



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal



LUIS ANTONIO HERNANDEZ BARBOSA

Magistrado Ponente

SP358-2020

Radicación n. ° 53127

Acta 030

Bogotá, D. C., doce (12) de febrero dos mil veinte (2020)

VISTOS:

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor de **Rubén Darío Vásquez Cardona**.

HECHOS:

LVCV, nacida el día 19 de marzo de 2005, quien perdió a su madre siendo bebé, fue criada por su abuela en una finca de la vereda “Las Muelas” del Municipio de Aranzazu en el departamento de Caldas, en donde vivía con sus abuelos y

su tío **Rubén Darío Vásquez Cardona**, quien proveía por el sustento de la familia.

Al cumplir ocho años de edad, LVCV mostraba ciertas dificultades de aprendizaje y un especial estado anímico, que las docentes percibieron desde cuando ingresó a pre escolar, pero ante la persistencia de esa situación, una de sus profesoras interrogó a la menor, quien les manifestó que su tío **Rubén Darío Vásquez Cardona**, sus primos y otras personas, le tocaban sus partes íntimas y la violaron.

ACTUACION PROCESAL:

1.- El 25 de febrero de 2015, ante el Juez Promiscuo Municipal de Aranzazu, la fiscalía le imputó a **Rubén Darío Vásquez Cardona** la conducta punible de actos sexuales abusivos en menor de 14 años en concurso homogéneo y sucesivo (*artículos 31 y 209 del Código Penal*), cargos que no aceptó.

El Juzgado le impuso medida de aseguramiento.

2.- El 14 de julio de 2015, el Juzgado Penal del Circuito de Salamina realizó la audiencia de formulación de acusación, en la que la fiscalía ratificó los cargos, sin mencionar el concurso de conductas punibles.

3.- La audiencia preparatoria se verificó el 11 de agosto del mismo año. El juicio inició el 22 de septiembre y culminó el 1 de octubre de 2015, anunciando el sentido condenatorio del fallo.

La sentencia se leyó el 21 de octubre de 2015. En ella el Juzgado condenó a Rubén Darío Vásquez Cardona como autor del delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravada por el parentesco, a la pena de 12 años de prisión y a la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo (*artículos 209 y 211 numeral 5 del Código Penal*).

4.- La sentencia, apelada por la defensa, la confirmó el Tribunal Superior de Manizales, mediante sentencia del 16 de abril de 2018.

5.- El defensor impugnó la decisión a través del recurso extraordinario de casación. La Corte, en providencia del 27 de noviembre de 2018, admitió la demanda, que se sustentó el 22 de enero del presente año.

DEMANDA DE CASACIÓN:

Con fundamento en la causal tercera de casación, el demandante formula un cargo por manifiestos errores de apreciación probatoria (*artículo 181 de la ley 906 de 2004*).

Señala que la menor no declaró en el juicio aduciendo el derecho constitucional a no declarar contra su familiar. Por lo tanto, la sentencia se sustentó en lo que la menor le comentó a su profesora Diana Patricia Toro, a la Comisaria de Familia de Aranzazu, Elsa Ocampo, y a la sicóloga del Instituto de Bienestar Familiar, Sandra Mayorga Mendieta, sobre el abuso sexual del que habría sido objeto por parte de su tío **Rubén Darío Vásquez Cardona** y de otras personas más.

A las primeras les dijo que la acariciaba, mientras que a la última que la violó, y que sus primos le hacían lo mismo. De manera que según el demandante no se sabe cómo, cuándo, dónde y por quién fue agredida; por eso la fiscalía no pudo probar el concurso de conductas punibles de abuso sexual.

Aduce que la señora Danelia Vásquez Cardona, tía de la niña, refirió que la menor un día dice unas cosas y al otro día otras, por lo cual no entendía el comportamiento de la niña. Incluso, dice el demandante, la declarante señaló que se presentó una discusión entre ella y la profesora por los comentarios que le habría hecho la menor a la docente, a lo cual la niña reconoció que eran inventos suyos.

En su criterio, también erró el Tribunal al considerar que la calificación de la sicóloga Sandra Mayorga Mendieta, con un puntaje de 24 puntos sobre 38, permitía inferir que la menor dice la verdad, siendo que es al juez y no al perito a

quien le corresponde hacer ese juicio a partir del análisis conjunto de los medios de prueba legalmente aportados al proceso.

En fin, concluye que las declaraciones empleadas por el Tribunal son de referencia y que no podía sobre esa base condenar al acusado.

AUDIENCIA DE SUSTENTACION

El **defensor** ratificó su petición y pidió que se case la sentencia por desconocimiento de las reglas de apreciación probatoria.

La **Procuradora** acepta que ciertamente la menor se abstuvo de declarar en el juicio. Pero aclara que se refirió a los abusos de su tío por fuera del proceso, y que esa situación se encuentra respaldada por los psicólogos tratantes.

Explica que como la niña no declaró en el juicio, sus declaraciones fueron apreciadas como prueba de referencia, toda vez que su entrevista fue introducida por la psicóloga de la Comisaría de Familia, resaltando que la defensa tuvo la oportunidad de contrainterrogarla acerca de lo que la menor dijo en la entrevista.

En su opinión, el Tribunal no se equivocó al sustentar su decisión en la declaración que rindió la menor ante la sicóloga, funcionaria que además conceptuó que la menor se orienta en tiempo y espacio, y que su nivel intelectual es el propio de una persona de 8 años de edad.

Agrega que la sicológica calificó a la menor con un puntaje de 24 puntos sobre 38, lo que habla bien a favor de su credibilidad, aun cuando reconoce que en el salvamento de voto se afirmó que esa calificación no era suficiente para confiar en su credibilidad.

Aun así, estima que la versión entregada a la sicóloga y a la profesora del plantel donde estudiaba la niña, a quien esta le comentó del abuso cuando fue interrogada sobre su retraimiento en clase, confirman la real ocurrencia del hecho.

En su concepto, no le asiste razón al recurrente.

El **Fiscal** llama la atención sobre algunos aspectos que la Corte debería considerar.

Resalta que la sentencia se sustenta en prueba de referencia. Sin embargo, piensa que tratándose de asuntos sexuales en los que la víctima es menor de edad, la prueba de referencia puede tener una cobertura mayor que en otros casos, y también la prueba pericial, pese a la elaboración jurisprudencial sobre este tema.

Precisa que LVCV no declaró en el juicio y admite que en las entrevistas es contradictoria: en alguna ocasión dijo que fue tocada y en otra violada. Manifestó saber cuál es la diferencia entre una violación y un tocamiento, pero cambió su versión; su dicho por eso es contradictorio y es un aspecto que deberá tener en cuenta la Corte al apreciar la credibilidad de la prueba de referencia.

La tía de la menor también declaró sobre las fantasías de la menor, acerca de sus mentiras, o por lo menos que decía una cosa un día y otra al otro día. En ese orden, la sentencia se sustenta en un alto grado de especulación, por lo cual hay que concluir en que el Tribunal erró al condenar.

Señala que el concepto y la calificación de la sicóloga con base en el sistema ideado por Mónica Bejarano no alcanzan la relevancia para brindar al juez el conocimiento más allá de toda duda para condenar.

Concluye que si se aplica estrictamente las reglas de la prueba de referencia no se puede condenar al acusado. Habrá, por eso, que decantar si tratándose de delitos contra menores, la prueba de referencia tiene un espectro mayor que en otros asuntos.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Primero. Con el fin de resolver el cargo propuesto, sustentado en la imposibilidad legal de que se pueda condenar exclusivamente con base en pruebas de referencia, la Sala indicará: **(i)** las pruebas que obran en el proceso **(ii)** cuáles fueron los argumentos de las decisiones de primera y segunda instancia, **(iii)** el estado actual de la jurisprudencia en relación con la prueba de referencia, y el valor de las entrevistas que hacen parte de los conceptos periciales, y por último **(iv)** determinará si el Tribunal desbordó la prohibición contenida en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004.

Segundo. Pruebas practicadas en el juicio.

2.1.- De la fiscalía:

2.1.1.- Declaración del patrullero e investigador Johan González Blandón. Hizo actividades de investigación, realizó tres entrevistas: a María Rubiela Cardona, Luis Alfredo Vásquez y Diana Patricia Toro Osorio.

Refiere que los entrevistados dijeron no saber sobre el tema del abuso.

2.1.2.- Declaración de Nelson Rivera Guerrero, Técnico investigador de Policía.

Refirió que, conforme a la orden que le fue impartida, realizó interrogatorio judicial al indiciado, entrevistó a la hermana de éste, Danelia Vásquez Cardona, estableció la identidad del acusado y actualizó información aportada por la comisaria de familia de Aranzazu.

Aclaró que Danelia Vásquez Cardona no entregó datos relevantes sobre el tema objeto de investigación.

3.1.3.- Declaración de Elsa Alejandra Ocampo Urrea.

Abogada, comisaria de Aranzazu, quien interviene, según su decir, activamente en temas de restablecimiento de derechos.

Se refiere al proceso de restablecimiento de derechos. Le llamó la atención la situación de la niña. Explica que inició el proceso por solicitud de profesoras de la institución educativa de la niña, de la vereda Muelas. En el informe que le entregaron las docentes hacían referencia a un presunto abuso de la niña por parte de su tío, según manifestaban en el escrito.

Encontró vulneración a la integridad física. Dijo que según la trabajadora social, la niña parece que le contó de un presunto abuso por parte del tío. Consideró que había

riesgo por cuanto el presunto abusador vivía en la misma casa.

La niña le comentó en el momento de retirarla del hogar en donde vivía, que le contó a la abuelita de los tocamientos por parte del tío. Para mí, dijo, fue una entrevista que me causó lagrimas; he tratado de ayudar a la niña. Me dijo que en una ocasión le hizo el tío tan duro que le dolió y que la abuelita le echó alcohol.

Cuestioné a la abuelita, explica, y asegura que los abuelitos son personas mayores, de 80 o 85 años. Por más que les expliqué, dice, no tienen, por su avanzada edad, las capacidades para entender.

Señaló:¹

“Nosotros mandamos un oficio al fiscal poniendo en conocimiento el tema, inicialmente remitimos unas diligencias, la valoración médico legal de la niña, la entrevista que le practicamos a la niña, las valoraciones psicológicas.

Quien va al lugar es la trabajadora social y lo tomo de referencia porque la niña me decía que eso sucedía en el cuarto del tío, ella me decía que eran unas tres o cuatro veces. Le mostraba las partes íntimas y le ponía la mano para que le tocara las partes íntimas.

¹ Minuto 42:37 primera parte de la audiencia del juicio.

Explica que percibió directamente el estado de la niña, que era complicado por su desaseo, y por hacer parte de una familia compuesta por personas de avanzada edad.

Acerca de quién y en presencia de quién se recibió la entrevista a la menor, señala:

“La trabajadora social y la abuelita. Las entrevistas no se hacen en presencia de los padres, ni cuidadores, porque los niños tienen... las entrevistas se hacen en presencia de la autoridad administrativa competente.”²

Acerca de si habló con la docente que informó de estos hechos:

“Esto tiene una reserva sumarial, me decían este es un caso prioritario, esa fue la única conversación que tuve con ellas.”

Agrega que en una ocasión le dijo que el tío Rubén le dijo no le diga a su abuelita y le regaló 1000 pesos.

2.1.4.- Declaración de Danelia Vásquez Cardona, hermana del acusado.³

Señaló: Sobre el abuso no sé si lo haría o no lo haría, porque es una persona muy callada, dedicada al trabajo y al cuidado de mis padres.

² Minuto 47:45

³ Desde minuto 1:02:42

Agrega que la niña no le ha dicho nada, porque no le ha preguntado. Asevera que cuenta cosas, una hoy y otra mañana. La niña, dice, está bien, pero necesita sicólogo. Habla mucha cosa, muchas mentiras, en este momento está con un sicólogo del colegio.

La niña resultó diciendo que allá hay un policía, que él iba y le mostraba lo que se tocaba, ella no me contó a mi sino a una profesora del colegio, le dije niña no se puede meter a las personas en problemas, ahora dice que el niño de cinco años que la toca, me pone entre la espada y la pared.

2.1.5.- Declaración de la sicóloga Sandra Edelmira Mayorga Mendieta.

Trabaja en el ICBF y se ocupa de realizar la mayoría de valoraciones sobre delitos sexuales.

Explica que utilizó el protocolo de medicina legal y ciencias forenses, y entrevistas semiestructuradas.

Preguntada acerca de qué conclusiones se pueden obtener con ese protocolo, manifestó:⁴

⁴ Desde minuto 1:22:34:

“Buscamos, ya que somos una entidad de restablecimiento de derechos, evaluar las condiciones emocionales y psicológicas de la víctima, antes y después de los hechos. Se verifica credibilidad del relato, si existe coherencia o no en lo que menciona. Necesidades de intervención en caso de que haya alguna afectación y se toman las medidas de protección que sean necesarias en cada caso.

La mayoría de la valoración está cifrada en el relato, entonces evaluar la coherencia es mirar si la información que nos aporta la persona tiene coherencia emocional y si se ajusta a su edad o ciclo vital, o si es compatible con lo dicho a otras personas.

Hay una escala de credibilidad del relato, eso nos ayuda a dar un porcentaje de credibilidad frente a lo aportado. Parte de la evaluación es el aspecto moral, hay una valoración del concepto verdad mentira.

¿Realizó algún informe, alguna valoración?

“El proceso de restablecimiento de derechos lo adelantó la Comisaría de Aranzazu y ellos solicitaron el apoyo del Centro Zonal para hacer las valoraciones, yo hice esa valoración por solicitud de la comisaría (Le exhibe el informe).

Es un informe psicológico para un proceso de restablecimiento de derechos, está un anexo de protocolo de Mónica Bejarano.”

A que conclusión llegó una vez practicado ese protocolo a la menor víctima en el presente asunto?⁵

“En el concepto general se dice que L contaba con un desarrollo comunicativo acorde a lo esperado, que en este momento tenía once años (sic), contaba con un desarrollo cognitivo, comunicativo, acorde a lo esperado para su edad. En cuanto a su desarrollo sicosocial también está ajustado a su edad, su principal referente de protección es su abuela.

Hay unos rasgos de personalidad que coinciden con sus ocho años, tiene un apego representado en la figura materna, que para este caso esta dada en la abuelita con quien ella la mayor parte del tiempo ha estado. En cuanto a la credibilidad del relato frente al

⁵ Minuto 1:31:36

presunto abuso se produjo un total de 24 items positivos sobre 38 lo que da una probabilidad del 63% de que los hechos ocurrieran. Hablo de que el discurso ofrecido por ella tiene, eh, bueno que identifica a tres personas, dos menores de edad y un mayor de edad como presuntos agresores y que en el momento que fue valorada en el nivel emocional se encuentra estable, tranquila, su afecto es bien modulado y todo debido a la percepción que ella tiene de estar protegida ya que en ese momento se encontraba en un hogar sustituto, eso hace que su estado emocional sea estable en ese momento.

¿Qué es una entrevista semiestructurada?

“Entrevista semiestructurada es una conversación con la persona evaluada que da lugar a que se exprese libremente, tiene una estructura que se va realizando de acuerdo a lo que vaya manifestando. Se aplicó el protocolo de Mónica Bejarano y de la figura humana.”

¿Qué detalles mencionó la menor?

“Aquí se inicia, no sé, se le dice que cuente lo que le pasó y sus razones por las cuales está en un hogar sustituto, y que eso da lugar a que narre libremente, ella habla de unas personas que le tocaron las partes íntimas, habla de violación y se le indaga sobre eso.

¿Dice quién la violó?⁶

“Dice Darío fue quien me violó, vive en Muelas en la misma casa conmigo, y Felipe que vive también en Muelas, y uno que se llama Steven que vive en Manizales.

Se le pregunta que es violar y contesta:

Que me mete el pene por acá y muestra su parte íntima.”

⁶ Minuto 1:37:48

¿Qué otro término utilizó la menor además de violar?

“Me tocan y me violan dicen ella. Habla de que me echaban encima, me quitaban la ropa y me tocaban por acá y por acá, apoyándose en su lenguaje corporal muestra sus senos y la vagina, habla de Felipe que le hacía lo mismo, habla de unos escenarios diferentes en Manizales, momentos específicos de cuando era llevada por su abuela y era dejada con un primo, no habla de un número de veces específico.”

Darío fue el que me violó vive en Muelas en la misma casa conmigo. Darío me metía el pene y los otros también. Yo le contaba. Rubén me decía que le quitara la ropa y le decía que no. El me daba 2000 mil pesos, le conté pasito a mi abuelita, esto está entre comillas.”

¿Ese relato es creíble?

“Como mencionaba al comienzo hay una escala para analizar el contenido, dentro de esos criterios fueron encontrados en el relato que ella aportó, no tiene un cien por ciento, pero si un mayor al 50%, lo que le da un nivel de credibilidad.

Se incorpora el documento que contiene el concepto y la entrevista semiestructurada de la menor.

2.1.6.- Declaración de la docente Diana Patricia Toro.

Explica:

“Todo empezó porque la niña LVCV era estudiante en ese entonces se segundo grado, creo de 7 u 8 años de edad. Todo empezó porque la niña era una niña retraída, no estaba contenta, hubo un momento que me dijo que el tío le mostraba las partes

íntimas, ella me lo comentó en algún momento. Era retraída, académicamente no rendía, y en algún momento de la conversación me comentó lo del tío, y yo le comenté a las compañeras de trabajo, y aprovechamos una jornada de salud en la que estuvo el sicólogo, eso fue en esos días, creo que fue a la semana siguiente, la fecha no recuerdo, entonces ella me lo dijo, comentamos con las compañeras, le informamos al sicólogo del Hospital san Vicente, y él nos dijo esto es de comisaría, vamos a hacer una carta, nos ayudó con la carta, hablamos de un presunto abuso, yo no le pregunté más a la niña...el sicólogo la llevo a la Comisaría, eso se agilizó y eso fue muy rápido. De eso no sé más.”

Sobre una declaración ante investigadores de la fiscalía, la cual se le indica para que diga si la reconoce, manifiesta: ⁷

“Si, esto es, manifesté que el tío le mostraba las partes íntimas, que se quitara la ropa, lo que les comenté de la brigada de salud, que aproveché para hablar con el sicólogo. Que era una niña de bajo rendimiento académico, que era triste. Ella decía que me muestra el pipi. Repitió primero, en el grado segundo pasó esto, en principio pensamos que era retraída, porque era huérfana, ya en grado segundo...”

Ese comportamiento distraído se dio a partir de los supuestos actos de Darío, pregunta la defensa:

“Pues la niña en los años que la tuve era retraída, se le dificultaba el aprendizaje, en segundo que uno ve unos conceptos un poquito más elevados que en los primeros grados uno nota el desinterés en el trabajo en el salón por eso me cuestionó más.”⁸

Usted dijo que la niña había realizado dos primeros, ¿por qué no la cuestionó antes por el rendimiento de ella?

⁷ Segunda parte audiencia juicio, minuto 29:30

⁸ Segunda parte audiencia, minuto 34:33

“Nosotros pensamos inicialmente porque era una niña huérfana, que de pronto eso le afectaba, no sé.”⁹

2.1.7.- Declaración de María Rubiela Cardona de Vásquez (mamá del acusado)

“Estoy aquí por chismes que sacaron la muchachita, porque le hicieron la guerra de un señor que lo dejaron volar y el señor seguramente le dijo que pegara con Rubén Darío.

Por chismes, pero él no tiene la culpa..., el chisme es que el hombre que dejaron volar..., Libardo Castaño, lo encontraron con los pantalones bajados y con... de la niña, la niña que yo levanté, LVC, ella es nieta... la levanté desde los 14 meses... como se estaba manejando mal, le dije al papá que la internáramos mejor, pero no quiso, el papá de la niña, José Adán Correa.

Que él le había hecho daño a la niña y que lo hizo fue el que lo dejaron volar. El se manejaba bien con la niña, no le gustaba que entraran a la pieza de él...

Llevaba a la niña cuando salía a cobrar el subsidio a Manizales.

Los Testigos de la **defensa**, Pedro Nel Ocampo García, Oscar Tamayo Giraldo y Luis Eduardo Montealegre, no aportan nada significativo al juicio. Esencialmente se refieren a la conducta y comportamiento del acusado

Tercero. Argumentos del Juzgado y el Tribunal:

El Juzgado, al condenar al acusado, sostuvo lo siguiente:

⁹ 35: 19.

“Para arribar a esa conclusión se tiene que la niña en mención, le comentó a la profesora Diana Patricia Toro lo que le acontecía, situación que fue puesta en conocimiento de la Comisaría de Familia de Aranzazu, Dra. Elsa Alejandra Ocampo Urrea, quien también tuvo oportunidad de escuchar a la ofendida e informó de tal situación al Instituto de Bienestar Familiar para que adelantaran el correspondiente proceso de restablecimiento de derechos, así como lo de competencia ante la Fiscalía general de la Nación.

*Pues bien, para corroborar lo anterior es cierto que la menor LVCV se abstuvo de declarar en contra de su tío, pues se amparó en la excepción constitucional y legal de rendir testimonio en contra de **Rubén Darío**, esto es, de conformidad con el artículo 33 de la Constitución Política y 385 de la Ley 906 de 2004, derecho que es completamente válido pese a la condición de víctima y menor de edad, pues pesa más el principio de inmunidad penal como prerrogativa constitucional.*

A partir esos supuestos afirmó:

*“Sin embargo, el hecho de no haber declarado en la audiencia de juicio oral, no lleva a emitir una decisión absolutoria, toda vez que con anterioridad la menor ya había dado a conocer los actos sexuales de los que había sido víctima por parte de su tío **Rubén Darío**.*

Fue así como en valoración psicológica la menor le contó lo sucedido a la doctora Sandra Edelmira Mayorga Mendieta, Psicóloga de Bienestar Familiar, los actos lascivos que le estaban siendo practicados por parte de su pariente, quien desde su punto de vista profesional, señaló que todo se adelantó a través de un proceso de restablecimiento de derechos, que aplicó en el caso de LV el protocolo de Mónica Bejarano, avalado por Colciencias, que también se apoyó en el test de la figura humana y que escuchó en una entrevista semiestructurada a la menor.

Se le pregunta a la psicóloga si el relato de la menor es creíble y contesta que: “Pues... como mencionaba al comienzo, hay una escala para analizar el contenido dentro de los criterios un gran número fue encontrado dentro de los relatos que ella aportó, no tiene cien por ciento, pero si tiene un porcentaje mayor al cincuenta por ciento, lo que le da un nivel de credibilidad.” (Subrayado dentro del texto)

Al respecto manifestó:

Prueba que es pericial y no de referencia, pues está enfocado en la veracidad del relato, como pacíficamente lo ha decantado la jurisprudencia, y que es un acto complejo compuesto por la base pericial y el testimonio del perito. (se resalta)

A partir de ese elemento de juicio, el Juzgado concluyó lo siguiente:

*“Ahora, considera el despacho, salvo mejor y superior criterio, que esa prueba es suficiente para edificar un fallo de condena, pese a que la menor se abstuvo de declarar en el juicio oral, toda vez que la sicóloga encontró indicadores importantes en cuanto a la veracidad de la narración entregada por la menor, en especial, en cuanto al abuso sexual de que era víctima por parte de **Vásquez Cardona**.*

Para reafirmar esa conclusión, el Juez adujo lo siguiente:

“No obstante la versión que le entregara la menor a la profesional en psicología, se encuentra de algún modo respaldada con otros medios de convicción. En tal sentido se tiene prueba de referencia, consistente en el testimonio de la profesora Diana Patricia Toro Osorio, quien manifestó que la menor le contó que su tío Rubén Darío le mostraba las partes íntimas, en particular su asta viril, que ante lo expuesto por la jovencita, decidió poner en conocimiento ese hecho ante las autoridades competentes.

Posición que es ratificada por lo vertido por la doctora Elsa Alejandra Ocampo Urrea, Comisaria de familia de Aranzazu, quien expuso en el proceso de restablecimiento de derechos, la menor le dijo que su tío le tocaba las partes de su cuerpo, en particular la vagina, así mismo le cogía la mano para que le tocara las partes íntimas a Rubén Darío.

Personas que si bien no son testigos directos de los hechos, pues todo es producto de lo contado y narrado por la menor, si efectúan un relato muy similar al expuesto por la víctima a la sicóloga, toda vez que en los aspectos basilares no existen mayores discusiones, esto es, en qué consistió el abuso sexual y quién es el autor de los mismos: Rubén Darío Vásquez Cardona; prueba de referencia que tiene plena validez en la actual sistemática procesal penal, esto es, cuánto tiene soporte probatorio con otros medios de conocimiento.”

El Tribunal, al confirmar la sentencia de primer grado, después de señalar que la no concurrencia de la víctima al juicio oral no es un obstáculo para decidir acerca de la autoría y responsabilidad del acusado, señaló lo siguiente:

“El Alto Tribunal ha avalado que el fallo de condena puede soportarse en testigos con información específica y todos aquellos que de manera profesional abordan a la víctima y sostienen un contacto especializado que les permite construir conclusiones igualmente especializadas y contundentes que, a la postre, le ofrecen elementos de juicio al fallador para el esclarecimiento certero de las circunstancias modales del delito.

....

Postura que a fuerza de repetición y debida argumentación, se ha consolidado jurisprudencialmente en el criterio, según el cual: son de recibo con valor demostrativo directo y no de mera referencia, las manifestaciones de la víctima ante las sicólogas y el médico forense, como componentes esenciales de las mismas experticias... (Subrayado fuera del texto)

Lo anterior porque en el caso de marras se contó con una sicóloga que no abordó a la menor LVCV para simplemente dialogar, sino que, en atención a su especialidad, conocimientos específicos y su experiencia, ejecutó un protocolo dirigido al escrutinio mental de la evaluada, arrojando a conclusiones que, ciertamente, el a quo como ahora a esta Sala, le denotan que se estaba ante un infante transparente que daba cuenta de vivencias efectivamente experimentadas.

Al respecto adviértase como la profesional de la psique humana, luego de su contacto experto, verificó que LVCV es persona

orientada en tiempo, espacio y persona, con conciencia y pensamiento adecuados, que presentaba un correcto raciocinio para aludir a la realidad que si estaba apta para aprehender, pudiéndose dar a entender a través de un lenguaje espontáneo, siendo todo ello una referencia técnica que permite colegir que no se está ante una persona abstracta en su entorno, sino que al contrario se halla en perfecto contexto, lo cual la pone en capacidad suficiente para dar cuenta de sus personales experiencias, las cuales se sabe que se afianzan más en la mente cuando tienen singular significado o especial trascendencia.

Luego, LVCV a sus escasos ocho años de edad, tenía posibilidad real de reseñar vivencias sexuales a las que estuviese expuesta, como efectivamente con la prueba pericial se ha dado a conocer que lo hizo aquella niña, sin que en su narrativa se advierta fantasía o mendacidad.

Luego de ello, y de desestimar los testimonios de la mamá del acusado - quien dijo que a su hijo le molestaba que le invadieran su privacidad -, y de Danelia Vásquez y Luis Enrique Montealegre, tía de la niña y cuñado del acusado, respectivamente - quienes afirmaron que la niña tenía tendencia a mentir y a inventar historias y fantasías -, el Tribunal concluyó lo siguiente:

"Despuntado todo lo anterior, sin lograrse desestructurar el juicio de responsabilidad edificado en primera instancia, es preciso finalmente proceder a evaluar si LVCV ha sido persona que ha vacilado en su señalamiento y ha incurrido en diversas contradicciones que afincan la duda.

En este sentido recuérdese que en el juicio oral se dio a conocer que la primera persona que escuchó a la menor referirse al escenario de abuso, fue la profesora de la escuela en que ella estudiaba, acudiendo a estrados a decir que cuando inquirió a su alumna por causa de sus deficiencias de aprendizaje, hubo un momento en que le dijo que en su casa un tío suyo le tocaba las partes íntimas.

....

Se cuenta así con una primera referencia a lo acontecido sin mayores detalles porque la profesora (correctamente se cree) se abstuvo de hacerlo y buscó ayuda profesional, aquella que dio lugar a que el caso fuera remitido a la comisaría de familia de Aranzazu, contándose en el juicio oral con la Comisaria que indicó que este preciso asunto, dada la desprotección en que se hallaba la menor, llamó poderosamente su atención y la llevaba a recordarlo fácilmente, pues la niña llegó a decirle que cuando le contó a su abuela, esta solo optó por aconsejarle que no se acercara a la pieza de Rubén, sin desplegar ninguna acción de salvaguarda.

Luego de mencionar lo que la menor le dijo en la entrevista a la psicóloga, el Tribunal adujo lo siguiente:

Se cuenta así con tres personas diferentes a las que en ocasiones diversas les expresó LCVC, que venía siendo víctima de su tío Rubén Darío Vásquez, aludiendo de manera concreta a ultrajes de tipo sexual, aquellos que refirió con concisión a su profesora, reiteró al sicólogo de la brigada de atención, y volvió a replicar ante la Comisaria de Familia.

Ahora bien, ya adentrándonos en la labor experta de la Psicóloga del ICBF, inicialmente se aprecia en su informe que tuvo lugar al entrevistar a la madre sustituta de LVCV (Consuelo Gómez), certificando: “La señora Consuelo afirma que sin preguntarle, la misma niña le contó que antes estaba viviendo con los abuelitos que están enfermos, comentó un posible abuso sexual por parte de un tío de 37 años y además unos primos que vienen de Manizales, refiriendo que todo ha pasado en la misma casa en ausencia de la abuela.”

Así, aparece pues una cuarta persona que obtuvo de parte de una pequeña niña (8 años) una grave historia de abuso sexual que no era dable exigir que entregara detalles, tanto por su edad, como por la entidad de lo sucedido.

Y retomando la evaluación psicológica, encontramos que fue la profesional, otra persona más que, de la misma manera, escuchó de LVCV, una sindicación en contra de su tío, aquella que tuvo con total espontaneidad de la niña, ya que fue ante la pregunta por la persona que menos le gustaba de su familia (sin aludir a temas sexuales) que respondió: “Rubén y los primos de Manizales que me hacen eso”, para más adelante revelar en punto a contacto de sus

partes privadas: Darío fue el que me violó, explicando que violar: “es el que el pene por acá (mostrando la vagina).”

Cuarto. La Sala casará el fallo. Las decisiones, tanto la de primera como la de segunda instancia, se sustentan exclusivamente en prueba de referencia. Ninguna otra, que no sea la narración de la menor a terceros, soporta el juicio de responsabilidad.

En tal sentido, con el pleno conocimiento de que LVCV se abstuvo de declarar en juicio, aduciendo el derecho a no hacerlo con fundamento en el derecho constitucional que la exime de incriminar a sus familiares, el juzgado y también el Tribunal, hicieron de las declaraciones que la menor rindió fuera del juicio la base esencial y única de la sentencia.

El Tribunal estimó que la versión que la niña le entregó a la docente Diana Patricia Toro, a la comisaria de Familia del municipio de Aranzazu, Elsa Ocampo Urrea, y a la psicóloga del Instituto de Bienestar Familiar, Sandra Edelmira Mayorga, constituían una sólida evidencia contra el acusado. Incluso se refirió a una cuarta persona, un psicólogo que habría participado en una jornada educativa, que fue referenciado por otros, pero que no declaró en el juicio.

Bajo el entendido de que la docente, la comisaria y la psicóloga se refieren a la versión de la menor –no a hechos que les consten directamente—, para superar la prohibición

del inciso segundo del artículo 381 de la Ley 906 de 2004, que prohíbe condenar exclusivamente con base en pruebas de referencia, el Tribunal sostuvo lo siguiente:

“El Alto Tribunal ha avalado que el fallo de condena pueda soportarse en testigos con información específica y todos aquellos que de manera profesional abordan a la víctima y sostienen un contacto especializado que les permite construir conclusiones igualmente especializadas y contundentes que, a la postre, le ofrecen elementos de juicio al fallador para el esclarecimiento certero de las circunstancias modales del delito.

....

Postura que a fuerza de repetición y debida argumentación, se ha consolidado jurisprudencialmente en el criterio, según el cual: son de recibo con valor demostrativo directo y no de mera referencia, las manifestaciones de la víctima ante las sicólogas y el médico forense, como componentes esenciales de las mismas experticias...

Lo anterior porque en el caso de marras se contó con una sicóloga que no abordó a la menor LVCV para simplemente dialogar, sino que, en atención a su especialidad, conocimientos específicos y su experiencia, ejecutó un protocolo dirigido al escrutinio mental de la evaluada, arrojando a conclusiones que, ciertamente, el a quo como ahora a esta Sala, le denotan que se estaba ante un infante transparente que daba cuenta de vivencias efectivamente experimentadas.”

El Tribunal confunde los conceptos. Al respecto se deben hacer las siguientes precisiones:

(i).- la Corte ha distinguido la base fáctica del dictamen pericial cuando lo conforman declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, de las percepciones directas del perito. Según lo anterior, el “perito es **testigo** de lo que percibe

directamente,” ha dicho la Sala, y sobre las declaraciones entregadas por terceros al perito, en la SP del 26 de septiembre de 2018, Radicado 47789, explicó lo siguiente:

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

Bajo ese entendido, se recordó en la misma decisión, con base en la SP del 28 de octubre de 2015, Radicado 44056, que cuando se trata de incorporar las declaraciones que conforman la base fáctica del dictamen, se debe cumplir con el siguiente procedimiento:

“ (i) su descubrimiento probatorio en los escenarios procesales previstos por el legislador, (ii) la solicitud y justificación de su práctica, (iii) la acreditación de la causal de admisibilidad invocada, (iv) la indicación del medio de prueba que se pretendía utilizar como vehículo para acreditar su existencia y contenido, y (v) su incorporación en el juicio oral.”

El Tribunal no deslindó los conceptos y la distinta entidad probatoria de cada medio de prueba. Con el argumento de que *“son de recibo con valor demostrativo directo y no de mera referencia, las manifestaciones de la víctima ante las sicólogas y el médico forense, como componentes esenciales de las mismas experticias...”*, hizo de la prueba pericial un todo, con el fin de asegurar que la pericia es una prueba directa de

cargo que incluye la declaración de la menor que tuvo por cierta.

En ese orden, el Tribunal pretendió superar la barrera infranqueable que impone el inciso segundo del artículo 381 de la Ley 906 de 2004, conforme a la cual, no se puede dictar sentencia condenatoria exclusivamente con prueba de referencia.

Tal juicio contradice la jurisprudencia de la Corte, SP del 26 de septiembre de 2018, Rad. 47789, según la cual:

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

(ii).- En segundo lugar, las declaraciones de la docente Diana Patricia Toro y la comisaria de familia Elsa Ocampo constituyen un testimonio que tuvo como principal objeto llevar al juicio el dicho de LVCV. Así fueron descubiertas, solicitadas y decretadas. Las dos se refirieron a lo que les habría comentado la menor respecto de las agresiones sexuales, y además se refirieron a algunas características del estado anímico de la menor, opiniones de alto interés para la administración de justicia y que son opiniones espontáneas de las que suelen ocuparse las personas en

sus conversaciones cotidianas (SP del 23 de noviembre de 2017, Rad. 45899), que por esa razón no se pueden desestimar en términos generales, pero que en este caso no aportan a la definición de la responsabilidad del acusado.

De otra parte, la prueba pericial realizada dentro del proceso de restablecimiento de derechos, por la psicóloga Sandra Edelmira Mayorga Mendieta, profesional del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, que tenía como objeto demostrar los hallazgos que pudo encontrar a la menor, tampoco aportó hallazgos definitivos que permitan fundamentar la decisión.

(iii) En el concepto psicológico, aun cuando fue realizado para verificar la necesidad de restablecer los derechos de la menor por autoridades administrativas, no se destacaron secuelas o hallazgos postraumáticos, o lo que es lo mismo, impactos profundos a nivel emocional, social o cognitivo que por lo general se manifiestan en sentimientos de baja autoestima.¹⁰ Al contrario, la experta concluyó lo siguiente:

“Es una niña que reconoce sus cualidades, muestra agrado por sí misma, su autoestima y descripción de sí misma es positiva, su manejo corporal es adecuado tanto en motricidad fina como gruesa.”

¹⁰ Cfr. Sentencia C 848 de 2014.

Y, bajo la consideración de que se encontraba para ese momento del análisis en un hogar diferente, la psicóloga conceptuó:

“En lo relacionado a las condiciones actuales a nivel emocional, se observa afecto estable, tranquilo y bien modulado asociado con el pensamiento de sentirse protegida y sin correr riesgo.”

Así mismo, según la docente Diana Patricia Toro, si bien el retraimiento de la menor la llevó a indagar sobre su situación, ese estado venía de tiempo atrás, desde cuando la niña empezó a cursar el pre escolar:

“Pues la niña en los años que la tuve era retraída, se le dificultaba el aprendizaje, en segundo que uno ve unos conceptos un poquito más elevados que en los primeros grados uno nota el desinterés en el trabajo en el salón por eso me cuestionó más.”

Por lo tanto, no existe una relación de causalidad inequívoca entre el comportamiento de la niña y la supuesta agresión sexual. En otras palabras, de ese hecho equívoco, o que puede obedecer a varias causas, no se puede inferir la autoría del acusado.

La comisaria de familia, a su vez, aparte de referirse a los comentarios que le hizo la menor, hizo énfasis en su percepción emocional y al impacto que le causó la situación familiar de la menor ante el posible abuso.

A eso debe agregarse que el concepto médico legal es bastante escueto. Pero en cuanto a lo que es objeto del

dictamen, concluye con precisión que la niña no presenta rastros de agresiones sexuales. Su himen es elástico y completo.

En síntesis, ninguna prueba, como no sea la prueba de referencia, constituida por declaraciones de la menor por fuera del juicio, permiten probar más allá de toda duda razonable la autoría y responsabilidad del acusado.

Además, en la declaración que la menor le entregó a la sicóloga se refirió a varios desmanes y a varios protagonistas, y con la aclaración de que según la profesional entendía los conceptos y los alcances de sus expresiones, adujo que fue violada, en el entendido de que eso significaba la penetración del asta viril en sus genitales.

De manera que a la preocupación de que la entrevista de la menor sea el único sustento de la sentencia, debe adicionarse el de que sea cuando menos imprecisa, bajo el entendido de que, si se asume que comprendía los alcances de sus expresiones, la referencia a la violación se contrapone a los hallazgos que el dictamen médico verificó.

(iv).- Una de las finalidades del proceso penal, junto a las de preservar garantías fundamentales y aplicar el derecho

sustancial es la aproximación racional a la verdad.¹¹ Al respecto, se admite que la verdad del proceso penal acusatorio, como conocimiento para condenar, se produce en el juicio oral, con inmediación y confrontación, y no por fuera de él (*artículos 372, 377, 378 y 379 de la ley 906 de 2004*). Eso explica la prohibición de condenar exclusiva y únicamente con fundamento en pruebas de referencia (*artículo 381 ibídem*), y como tal, la infracción a esa disposición constituye el error de legalidad por falso juicio de convicción que se advierte.

Quinto. Al margen de lo anterior, de conformidad con el artículo 437 de la Ley 906 de 2004, es prueba de referencia “*toda declaración realizada fuera del juicio oral, que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito,*” y es “*prueba de referencia admisible*” la que válidamente se puede apreciar en la sentencia, y que supone acatar el debido proceso probatorio para su aducción al juicio (SP del 28 de octubre de 2015, Radicado 44056), y acreditar una de las circunstancias indicadas en el artículo 438 de la Ley 906 de 2004, entre las cuales se cuenta la de ser menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual.

Aun cuando en estricto sentido el fiscal no cumplió con la carga que le impone la acusación en el sentido de atenerse a las reglas formales de aducción de la prueba de referencia, lo cierto es que *materialmente el juez y el Tribunal apreciaron*

¹¹ *Se puede decir que también es verdad determinar que el hecho no fue cometido por el acusado, o que no existió, pero el conocimiento que aquí importa es el que se produce en el juicio.*

la entrevista de la menor ante la psicóloga del Instituto de Bienestar Familiar, que ingresó al juicio, con el evidente error de considerarla parte integral de la prueba pericial y por tanto como prueba directa, cuestión que, como se viene explicando, la Corte ha determinado que no lo es (SP del 23 de mayo de 2018, Rad. 46992).

En este margen debe mencionarse, a manera de obiter dicta, porque esta reflexión no influye de ninguna manera en la decisión, que la negativa del juez a que la entrevista de la menor con la psicóloga del Instituto de Bienestar Familiar – valorada materialmente, hasta el punto de constituirse en el fundamento esencial y exclusivo de la sentencia— ingresara como prueba de referencia, se sustentó en el hecho de que así se evadiría el derecho a no declarar contra sus familiares, como lo manifestó en el juicio.

Bajo esta apreciación, como la menor adujo su derecho constitucional a no declarar contra su familiar, dijo el juez, de aceptar como prueba de referencia las declaraciones por fuera del juicio, se afectaría esa manifestación de inmunidad hacia sus consanguíneos.

Es claro que no se puede trazar una conclusión única en relación con ese tema. En primer lugar, porque como lo ha señalado la Corte Constitucional en la sentencia C 848 de 2014, se debe diferenciar el derecho a no auto incriminarse, que hace parte del núcleo esencial del debido proceso, del

derecho a no incriminar a los familiares, tema que hace parte del derecho a conservar el espacio de solidaridad y unidad familiar.

En tal sentido, en la mencionada decisión se expresó lo siguiente:

“En el primer caso, por estar asociada indisolublemente al derecho de defensa, en los sistemas mundial y regional de derechos humanos ha sido reconocida unánime y uniformemente, como una salvaguardia que en principio no admite ningún tipo de excepción o salvedad. Por el contrario, la garantía de no incriminación de los parientes no constituye un estándar mínimo de los sistemas de protección de derechos humanos, y en el derecho comparado su consagración ha sido contingente. En otras palabras, mientras que la primera hace parte integral del sistema del “núcleo duro” del derecho de defensa y del derecho al debido proceso, la segunda no es un componente esencial de los referidos derechos.”

Aun así, es claro que, como lo advierte la misma Corte, nadie puede ser obligado ni compelido a declarar, pero si advertido del derecho a no hacerlo, decide ejercer esa opción, se le debe respetar, así como quien decide testimoniar, pese al parentesco, está en la obligación de decir la verdad.¹²

Desde ese punto de vista, la distinta configuración del derecho, en cada caso, obliga a *ponderar* si debe primar el derecho de los menores, su protección reforzada y el de las víctimas a obtener verdad y justicia, o la expectativa del procesado a no ser incriminado por sus parientes cercanos, considerando en todo ello la siempre valiosa variable del

¹² Cfr. SP del 24 de junio de 2017, Rad. 41749.

estado de indefensión del menor en el caso concreto y la primacía de sus derechos sustanciales.¹³

Sexto. La flexibilización de la prohibición de no condenar con base exclusivamente en pruebas de referencia (inciso 2 del artículo 381 de la Ley 906 de 2004), un asunto que inquieta al Señor Fiscal, cuando se trata de menores víctimas de conductas sexuales, tiene elementos adicionales que acentúan la dificultad de superar esa proscripción.

Así, el núcleo duro del derecho al debido proceso, en los términos del artículo 29 de la Constitución, indica que:

“Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.”

Por su parte, el numeral 4 del artículo 250 numeral 4 del mismo Orden Superior, señala:

“En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá:

“4. Presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con

¹³ Cfr. en sentido similar, Sentencia C 177 de 2014.

inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías.”

En ese contexto constitucional y legal, el derecho a no ser condenado exclusivamente con base en pruebas de referencia, es un componente inherente al núcleo esencial del derecho al debido proceso, y en particular al de confrontar y controvertir las pruebas con inmediación del juez, base de la estructura del sistema de enjuiciamiento penal, el cual se desconocería de sobrepasar la prohibición del inciso segundo del artículo 381 de la Ley 906 de 2004, que materializa el enunciado constitucional.

Esta conclusión, al menos en el estado actual del arte, es similar a la expresada por la Corte Constitucional en la sentencia C-144 de 2010, en la cual explicó:

“... aunque la prueba de referencia sea admitida excepcionalmente, “su valor y aporte para esclarecer los hechos y definir la responsabilidad penal del acusado, siempre dependerá del soporte que encuentre en otros medios de prueba”, como quiera que ninguna condena puede fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia (art. 381 L. 906/04).

Séptimo. La conclusión se impone: al haber sustentado la sentencia únicamente en entrevistas que la menor rindió por fuera del juicio oral, la sentencia condenatoria no puede mantenerse. La Sala, en consecuencia, casará la sentencia, y ordenará la libertad inmediata del acusado.

Por lo expuesto, La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve:

Casar la sentencia impugnada, en el sentido de absolver a **Rubén Darío Vásquez Cardona** por el delito de actos sexuales abusivos.

Disponer la libertad inmediata de **Rubén Darío Vásquez Cardona**, salvo que sea requerido en virtud de otro asunto.

Contra esta decisión no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

EYDER PATIÑO CABRERA

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

Aclaración de voto

MG. EUGENIO FERNANDEZ CARLIER

Rdo. Casación 53.127

Procesado: Rubén Darío Vásquez Cardona

Tema: Inmunidad para declarar contra parientes

Delito: Acceso Carnal Abusivo con menor de 14 años.

Aprobado en Acta 30 de 12 de febrero de 2020

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en el proceso de la referencia con acta 30 del 12 de febrero de 2020 absolvió a Rubén Darío Vásquez Cardona por el delito de actos sexuales abusivos, decisión que comparto, pero en los argumentos de los considerandos y específicamente en el numeral 5° la sala mayoritaria, refiriéndose al derecho consagrado en el artículo 33 de la Carta Política señaló:

“Desde ese punto, entonces, la distinta configuración de derecho, en cada caso, obliga a ponderar si debe primar el derecho de los menores su protección reforzada y el amparo a las víctimas en su derecho a obtener verdad y justicia, antes que el derecho del procesado a no ser inculcado por sus parientes cercanos, considerando la siempre valiosa variable

del concreto estado de indefensión del menor en el caso concreto (sic) y la primacía de los derechos sustanciales de los menores”.

Las aclaraciones que quiero hacer a la decisión mayoritaria son las siguientes:

VI.- CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El problema jurídico que plantea el cargo principal, consiste en determinar si del hecho de que en el juicio oral la adolescente **J.M.C.Z.**¹⁴, en su doble condición de testigo y víctima, hubiera decidido no rendir testimonio, acogiéndose a la prerrogativa consagrada por el artículo 33 de la Constitución Política, se desprende la imposibilidad de valorar sus declaraciones anteriores como prueba de referencia. Para su resolución, se discurre así:

1. En el artículo 33 de la Carta Magna el constituyente **directamente** reconoció y configuró un derecho fundamental, al disponer que:

Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. (Artículo 33 de la Constitución Política).

Conforme a la jurisprudencia constitucional:

No es necesario adentrarse en largas explicaciones para determinar que el artículo constitucional citado, protege el derecho a la no autoincriminación y ampara la armonía familiar, fundada en el deber de solidaridad que consagra el artículo 1 de la Carta Política, para garantizar el derecho de las personas de procurar el bienestar

¹⁴ Para la fecha de los hechos tenía 13 años de edad y el día en que concurrió al juicio oral (9 de octubre de 2017) contaba con 14 años. Según el artículo 3° de la Ley 1098 de 2006, son adolescentes las personas entre 12 y 18 años de edad.

suyo y de sus familiares, pues cualquier conducta que la obligue a declarar contra sí mismo o contra sus parientes más cercanos debe ser censurada.

Es decir, dentro del proceso penal, el silencio voluntario del individuo se constituye en un derecho de carácter fundamental que hace parte del debido proceso. (...). (CC. C-776/01).

El precepto examinado, entonces, plasma la potestad que tiene toda persona de no declarar contra sí mismo ni contra sus familiares o parientes en los grados allí indicados. Así mismo, es la expresión de la garantía de que **“nadie”** será obligado a declarar en tal sentido. También implica, por tanto, una prohibición a las autoridades de proceder en contra de tal designio.

En la expresión destacada (**“nadie”**) no hay lugar a distinguir entre testigo víctima y no víctima o entre testigo denunciante y no denunciante, para argumentar que en quien confluyen esas calidades no puede hacer uso de la salvaguarda especial porque se encuentra en situación de especial vulnerabilidad o porque la denuncia implica una renuncia anticipada a la misma, etc.

Es más: si bien el legislador puede, mediante ley estatutaria (artículo 152-a de la Constitución Política), regular los derechos fundamentales:

(...) esta facultad no puede nunca violentar la parte esencial de dichos derechos.

(...) no le es dable al legislador en ningún caso, sea por intermedio de una ley estatutaria que regule los aspectos principales e importantes de un derecho fundamental o sea a través de una ley ordinaria que regule aspectos no principales y menos importantes de un derecho fundamental vulnerar la esencia de este tipo de derechos. El núcleo esencial de un derecho fundamental no puede ser afectado por el legislador.

En conclusión, existe un principio general en nuestro orden constitucional, basado en el principio democrático, según el cual la esencia de los derechos fundamentales no es vulnerable. (CC. C-993/04. Se subraya).

(...) es posible limitar el ejercicio de los derechos, pero ello no puede conllevar al desconocimiento de su contenido esencial o a hacer nugatorio su ejercicio. En otras palabras, no puede limitarse tanto un derecho que lo vuelva impracticable. (CC. C-246/17. Se subraya).

2. Ahora bien, ¿cuál es el alcance del derecho reconocido por el artículo 33 de la Constitución Política? Según lo precisó la Corte Constitucional en la sentencia C-848/14:

(...) en virtud de la referida garantía, las personas tienen el derecho a no ser forzadas a dar declaraciones inculpativas, ni por medios coercitivos directos, ni por medios indirectos que formalmente confieran la posibilidad de abstención, pero atribuyan consecuencias adversas para quien no lo hace. Es decir, la consecuencia jurídica de la garantía no consiste en liberar a las personas de la obligación de declarar contra sus familiares, sino en otorgarles una salvaguardia especial, para que no puedan ser forzadas, ni por vías directas ni por vías indirectas, a dar estas manifestaciones. (CC. C-848/14. Subrayas fuera de texto).

Pues bien, emplear declaración o conminar a declarar en un proceso penal de ley 600 de 2000 o ley 906 de 2004, de quien en condiciones del artículo 33 de la carta política ha exteriorizado su deseo de no declarar contra su familiar o pariente es desconocer su manifestación de voluntad, en el sentido de no querer ser fuente de prueba contra su allegado, y forzarlo, por vía indirecta, a deponer, en contra de sus convicciones y de la garantía establecida por la Constitución Política.

Si bien la Corte Constitucional advirtió en la sentencia C-848/14 que la salvaguardia especial contra las declaraciones forzosas no excluía la existencia de un deber de denunciar cuando había una víctima menor inserta en el mismo núcleo familiar del testigo, también es cierto que en posterior sentencia previno acerca de la errada lectura que se le venía dando a su fallo:

5.10. De otra parte, la Sala estima pertinente advertir que el actor efectúa una errada lectura de lo dispuesto por este Tribunal en la Sentencia C-848 de 2014,

puesto que si bien en dicho fallo se indicó que la excepción al deber de denuncia en contra del cónyuge, compañero permanente o pariente cercano no comprende las hipótesis en las que la víctima del delito contra la vida, integridad personal, libertad individual o libertad y formación sexual es un menor, también se señaló que, en virtud de la garantía de no incriminación contenida en el artículo 33 de la Constitución, “las autoridades públicas no se encuentran facultadas para forzar tales declaraciones ni por vías directas ni por medios indirectos, y que el ordenamiento tampoco puede establecer ninguna sanción u otra consecuencia adversa para el infractor de tal deber”.

5.11. En ese orden de ideas, la decisión de aceptar la determinación de los familiares del procesado de no declarar en su contra no puede considerarse contraria a lo dispuesto por esta Corporación en dicha providencia de constitucionalidad, pues el funcionario judicial no podía “apelar a la coacción, directa o indirecta, para obtener declaraciones incriminatorias”, máxime cuando también lo ha sostenido así este Tribunal en las sentencias C-024 de 1994, C-621 de 1998 y C-776 de 2001, el Comité de Derechos Humanos en diversas observaciones generales, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia como órgano de cierre de la justicia ordinaria.

5.12. A ese respecto, la Sala estima necesario resaltar que en la Sentencia C-848 de 2014, el pleno de la Corte reiteró que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 33 de la Carta Política, 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, “las personas tienen el derecho a no ser forzadas a dar declaraciones incriminatorias, ni por medios coercitivos directos, ni por medios indirectos que formalmente confieran la posibilidad de abstención, pero atribuyan consecuencias adversas para quien no lo hace (...)”. (CC. T-321/17).

En la filosofía el pensamiento discurre para señalar que los derechos no están en los textos legales sino en el individuo por las conductas que realiza y las motivaciones de su actuar. Respetable dialéctica de los científicos en la materia en la que solo quiero señalar que bajo mi entendimiento la existencia del ser por si sola ni la consagración legal, independientemente considerados son suficientes para que jurídicamente reconozcamos la exigibilidad y obligatoriedad de un

derecho; tienen que darse las dos condiciones para que estas dos últimas características resulten atendibles en un caso dado.

Si se invoca el amparo del artículo 33 para no rendir declaraciones, el respeto por ese derecho solo obliga a partir de quien lo invoquen este obrando en condiciones en las que el ordenamiento jurídico no pueda desconocer. Las manifestaciones deben provenir de personas con capacidad, a través de una manifestación que corresponda a una voluntad y conciencia exenta de vicios; por lo tanto no sería derecho ni manifestación vinculante aquella que provenga de una persona a quien se le ha sometido, se le han vulnerado sus derechos para obtener la petición de no ser obligado a declarar. En estos casos es que no tiene capacidad de disponer de una potestad que consagra la ley y por esa misma razón no podemos decir en estricto sentido que el artículo 33 es un derecho legalmente constituido para el caso concreto.

En lo demás prohíjo la decisión mayoritaria.

Cordialmente,

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER
Magistrado

Fecha ut supra.