



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal



DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

Magistrado ponente

SP5021-2021

Radicado N° 58853.

Acta 294.

Bogotá, D.C., diez (10) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

V I S T O S

La Sala decide la impugnación especial promovida por la defensa de **ÓSCAR JAVIER GARZÓN CAÑÓN**, contra la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 4 de marzo de 2020, mediante la cual revocó el fallo absolutorio emitido el 19 de febrero de 2018 por el Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de

Conocimiento de esa ciudad para, en su lugar, condenarlo como autor responsable de los delitos de acceso carnal abusivo, actos sexuales con menor de catorce años y acceso carnal violento, todas las conductas agravadas y en concurso homogéneo.

ANTECEDENTES

1. Fácticos

Acorde con la decisión que tomará la Sala, se traerá a colación los hechos que fueron narrados en la sentencia de segunda instancia:

«Según fue consignado en el escrito de acusación, los hechos génesis de este proceso se dieron a conocer en virtud de denuncia formulada el 29 de mayo de 2016 por P.A.G.S., quien acudió en compañía de su madre Martha Estella Suárez Piragauta, y manifestó que su papá OSCAR JAVIER GARZÓN CAÑÓN en múltiples ocasiones realizó tocamientos libidinosos sobre sus partes íntimas, y en otras oportunidades la accedió carnalmente vía vaginal y anal.

Relató que no dijo nada con anterioridad, porque su progenitor le decía que si ella lo hacía él iría a la cárcel y allí lo matarían y ella cargaría con la culpa.

En la entrevista forenses, la víctima señaló que los abusos iniciaron desde cuando ella era muy pequeña, que primero le daba besos en el cuerpo, en sus senos y vagina, y posteriormente la accedía carnalmente».

2. Procesales

Previa solicitud¹ de la Fiscal 211 Seccional de la Unidad de Reacción Inmediata de Engativá, el 19 de agosto de 2016 se celebraron ante el Juzgado 80 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bogotá, las audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento contra **ÓSCAR JAVIER GARZÓN CAÑÓN**, a quien se le imputó la comisión del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, en concurso heterogéneo con los reatos de actos sexuales con menor de catorce años y acceso carnal violento, conductas todas agravadas y en concurso homogéneo (artículos 208, 209, 205, 211 numerales 2° y 5° de la Ley 599 de 2000);² cargos que no fueron aceptados por el inculpatado.³

Seguidamente, la fiscalía solicitó una medida de aseguramiento para el imputado, a lo cual accedió la juez con función de control de garantías, quien ordenó su detención preventiva en establecimiento de reclusión.

El 2 de septiembre de 2016, la Fiscalía presentó escrito de acusación⁴, que le correspondió al Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, ante el cual se llevó a cabo la audiencia para tal fin el 21 de noviembre de 2016, oportunidad en la que la fiscalía acusó a **ÓSCAR JAVIER GARZÓN CAÑÓN** por los mismos delitos imputados,⁵ salvo la causal de agravación punitiva prevista

¹ A folios 1, carpeta audiencias preliminares.

² A partir del record 29:46, registro 4088080_7.

³ A partir del record 00:07, registro 4088080_10.

⁴ A folios 1 a 5, carpeta del juzgado.

⁵ A partir del record 20:50.

en el numeral 2° del artículo 211 del Código Penal, la cual fue eliminada.

La audiencia preparatoria se celebró el 30 de enero de 2017. El juicio oral inició el 31 de marzo de ese mismo año y luego de varias sesiones culminó el 25 de agosto siguiente con el anuncio del sentido del fallo absolutorio. El 19 de febrero de 2018 tuvo lugar la lectura de la sentencia⁶ por cuyo medio absolvió a **ÓSCAR JAVIER GARZÓN CAÑÓN**, por los delitos objeto de acusación.

Recurrida la decisión por la delegada de la fiscalía, el 4 de marzo de 2020, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá revocó el fallo confutado para, en su lugar, condenar a **ÓSCAR JAVIER GARZÓN CAÑÓN**, a 308 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 20 años, luego de hallarlo autor responsable de acceso carnal abusivo, actos sexuales con menor de catorce años y acceso carnal violento, todas las conductas agravadas y en concurso homogéneo.

Contra la anterior decisión, la defensora del acusado interpuso recurso de impugnación especial, el cual fue concedido por el Tribunal, por lo que se dispuso remitir el expediente a esta Corporación.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

⁶ A folios 71 a 81, carpeta del juzgado.

El Tribunal, de manera preliminar, indicó que las discrepancias planteadas por el impugnante estaban relacionadas específicamente con el proceso de valoración probatoria adelantado por el *A-quo*, por lo que la decisión se centraría únicamente en torno a este tema, para lo cual de manera inicial se mencionó el contenido de las pruebas incorporadas a la actuación.

Seguidamente, se indicó que la menor P.A.G.S., en la entrevista que rindió ante *Isabel Cristina Díaz Alonso* -Psicóloga adscrita al Cuerpo Técnico de Investigación –C.T.I.–, el día 3 de junio de 2016 –fecha para la cual la menor contaba con 16 años–, la cual fue incorporada al juicio oral con la referida profesional, relató que desde los 2 o 3 años su padre **ÓSCAR JAVIER GARZÓN CAÑÓN** la ha violentado sexualmente de manera permanente y progresiva, en tanto, los ataques sexuales iniciaron con tocamientos en su cuerpo y se fueron escalando hasta llegar a la penetración vaginal.

En esa oportunidad la menor suministró detalles específicos de algunos de estos encuentros y manifestó que le contó lo que sucedía a su hermano O.J.G.S., a más de explicar que su padre le decía que si ella contaba lo sucedido, lo iban a recluir en una cárcel y que allí lo matarían, por lo que tendría que cargar con esa culpa por el resto de sus días.

Así mismo, el Tribunal señaló que con la declaración de la psicóloga *Isabel Cristina Díaz Alonso*, también se incorporó la

entrevista que le recibió al menor O.J.G.S. el día 2 de junio de 2016, oportunidad en la que manifestó que su hermana P.A.G.S. le contó 4 años atrás, que su padre la violentaba sexualmente y que por ello él (el menor) la presionó para que le contaran a su madre *Martha Estella Suárez Piragauta*.

Se adujo que, aunque en el juicio oral los menores P.A.G.S. y O.J.G.S. se retractaron de lo que habían manifestado en las entrevistas anteriores al juicio y señalaron que todo lo narrado obedeció a una historia que ellos se habían inventado para vengarse del padre porque le estaba siendo infiel a su madre, tales versiones no resultan creíbles, por las siguientes razones: (i) los hechos narrados por P.A.G.S. a la psicóloga del CTI y al médico del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, son similares; (ii) en sus versiones anteriores, la menor narró de manera amplia, coherente y detallada hechos puntuales constitutivos de abuso, «lo cual permite inferir que no se trató de una mentira»; y, (iii) la versión primigenia de la menor aparece corroborada con el dicho anterior de su hermano O.J.G.S. y con la declaración del doctor *Diego Victoria Sterling* –médico del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses–, quien manifestó en juicio que realizó un examen médico a la víctima y encontró que tenía un himen elástico con desgarró antiguo, lo que resulta compatible con el relato de la niña.

Para el Tribunal, las versiones anteriores de los menores «cumplen los requisitos para ser tenidas como pruebas dentro del presente diligenciamiento» dado que «se trata de atestaciones hechas

por la víctima antes del juicio oral, aunado a que la menor se retractó de las acusaciones hechas contra OSCAR JAVIER GARZÓN, estuvo disponible en el juicio y en efecto fue interrogada y contrainterrogada sobre lo aseverado anteriormente».

Más adelante se analizó el testimonio rendido por *Martha Estella Suárez Piragauta*, el cual se confrontó con la entrevista que rindió el 27 de mayo de 2016, prueba que al ser contrastada con las declaraciones que rindieron los menores en el juicio, le permitió al Tribunal concluir que la retractación de P.A.G.S. y O.J.G.S., obedeció a los problemas económicos que estaba atravesando la familia como consecuencia de la reclusión del procesado, sumado a la dependencia emocional de *Suárez Piragauta* hacia **GARZÓN CAÑÓN**.

Por último, se indicó que las pruebas presentadas por la defensa –los testimonios de Gloria Ligia Cañón Monroy y el procesado– no resultan suficientes para restar credibilidad al dicho de los menores, pues, la primera no conoce los hechos de manera directa, y el implicado incurrió en múltiples contradicciones.

Por los anteriores motivos, el *Ad-quem* revocó la sentencia absolutoria emitida a favor de **OSCAR JAVIER GARZÓN CAÑÓN**, y en su lugar lo condenó en calidad de autor responsable de acceso carnal abusivo, actos sexuales con menor de catorce años y acceso carnal violento, todas las conductas agravadas y en concurso homogéneo.

IMPUGNACIÓN ESPECIAL

Luego de identificar los hechos juzgados, la imputación jurídica y los sujetos procesales, la impugnante manifiesta que el Tribunal incurrió en «ERROR EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA».

En orden a fundamentar su censura, la libelista translitera apartes de los testimonios rendidos por *Martha Estella Suárez Piragauta, P.A.G.S. y O.J.G.S.*, y seguidamente refiere que la presunta víctima explicó en juicio que la razón por la que acusó a su padre de haberla violentado sexualmente, fue para vengarse de él porque le estaba siendo infiel a su madre, sumado a que su progenitor le imponía muchas reglas de comportamiento que a ella no le gustaba cumplir.

Para la defensora, se le debe otorgar credibilidad a la declaración rendida por la menor en juicio, pues, «es más creíble que la versión inicial», dado que su relato «no se encuentra viciado, fue espontáneo, claro y con altas motivaciones de rabia y venganza»; y, además, porque conforme los postulados normativos solo es prueba aquella que se practica en el juicio oral con inmediación y concentración.

De otro lado, en cuanto al examen médico que realizó el doctor *Diego Victoria Sterling*, la censora refiere que el galeno concluyó que la menor presentaba «desgarro en meridiano 3 con bordes cicatrizados»; sin embargo, ella explicó que ha sostenido

relaciones sexuales con su novio, lo que no sólo explica el hallazgo médico - legal, sino que descarta la existencia de los delitos enrostrados al procesado.

Finalmente, después de transliterar apartes de algunas decisiones de la Corte, la impugnante solicita que se revoque la decisión impugnada y, en su lugar, se absuelva a su defendido por todos los cargos consignados en la acusación.

2. Traslado a los no recurrentes

En el traslado no se recibió ningún memorial signado por las otras partes e intervinientes.

CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala es competente para conocer de la impugnación interpuesta por la defen+sa contra la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, conforme se desprende del numeral 7° del artículo 235 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2018.

Dicho esto, en aras de resolver el recurso de impugnación especial, la Sala analizará las propuestas de la defensora con el fin de determinar si el Tribunal erró al emitir

sentencia condenatoria en contra de su defendido, para lo cual, en primer lugar, se examinará la jurisprudencia relacionada con los mecanismos establecidos para la incorporación de las versiones de menores víctimas de delitos sexuales y luego se analizará el caso concreto.

2. Sobre los mecanismos para la incorporación de las versiones de menores víctimas de delitos sexuales

La Corte, en decisión reciente, radicada CSJ SP934-2020, Rad. 52045, recordó y analizó de manera detallada los mecanismos procesales con los que cuenta la Fiscalía para incorporar al juicio oral la versión de un menor que ha sido víctima de delitos sexuales: *(i)* asegurar el testimonio de la víctima como prueba anticipada, según lo previsto en el artículo 274 de la Ley 906 de 2004; *(ii)* llevar la versión de la víctima al juicio como **prueba de referencia**, incluso si aquélla es convocada como testigo al juicio, y *(iii)* la acusación puede optar (idealmente como mecanismo excepcional, según quedó visto, para minimizar el riesgo de revictimización secundaria) por comunicar la narración del menor ofendido a través de la práctica de su testimonio en el juicio oral.

Y si en la vista pública sucede que aquél se retracta de los señalamientos incriminatorios que previamente pudo elevar contra la persona investigada, se activa la posibilidad de incorporar sus manifestaciones previas como **testimonio adjunto**.

Ahora bien, en la decisión CSJ SP5295-2019, Rad. 55651, la Corte analizó en detalle la *prueba de referencia* y el *testimonio adjunto*, por lo que se transcribirán los apartes pertinentes, dada su absoluta pertinencia frente al caso que ahora se analiza, en tanto, la fiscalía optó por comunicar la narración de la ofendida a través de la práctica de su testimonio en el juicio oral, oportunidad en la que ésta se retractó:

«7.2.4.3. La posibilidad de incorporar declaraciones anteriores al juicio oral cuando el menor es presentado como testigo en el juicio oral

7.2.4.3.1. Como testimonio adjunto, cuando el testigo se retracta o cambia su versión

Según se indicó en precedencia, en la decisión CSJSP, 25 ene 2017, Rad. 44950 la Sala desarrolló la jurisprudencia sobre los requisitos para la incorporación de declaraciones anteriores cuando el testigo se retracta o cambia su versión. En esencia se dijo que: (i) la principal diferencia de esta figura con la prueba de referencia consiste en que el testigo debe estar disponible en el juicio oral; (ii) la disponibilidad no debe entenderse como la simple presencia física, sino como la posibilidad de que las partes puedan interrogarlo y contrainterrogarlo; (iii) precisamente porque la posibilidad de ejercer el derecho a la confrontación es lo que legitima la incorporación de estas versiones, así como su valoración sin las cortapisas establecidas en el artículo 381; y (iv) deben agotarse los requisitos que permiten materializar los derechos de las partes, que fueron ampliamente explicados en ese proveído.

En la decisión CSJSP, 11 jul 2018, Rad. 50637, la Sala hizo las siguientes precisiones frente al manejo de esta figura cuando se trata de testigos menores de edad:

Como lo anterior se estableció en un caso donde la declarante era mayor de edad, deben hacerse las siguientes precisiones frente a los casos de niños que comparecen a la actuación penal en calidad de víctimas: (i) según se indicó en precedencia, la Fiscalía cuenta con múltiples opciones para el manejo del testimonio de las víctimas menores de edad; (ii) cada una de esas posibilidades está sometida a los requisitos y limitaciones allí referidos, que

deben ser considerados en la planeación del caso; (iii) el ordenamiento jurídico es más laxo cuando se trata de la incorporación de este tipo de declaraciones a título de prueba de referencia; (iv) para que opere la incorporación de una declaración anterior al juicio oral a manera de declaración anterior incompatible con lo declarado en juicio –“testimonio adjunto”-, es requisito indispensable que la parte contra la que se aduce tenga la oportunidad de formular preguntas sobre lo expuesto por el declarante por fuera del juicio oral, de lo que depende la “disponibilidad” del testigo; (v) esta oportunidad debe garantizarse, incluso con las limitaciones inherentes a la práctica del testimonio de menores; y (vi) si esto último no es posible, por la indisponibilidad del testigo o por cualquier otra razón, la declaración anterior tendrá el carácter de prueba de referencia, porque encaja en la definición del artículo 437 y, además, por la completa imposibilidad de ejercer el derecho a la confrontación.

*Así, mientras en la decisión CSJSP, 28 Oct. 2015, Rad. 44056 la Sala se pronunció sobre la posibilidad de incorporar las declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, cuando se trata de niños que comparecen en calidad de víctimas de abuso sexual u otros delitos graves, incluso cuando estos son presentados como testigos en el juicio, en esta oportunidad se aclara que ello puede hacerse a título de prueba de referencia o de declaraciones anteriores incompatibles con lo declarado en juicio (“testimonio adjunto”), **lo que dependerá, en esencia, de que el menor esté disponible como testigo**, esto es, que pueda ser interrogado y contrainterrogado sobre lo que expresó con antelación, sin perjuicio de las cautelas que deben tomarse para garantizar su integridad.*

7.2.4.3.2. La incorporación de declaraciones anteriores del menor, a título de prueba de referencia, cuando el niño es presentado como testigo en el juicio oral

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

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

Así, es claro que en los planos legislativo y jurisprudencial, desde hace varios años existe consenso frente a la necesidad de evitar que en los casos de abuso sexual los niños sean nuevamente victimizados al ser interrogados varias veces sobre los mismos hechos y, principalmente, si son llevados como testigos al juicio oral, lo que puede convertir para ellos el procedimiento en el escenario hostil a que hacen alusión el Tribunal Constitucional de España y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las decisiones citadas por la Corte Constitucional en la sentencia C-177 de 2014 atrás referida⁷.

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

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

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

⁷ “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*”:

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.

Así, a la luz de lo expuesto en las referidas decisiones (44056 de 2015, 44950 de 2017 y 50637 de 2018, entre muchas otras), resulta claro que: (i) la Fiscalía cuenta con diversas opciones para el manejo de las declaraciones de niños víctimas de abuso sexual: la práctica del testimonio como prueba anticipada, la presentación de declaraciones anteriores a título de prueba de referencia y la práctica del testimonio del menor en el juicio oral; (ii) si opta por esta última opción y la disponibilidad del testigo es relativa –*por su edad, porque el paso del tiempo le impida recordar lo sucedido, etcétera*–, puede solicitar la incorporación de las declaraciones anteriores a título de prueba de referencia; (iii) si el testigo presentado en juicio está disponible, en el sentido atrás indicado –*para ser interrogado y contrainterrogado*–, puede apelar a la figura del testimonio adjunto en el evento de que el declarante se retracte o cambie su versión; (iv) cuando ello sucede, debe cumplir los requisitos desarrollados en la sentencia 44950 de 2017, sin perjuicio del cuidado que debe observarse para salvaguardar la integridad del menor; y (v) desde el año 2015 a la fecha (*véase, entre otras la decisión 50637 de 2018*), la Sala ha hecho hincapié en la necesidad de que la Fiscalía, en cuanto sea posible, haga uso de la prueba anticipada, pues la misma permite un adecuado punto de equilibrio entre la protección de los niños y la materialización de los derechos del procesado, sin perjuicio de que facilita la obtención de una mejor evidencia, bien porque la declaración sea más cercana a los hechos, porque quede mejor documentada y porque las partes puedan formular preguntas a la luz de sus respectivas teorías, lo que, sin duda, favorece la calidad del testimonio.

7.2.4.3.3. Los trámites para la incorporación de declaraciones anteriores al juicio oral

En los numerales anteriores se hizo hincapié en los requisitos para la incorporación de una declaración anterior al juicio oral, a título de testimonio adjunto, desarrollados en la sentencia 44950 de 2017.

En la sentencia 44056 de 2015 la Sala hizo hincapié en el trámite que debe agotarse para la incorporación de una declaración anterior a título de prueba de referencia. Se dijo:

El descubrimiento de la declaración que constituye prueba de referencia.

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.

La explicación de pertinencia como requisito esencial de la solicitud de la prueba

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.

La demostración de la causal excepcional de admisión de prueba de referencia

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 cita⁸.

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.

La causal de aceptación de prueba de referencia prevista en el numeral 3° de la Ley 1652 de 2013 está supeditada a la verificación de que la víctima sea menor de 18 años y se trate de un delito contra la integridad, libertad y formación sexuales.

⁸ “Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación”.

Determinación de los medios de prueba que se pretenden utilizar para demostrar la existencia y contenido de la declaración anterior.

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.

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).

La incorporación de la declaración anterior al juicio oral a título de prueba de referencia

En el sistema de tendencia acusatoria regulado en la Ley 906 de 2004, el descubrimiento de la prueba y la solicitud de decreto que debe hacerse en la audiencia preparatoria son presupuestos necesarios, pero no suficientes para la incorporación del medio de prueba, puesto que esto último sólo puede ocurrir en el juicio. Este es un rasgo que diferencia el nuevo esquema procesal de aquellos que le antecedieron, inspirados en el principio de permanencia de la prueba.

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).

3. Resolución del caso concreto

Desde ya se debe indicar que fueron varios los desaciertos procesales y probatorios en los cuales incurrió la Fiscalía, que inexorablemente conducen a concluir que dentro del presente asunto no se probó más allá de toda duda razonable la existencia de los hechos y la responsabilidad del procesado en su comisión; por el contrario, campea la duda que, sin dudarlo, debe declararse a favor de **ÓSCAR JAVIER GARZÓN CAÑÓN**, en virtud del principio de *in dubio pro reo*.

Respecto de lo anotado debe señalarse, en primer lugar, que el curso del juicio oral adelantado en contra del procesado, se practicaron los siguientes testimonios: (a) Martha Estella Suárez Piragauta –madre de la víctima-, (b) la menor P.A.G.S. –víctima-, (c) el menor O.J.G.S. –hermano de la víctima-, (d) Isabel Cristina Díaz Alonso –psicóloga del CTI-, (e) Diego Victoria Sterling –médico del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses-, (f) Gloria Ligia Cañón Monroy; y (g) **ÓSCAR JAVIER GARZÓN CAÑÓN**.

En la sesión del 2 de junio de 2016, se recibió el testimonio de la psicóloga *Isabel Cristina Díaz Alonso*, con quien se incorporaron las entrevistas forenses que les realizó

a los menores P.A.G.S. y O.J.G.S., las cuales fueron registradas en audio y video y reproducidas en el juicio oral.

Ahora bien, en sesión anterior -31 de marzo de 2017-, se recibió el testimonio de la menor P.A.G.S. -para esa época contaba con 17 años-, oportunidad en la que manifestó que el domingo 29 de mayo de 2016, en presencia de su hermano O.J.G.S. y su vecina Maribel Cifuentes, le dijo a su mamá que su padre, **ÓSCAR JAVIER GARZÓN CAÑÓN**, abusaba sexualmente de ella desde que tenía 2 o 3 años de edad.

Le contó que los abusos, en principio, consistían en tocamientos libidinosos en su cuerpo, pero que a partir de los 6 o 7 años su padre empezó a penetrarla vaginalmente con su pene, hechos que ocurrieron en innumerables oportunidades en el lecho nupcial, cuando se quedaban solos, y que no se había atrevido a contar lo sucedido porque su padre le decía que, si lo hacía, el iría a la cárcel por su culpa.

Específicamente, le narró que un día su padre la penetró y que eyaculó en su mano, y que minutos después la progenitora entró a la habitación y observó que su compañero sentimental tenía una bata puesta y la mano empuñada. Que, en otra ocasión, su padre la penetró con el período menstrual, por lo que manchó de manera profusa la cama. También le dijo que los encuentros sexuales eran rápidos, que en varias ocasiones le pidió a su padre que no la siguiera abusando, que odiaba a su padre y que le había

contado a su hermano O.J.G.S. lo que estaba sucediendo desde hace 4 años atrás.

Le refirió que ese día, 29 de mayo de 2016, su padre le ordenó a su hermano que fuera a la tienda a comprar papel higiénico, con la finalidad de quedarse a solas con ella, pero como acompañó a su hermano, con el fin de evitar el encuentro, su padre se molestó y dijo que se iba de la casa. La menor en el juicio declaró que hizo la misma narración a la psicóloga y al médico que la examinó.

Sin embargo, seguidamente señaló que todo lo que la había contado a su madre ese 29 de mayo de 2016 y a los galenos, era mentira, producto de una invención que había creado con su hermano O.J.G.S. para vengarse de su padre.

Sobre esto último, manifestó que para la época de la denuncia ella tenía un novio y su papá le imponía muchas reglas, como horarios de visitas, acompañamiento permanente por un adulto y el cumplimiento de sus deberes escolares, las cuales ella incumplía. Específicamente, narró que un día estuvo con el novio en misa, por fuera del horario establecido; que su padre se enteró, se molestó mucho y dijo que se iba a ir de la casa, por lo que en venganza decidió inventar esa historia de abuso.⁹

⁹ A partir del record 38:29.

Lo anterior, sumado a que conoció que su papá le estaba siendo infiel a su mamá, con una compañera de labor, pues, los observó besándose un día que lo acompañó al trabajo,¹⁰ hecho que le causó mucha molestia y le pareció injusto con su progenitora, quien ha soportado constantes maltratos psicológicos y humillaciones por parte de su padre.

Cuando se le preguntó si no consideró que era más fácil y menos doloroso contarle a su madre lo que en realidad estaba sucediendo, dijo que obvió hacerlo, para no causarle daño. Más adelante señaló que «obviamente me hubiera parecido muy fácil decirle a ella, pero ya como yo veía que ella ya había sufrido mucho, o sea, verla humillarse ante un hombre, y después que yo le diga a ella que la está engañando con otra mujer y que yo vi que él la besó a ella, no le veía como el interés de decirle a ella eso porque no la quería ver sufriendo».¹¹

Sobre las razones por las que esperó un mes y medio antes de rendir el testimonio, para contar su segunda versión, manifestó que no lo había dicho antes porque «la verdad yo sí quería que mi papa tuviera como un, como un castigo por lo que le había hecho a mi mamá, por todo lo que le había hecho pasar»,¹² y también dijo que «yo creo que, como que él ya, yo pienso que es como la lección suficiente para darle a él...»¹³.

Finalmente, contó que su papá la bañó hasta que ella tenía 10 años aproximadamente y que consideraba que ya estaba muy grande para eso, además, le daba “picos” en la

¹⁰ A partir del record 42:09.

¹¹ A partir del record 16:08.

¹² A partir del record 13:20.

¹³ A partir del record 19:36.

boca y a eso le molestaba,¹⁴ sin embargo, adujo que su papá nunca se ha sobrepasado con ella y que sólo se “arrunchaban” en la cama.

Al ser contrainterrogada por el defensor a través de la psicóloga, esto ocurrió:

«Psicóloga: ¿Eso que tú dices que inventaste con quien lo planeaste?

Víctima: con mi hermano menor.

Psicóloga: ¿Lo que tú le dijiste a tu mamá que tu papá te hacía es verdad o es mentira?

Víctima: Es mentira.

Psicóloga: ¿Lo que fuiste y dijiste en la denuncia, en la entrevista, es verdad o es mentira?

Víctima: Es mentira.

Psicóloga: ¿Y lo que le dijiste a la psicóloga de medicina legal, es verdad o es mentira?

Víctima: Es mentira.

Psicóloga: ¿Y todo lo que le dijiste al médico de medicina legal, es verdad o es mentira?

Víctima: De lo que yo tuve relaciones con mi novio, si es verdad. Y, el resto es mentira.

Psicóloga: ¿Alguna persona te amenazó, te obligó o te ofreció plata para que vinieras a decir hoy lo que estás diciendo?

Víctima: No.

Psicóloga: ¿Lo que tú estás haciendo hoy es porque quieres ayudar a tu papa? Víctima: No, es porque yo quiero que se sepa la verdad».¹⁵

De esa manera se terminó la declaración de la menor, dado que la delegada de la Fiscalía no quiso seguir interrogando a la víctima.

Pues bien, lo primero que hay que indicar, es que las manifestaciones previas de P.A.G.S., que el Tribunal tuvo

¹⁴ A partir del record 17:16.

¹⁵ A partir del record 33:49.

como fundamento de la condena, esto es, la narración ofrecida ante la psicóloga *Isabel Cristina Díaz Alonso*, no constituye *testimonio adjunto*, porque la Fiscalía no agotó el procedimiento requerido para que así fuera, ni reclamó su incorporación en tal condición.

En efecto, la Sala no discute que (i) P.A.G.S. estuvo disponible para el juicio tanto física como funcionalmente, pues, rindió testimonio y respondió los cuestionamientos que le formuló la fiscalía y la defensa, con fluidez y sin evadirlos o eludirlos; y, (ii) negó haber sido objeto de vejámenes sexuales y explicó que la historia que narró a su madre y a los galenos había sido producto de su invención, para vengarse de su padre.

Ahora, si bien, la Fiscalía contaba con una entrevista anterior al juicio, en la que la menor sindicó a su padre **ÓSCAR JAVIER GARZÓN CAÑÓN** de haberla abusado sexualmente, indicando con precisión las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ello habría sucedido, la fiscalía no incorporó las manifestaciones previas con el interrogatorio de P.A.G.S., con lo cual no se activó para la defensa la posibilidad de ejercer la confrontación respecto de esos contenidos probatorios.

La confrontación, cuyo agotamiento era inexorable para atribuirles la condición de pruebas, únicamente resultaba posible frente al autor de las afirmaciones antecedentes, esto es, la víctima, en cuyo interrogatorio debían ser

incorporadas, pues, es ésta la única manera de que se hubiese habilitado para el procesado la posibilidad de ejercer de manera debida los derechos de defensa y contradicción respecto de las manifestaciones anteriores, con el contrainterrogatorio del testigo, conforme la jurisprudencia que se citó en el anterior acápite.

Así pues, como el contenido de la entrevista anterior no fue incorporado a través del único testigo con quien ello podía legalmente hacerse –la víctima– y, además, la Fiscalía ni siquiera solicitó del despacho la aducción de la misma como *testimonio adjunto*, para que de esta manera la defensa pudiera ejercer en forma debida la contradicción respecto de las manifestaciones anteriores del testigo, surge evidente que las mismas no adquirieron dicha connotación y no podían ser valoradas como tales por las instancias.

Por otra parte, la Sala advierte que la entrevista de P.A.G.S. tampoco reúne las condiciones para tenerla como prueba de referencia admisible, y, por ende, la incorporación que de su contenido se hizo a través de la psicóloga que la practicó, se adelantó de manera irregular, pues, si bien, tales manifestaciones (i) fueron producidas por fuera del juicio y (ii) comprenden aspectos de relevancia para la solución del caso; es lo cierto que la víctima estuvo disponible en el juicio oral, oportunidad en la que estuvo abierto a responder las preguntas que la fiscalía y la defensa le formularon.

Por lo tanto, no se cumple con la condición fundamental de la admisibilidad de la prueba de referencia en casos de

menores víctimas de delitos sexuales –si se aceptara que en esta condición ha de asumirse a la afectada- que comparecen a la vista pública, cual es, que lo hagan en condición de *disponibilidad relativa*.

De lo anterior se sigue, en síntesis, que las manifestaciones previas al juicio, realizadas por P.A.G.S., no adquirieron la condición de pruebas –ni como testimonio adjunto ni de referencia- y no podían, por ende, ser apreciadas, con lo cual se hace patente el falso juicio de legalidad en que incurrió el Tribunal al valorarlas y tenerlas como fundamento demostrativo de la sentencia atacada.

Sobre el tema, en la sentencia impugnada el *Ad-quem* indicó lo siguiente:

«En este punto, es importante recordar que en el sistema penal con tendencia acusatoria es factible, de forma excepcional, utilizar como pruebas las declaraciones previas rendidas por un testigo, cuando éste declare en sentido diverso a lo expresado en sus versiones anteriores o niegue haber hecho esas manifestaciones.

Al respecto, el órgano de cierre de la justicia ordinaria fue claro al expresar que la admisibilidad de las declaraciones hechas por un testigo antes del juicio está sujeta principalmente a dos requisitos: (i) que la declaración anterior sea inconsistente con lo declarado en juicio, y (ii) que la parte contra la que se aduce el testimonio tenga la oportunidad de ejercer el contrainterrogatorio.

En el caso objeto de estudio se dan los requisitos que establece la jurisprudencia para tener como pruebas las declaraciones rendidas por P.A.G.S. ante el médico legista y ante la psicóloga del C.T.I., porque se trata de atestaciones hechas por la víctima antes del juicio oral -30 de mayo y 7 de junio de 2016-, aunado a que la menor se retractó de las acusaciones hechas contra OSCAR JAVIER GARZÓN,

estuvo disponible en el juicio y en efecto fue interrogada y contrainterrogada sobre lo aseverado anteriormente.

Además, en el juicio oral el citado perito dio lectura íntegra al acápite que contiene las afirmaciones que le hizo la víctima e igual ocurrió con la psicóloga. Por último, tanto el informe pericial de clínica forense N° UBAM-DRB-07546-2016 como el informe de investigador de campo FPJ-11 fueron incorporados al juicio.

En consecuencia, es necesario reiterar que las declaraciones previas rendidas por la víctima, cumplen los requisitos para ser tenidas como pruebas dentro del presente diligenciamiento».

Como se ve, a pesar de que el Tribunal conocía la jurisprudencia que sobre el manejo de la prueba de referencia ha proferido la Sala, erró en su aplicación, en tanto, señaló erradamente que la defensa tuvo la oportunidad de contrainterrogar a la testigo sobre sus manifestaciones anteriores, lo que en verdad no ocurrió, porque la Fiscalía no las introdujo al juicio con la testigo que las emitió, pese a que se encontraba disponible en ese escenario.

Lo mismo ocurrió con el testimonio del menor O.J.G.S. – hermano de la víctima- quien en el juicio oral –sesión del 31 de marzo de 2017-, manifestó que a su padre **ÓSCAR JAVIER GARZÓN CAÑÓN** lo capturaron con ocasión de una denuncia que interpuso su hermana y su mamá, conforme con la cual su progenitor venía abusando sexualmente a su hermana desde , sin embargo, manifestó que esa historia fue inventada por ellos, 2 o 3 semanas antes de la interposición de la

denuncia¹⁶, para vengarse del padre porque le estaba siendo infiel a su madre¹⁷.

Cuando se le preguntó exactamente por la historia que habían creado, adujo que se inventaron que su padre estaba «violando» a su hermana desde hace más de 10 años, y que él se enteró hace 4 años atrás porque su hermana le contó, historia que le contaron a su mama el 29 de mayo de 2016 en presencia de la vecina Maribel Cifuentes.

Dijo que la razón por la que se inventaron es historia era porque *«Mi papa estaba haciendo mucho llorar a mi mama y nosotros pues nos estábamos decepcionando, y cogimos rabia, la cogimos contra el e inventamos que él estaba violando a mi hermana»*¹⁸; sumado a que su padre le estaba siendo infiel a su madre con una compañera de trabajo.

Cuando se le indagó acerca de si no pensó en que la historia por ellos creada le iba a causar más dolor a su madre manifestó: *«En ese momento no pensamos en nada, solo pensamos en vengarnos de nuestro papá y ya»*¹⁹ y cuando se le preguntó si no era más fácil contarle a su madre que su padre le estaba siendo infiel, dijo: *«Pues no, porque nosotros buscamos la mayor forma como de hacerle daño a él. Pero nosotros nunca pensamos en lo que iba a sentir mi mamá»*²⁰,

¹⁶ A partir del record 14:26.

¹⁷ A partir del record 11:01.

¹⁸ A partir del record 12:40.

¹⁹ A partir del record 28:42.

²⁰ A partir del record 29:11.

dijo que quería que su padre sintiera lo que mi mamá sentía, al serle indiferente, a que no quisiera estar con él»²¹.

Finalmente, adujo que decidieron contarle a su mamá la verdad porque ya se estaba sintiendo muy mal de ver a su progenitora deprimida y «*sufriendo económicamente...porque ella no está ubicada en un buen empleo, y está muy endeudada*»,²² dado que los gastos de la casa los sufragaban ambos padres, por mitad.

Así, O.J.G.S. estuvo disponible para el juicio tanto física como funcionalmente, pues, rindió testimonio y respondió los cuestionamientos que le formuló la fiscalía y la defensa, con fluidez y sin evadirlos o eludirlos; oportunidad en la que manifestó que lo que había narrado en una entrevista que había rendido con anterioridad era una historia que él y su hermana habían inventado, con el fin de vengarse de su padre, que no correspondía con la realidad.

Pese a la evidente retractación del testigo, dado que la fiscalía contaba con una versión anterior que el mismo declarante había rendido, diametralmente opuesta a lo narrado en el juicio oral, la fiscalía no incorporó las manifestaciones previas durante el interrogatorio de O.J.G.S., como testimonio adjunto, con lo cual no se activó para la defensa la posibilidad de ejercer la confrontación respecto de esos contenidos probatorios.

²¹ A partir del record 29:31.

²² A partir del record 29:43.

Además, aunque la juez de conocimiento permitió el ingreso de la entrevista del menor O.J.G.S., con la declaración de la psicóloga *Isabel Cristina Díaz Alonso* –quien la practicó–, es lo cierto que se trata de prueba de referencia inadmisibile, dado que el testigo estuvo disponible en juicio, por lo que tal evidencia no podía ser apreciada.

La corrección del yerro impone la necesidad de adelantar la valoración del acervo probatorio *legalmente* incorporado al proceso – esto es, con sustracción de las manifestaciones previas de los menores P.A.G.S. y O.J.G.S.–, a efectos de establecer si resulta suficiente para mantener la condena, o si, en contrario, se impone la absoluciónde **ÓSCAR JAVIER GARZÓN CAÑÓN**.

El examen, al efecto, revela que la fiscalía no acreditó, más allá de toda duda razonable, la existencia de los hechos investigados.

En efecto, si bien P.A.G.S. relató de manera tangencial y somera hechos constitutivos de abuso sexual cometidos en su contra por su propio padre, **ÓSCAR JAVIER GARZÓN CAÑÓN**, es lo cierto que la víctima señaló que esas narraciones no habían ocurrido realmente y que eran producto de su imaginación.

Por su parte, el menor O.J.G.S. manifestó que no percibió directamente que su padre cometiera algún tipo de hecho constitutivo de abuso sexual en contra de su hermana,

sumado a que corroboró la tesis de aquella, según la cual, todo obedeció a una historia creada por ellos para vengarse del padre, por haberle sido infiel a su madre.

Ahora bien, *Martha Estela Suárez Piragauta* –madre de la menor-, además de narrar lo que su hija le contó ese domingo 26 de mayo de 2016, para lo cual se hizo necesario utilizar una entrevista anterior que rindió, a fin de para refrescar su memoria –de referencia-, adujo que ella no le creyó a su hija porque no observó nada extraño y, además, nunca se quedaba sola con su padre.²³

Dijo que mes y medio atrás aproximadamente, su hija P.A.G.S. le dijo que quería confesar la verdad y le manifestó que lo que le había narrado relacionado con los abusos sexuales de que estaba siendo víctima por parte de su padre, no era cierto, y que había inventado esa historia junto con su hermano, para vengarse del acusado porque le estaba siendo infiel a ella.

Al respecto, esto dijo la testigo:

«Defensa: ¿Qué le dijo ella referente a que cambiaba la versión?

Testigo: Que la verdad ella estaba cansada de verme sufrir, y en la forma en que el papá me humillaba, y que haberme despreciado después de 20 años, los pocos años de mi juventud que le había entregado a él, que a ella le había dolido y que ella decía que tenía que haberse vengado de alguna u otra forma se tenía que vengar por todo el daño que me había hecho.

²³ A partir del record 1:27:39.

Defensa: ¿por qué cree que la menor se estaba vengando? Dice que se iba a vengar ¿debido a qué es que tomó la menor esa venganza y le iba a hacer daño, o se iba a vengar del señor padre?

Testigo: Por motivo de que en una ocasión que él la llevó a trabajar, a que lo acompañara, me contó que ella lo había visto besándose con una muchacha que se llama Carmen Causil.

Defensa: ¿Usted recuerda en qué época fue eso?

Testigo: Eso fue a comienzos de abril, marzo, algo así, que comenzó con esa actitud y ella empezó con rebeldía y todo». ²⁴

De otro lado, el perito *Diego Victoria Sterling*²⁵ – médico legista del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses- realizó un examen médico a la víctima y, además de leer la anamnesis, en donde consta lo que la menor le relató –de referencia-, adujo que se encontraba deprimida y aprensiva, y que al examen encontró que la paciente presentaba un himen coroliforme con desgarró antiguo, de bordes cicatrizados en el meridiano 3, lo que significaba que había existido penetración por la vía vaginal, hallazgo compatible con el relato de la víctima.

Sin embargo, la menor en el juicio oral manifestó que había sostenido relaciones sexuales con su novio, por lo que, con dicha prueba no se hace más o menos probable la existencia de los hechos.

Por otro lado, la psicóloga *Isabel Cristina Díaz Alonso*, se limitó exclusivamente a recibir la narración de los menores

²⁴ A partir del record 2:21:40.

²⁵ A partir del record 19:05.

P.A.G.S. y O.J.G.S., sin que, por ende, haya realizado una evaluación psicológica ni ningún otro estudio pericial, por lo que su declaración también es de referencia.

Por último, *Gloria Ligia Cañón Monroy* –madre del procesado- manifestó, en lo que a ella le consta directamente, que en una ocasión se encontró la menor y esta le pidió perdón por lo que había hecho, aunque no es específica en torno de a qué se refería la niña. El procesado en todo momento se mostró ajeno a los hechos denunciados.

En esas condiciones, ante la evidenciada precariedad de la prueba incriminatoria se impone casar el fallo y reestablecer la absolución dispuesta en la primera instancia, debido a la imposibilidad de valorar la versión anterior de la menor P.A.G.S., dado que, como se anotó, no fue incorporada al juicio conforme al debido proceso, razón por la cual solo se reporta en el plenario la versión rendida por la afectada en el juicio, en la que desestima la existencia de cualquier tipo de vejamen a cargo del acusado.

Ahora bien, la Sala no puede pasar por alto que la versión que rindió la víctima en el juicio oral, según la cual los hechos denunciados jamás ocurrieron y lo narrado inicialmente fue producto de una historia que inventó junto con su hermano para vengarse del padre por serle infiel a su madre, presenta múltiples y profundas contradicciones, que tornan en inverosímil su relato.

Sin embargo, ante la imposibilidad de valorar las versiones iniciales, dado que no fueron incorporadas al juicio en la forma debida, la Corte no puede efectuar un análisis conjunto de ambas versiones.

El subtexto de las declaraciones rendidas por *Martha Estela Suárez Piragauta* y los menores P.A.G.S. y O.J.G.S., compañera sentimental e hijos del procesado, respectivamente, deja en evidencia el contexto de sometimiento ejercido por el procesado contra los miembros de su propia familia, por el poder económico que éste detentaba hasta antes de su reclusión, a tal punto que O.J.G.S. manifestó que su madre está muy preocupada y deprimida porque tiene muchas deudas que no puede solventar, dado que no cuenta con un trabajo estable.

De otro lado, la víctima P.A.G.S. manifestó que su padre la bañó hasta que contaba con diez años de edad y que le daba besos en la boca que le causaban incomodidad, conductas que no solo resultan del todo inapropiadas, sino además contrarias a la autonomía e individualidad de la menor.

En este punto, debe la Corte resaltar la deficiente investigación que adelantó la Fiscalía, pues, en un caso de significativa gravedad dada la estrecha relación entre víctima y victimario, y las condiciones socio-económicas de la unidad familia, no se entiende cómo ni siquiera se intentó realizar una valoración psicológica a la víctima, a fin de determinar

su estado mental, posibles afectaciones por los hechos denunciados, caracteres de su personalidad, etc.

Además, resulta inexplicable que la Fiscalía, a pesar de conocer que los menores se retractarían en el juicio oral –así lo anunció en sus alegatos iniciales-²⁶, no hubiese agotado el procedimiento debido para incorporar al juicio sus versiones anteriores, a fin de que pudieran ser valoradas por el Juez.

Es por ello que la Sala hace un llamado de atención respecto del deber de los funcionarios judiciales de actuar con la diligencia debida, sopesando en cada caso el reconocimiento y respeto de los derechos de los demás sujetos procesales, tal como se recalcó en la decisión CSJ SP4103-2020, Rad. 56919, oportunidad en la que se señaló lo siguiente:

«Finalmente, la Sala observa con profunda preocupación lo que viene sucediendo con este tipo de casos, que no logran esclarecerse por el manejo inadecuado de la prueba por parte de la Fiscalía. Ello, a pesar de que en los últimos años la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en buena medida sintetizada en el fallo T-008 de 2020, y la de esta Corporación (CSJSP, 16 marzo 2016, Rad. 43866; CSJSP, 11 jul 2018, Rad. 50637; CSJSP, 20 mayo 2020, Rad. 52045, entre muchas otras), han fijado parámetros para el manejo del testimonio de niños que comparecen a la actuación penal en calidad de víctimas.

En el fallo 43866, a la luz de la reglamentación de esta temática en el derecho comparado, se explicó con amplitud la importancia de acudir a la figura de la prueba anticipada, para lograr un punto de equilibrio entre la protección de los niños que comparecen a la actuación penal en calidad de víctimas de delitos sexuales, los

²⁶ A partir del record 10:13.

derechos del procesado y la calidad de la evidencia, esto último por el mejor registro de las declaraciones y la posibilidad de su depuración a partir del interrogatorio cruzado. Ello, sin perjuicio de lo expuesto sobre las opciones que el ordenamiento jurídico le otorga a la Fiscalía para el manejo de este tipo de pruebas, reiteradas en la primera parte de este proveído.

Igualmente, de tiempo atrás también se ha aclarado cuál es el procedimiento que debe seguirse para la incorporación de una declaración anterior a título de testimonio adjunto (CSJSP, 25 ene 2017, Rad. 44940, entre muchas otras), y se señaló el trámite para la incorporación de una prueba de referencia (CSJSP, 28 oct 2015, Rad. 44056).

Cabe advertir que todos estos pronunciamientos son anteriores a la celebración del juicio (la acusación se presentó en diciembre de 2017) y, no obstante, se presentaron los errores ya referidos.

Por tanto, se hace un nuevo llamado de atención para que la Fiscalía actúe con la diligencia debida, pues solo de esa manera podrán garantizarse los derechos de quienes comparecen en calidad de víctimas, sin arrasar con los derechos de los procesados».

4. Conclusiones

Las manifestaciones previas al juicio, brindadas por los menores P.A.G.S. y O.J.G.S. no adquirieron la condición de pruebas –ni como testimonio adjunto ni de referencia– y no podían, por ende, ser apreciadas, dado que respecto de ellas no se cumplió el debido proceso probatorio.

El acervo probatorio incorporado a la actuación, con sustracción de las manifestaciones previas de P.A.G.S. y O.J.G.S., es insuficiente para concluir, más allá de toda duda

razonable, la tipicidad de la conducta y la existencia de los hechos investigados, por lo tanto, se debe revocar el fallo impugnado para, en su lugar, dejar en firme la absolución declarada en primera instancia.

Por lo anterior, se dispondrá la libertad inmediata de **OSCAR JAVIER GARZÓN CAÑÓN**, por razón de este proceso, para lo cual se librarán los oficios pertinentes y se dispondrá que el juzgador de primer grado se ocupe de cancelar las órdenes de captura existentes, así como de realizar las anotaciones a que haya lugar.

En mérito de lo expuesto, la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero: REVOCAR el fallo del 4 de marzo de 2020, por medio del cual la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, condenó a **ÓSCAR JAVIER GARZÓN CAÑÓN**, como autor responsable de acceso carnal abusivo, actos sexuales con menor de catorce años y acceso carnal violento, todas las conductas agravadas y en concurso homogéneo.

Segundo: En consecuencia, **DEJAR EN FIRME** la absolución declarada en primera instancia, por las razones expuestas en la motivación de esta sentencia.

Tercero: **DISPONER** la libertad inmediata de **ÓSCAR JAVIER GARZÓN CAÑÓN**, por razón de este proceso, para lo cual se librarán los oficios pertinentes y se dispondrá que el juzgador de primer grado se ocupe de cancelar las órdenes de captura existentes, así como de realizar las anotaciones a que haya lugar.

Cuarto: **DEVOLVER** el expediente a la instancia respectiva, para que se realicen las comunicaciones a que hace referencia el inciso 2° del artículo 166 de la Ley 906 de 2004.

Quinto: Esta decisión no admite recursos.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

GERSON CHAVERRA CASTRO

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

FABIO OSPITIA GARZÓN

HUGO QUINTERO BERNATE

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Nubia Yolanda Nova García
Secretaria