



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada ponente

SP4463-2020

Radicación n° 53151

(Aprobado Acta n° 243)

Bogotá D.C., once (11) de noviembre de dos mil veinte (2020).

1. OBJETO DE DECISIÓN

Se resuelve sobre la demanda de casación interpuesta por el defensor de JONIER DE JESÚS JIMÉNEZ MARÍN en contra del fallo proferido el 17 de abril de 2018 por el Tribunal Superior de Buga, que confirmó la condena emitida el 19 de septiembre de 2017 por el Juzgado Penal del Circuito

de Roldanillo (Valle), por el delito de acto sexual abusivo con menor de 14 años. El Tribunal, además, emitió la primera condena por otro delito de la misma naturaleza, frente al cual el juzgador de primera instancia había absuelto al procesado.

2. HECHOS

JONIER DE JESÚS JIMÉNEZ MARÍN y Aura Marcela de los Ríos García procrearon dos hijas. Nunca convivieron bajo el mismo techo y las menores siempre estuvieron bajo el cuidado de su madre, en el municipio de Toro (Valle del Cauca).

El 3 de noviembre de 2014, en horas de la tarde, cuando las niñas tenían 7 y 5 años de edad, JIMÉNEZ MARÍN fue por ellas a su lugar habitual de residencia. Las llevó a su apartamento, donde tocó libidinosamente la vagina de la menor I.J.

Por el sentido de la decisión que tomará la Sala, debe resaltarse que el procesado también fue acusado por realizar actos semejantes en el cuerpo de su otra hija, M.J. cuando esta se encontraba en el baño de su apartamento.

3. ACTUACIÓN RELEVANTE

Por estos hechos, el 19 de noviembre de 2014 la Fiscalía le formuló imputación por el delito de acto sexual abusivo con menor de 14 años, agravado por tratarse del padre de las víctimas, en la modalidad de concurso homogéneo de conductas punibles. Lo acusó bajo los mismos presupuestos fácticos y jurídicos.

Una vez agotados los trámites previstos en la Ley 906 de 2004, el 19 de septiembre de 2017 el Juzgado Penal del Circuito de Roldanillo (Valle) tomó las siguientes decisiones: (i) lo condenó por el abuso sexual de que fue objeto la menor I.J. y, en consecuencia, le impuso las penas de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 144 meses; (ii) lo absolvió por el supuesto abuso de que fue víctima su otra hija; y (iii) consideró improcedentes la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

La decisión fue apelada por la defensa y por el apoderado judicial de las víctimas, lo que activó la competencia del Tribunal Superior de Buga. Dicha corporación confirmó la condena por el abuso que recayó en la niña I.J. y revocó la absolución en lo que concierne al delito de que supuestamente fue víctima M.J. Por tanto, incremento ambas penas a 192 meses. Esta decisión fue objeto del recurso de casación interpuesto por el defensor de JIMÉNEZ MARÍN.

4. LA DEMANDA DE CASACIÓN

Bajo la égida de la causal de casación prevista en el artículo 181 –numeral 3º- de la Ley 906 de 2004, el defensor sostiene que la condena es producto de varios errores de hecho por trasgresión de la sana crítica y desconocimiento de varias pruebas practicadas durante el juicio oral.

Luego de exponer algunas opiniones sobre las características de las máximas de la experiencia y las reglas técnico científicas, especialmente en lo que atañe a su universalidad o generalidad, señaló que

*Estos postulados no fueron atendidos en el presente caso por el Honorable Tribunal, quien frente a lograr la responsabilidad de mi representado **ante el delito en contra de la menor M.J.D.L.R.**, toda vez que no se dio ningún tipo de credibilidad al testimonio de Santiago Vallejo, aún más que como quiera que son pocos los sucesos o hechos en delitos que atentan contra la integridad, libertad y formación sexual que soportan testigos directos, como en el caso que nos ocupa, claro es en su declaración que estuvo presente a la misma fecha y hora de los hechos objeto de litigio¹.*

A renglón seguido, transcribió el testimonio de Santiago Vallejo, así como las consideraciones del Tribunal sobre el mismo. Sobre esa base, concluyó:

¹ Negrillas añadidas.

No obstante lo anterior, los fundamentos del citado Tribunal configuran un falso raciocinio – ERROR DE HECHO- por desconocimiento de los postulados de la sana crítica, en punto, nótese señores magistrados que por regla general los delitos sexuales han llevado el nombre según la alta corporación de delitos de puerta cerrada, pero este caso en especial existo (sic) el testigo directo de los presuntos hechos delictivos, es decir la declaración directa del joven Santiago Vallejo Jiménez que fue valorada de manera contraria a los mismos postulados, se le restó credibilidad total, aun cuando ni siquiera fue escuchada en juicio tal como lo ha señalado la más alta corporación en su más reciente decisión en la sentencia de casación penal del 16 de marzo de 2016, radicación No. 43866; pues su deber inexorable es llevar a las víctimas al estrado judicial y solo excepcionalmente, frente a evidencias técnico científicas de revictimización, resulta ponderado recibir la entrevista, con el rigor científico y absoluta transparencia y lealtad procesal, siempre indico (sic) el declarante que estuvo presente en el mismo sitio de las menores.

Sumado a lo anterior, le atribuyó al Tribunal un “*error de hecho, por falso juicio de identidad*”, pues sostuvo que la referida prueba de referencia está acompañada de un dictamen psiquiátrico, cuando es claro que “*nunca existió esa valoración del perito*”.

Tras resaltar que en ambas instancias se desestimó el testimonio de Santiago Vallejo “*sin mayor análisis y sin exponer un motivo serio y razonado*”, concluyó:

*La sentencia condenatoria que hace el H. Tribunal Superior de Guadalajara de Buga Valle, **respecto de la revocatoria de la absolución del delito acusado donde resultó como presunta***

víctima la menor M.J.D.L., se finca en un verdadero FALSO JUICIO DE RACIOCINIO, por “error de hecho”, pues tanto como se ha indicado en el libelo de la demanda se tiene que la valoración del testimonio no se le da el valor exigido por nuestro sistema procesal, toda vez que ya como se ha indicado siempre manifestó que estuvo presente en el mismo lugar y hora en la ocurrencia de los hechos, sumado a ello se debe ser reiterativo que otro de los tópicos que tuvo el H.T.S. de Buga Valle fue que el mismo despacho le dio una valoración objetiva a la entrevista forense sin que ella hubiere existido en el juicio oral, como también se debe reiterar **que la menor M.J.D.L.R. nunca declaró en el juicio oral**, esto con el fin de dar la credibilidad a la denuncia presentada por su madre, y conforme a la entrevista rendido por la menor M.J.D.L.R., esto es Honorables Magistrados de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia que la prueba psiquiatra forense (sic) no hizo parte de las pruebas debatidas en el juicio oral, **que indicara la autoría y responsabilidad del procesado en el delito en contra de la menor M.J.D.L.R.**, lo que hace que su providencia pueda calificarse como infundada y contraria a lo que evidenciaba la realidad procesal, lo que la hace ilegal, pues no cumplió con el mandato contenido en los artículos 5° y 381 del Código de Procedimiento Penal, señalando el primero que los jueces se orientan por el IMPERATIVO de establecer con OBJETIVIDAD la verdad y la justicia y el segundo que “para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda razonable, acerca de la responsabilidad penal de acusado, FUNDADO en las PRUEBAS DEBATIDAS EN EL JUICIO agregándose que: “la sentencia condenatoria no podrá fundarse exclusivamente en prueba de referencia”².

Basado en lo anterior, solicita a la Corte “CASE la sentencia de segunda instancia (...) en la que impartió confirmación al fallo, por medio de la cual revocó la absolución

² Negrillas fuera del texto original.

por el cargo relacionado con los actos sexuales abusivos que agotó en su hija M.J.D.L.R. y modificó la condena de primera instancia en la condición de autor penalmente responsable del concurso material de los delitos sexuales abusivos con menor de catorce años, imponiendo una pena de ciento noventa y dos meses de prisión dentro del proceso penal de la referencia”.

5. SUSTENTACIÓN Y RÉPLICAS

A la luz de lo establecido en el Acuerdo No. 020 del 29 de abril de 2020, emitido por esta Sala, las partes e intervinientes expresaron sus argumentos por escrito.

5.1. El defensor

En esencia, reiteró los argumentos expuestos en la demanda. Agregó: (i) en casos de delitos sexuales es imperiosa la práctica de exámenes psiquiátricos; (ii) la madre de las víctimas nunca quiso colaborar para que se llevara a cabo una experticia de esa naturaleza; (iii) el procesado siempre estuvo dispuesto a contribuir para el esclarecimiento de los hechos, al punto que se presentó voluntariamente ante las autoridades que hicieron efectiva su captura; (iv) la niña que declaró en el juicio no se refirió a los hechos que supuestamente afectaron a su hermana; (v) la Fiscalía y la defensa estipularon la entrevista de M.J.D.L.R., en contravía de lo expuesto reiteradamente por

esta Corporación; (vi) ese testimonio, que se incorporó como prueba de referencia, no fue corroborado en el juicio oral; y (vii) este proceso es producto de la “*relación tormentosa*” que sostuvieron el procesado y la denunciante.

Aunque en la demanda de casación cuestionó únicamente la condena por el delito de que supuestamente fue víctima M.J.D.L.R., mas no la impuesta en ambas instancias por el atentado contra la otra hija del procesado, y a pesar de que en el posterior escrito de sustentación hizo hincapié en los errores que dieron lugar a la revocatoria de la absolución –parcial- emitida por el Juzgado, en su última intervención solicitó

Casar el fallo impugnado y revocar la decisión de segunda instancia en el caso de la menor M.J.D.L.R. y sostener la absolución de primera instancia (...); así mismo revocar la decisión tanto de segunda instancia (sic) que confirmó la decisión de primera instancia en el evento de la mejor I.J.D.L.R. y en su efecto absolver al condenado conforme lo expuesto anteriormente.

5.2. El delegado de la Fiscalía

Resaltó algunos errores en la disertación del accionante. Primero, porque se limitó a transcribir el testimonio del testigo Vallejo y la valoración que del mismo hizo el Tribunal, sin ocuparse de explicar un yerro relevante en el ámbito del recurso de casación. En la misma línea – agrega- el defensor hizo alusión a un dictamen psiquiátrico,

sin considerar que en el fallo impugnado siempre se hizo alusión al concepto del médico legista.

Aunque resalta que el Tribunal incurrió en algunos errores al valorar la prueba, especialmente porque consideró algunos apartes de la denuncia que no fueron mencionados por la testigo en el juicio oral, concluyó que la prueba de referencia (*la declaración de la niña M.J.D.L.R.*) encuentra respaldo suficiente en las otras declaraciones, incluso en las del procesado y su sobrino. Esto último, porque confirman que JIMÉNEZ MARÍN estuvo con sus hijas en su apartamento aquella tarde, que se presentó un incidente cuando la menor estaba en el baño, etcétera.

Lo anterior –añadió– sin perder de vista todas las razones que adujo el Tribunal para restarle credibilidad al sobrino del procesado, quien hizo todo lo posible por liberar de responsabilidad a su tío.

Por tanto, solicitó a la Corte desestimar las pretensiones del accionante.

5.3. La delegada del Ministerio Público

Pidió casar parcialmente la sentencia, en lo que concierne al delito de que supuestamente fue víctima M.J.D.L.R.

Tras referirse a los yerros de la demanda, básicamente en los mismos términos expuestos por el delegado de la Fiscalía frente al testimonio del sobrino del procesado, concluyó que el Tribunal se equivocó al revocar la absolución por el supuesto delito cometido en contra de la niña en mención.

Ello, porque la Fiscalía, si bien solicitó el testimonio de M.J.D.L.R. durante la audiencia preparatoria, en el juicio oral decidió estipular con la defensa el contenido de esa declaración, sin dar explicaciones sobre el particular. Resaltó que esa estipulación fue excluida por el Juzgado por resultar manifiestamente ilegal.

Al suprimir la principal prueba de cargo, se advierte que la restante es insuficiente para sustentar la condena, principalmente porque ninguno de los testigos presencié el referido abuso sexual.

En su opinión, no sucede lo mismo con el delito de que fue objeto I.J.D.L.R. Al aludir a las múltiples declaraciones rendidas por esta (dentro y fuera del juicio oral), resalta que la niña describió los tocamientos que le practicó su padre y aseguró que este le introdujo un dedo en la vagina –causándole dolor-, lo que bien pudo haber sido calificado como acceso carnal.

En todo caso, el relato de la menor encuentra respaldo en los demás medios de prueba, principalmente en la declaración del médico legista, quien se refirió a los hallazgos hechos en el área genital de la niña, compatibles con los tocamientos que esta relató.

Sobre esta base, concluye que el abuso de que fue víctima I.J. se demostró más allá de duda razonable, lo que no sucedió con el supuesto delito de que fue víctima la hermana de esta, razón por la cual debe casarse parcialmente el fallo impugnado, en orden a que recobre vigencia el de primera instancia.

5.4. El apoderado de las víctimas

No se refirió a la demanda de casación. Únicamente mencionó algunas irregularidades dentro del trámite adelantado para revocar la medida de aseguramiento impuesta al procesado.

6. CONSIDERACIONES

6.1. La delimitación del debate

En primer término, debe aclararse que la Sala no es competente para analizar lo sucedido durante el trámite de

revocatoria o modificación de la medida de aseguramiento, toda vez que ese tipo de decisiones solo admiten el recurso de apelación, en este caso ante el respectivo juez del circuito. Si el apoderado de las víctimas considera que en esa actuación se incurrió en alguna falta penal o disciplinaria, está habilitado para formular la respectiva denuncia.

De otro lado, se advierten dos situaciones sustancialmente diferentes frente a los delitos incluidos en la acusación, a saber: (i) frente al abuso sexual de que fue víctima la niña I.J., el procesado fue condenado en ambas instancias; (ii) fue absuelto en primera instancia por el delito de que supuestamente fue víctima M.J.D.L.R., por el cual fue condenado por primera vez por el Tribunal; (iii) en su demanda, el censor solo cuestionó la condena por este último delito y solicitó la respectiva rebaja de pena; y (iv) aunque los argumentos expuestos en la demanda y en el escrito de sustentación solo se refieren a la condena por el delito que supuestamente afectó a M.J., en la parte final del último escrito pidió, sin más, la absolución por los dos abusos que le fueron imputados a su defendido.

Aunque es claro que la impugnación se reduce a la primera condena emitida por el Tribunal (por el caso de M.J.D.L.R.), lo que explica por qué el delegado de la Fiscalía solo se refirió a este aspecto, cabe recordar que la condena por el delito cometido en contra de I.J.D.L.R. está basada en las siguientes pruebas: (i) el testimonio que la niña rindió en el juico oral, donde se refirió con precisión a los tocamientos a que fue sometida por su padre mientras estaba en su

apartamento; (ii) el dictamen del médico legista, especialmente lo que concierne a los hallazgos compatibles con dichos actos sexuales; (iii) el procesado y su sobrino confirman que esa tarde las niñas estuvieron en el apartamento donde, según los testigos de cargo, ocurrió el acto sexual; (iv) la defensa planteó como hipótesis alternativa una supuesta “*alienación parental*”, suscitada porque la madre de las niñas nunca le perdonó al procesado que se fuera a vivir con otra mujer; y (v) esa hipótesis carece de fundamento y, por tanto, es insuficiente para generar duda razonable.

Frente al último aspecto en mención, debe resaltarse lo siguiente: (i) la denunciante fue llamada como testigo por la defensa y, no obstante, durante el interrogatorio cruzado no se obtuvo ningún dato que permita siquiera avizorar que involucró a sus hijas en asuntos tan graves con el único propósito de causarle daño al procesado; (ii) aunque el sobrino de JIMÉNEZ MARÍN en principio se refirió a los múltiples problemas que tuvieron este y la denunciante, finalmente aceptó que durante el tiempo que vivió con su consanguíneo (los últimos dos años antes de radicarse en otro país) no se percató de dichos altercados; (iii) ello es indicativo de que los mismos habían cesado mucho antes de ocurrir los hechos objeto de juzgamiento; y (iv) no se presentaron pruebas del comportamiento agresivo que supuestamente asumió la denunciante en respuesta a las relaciones amorosas del procesado, sin que pueda perderse de vista que esta declaró a instancias de la defensa y no fue confrontada sobre estos aspectos medulares de la teoría exculpatória.

Aclarado lo anterior, el debate se reduce a los siguientes aspectos, en lo que concierne al delito por el que el Juzgado dispuso la absolución y el Tribunal, la condena: (i) si la Fiscalía agotó los trámites dispuestos en el ordenamiento jurídico para incorporar la declaración de la niña M.J. a título de prueba de referencia; (ii) los efectos de la estipulación celebrada por las partes en torno a esa declaración; y (iii) si, suprimida esa declaración, las pruebas restantes son suficientes para demostrar más allá de duda razonable que el procesado realizó la referida acción sobre su hija menor.

6.2. Las reglas aplicables al caso

Recientemente (CSJSP, 21 oct 2020, Rad. 56919), esta Corporación reiteró su jurisprudencia sobre las posibilidades que el ordenamiento jurídico le brinda a la Fiscalía General de la Nación frente al testimonio de niños que comparecen a la actuación penal en calidad de víctimas de abuso sexual u otros delitos graves. Igualmente, reiteró el trámite que debe agotarse frente a cada una de esas modalidades, para garantizar el debido proceso. Dijo:

De tiempo atrás esta Corporación ha resaltado que el derecho a la confrontación constituye uno de los pilares del sistema de enjuiciamiento criminal regulado en la Ley 906 de 2004, por constituir una garantía judicial mínima del procesado y por su importancia para la depuración de la prueba testimonial (CSJAP,

30 sep 2015, Rad. 46153; CSJSP, 11 jul 2018, Rad. 50637; CSJSP, 20 may 2020, Rad. 52045, entre muchas otras).

Igualmente, tiene dicho que el derecho a la confrontación tiene varios elementos estructurales, entre los que se destacan la posibilidad de controlar el interrogatorio y de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo, con las prerrogativas del contrainterrogatorio y, en general, con las posibilidades dispuestas en el ordenamiento jurídico para la impugnación de los testigos (CSJSP, 20 ago 2014, Rad. 43749; CSJAP, 30 sep 2015, Rad. 46153; CSJSP, 25 ene 2017, Rad. 44950; CSJAP, 5 jun 2019, Rad. 55337; entre muchas otras).

Lo anterior permite entender por qué la norma rectora prevista en el artículo 16 de la Ley 906 de 2004 establece que “en el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento...”.

Por vía de excepción, el ordenamiento jurídico permite la incorporación de prueba de referencia, entendida esta como las declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, que se presentan en este escenario como medio de prueba de uno o varios aspectos relevantes del debate, cuando no es posible su práctica en el juicio (CSJSP, 30 sep 2015, Rad. 46153, entre muchas otras). Cabe recordar que el concepto está definido en el artículo 437, mientras que en el artículo 438 se establece su prohibición como regla general y se precisan las causales de admisión excepcional.

En la misma línea, la Sala ha aclarado que los documentos que contienen declaraciones deben someterse a las reglas de la prueba testimonial (CSJAP, 30 sep 2015, Rad. 46153; CSJAP, 7 mar 2018, Radicado 51882; entre otras). Bajo ese mismo criterio, precisó que la prueba pericial no puede ser utilizada para la incorporación

subrepticia de declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, para lo que resulta determinante establecer si con esa actuación (la incorporación como prueba) se afecta el derecho a la confrontación (CSJSP, 11 jul 2018, Rad. 50637, entre otras).

Como la admisión de prueba de referencia generalmente entraña la afectación del derecho a la confrontación, pues el procesado y su defensor no tienen la oportunidad de controlar el interrogatorio y/o interrogar al testigo, resulta imperioso que la admisión de estas declaraciones se sometan al escrutinio judicial, con las respectivas garantías para las partes. Bajo esta lógica, la Sala se ha referido reiteradamente al procedimiento para la admisión de prueba de referencia, el cual abarca lo siguiente: (i) el descubrimiento de la prueba, en los términos establecidos en la Ley 906 de 2004; (ii) la explicación de la pertinencia de la declaración que constituye prueba de referencia; (iii) la enunciación y demostración de la causal excepcional de admisibilidad; y (iv) la indicación de los medios a través de los cuales se demostrará la existencia y contenido de la declaración que constituye prueba de referencia. El escenario natural para debatir estos temas es la audiencia preparatoria (cuando para ese momento se ha configurado la respectiva causal de admisibilidad) y, excepcionalmente, el juicio oral (CSJSP, 28 oct 2015, Rad. 44056; CSJSP, 20 mayo 2020, Rad. 52045; entre otras).

Cuando la víctima del delito es un niño, la Sala ha puesto de presente la necesidad de brindarles la protección especial dispuesta en el ordenamiento jurídico (especialmente, en la Constitución Política y los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por Colombia). Sin embargo, ha aclarado que ello no puede hacerse a través de la eliminación de las garantías mínimas del procesado, entre otras cosas porque las mismas también están previstas en la Constitución Política y en diversos tratados sobre derechos humanos suscritos por Colombia (CSJSP,

11 jul 2018, Rad. 50637; CSJSP, 20 mayo 2020, Rad. 52045; entre otras).

Sobre esa base, ha resaltado que el ordenamiento jurídico le brinda a la Fiscalía diversas posibilidades para presentar en el juicio oral la declaración de un niño que comparece en calidad de víctima de delitos sexuales u otras conductas graves, a saber: (i) hacer uso de la prueba anticipada; (ii) solicitar la declaración anterior como prueba de referencia; y (iii) presentar al niño como testigo en el juicio oral (CSJSP, 11 jul 2018, Rad. 50637; CSJSP, 20 mayo 2020, Rad. 52045; entre otras).

Para tomar esa decisión, el fiscal debe considerar las particularidades del caso y, principalmente, tener en cuenta los requisitos legales y las consecuencias de optar por una de estas opciones. Por tanto, (i) si decide presentar la declaración anterior como prueba de referencia, debe agotar el trámite relacionado en precedencia, así como considerar la restricción prevista en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004; (ii) de optar por presentar al niño como testigo en el juicio, debe considerar, entre otras cosas, la posibilidad de que este se retracte o cambie la versión, y tener presente los requisitos para que, ante esa eventualidad, la versión anterior pueda ser incorporada como “testimonio adjunto”, a los que se hará alusión más adelante; y (iii) si se inclina por la práctica de una prueba anticipada, debe ceñirse a la expresa reglamentación prevista en el ordenamiento procesal penal.

Debe resaltarse que tanto la Corte Constitucional (T-008 de 2020) como esta Corporación (CSJSP, 11 jul 2018, Rad. 50637, entre otras), se han referido reiteradamente a las bondades que en este tipo de casos podría tener la prueba anticipada, en la medida en que evita una nueva victimización en el ámbito judicial, le permite a la defensa el ejercicio del derecho a la confrontación, garantiza un adecuado registro de la declaración, etcétera.

Por su importancia para la solución de este asunto, deben resaltarse varios aspectos adicionales en materia de prueba de referencia: (i) debe diferenciarse la prueba de referencia propiamente dicha –la declaración rendida por fuera del juicio oral-, de los medios utilizados para demostrar su existencia y contenido –testimonios, documentos, etcétera-; (ii) lo que significa que cuando se admite una declaración anterior como prueba de referencia, surge un nuevo asunto probatorio, consistente en demostrar que dicha declaración existió y que su contenido es el que alega la parte; (iii) sobre este aspecto puede existir controversia, como cuando se discute la capacidad para percibir adecuadamente la declaración del testigo que no puede comparecer al juicio oral o se plantea que la prueba de referencia ha sido tergiversada, descontextualizada, cercenada, adicionada, etcétera; y (iv) todo bajo el entendido de que la relevancia de este punto está supeditada a que la prueba de referencia haya sido solicitada por la parte interesada, previo cumplimiento de los requisitos atrás descritos, y decretada por el juez (CSJAP, 30 sep 2015, Rad. 46153, entre otras).

De otro lado, sobre las estipulaciones probatorias la Sala también ha hecho algunas precisiones que resultan útiles para la solución del caso sometido a su conocimiento.

Puntualmente, ha resaltado que las estipulaciones: (i) deben recaer sobre hechos y no sobre pruebas; (ii) no pueden implicar, en sí mismas, la desestimación de la acusación, ni dejar sin posibilidades de defensa al procesado; (iii) las partes

son responsables de su claridad y de su correspondencia con el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de las labores del juez como director del proceso; y (iv) por tanto, las partes no pueden obtener provecho indebido de la ambigüedad o ilegalidad de este tipo de acuerdos (CSJSP, 4 dic 2019, Rad. 50696, entre otras).

6.3. El caso sometido a conocimiento de la Sala

La Fiscalía acusó al procesado por dos abusos sexuales. Aunque los delitos supuestamente fueron cometidos el mismo día, ocurrieron bajo diferentes circunstancias de tiempo y lugar (dos zonas diferentes de su apartamento).

Como suele suceder en esos casos, la principal prueba de cargo está constituida por el testimonio de quien comparece en calidad de víctima. Al respecto, en la audiencia preparatoria la Fiscalía optó porque las niñas rindieran su testimonio en el juicio oral, lo que, según se indicó en el apartado anterior, constituye una de las posibilidades que le otorga el ordenamiento jurídico.

Ya en el juicio, el fiscal hizo comparecer a una de las menores (I.J.), quien describió los actos sexuales a los que fue sometida por su progenitor.

Sin embargo, aunque se tenía presupuestado que la niña M.J. también comparecería como testigo al juicio oral, las

partes le indicaron al juez que habían estipulado la entrevista rendida por esta en la fase de investigación. Con esta escueta explicación, el fiscal procedió a leer dicha declaración.

Sin perjuicio de los comentarios que amerita esta “*estipulación probatoria*”, no puede perderse de vista que la Fiscalía en ningún momento solicitó la incorporación de esta declaración como prueba de referencia y, consecuentemente, no agotó el procedimiento procedente en esos casos para garantizar el debido proceso. Por tanto, no existió un pronunciamiento judicial sobre la admisión del testimonio de la niña M.J. en esa calidad, ni se le dio a la defensa la oportunidad de oponerse a dicha incorporación.

Así, lo único que se tiene al respecto es una estipulación, cuya ambigüedad es notoria, al punto que ha sido interpretada de diferentes maneras por las partes e intervinientes, así como por los juzgadores.

En efecto, el juzgado entendió que esta estipulación es ilegal porque implica la aceptación de responsabilidad del procesado frente al supuesto delito de que fue víctima M.J.D.L.R. En un sentido semejante se pronunció el Ministerio Público, mientras que la Fiscalía da por sentado que la prueba de referencia se incorporó de manera regular y que encuentra suficiente respaldo en las otras pruebas practicadas durante el juicio.

En todo caso, como la Fiscalía no solicitó la incorporación de esa declaración como prueba de referencia, la estipulación de las partes no tiene efectos prácticos, porque, según se indicó en el numeral 6.2, el debate sobre la forma de aducción de la prueba de referencia solo es pertinente si la parte interesada: (i) solicita la incorporación de la prueba de referencia; (ii) agota el trámite previsto para esos efectos, necesario para garantizar el debido proceso; (iii) el juez toma una decisión sobre el particular; y (iv) la parte contra la que se aporta la prueba tiene la oportunidad de ejercer el contradictorio frente a la admisión de este tipo de declaraciones.

Debe aclararse que esta realidad procesal abarca las diversas declaraciones rendidas por M.J.D.L.R. por fuera del juicio oral y no solo la entrevista a que aludió el fiscal del caso. Ello por cuanto: (i) tanto la entrevista como las versiones que la niña le entregó a su progenitora, al médico legista y a las demás personas que tuvieron acceso a esa información, constituyen declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, de claro contenido incriminatorio; (ii) por tanto, ante la eventualidad de que la Fiscalía pretendiera utilizarlas para soportar su teoría del caso, se activaría para el procesado el derecho a la confrontación, cuyos elementos estructurales fueron relacionados en los acápites precedentes; (iii) la posibilidad de incorporar estas declaraciones como prueba de referencia, con desmedro de la referida garantía judicial mínima, supone agotar el proceso como es debido; y (iv) la Fiscalía no agotó dicho trámite, pues no solicitó la incorporación de esas declaraciones a título de prueba de referencia, ni explicó por qué ello era viable,

máxime si se tiene en cuenta que en la audiencia preparatoria optó por presentar a las menores como testigos en el juicio oral.

Aunque lo anterior es suficiente para concluir que las declaraciones de M.J.D.L.R. no podían ser valoradas, cabe resaltar lo siguiente frente a la estipulación celebrada por las partes:

La Sala no advierte que el referido acuerdo implique la aceptación de responsabilidad por parte del procesado, ya que ello no se desprende de su escueto contenido. En efecto, las partes se limitaron a afirmar que estipularon la entrevista rendida por la niña, sin más, y, luego, el fiscal la introdujo a través de su lectura.

A lo sumo podría entenderse que las partes acordaron que el referido documento da cuenta de lo que la niña expresó por fuera del juicio oral, pero, según se indicó, ello solo resultaría útil para asumir el aspecto probatorio que emerge ante la aceptación de una declaración anterior a título de prueba de referencia (la demostración de su existencia y contenido). En todo caso, un acuerdo de esa naturaleza no exonera a la parte interesada de agotar el trámite analizado en los párrafos precedentes.

En este orden de ideas, incluso bajo la interpretación más amplia de la estipulación celebrada por las partes, no

puede entenderse que la misma implicó la aceptación de la declaración anterior de M.J.D.L.R. a título de prueba de referencia, toda vez que: (i) ello no se desprende de su escueto contenido, (ii) de todos modos hubiera sido necesaria la solicitud y la respectiva decisión judicial acerca de la incorporación de esa declaración rendida por fuera del juicio oral, y (iii) como quiera que en la audiencia preparatoria la Fiscalía señaló que presentaría a las víctimas como testigos en el juicio oral, le correspondía solicitar y sustentar cualquier cambio en la dinámica previamente establecida para la práctica de las pruebas.

Frente a este último aspecto, debe resaltarse lo siguiente: (i) si bien es cierto la claridad de las estipulaciones corre a cargo de las partes –sin perjuicio de las labores de dirección del juez-; (ii) y también lo es que ninguna de ellas puede beneficiarse de su propio dolo o su propia incuria en la celebración de este tipo de convenios –como erradamente pareció entenderlo el juzgador de primer grado-; (iii) es claro que en este caso la carga de solicitar la incorporación de la prueba de referencia y de agotar el respectivo trámite estaba en cabeza de la Fiscalía, ya que se trataba de un testigo de cargo; y (iv) máxime si se tiene en cuenta que en la audiencia preparatoria se había dispuesto que las víctimas comparecerían como testigos al juicio oral (valga la repetición).

Es claro entonces que el Tribunal incurrió en un error de derecho, en la modalidad de falso juicio de legalidad, por

haber valorado una prueba de referencia incorporada irregularmente, lo que dio lugar a la condena por el delito frente al cual el procesado fue absuelto en primera instancia.

La trascendencia de ese yerro no admite discusión, porque al suprimir la entrevista rendida por M.J.D.L.R., así como las demás versiones entregadas por esta antes del juicio oral, es claro que las demás pruebas son insuficientes para demostrar la responsabilidad del procesado frente al abuso sexual que la Fiscalía le atribuyó en relación con su hija menor. Efectivamente, solo podría considerarse que la niña estuvo en el apartamento de su padre y que se mostró disgustada cuando regresó donde su madre, lo que es claramente insuficiente para concluir, más allá de duda razonable, que fue objeto del referido abuso sexual.

A pesar de los evidentes errores argumentativos de la demanda de casación, que se entienden superados ante la aceptación de la demanda, lo expuesto en precedencia se aviene a lo expuesto por el censor en el sentido de que la referida declaración no podía ser valorada por haber sido aducida con violación del debido proceso (aunque por razones diferentes a las expuestas por la Sala). Igualmente, corresponde a lo solicitado por el Ministerio Público.

Por lo expuesto, se casará parcialmente el fallo impugnado, en orden a que recobre vigencia el emitido por el Juzgado Penal del Circuito de Roldanillo (Valle) el 19 de septiembre de 2017, donde se condenó al procesado por el

abuso sexual que recayó en la menor I.J., y se le absolvió por el otro delito incluido en la acusación, motivo por el cual fue condenado a las penas de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 144 meses y se le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena, así como la prisión domiciliaria.

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: casar parcialmente el fallo emitido por el Tribunal Superior de Buga el 17 de abril de 2018, en orden a que recobre vigencia la sentencia proferida el 19 de septiembre de 2017 por el Juzgado Penal del Circuito de Roldanillo (Valle), donde se condenó al procesado JONIER DE JESÚS JIMÉNEZ MARÍN por el abuso sexual que afectó a la menor I.J., se le absolvió por el otro delito incluido en la acusación y se le impusieron las penas de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de ciento cuarenta y cuatro (144) meses.

Segundo: En los demás aspectos el fallo impugnado se mantiene incólume, incluyendo lo atinente a la negación de

la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase al tribunal de origen.

Contra la presente decisión no proceden recursos.



PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

la Casación r



JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA



GERSON CHAVERRA CASTRO



EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



JAIME HUMBERTO MORENO ACERO



FABIO OSPITIA GARZÓN

EXCUSA JUSTIFICADA

EYDER PATIÑO CABRERA



HUGO QUINTERO BERNATE

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretari