la dignidad de los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales, la entrevista forense será un elemento material probatorio al cual se acceda siempre y cuando sea estrictamente necesario y no afecte los derechos de la víctima menor de edad, lo anterior en aplicación de los criterios del artículo 27 del Código de Procedimiento Penal. Parágrafo 2º.

Esta reglamentación contiene una directriz sobre la investigación de este tipo de delitos, que reafirma la obligación de realizar pesquisas especialmente cuidadosas, orientadas a obtener evidencias que, de un lado, permitan que la versión del menor se utilice cuando sea estrictamente necesario, y de otro, que los desequilibrios que puedan generarse por las medidas que se adopten para

proteger a los NNA, que afecten las garantías debidas al procesado, puedan compensarse con la obtención de otros medios de conocimiento que brinden mejores elementos de juicio para resolver sobre la responsabilidad penal.

2.5.3.2.4. Análisis sistemático de las posibilidades que tiene el fiscal en cuanto al manejo de las declaraciones de menores de edad

Es sabido que en el sistema procesal implementado con el Acto Legislativo 03 de 2002 y desarrollado en la Ley 906 de 2004 la Fiscalía tiene a su cargo el ejercicio de la acción penal. Esta función implica, entre muchas otras cosas, la posibilidad de seleccionar los medios de conocimiento que podrá utilizar para demostrar su teoría del caso ante los jueces, según los límites constitucionales y legales de la práctica de la prueba en el ámbito penal.

Según se indicó en los anteriores apartados, el ordenamiento jurídico consagra varias posibilidades para el manejo de las declaraciones de menores de edad que comparecen a la actuación penal en calidad de probables víctimas de abuso sexual o de otros delitos graves. Las normas en mención deben interpretarse a la luz de los tratados internacionales sobre derechos humanos y las normas del ordenamiento interno que consagran los derechos de los niños probables víctimas de delitos graves y los derechos del acusado, sin perjuicio del legítimo interés de la comunidad en que los delitos sean esclarecidos y los

responsables sancionados. Además, debe considerarse la jurisprudencia de la Corte Constitucional y los pronunciamientos de esta Corporación, según las reglas del precedente en el ordenamiento jurídico nacional.

La Fiscalía, al tomar las decisiones sobre el manejo de las declaraciones de los niños que comparecen a la actuación penal en la calidad ya indicada, debe evaluar con detenimiento cada evento en particular. En todo caso, debe considerar aspectos como los siguientes:

La Ley 1652 de 2013 estableció que el ente investigador debe sopesar en cada situación la necesidad de utilizar la declaración del menor para soportar la teoría del caso, especialmente cuando se cuenta con otros medios de conocimiento que puedan ser suficientes para el cabal ejercicio de la acción penal.

La Fiscalía debe analizar las consecuencias que se derivan de este tipo de decisiones. Así, por ejemplo, si opta por presentar como prueba de referencia la declaración anterior del menor, está en la obligación de adelantar una investigación especialmente minuciosa, orientada a obtener otros medios de conocimiento que permitan superar la prohibición consagrada en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, según el cual la condena no puede estar basada exclusivamente en prueba de referencia. Ello no significa que en los casos en que no se enfrente la problemática de la prueba de referencia la Fiscalía no tenga la obligación de

corroborar la versión de quien comparece en calidad de víctima; lo que se quiere resaltar es que la tarifa legal negativa consagrada en el artículo 381 en cita le impone al ente acusador cargas adicionales.

La Fiscalía tiene la posibilidad de optar, cuando lo considere procedente, por la figura de la prueba anticipada, que generalmente le permite al procesado el ejercicio del derecho a la confrontación y, en consecuencia, evita que la declaración anterior del menor sea considerada prueba de referencia. En todo caso, deben tenerse en cuenta las previsiones consagradas en las leyes 1098 de 2006 y 1652 de 2013, orientadas a evitar que el niño sea objeto de una nueva victimización.

Según se indicó en el apartado 2.5.3.2.1, la práctica de prueba anticipada no sólo resulta útil para evitar la limitación excesiva del derecho del acusado a interrogar o contrainterrogar a los testigos de cargo. También puede favorecer los intereses de la víctima en la medida en que el medio de conocimiento no estará sujeto a la restricción de que trata el artículo 381 atrás citado, a lo que debe sumarse que el juez de conocimiento contará con mejores elementos de juicio para valorar la declaración, según se ha indicado a lo largo de este proveído.

La Fiscalía debe tomar todas las medidas a su alcance para que las entrevistas tomadas a los niños por fuera del juicio oral sean adecuadamente documentadas, bien para

que la defensa pueda ejercer de mejor manera sus derechos, ora para que el juez tenga mejores elementos de juicio para valorar el testimonio del menor. Al efecto, debe considerarse que ello no sólo es una tendencia a nivel internacional, según se indicó en el apartado 2.5.2., sino que además resulta imperativo a raíz de la entrada en vigencia de la Ley 1652 de 2013.

3. El caso concreto

A la luz de las reglas expuestas en el apartado anterior, no hay lugar a casar el fallo impugnado, en los términos solicitados por la defensa, por lo siguiente:

El impugnante propuso un único cargo, de violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho derivado de un falso juicio de convicción. De tiempo atrás la Sala ha precisado los contornos de esta causal de casación y ha especificado las respectivas cargas argumentativas:

Debido a que ese tipo de error de derecho se contrae a que el juzgador le concede al medio de conocimiento un valor diverso al asignado en la ley, le niega el que ella le adjudica o le reconoce uno que desecha la misma, en esa medida el desarrollo de un ataque con fundamento es esta clase de yerro requiere inicialmente la identificación del elemento de persuasión sobre el cual en concreto se pregona una de las posibilidades de defecto de estimación anotadas y, a su vez, precisar la norma en que se fija su poder suasorio.

Adicionalmente, es indispensable emprender dos tareas: la primera, mencionar el valor concedido por el juzgador a la prueba y, la segunda,

entrar a especificar cuál debe otorgársele, visto el contenido de la disposición que regule el punto.

Agotada esa labor, por igual es indispensable demostrar la incidencia del yerro de apreciación, lo cual se consigue confrontando el conjunto de los elementos de persuasión en que se basa la sentencia impugnada con la prueba estimada conforme lo fija la ley, en orden a evidenciar su influencia en la declaración de justicia contenida en el fallo atacado por vía del recurso extraordinario.

Es evidente que el impugnante no sustentó adecuadamente el cargo, porque no explicó cuál fue la prueba a la que los funcionarios de primera y segunda instancias le atribuyeron un valor diferente al establecido por el legislador, ni precisó en qué parte del ordenamiento jurídico se consagra la tarifa legal que supuestamente fue desconocida en el fallo impugnado.

En su lugar, destinó buena parte de su escrito a sostener que el policía judicial que tuvo a cargo la entrevista no cumplió con el deber legal de documentarla como lo ordena la ley, y en otros apartes insinúa que el Juzgado y el Tribunal valoraron la entrevista de la víctima a sabiendas de que no fue incorporada durante el juicio oral. Al margen de los errores en la selección de la causal de casación y en la sustentación del cargo, lo expuesto en el libelo no es de recibo por las siguientes razones:

3.1. El proceso seguido en contra de LFGS se tramitó antes de entrar en vigencia la Ley 1652 de 2013, por lo que

debe analizarse a la luz de la normatividad vigente para ese entonces y el respectivo desarrollo jurisprudencial.

3.2. La declaración anterior del menor PSJ constituye prueba de referencia. Lo anterior por cuanto el niño (i) rindió una declaración con claro contenido incriminatorio, que para cuando fue recibida tenía plena vocación de ser utilizada en la actuación penal, tal y como finalmente ocurrió; (ii) esa declaración fue presentada en el juicio oral, donde el niño no compareció; (iii) la Fiscalía presentó la declaración como medio de prueba de dos aspectos trascendentes del tema de prueba: la ocurrencia de la conducta punible y la autoría endilgada al procesado; (iv) por la manera como fue incorporada la declaración del niño, el acusado no pudo ejercer el derecho a la confrontación.

3.3. Como la presencia del niño PSJ en el juicio oral podría dar lugar a que fuera nuevamente victimizado, su declaración era admisible a título de prueba de referencia, según la jurisprudencia emitida por esta Corporación, que coincide con lo planteado por la Corte Constitucional en torno a la necesidad de evitar que los niños que han padecido abuso sexual sean objeto de victimización secundaria.

Además, la defensa no se opuso a la incorporación de la declaración anterior del niño PSJ, y en la demanda de casación ratificó que *“no se discute lo sostenido por los juzgadores, que el formato FPJ-14 se descubrió en la fase preparatoria, se leyó en el juicio y se incorporó sin que hubiera*

objeción alguna, ya que la inconformidad concretamente consiste en la eficacia jurídica que se le atribuyó a ese informe”; y a renglón seguido agregó que “debido a la edad del menor, teniendo en cuenta su interés superior no se escuchó su versión de los hechos de manera directa en el juicio, por lo que se consideró que se podía acudir a la entrevista que sobre los mismos rindió el 28 de mayo de 2010”.

3.3. La Fiscalía demostró a cabalidad la existencia y contenido de la declaración anterior: (i) con el informe de entrevista presentado por el policía judicial, (ii) la declaración del policía judicial que elaboró el informe, (iii) las declaraciones de las expertas que estuvieron presentes durante el interrogatorio, (iv) la declaración del médico legista, y (v) la versión de la madre de la víctima.

Frente al informe elaborado por el policía judicial Gómez Carrillo, cabe resaltar que utilizó el formato “ENTREVISTA – FPJ-14, que en su cuerpo tiene los siguientes apartes: (i) datos del entrevistado, (ii) relato, y (iii) los datos de las personas que intervinieron. Allí se dejó constancia de que en la diligencia intervinieron, además del menor PSJ y el policía judicial que diligenció el formato, María Elizabeth Alba Orozco –Defensora de Familia- y Claudia Díaz Montoya –psicóloga del I.C.B.F.-. También se dejó constancia de la presencia de la madre de la víctima.

En el reporte en mención se hizo alusión al procedimiento utilizado por la psicóloga Díaz Montoya y luego

se dejó constancia del relato del menor, quien mencionó expresamente el abuso sexual de que fue víctima y la identidad de la persona que realizó dicha acción.

Es cierto que en dicho formato el policía judicial no registro pormenorizadamente el procedimiento realizado, y también lo es que lo ideal es que este tipo de actuaciones sean documentadas según los parámetros analizados en el apartado anterior, bien para facilitar el ejercicio de la defensa, ora para que el juez cuente con mejores elementos de juicio para decidir sobre la responsabilidad penal.

No obstante, debe tenerse presente que la demostración de la existencia y contenido de una declaración anterior al juicio oral que pretende ser aducida a título de prueba de referencia, está regida por el principio de libertad probatoria, por las razones expresadas en el numeral 2.3.

En este caso la defensa tuvo la oportunidad de ejercer a cabalidad los derechos de contradicción y confrontación frente a los medios de prueba utilizados por la Fiscalía para demostrar la existencia y contenido de la declaración del menor PSJ, en la medida en que pudo cuestionar el informe elaborado por el policía judicial en el formato de entrevista PFJ-14, y pudo contra interrogar ampliamente a este funcionario, a las profesionales que participaron en la entrevista y a los otros testigos que se refirieron al relato del infante: el médico legista que realizó el examen sexológico y la madre de la víctima.

A pesar de la notoria actividad de la defensa, no se logró poner en duda que el niño PSJ aseguró que L le pidió que le chupara el pene a cambio de un carro de juguete, y que además realizó en su corporeidad otros actos de claro contenido sexual (*“me tocó la colita con el pipí”*). Ello por cuanto la constancia que en ese sentido se dejó en el formato de entrevista FPJ-14 coincide con lo expresado por quienes participaron en ese procedimiento.

Pero, además, lo plasmado en el reporte en mención y lo dicho por los funcionarios frente al contenido del relato del menor, coincide con lo expuesto por el niño al médico legista. En efecto, en esa oportunidad, según consta en el informe y lo ratificó el respectivo perito en el juicio oral, el menor expresó que *“el otro día le chupe el pipí a L que era grande y olía feo, estaba en la pieza de L, era duro como un palo y feo, tenía pelos, sabía feo, me puso el pipí acá (señala región glútea), me dolió”*.

Igualmente, lo expresado en el reporte de entrevista, lo dicho por los funcionarios que participaron en ese procedimiento y la versión del médico legista, coincide con lo expresado por la madre de la víctima en torno al contenido de la versión de su pequeño hijo.

Lo anterior, mirado a la luz del principio de libertad probatoria, lleva a la Sala a concluir que está demostrada la existencia y el contenido de la declaración anterior rendida por

el niño PSJ, tal y como lo plantearon los representantes del Ministerio Público y la Fiscalía durante la audiencia de sustentación del recurso.

3.4. La condena no está fundamentada exclusivamente en prueba de referencia, por lo que no se trasgredió la prohibición consagrada en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004. Ello por cuanto la declaración de la víctima fue corroborada en los siguientes aspectos:

Primero, lo manifestado por las profesionales que interactuaron con la víctima, en torno al daño psicológico sufrido por el niño a raíz de estos hechos. Sobre el particular, en el fallo de segundo grado se lee:

En consecuencia resulta lógico, que cada menor revele la experiencia vivida de diferente manera. En el caso que concita la atención de la Sala el menor afectado presentó transpolación (sic) por distintas emociones, refiriendo frente a su progenitora sentimiento de culpa y reproche auto-personal, pues ella refiere que “se tapaba la carita y me decía yo no vuelvo a hacer”, luego, el menor PSJA en su primera declaración que rindió el 28 de mayo de 2010, frente a la psicóloga Claudia Díaz Montoya, tuvo la siguiente reacción conforme a la constancia plasmada: “al tocar el tema del abuso se observa al niño con ansiedad, pena, pide al interlocutor que cierre los ojos para empezar a hablar y que no lo mirara y también a los acompañantes, lo que nos permite evidenciar el alto impacto emocional en Pablo de la situación de la cual fue víctima”.

De otro lado, en el análisis que efectuó la Profesional Universitaria forense, psicóloga Sonia Yolanda Lizarazo Cordero, adujo que el infante “no muestra cambios emocionales al hacer el presente relato ni se evidencia déficit en sus funciones mentales; por lo tanto, no se cuenta con un relato que permita emitir una impresión sobre el mismo”, lo que

en principio generaría la duda alegada por el recurrente, empero, al examinar el peritazgo (sic) en su contexto, ella misma refiere que PS “en la presente valoración no ofrece relato acerca de los mismos, sin embargo, refiere rechazo por quien identificó inicialmente como su agresor, e incluye en su narración acciones defensivas que realizó contra el agresor, como mecanismo de defensa al explorar los hechos denunciados”.

Por último, se cuenta con la valoración psicológica realizada por Claudia Patricia Díaz Montoya, quien plasmó en su informe como situación encontrada en el niño “se intimida cuando se le menciona la situación de la cual fue víctima, generándose ansiedad, deja de mirar al interlocutor y aparece un mecanismo de defensa el cual es la evitación, presencia de tartamudeo ocasional con el objeto de llamar la atención y descentrar la atención con respecto al tema de los actos sexuales del cual fue víctima”.

Además, la madre de la víctima, e incluso los testigos presentados por la defensa, expresaron que víctima y victimario compartían el mismo techo, lo que confirma que los hechos pudieron ocurrir tal cual se narran por el niño

De otro lado, la madre del niño PSJ dijo que el día en que ocurrieron los hechos dejó a sus hijos al cuidado del procesado, lo que indica que en esa oportunidad éste pudo estar a solas con la víctima, lo que coincide con el relato del niño en torno al abuso sexual.

Asimismo, existe coincidencia en la narración de los hechos que el menor le hizo a su mamá, al médico legista que lo atendió y durante la entrevista en la que participaron el policía judicial, la defensora de familia y una psicóloga.

Finalmente, no existen razones para concluir que la madre pudo determinar a su pequeño hijo para que mintiera sobre el abuso sexual de que fue víctima, a sabiendas del daño que ello podría causarle al niño.

Según se indicó en el numeral 2.3, la verificación de que la condena no está fundamentada exclusivamente en prueba de referencia no implica darle al conjunto de pruebas un determinado valor, ni incluye juicios en torno a su suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia que ampara al procesado, según el estándar establecido por el legislador para la procedencia de la condena. Lo atinente a la valoración, según se dijo, es un asunto diferente, que en el ámbito de la casación puede ser censurado por la senda de la violación indirecta de la ley sustancial, por error de hecho derivado en cualquiera de sus modalidades: falso juicio de existencia, falso juicio de existencia o falso raciocinio,

3.5. La Sala no abordará lo concerniente a la valoración de las pruebas tenidas en cuenta por los falladores de primera y segunda instancias para condenar al procesado, porque ello no fue objeto de demanda.

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

No casar el fallo recurrido.

Contra la presente decisión no procede ningún recurso.

Notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

JOSÉ L BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

L GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García
Secretaria