RELEVANTE

SALA DE CASACIÓN PENAL

M. PONENTE	: PATRICIA SALAZAR CUELLAR
NÚMERO DE PROCESO	: 44056
NÚMERO DE PROVIDENCIA	: SP14844-2015
CLASE DE ACTUACIÓN	: CASACIÓN
TIPO DE PROVIDENCIA	: AUTO INTERLOCUTORIO
FECHA	: 28/10/2015
DELITOS	: Acceso carnal abusivo con menor de catorce años / Actos sexuales con menor de catorce años
FUENTE FORMAL	: Ley 906 de 2004 art. 437 y 437 / Ley 1652 de 2013 art. 1, 2 y 3 / Ley 1098 de 2006

ASUNTO:

Para el estudio y decisión de la censura propuesta la Corte previamente abordara los siguientes temas: (i) los criterios para establecer cuándo una declaración anterior al juicio oral constituye prueba de referencia; (ii) los pasos que deben seguir las partes para la incorporación de la prueba de referencia; y (iii) la aducción como prueba de declaraciones anteriores al juicio oral, cuando el testigo comparece a este escenario para ser sometido a interrogatorio cruzado.

TEMA: SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba de referencia: incorporación al juicio, procedimiento, descubrimiento probatorio, debe incluir la versión rendida antes del juicio y los medios de prueba con que demostrará su existencia

«El descubrimiento probatorio debe sujetarse a las reglas generales establecidas para todos los medios de prueba ((CSJ AP, 13 Jun 2012, Rad. 32058, CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153, CSJ SC, 20 Feb. 2007, Rad. 25920, CSJ AP, 08 Nov 2011, Rad. 36177, CSP AP, 03 Sep 2014, Rad. 41908 entre otras).

En materia de prueba de referencia, debe tenerse especial cuidado en descubrir tanto la declaración anterior al juicio oral, que se pretende introducir como prueba al tenor de lo dispuesto en los artículos 437 y siguientes de la Ley 906 de 2004, así como los medios de prueba que se pretenden utilizar para demostrar la existencia y contenido de dicha declaración.

Este requisito debe ser minuciosamente verificado, habida cuenta de los límites para el ejercicio del derecho a la confrontación asociados a la admisión de prueba de referencia.

Así, por ejemplo, si se trata de la declaración rendida por un testigo antes de fallecer, debe descubrirse dicha declaración, así como los documentos que la contengan y/o los datos de los testigos que la escucharon y que pretenden ser utilizados como prueba de su existencia y contenido».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Pruebas: pertinencia, sustentación por parte de quien solicita la práctica de la prueba / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba de referencia: pertinencia, sustentación por parte de quien solicita la práctica de la prueba, debe sustentar la pertinencia de la versión anterior al juicio y de los medios elegidos para acreditar su existencia y contenido

«En reiteradas ocasiones la Sala ha resaltado la importancia de la explicación de la pertinencia de la prueba como presupuesto para su decreto, sin perjuicio de los debates que puedan suscitarse en torno a su conducencia, utilidad, etc. (entre otras, CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153).

Cuando se trata de prueba de referencia, la parte que pretende su aducción debe cumplir dos cargas puntuales en materia de prueba de referencia.

En primer término, tiene la carga de explicar la pertinencia de la declaración anterior al juicio oral, que se pretende aducir como medio de prueba de alguno de los aspectos relevantes del debate. Sobre el particular, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 441 de la Ley 906 de 2004 en el sentido de que la "admisibilidad y apreciación" de la prueba de referencia debe regularse "por las reglas generales de la prueba y en especial por las relacionadas con el testimonio y lo documental".

Además, debe explicar la pertinencia de los medios de prueba elegidos para acreditar la existencia y el contenido de la declaración anterior al juicio oral.

Así, por ejemplo, si la parte pretende que se decrete como prueba lo expresado por una persona antes de fallecer o de ser víctima de secuestro o desaparición forzada, etcétera (Art. 438 de la Ley 906 de 2004), debe explicar la pertinencia de dicha declaración, y si quiere demostrar la existencia y contenido de la misma a través de un documento, de un testimonio y/o de un dictamen pericial, debe cumplir los requisitos generales y específicos de admisibilidad frente a estos medios de prueba».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba de referencia: sustentación por parte de quien solicita la práctica de la prueba, debe demostrar la causal excepcional de admisibilidad

«La parte que pretende la aducción de la declaración anterior al juicio, a título de prueba de referencia, debe demostrar la causal excepcional de admisibilidad, esto es, que la persona falleció, perdió la memoria, ha sido secuestrada, padece enfermedad que le impide declarar, etcétera. Esta demostración puede hacerse con cualquier medio de prueba, en desarrollo del principio de libertad probatoria que inspira todo el ordenamiento jurídico, salvo lo dispuesto en el primer literal del artículo 438 en cita.

Si para el momento de la audiencia preparatoria la parte conoce la causal de admisión excepcional de prueba de referencia, debe hacer la solicitud en dicho escenario, porque una de las finalidades de esta audiencia es depurar todos los aspectos probatorios de cara al juicio (CSJ AP, Jun 18 de 2014, Rad. 2014, entre otras). Cuando se trata de situaciones fácticas que no pueden ser modificadas (la muerte del testigo, por ejemplo), el asunto puede resolverse de manera definitiva en la preparatoria; cuando se trata de situaciones que pueden variar (por ejemplo, que el testigo no ha podido ser ubicado), durante el juicio se debe demostrar que la situación anunciada en la audiencia preparatoria no ha variado».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Versiones rendidas antes del juicio: cuando constituyen prueba de referencia, sustentación de la pretensión probatoria / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba de referencia: pertinencia, sustentación por parte de quien solicita la práctica de la prueba, debe sustentar la pertinencia de la versión anterior al juicio y de los medios elegidos para acreditar su existencia y contenido

«Cuando se admite una declaración anterior al juicio oral a título de prueba de referencia, la parte que lo solicita debe demostrar su existencia y contenido. A su vez, la parte contra la que se aduce la prueba de referencia tiene derecho a ejercer los derechos de contradicción y confrontación frente a estos medios de prueba. Por ejemplo, puede atacar la autenticidad del documento que contiene el relato o la credibilidad de los testigos que dicen haberlo escuchado, sin perjuicio de la posibilidad de impugnar la credibilidad del testigo que declaró por fuera del juicio oral (Arts. 440 y 441 Ley 906 de 2004).

En desarrollo del principio de libertad probatoria, la Ley 906 de 2004 no limita a las partes para utilizar cualquier medio de prueba con el fin de demostrar la existencia y contenido de la declaración anterior al juicio. Sin embargo, la parte tiene el deber de procurar la mejor evidencia para realizar dicha demostración».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Pruebas: Facultad de las partes e intervinientes de seleccionar las que van a presentar en el juicio

«Tal y como sucede con cualquier otro aspecto incorporado al tema de prueba, si la parte ha elegido varios medios de prueba para demostrar un determinado aspecto del debate (en este caso de la existencia y contenido de la declaración anterior), es libre de utilizar los que considere suficientes para cumplir con la respectiva carga probatoria y, en consecuencia, puede decidir renunciar a uno o varios de los solicitados en la audiencia preparatoria para tales efectos. Una vez admitida la prueba de referencia, la confiabilidad de los medios de prueba utilizados para demostrar la existencia y contenido de la declaración debe analizarse durante la valoración de la prueba (CSJ SP, 6 Mar. 2013, Rad. 34509)».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba de referencia: Incorporación al juicio, procedimiento

«El proceso de incorporación de la declaración anterior al juicio oral dependerá del medio de prueba utilizado por la parte para lograr dicho cometido. Así, por ejemplo, si lo dispuesto para dichos efectos es un documento, deberán aplicarse en lo pertinente las reglas de la prueba documental (autenticación, admisión, lectura del documento, etc.), y si se pretende utilizar un testimonio, son aplicables las reglas de la prueba testimonial (el testigo deberá comparecer al juicio para ser sometido a interrogatorio cruzado, sólo podrá declarar sobre lo que directa y personalmente haya percibido, etc.) (CSJ SP, 8 Abr. 2014, Rad. 36784)».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba de referencia: Procedencia, menor víctima de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Testimonio del menor: las versiones rendidas antes del juicio son admisibles como prueba / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba de referencia: apreciación probatoria de los medios elegidos para acreditar su existencia y contenido

«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, entre otras.

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

[...]

En este orden de ideas, consideró ajustado a la Constitución Política lo establecido en los tres primeros artículos de la Ley 1652 de 2013, 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 referida.

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

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

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

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

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

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Testimonio del menor: las versiones rendidas antes del juicio son admisibles como prueba

«En el presente asunto, […], no existe duda de que las entrevistas de la víctima constituyen prueba de referencia, como quiera que se trata de (i) declaraciones, (ii) rendidas por fuera del juicio oral, (ii) aportadas al juicio oral como medio prueba de la existencia de los delitos y la autoría endilgada al acusado. Este aspecto no fue objeto de discusión por el casacionista.

[...]

En este caso, según lo expuesto en el numeral anterior, tanto los videos como los informes suscritos por las psicólogas que entrevistaron a la menor son contentivos de las declaraciones rendidas por ésta por fuera del juicio oral. De la existencia y contenido de dichas versiones también dan cuenta las profesionales que realizaron las entrevistas en mención y que comparecieron como testigos al juicio oral.

[…]

Está claro además que en la audiencia preparatoria la Fiscalía solicitó como prueba los videos contentivos de las entrevistas de la víctima, así como los reportes de las expertas que las realizaron y los testimonios de éstas. Consultado el registro de esta audiencia pudo establecerse que la Fiscalía hizo una petición en tal sentido, que la defensa nunca se opuso a la solicitud y que, en consecuencia, el juez accedió a la misma.

La Corta edad de la niña y la naturaleza del delito hacían procedente la incorporación de sus declaraciones anteriores al juicio, así la Fiscalía haya optado por presentarla como testigo en este escenario.

De otro lado, como bien lo afirma la delegada del Ministerio Público, si bien es cierto durante el juicio oral no se aportaron los videos contentivos de las entrevistas, también lo es que el contenido de las mismas llegó a conocimiento de los falladores a través del informe preparado por la psicóloga BC y la declaración rendida por

ésta, con plenas garantías de contradicción y confrontación para la defensa, como se explica a continuación.

En el juicio oral, durante el interrogatorio cruzado, la psicóloga JB hizo alusión a la entrevista practicada a la víctima y declaró sobre el contenido del relato de ésta.

[…]

El hecho de que la Fiscalía no haya hecho uso de los videos contentivos de las declaraciones rendidas por la víctima antes del juicio oral, no significa que no se haya demostrado la existencia y contenido de las mismas. Para tales efectos, la Fiscalía se valió del testimonio de las expertas, especialmente de la declaración de la señora BC, y del informe suscrito por ésta, tal y como lo reiteró la delegada del Ministerio Público en la audiencia de sustentación del recurso de casación.

No es admisible lo expresado por el libelista en el sentido de que los documentos contentivos de las entrevistas sólo fueron utilizados para refrescar la memoria de la testigo. Esta aseveración parte de un concepto equivocado sobre el uso de declaraciones anteriores al juicio.

La posibilidad de utilizar documentos para el refrescamiento de la memoria de los testigos está consagrada expresamente en el artículo 392 de la Ley 906 de 2004. En este caso, dice la norma, «durante el interrogatorio, se permitirá a las demás partes el examen de los mismos», lo que es apenas lógico si se tiene en cuenta que los documentos utilizados para dicho fin no son incorporados, ni físicamente ni a través de lectura, precisamente porque su finalidad es facilitar la rememoración del testigo, cuando la parte ha sentado las bases para su uso, mas no llevarle al juez el conocimiento sobre su contenido. Precisamente por ello la lectura u observación que hace el testigo es mental, no en voz alta, para evitar que esa información llegue a quien tiene la función de tomar la decisión sobre los hechos.

Es cierto que en este caso, en la primera parte de su declaración, la testigo BC solicitó consultar sus reportes a efectos de refrescar su memoria, pero también lo es que en el desarrollo del interrogatorio se le preguntó expresamente por el contenido de la declaración de la víctima y, además, la Fiscalía solicitó que el citado informe se admitiera como prueba, a lo que el Juez accedió una vez verificó la ausencia de oposiciones por parte de la defensa. Ello, bajo ninguna circunstancia, puede tenerse como un simple uso para el refrescamiento de la memoria de la testigo, máxime si, como ya se anotó, la defensa incluyó en el contra interrogatorio lo atinente a la versión de la niña sobre la pluralidad de actos sexuales que aquí se discute.

En síntesis, las declaraciones anteriores de la víctima sí ingresaron, a través del testimonio de la experta y el informe suscrito por ésta. Frente a este punto la defensa pudo ejercer a cabalidad la contradicción y la confrontación, e incluso tuvo la oportunidad de utilizar como medio de impugnación las grabaciones de audio y

video (Arts. 440 y 441 de la Ley 906 de 2004), pero finalmente no lo hizo, lo que hace parte de sus decisiones sobre la manera de manejar el caso.

Escuchadas las alegaciones del casacionista y las de la Fiscalía y el Ministerio público como no recurrentes, basten estas razones para reiterar infundado el cargo planteado y disponer no casar la sentencia recurrida».

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Rad: 32058 | Fecha: 13/06/2012 | Tema: SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba de referencia: incorporación al juicio, procedimiento, descubrimiento probatorio, debe incluir la versión rendida antes del juicio y las medios de prueba con que demostrará su existencia

Rad: 46153 | Fecha: 30/09/2015 | Tema: SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba de referencia: incorporación al juicio, procedimiento, descubrimiento probatorio, debe incluir la versión rendida antes del juicio y las medios de prueba con que demostrará su existencia

Rad: 25920 | Fecha: 20/02/2007 | Tema: SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba de referencia: incorporación al juicio, procedimiento, descubrimiento probatorio, debe incluir la versión rendida antes del juicio y las medios de prueba con que demostrará su existencia

Rad: 36177 | Fecha: 08/11/2011 | Tema: SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba de referencia: incorporación al juicio, procedimiento, descubrimiento probatorio, debe incluir la versión rendida antes del juicio y las medios de prueba con que demostrará su existencia

Rad: 41908 | Fecha: 03/09/2014 | Tema: SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba de referencia: incorporación al juicio, procedimiento, descubrimiento probatorio, debe incluir la versión rendida antes del juicio y las medios de prueba con que demostrará su existencia

Rad: 46153 | Fecha: 30/09/2015 | Tema: SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Pruebas: pertinencia, sustentación por parte de quien solicita la práctica de la prueba

Rad: T-078/10 | Tema: SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Testimonio del menor: las versiones rendidas antes del juicio son admisibles como prueba

Rad: T-117/13 | Tema: SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Testimonio del menor: las versiones rendidas antes del juicio son admisibles como prueba