



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA
Magistrado Ponente

SP 934-2020

Radicación No. 52045

(Aprobado acta No.100)

Bogotá, D.C., veinte (20) de mayo de 2020

La Sala decide el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de JULIÁN ANDRÉS PEÑA MENDOZA contra la sentencia de 1° de noviembre de 2017, por la cual el Tribunal Superior de Bogotá revocó parcialmente la emitida el 20 de enero de 2015 por el Juzgado Octavo Penal del Circuito de la misma ciudad y, en su lugar, condenó al nombrado como autor del delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado en concurso homogéneo.

HECHOS

Entre 2004 y 2012, JULIÁN ANDRÉS PEÑA MENDOZA y su esposa Ana Isabel Pineda Sastoque convivieron en un

inmueble ubicado en el barrio Prado Veraniego de Bogotá. Con ellos residían también Erika Isabel Parra Pineda, M.S.O.P. y C.G.P.P., hijas de Pineda Sastoque, y J.A.P.P., descendiente común de ambos.

En ese contexto, y según lo tuvo por demostrado el Tribunal, PEÑA MENDOZA realizó sobre C.G.P.P., nacida el 25 de marzo de 1997, tocamientos en sus genitales, senos y glúteos, lo cual ocurrió cuando menos en diez ocasiones y desde que la niña tenía 8 años, tanto en distintas habitaciones de la vivienda familiar como en un vehículo que el nombrado conducía con fines laborales.

ANTECEDENTES PROCESALES

1. En audiencia celebrada el 8 de noviembre de 2013 ante el Juzgado Sesenta y Cuatro Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, la Fiscalía legalizó la captura de JULIÁN ANDRÉS PEÑA MENDOZA y le imputó la autoría del delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado en concurso homogéneo, definido en los artículos 209 y 211, numeral 5°, así como el de pornografía con personas menores de 18 años, tipificado en el artículo 218, inciso 3°, *ibídem*¹. Este último cargo se fundamentó en la aseveración de la víctima en el sentido de que un día PEÑA MENDOZA la grabó con su celular mientras se bañaba.

¹ Fs. 25 y ss., c. 1.

En la misma diligencia, el despacho, a instancias de la Fiscalía, afectó al nombrado con medida de aseguramiento privativa de la libertad en centro carcelario.

2. El escrito de acusación fue presentado, sin modificaciones sustanciales, el 1° de diciembre de 2013², y aquélla fue formulada el 17 de febrero de 2014 ante el Juzgado Octavo Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá³.

3. La audiencia preparatoria se realizó el 7 de mayo de 2014⁴, mientras que el juicio oral se agotó en sesiones celebradas los días 3 de septiembre⁵ y 11 de diciembre⁶ del mismo año, fecha última en la que la Fiscalía pidió la absolución por el cargo de pornografía con personas menores de 18 años.

4. En sentencia de 20 de enero de 2015 el despacho absolvió a PEÑA MENDOZA por ambos cargos⁷, decisión que fue apelada por la Fiscalía y revocada parcialmente por el Tribunal Superior de Bogotá el 1° de noviembre de 2017, mediante providencia por la cual resolvió mantener la absolución por el delito de pornografía con personas menores de 18 años y condenar a PEÑA MENDOZA como autor del punible de actos sexuales con menor de 14 años agravado cometido en concurso homogéneo.

² Fs. 29 y ss., c. 1.

³ CD 4, récord 5:40 y ss.

⁴ Fs. 49 y ss., c. 1.

⁵ F. 88, c. 1.

⁶ F. 93, c. 1.

⁷ Fs. 129 y ss., c. 1.

Consecuentemente, le impuso la pena principal de 159 meses de prisión y libró orden de captura para el cumplimiento de la misma⁸.

5. Contra esa determinación, la defensa presentó demanda de casación que fue admitida por la Sala, ignorando sus defectos formales, para materializar la garantía de la doble conformidad.

LA DEMANDA

El censor presenta tres cargos (según dice, al amparo de las causales primera, segunda y tercera, respectivamente) con fundamento en los cuales pide que se case el fallo atacado y, en su lugar, se absuelva a PEÑA MENDOZA.

1. En el primero, aduce que el juzgador “no abordó” el hecho de que *«la presente actuación se generó por una información falsa que fuera brindada por una menor no en presencia de sus progenitores... sino en presencia de una tía»*, como también que se declaró la responsabilidad del enjuiciado *«sin que exista el elemento material probatorio, evidencia física o información legalmente obtenida»* que sustente esa determinación.

Afirma que del debate probatorio *«emergen... no una, sino varias dudas que no fueron analizadas»* por esa Corporación, máxime que (i) el ICBF archivó la investigación

⁸ Fs. 13 y ss., c. del Tribunal.

administrativa adelantada contra PEÑA MENDOZA por estos hechos; (ii) el ad quem no valoró los testimonios de Ana Isabel Pineda Sastoque, Erika Isabel Parra Pineda y del propio acusado, como tampoco los de María Antonia y Miriam Hernández Sastoque, tías de la víctima, quienes «no conocieron» delito alguno, y; (iii) la ofendida dio una versión distinta de lo sucedido ante el ICBF e incluso mintió sobre el hecho de ser grabada mientras se bañaba, al punto que la Fiscalía pidió la absolución por el cargo de pornografía, de suerte que pudo también faltar a la verdad sobre los supuestos tocamientos.

En ese orden, dice, el Tribunal ha debido aplicar el artículo 7° del Código de Procedimiento Penal, referido al principio *in dubio pro reo*, tanto más porque la perjudicada manifestó en el juicio oral que los señalamientos elevados contra PEÑA MENDOZA previamente eran «mentira» y sus manifestaciones ante «las profesionales de psicología» son pruebas de referencia «cuyo valor probatorio exclusivo no puede ser el fundamento de una sentencia de carácter condenatorio».

Aduce que la apreciación conjunta de los medios suasorios permite entender que esa falaz imputación tuvo por origen «un sentimiento encontrado frente a su padrastro, por el hecho de la terminación de la relación sentimental entre su madre... y... el señor JULIÁN ANDRÉS PEÑA MENDOZA, más aún cuando su nueva compañera sentimental es precisamente su hermana Erika Isabel Parra Pineda, quien a

su vez es la hermana de su menor hermano e hijo del señor PEÑA MENDOZA».

2. En el segundo cargo, asevera que el fallador interpretó erróneamente el artículo 7° de la Ley 906 de 2004 y que, de haber entendido adecuadamente ese precepto, «*la decisión (habría) sido...absolutoria*», pues «*PEÑA MENDOZA no creó el riesgo jurídicamente desaprobado*», tal como se desprende de las distintas salidas procesales de la víctima y de sus familiares en las que niegan cualquier responsabilidad de aquél.

3. Por último, asevera que el Tribunal aplicó indebidamente las normas que tipifican el delito objeto de condena, pues «*se logró demostrar más allá de toda duda razonable que JULIÁN ANDRÉS PEÑA MENDOZA no cometió la conducta descrita*».

Agrega que «*si hubiese utilizado cada una de las pruebas documentales y las testimoniales obrantes en el proceso, no podría tener la certeza que el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal le exigen para dictaminar una sentencia de carácter condenatorio*».

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

1. El demandante reiteró los argumentos plasmados en la demanda e insistió en el pedido de que se absuelva a PEÑA MENDOZA⁹.

2. El Delegado de la Fiscalía y la Representante del Ministerio Público, por su parte, solicitaron, con argumentos similares, que no se case la sentencia cuestionada.

Señalaron que si bien la víctima, en el juicio oral, se retractó de los señalamientos elevados contra el acusado, sus declaraciones previas, que fueron debidamente introducidas como testimonio adjunto o complementario, son consistentes, coherentes y verosímiles.

Manifestaron que la variación en el relato de la menor encuentra explicación en las presiones que recibió de su madre y hermana – esta última, hoy pareja sentimental del enjuiciado -, como también que el Tribunal sí apreció los testimonios que el censor estima ignorados, pero les asignó un valor distinto del que éste pretende.

Añadieron que el resultado del trámite administrativo adelantado ante el ICBF fue, precisamente, consecuencia de dichas presiones y, en cualquier caso, lo allí resuelto no puede primar sobre las conclusiones del proceso penal¹⁰.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Preliminares.

⁹ Récord 3:00 y ss.

¹⁰ Récord 15:00 y ss.

Como la demanda fue admitida, corresponde a la Sala examinar el fondo del asunto sin atención a los errores de técnica y debida fundamentación advertidos en el escrito, uno de ellos, la invocación indistinta e indiscriminada de las primeras tres causales de casación establecidas en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, sin consideración sustancial a su verdadero contenido y alcance.

Sin perjuicio de lo anterior, la Corporación no abordará el análisis concreto de los reproches formulados por el actor, pues de la revisión de las diligencias surge un problema jurídico transversal (que aquél enunció al aducir que la condena no tiene sustento en pruebas *legalmente* incorporadas al proceso) determinante de la absolución.

En efecto, el fallo proferido por el Tribunal se sustenta en las manifestaciones que la víctima realizó por fuera del juicio ante sendas psicólogas de la Asociación Creemos en Ti y del C.T.I. de la Fiscalía, las cuales, en criterio de esa Corporación, constituyen *testimonio adjunto* y pueden, por ende, ser valoradas a efectos de soportar la condena.

Con todo, la Sala anticipa que, contrario al entendimiento del ad quem y de quienes intervinieron en la audiencia de sustentación en representación de la Fiscalía y el Ministerio Público, tales declaraciones (i) no constituyen *testimonio adjunto* y (ii) tampoco tienen la condición de pruebas de referencia admisibles. En tal virtud, el juzgador

de segundo grado incurrió en un error de derecho por falso juicio de legalidad al apreciarlas y valorarlas.

Para desarrollar la conclusión que antecede, la Corte (i) recordará brevemente su jurisprudencia en relación con las herramientas con que cuenta la Fiscalía para llevar a juicio la versión de menores víctimas de delitos sexuales; (ii) se referirá a las reglas aplicables al *testimonio adjunto* y la prueba de referencia; (iii) reseñará los fundamentos argumentativos de las decisiones de instancia; (iv) indicará cuáles fueron las pruebas de cargo practicadas en el juicio y, finalmente, (v) abordará el caso concreto.

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

2.1 La Fiscalía General de la Nación tiene la obligación positiva, derivada del artículo 250 Superior, de «*adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento*» (con excepción de los eventos en que tiene cabida el principio de oportunidad), y en el curso de tales investigaciones, la de obrar diligentemente en el cumplimiento y ejercicio de los deberes y facultades establecidos en el precepto constitucional citado, a efectos de lograr que sus postulaciones salgan avantes en los asuntos que somete al conocimiento de los jueces.

Tratándose de casos de delitos sexuales cometidos contra menores de edad, la Fiscalía, además de esas

obligaciones generales pertinentes al cumplimiento de sus funciones legales y constitucionales, está vinculada por el denominado principio *pro infans*, el cual, como lo ha señalado la Corte Constitucional, le impone «*exigencias reforzadas de diligencia*» conforme las cuales debe «*ejecutar todos los esfuerzos investigativos necesarios para materializar los derechos fundamentales de los menores víctimas en el marco del proceso, especialmente sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación, y las garantía de no repetición*»¹¹.

En esa misma línea, el orden jurídico ha avanzado en la precisión de los derechos y garantías debidas a los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales. En particular, la Ley 1653 de 2013 contempla medidas orientadas a que, en el curso de los procesos penales que se adelanten con ocasión de tales ilícitos, se evite su revictimización, la cual puede seguirse de su participación como testigos en los juicios criminales. Incluso desde antes de la promulgación de esa normatividad, la Sala había propendido porque en procesos de tal naturaleza se adoptaran las medidas posibles para evitar el sometimiento de los menores víctimas a las afectaciones que puede conllevar su participación en diligencias judiciales.

De ahí que, en casos como el presente, se hace necesaria la articulación de los deberes especiales de la Fiscalía y los derechos de los menores víctimas, pero desde

¹¹ Auto A-009 de 2015.

luego, sin perder de vista el respeto de las garantías que le asisten a toda persona procesada con independencia del delito que se le atribuya. Así,

«... la armonización de los derechos del acusado y los de los menores que comparecen en calidad de víctimas de delitos sexuales se ha caracterizado por lo siguiente: (i) evitar que los menores presuntas víctimas de delitos sexuales sean objeto de victimización secundaria; (ii) garantizar, en la mayor proporción posible, los derechos del procesado; (iii) limitar el valor probatorio de las declaraciones frente a las que el acusado no tuvo la oportunidad de ejercer el derecho a la confrontación, (iv) limitar la posibilidad del acusado de estar frente a frente con el testigo (menor) pero brindarle herramientas para que pueda ejercer el contra interrogatorio, (v) la utilización de la grabación de la declaración como una forma de preservar el testimonio y garantizar la defensa, y (vi) cuando deba anticiparse la declaración del menor, debe garantizarse en la mayor proporción posible los derechos del procesado, sin perjuicio de las medidas necesarias para evitar que el menor sea objeto de victimización secundaria»¹².

2.2 Según lo ha aclarado repetidamente esta Corporación y lo reconoció recientemente la Corte Constitucional¹³, la regulación procesal penal confiere a la Fiscalía varias herramientas para que la versión de los menores ofendidos (que muchas veces constituye la única fuente de información indicativa de la ocurrencia de tales conductas punibles) pueda ser utilizada como prueba, con miras a lograr la condena de los responsables por su comisión, materializando, en la mayor medida posible, los derechos de las víctimas y, a la vez, sin restringir irrazonablemente la garantías defensivas de contradicción y confrontación.

¹² CSJ SP, 4 dic. 2019, rad. 55651.

¹³ Sentencia T - 008 de 2020.

(i) En primer lugar, tiene la posibilidad de asegurar el testimonio de la víctima como prueba anticipada, según lo previsto en el artículo 274 de la Ley 906 de 2004:

«Frente a los menores de edad que comparecen a la actuación penal en calidad de víctimas o testigos, desde ahora cabe resaltar que si la finalidad principal de la prueba anticipada es evitar la pérdida o alteración del medio probatorio, su procedencia en este tipo de casos es evidente, no sólo porque la práctica de varios interrogatorios puede dar lugar a la victimización secundaria, sino además porque el medio de conocimiento podría verse afectado en la medida en que el menor “haya iniciado un proceso de superación del episodio traumático, porque su corta edad y el paso del tiempo le impidan recordar, por las presiones propias del escenario judicial (así se tomen las medidas dispuestas en la ley para aminorarlo), por lo inconveniente que puede resultar un nuevo interrogatorio exhaustivo (de ahí la tendencia a que sólo declare una vez), entre otras razones” (CSJ SP, 28 Oct. 2015, Rad. 44056).

La práctica de prueba anticipada no es incompatible con las medidas establecidas en las leyes 1098 de 2006 y 1652 de 2013 para proteger a los niños durante los interrogatorios. Es más, resulta razonable pensar que la intervención de un juez es garantía de que el procedimiento se llevará a cabo con pleno respeto de los derechos del menor.

De otro lado, en este tipo de casos la prueba anticipada puede reportar beneficios importantes, en cuanto: (i) si se le da a la defensa la posibilidad de ejercer la confrontación, con los límites necesarios para proteger la integridad del niño, la declaración no tendrá el carácter de prueba de referencia y, en consecuencia, no estará sometida a la limitación de que trata el artículo 381 de la Ley 906 de 2004; (ii) la intervención del juez dota de solemnidad el acto y, además, permite resolver las controversias que se susciten sobre la forma del interrogatorio; (iii) la existencia de un registro judicial adecuado le permitirá al juez conocer de manera fidedigna las respuestas del testigo menor de edad, así como la forma de las preguntas y, en general, todos los aspectos que pueden resultar relevantes para valorar el medio de conocimiento, y (iv) permite cumplir la obligación de garantizar en la mayor proporción posible la garantía judicial mínima consagrada en los artículos 8 y 14 de la CADH y el PIDCP, respectivamente, reglamentada en el ordenamiento interno en las normas rectoras 8, 15 y 16 de la Ley 906 de 2004 y en los artículos que regulan aspectos puntuales de la prueba testimonial.

A lo anterior debe sumarse que la práctica de prueba anticipada no sólo constituye una forma de protección de los derechos del acusado, sino además una forma de obtener medios de

conocimiento más útiles para la toma de decisiones en el ámbito penal, lo que también favorece los intereses de las víctimas y el interés de la sociedad en una justicia pronta y eficaz»¹⁴.

(ii) Cuenta también con la opción de llevar la versión de la víctima al juicio como prueba de referencia, incluso si aquélla es convocada como testigo al juicio:

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

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

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

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

¹⁴ *Ibídem.*

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

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

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

Por lo tanto, la Sala concluye que las declaraciones rendidas por fuera del juicio oral por un niño víctima de abuso sexual, son admisibles como prueba, así el menor sea presentado como testigo en este escenario»¹⁵.

(iii) Por último, la acusación puede optar (idealmente como mecanismo excepcional, según quedó visto, para minizar el riesgo de revictimización secundaria) por comunicar la narración del

¹⁵ *Ibídem.*

menor ofendido a través de la práctica de su testimonio en el juicio oral. Y si en la vista pública sucede que aquél se retracta de los señalamientos incriminatorios que previamente pudo elevar contra la persona investigada, se activa la posibilidad de incorporar su manifestaciones previas como *testimonio adjunto*.

2.3 Es una facultad de la Fiscalía elegir cuál de los mecanismos referenciados utilizará para llevar al Juez el conocimiento de los hechos y, particularmente de la narración de la persona ofendida. Para tal fin, el funcionario, en la estructuración del caso y de su estrategia de litigio, debe considerar las variables que puedan incidir en la probabilidad de éxito de la pretensión acusatoria, entre ellas, (i) las circunstancias particulares de la víctima y la mayor o menor probabilidad de su revictimización en caso de concurrir al juicio; (ii) la existencia de pruebas, distintas de la narración del ofendido, que puedan demostrar su teoría del caso; (iii) la previsibilidad de que la víctima se retracte de su dicho en la vista pública.

A modo de ejemplo, si se puede avizorar que no existen pruebas que puedan corroborar, aun periféricamente, el dicho de la menor, la alternativa de comunicar su versión de los hechos como prueba de referencia aparece inconveniente, en tanto la viabilidad del fallo de condena quedará truncada por la tarifa legal negativa de que trata el artículo 381 de la Ley 906 de 2004; en similar sentido, si la víctima ha cumplido la mayoría de edad para el momento del trámite judicial y exhibe menor riesgo de sufrir revictimización de

concurrir al juicio, se presentaría como una alternativa más plausible convocarla como testigo a esa diligencia para que rinda testimonio.

En todo caso, cualquiera que sea el mecanismo probatorio que, en últimas, elija la Fiscalía para sacar adelante su pretensión, resulta irrefutable que debe agotarse con el cumplimiento de los requisitos formales y sustanciales que la legislación procesal prevé para cada uno de ellos. La prevalencia del interés superior de niños, niñas y adolescentes y la aplicación del precitado principio *pro infans* no comporta la supresión de las garantías de la persona investigada ni la reversión de los principios nucleares del debido proceso probatorio:

«Es cierto que los derechos de los niños son, por mandato constitucional, prevalentes (artículo 44), y que los menores víctimas de delitos sexuales tienen derecho a que, dentro del proceso penal respectivo, se adopten en su favor medidas de protección efectivas que garanticen sus intereses, no obstante, esa salvaguarda no puede llegar al extremo de hacer nugatorias las garantías del procesado y menos a la obligatoriedad de emitir una sentencia condenatoria en su contra.»

(...)

Ello... “...negaría la razón de ser del proceso, entendido como escenario dialéctico al que comparecen las partes con el propósito de demostrar las teorías factuales que han estructurado en la fase de preparación del juicio oral, según las reglas definidas previamente por el legislador, que abarcan, entre otras cosas, los requisitos para que una prueba sea admitida, el estándar de conocimiento que debe lograrse para la imposición de la sanción penal, e incluso algunas prohibiciones, como la de basar la condena exclusivamente en prueba de referencia” (Cfr. CSJ SP2709-2018, rad. 50637)»¹⁶.

¹⁶ CSJ AP, 6 ago. 2019, rad. 54369.

3. Sobre el testimonio adjunto y la prueba de referencia.

En atención a los problemas jurídicos que suscita el caso examinado, la Sala se centrará en el análisis de dos de las alternativas con que cuenta la Fiscalía para incorporar como prueba la versión de la víctima menor de edad en casos de delitos sexuales, en concreto, el testimonio adjunto y la prueba de referencia.

A tal efecto, debe recordarse que, en principio, sólo tienen la naturaleza de pruebas las practicadas en el juicio oral, en presencia del Juez de conocimiento, con satisfacción de los principios de publicidad, contradicción y confrontación. Así lo prevé el artículo 16 de la Ley 906 de 2004, a cuyo tenor *«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»*.

Con todo, las declaraciones efectuadas por una o más personas por fuera de la vista pública pueden adquirir tal condición y ser valoradas por el fallador en algunos eventos excepcionales y, en cuanto interesa enfatizar ahora, en los recién mencionados.

3.1 Del testimonio adjunto.

La noción de *testimonio adjunto*, que carece de consagración expresa en el Código de Procedimiento Penal, ha sido desarrollada por la jurisprudencia en atención a que, conforme lo enseña la práctica judicial, con no poca frecuencia sucede que quienes concurren al juicio a rendir testimonio se desdicen de las aserciones que han efectuado en entrevistas y declaraciones anteriores, las modifican sustancialmente o incluso rehúsan haberlas efectuado.

Así, la Sala ha decantado una línea de pensamiento orientada a que, frente a un escenario de retractación o modificación sustancial de la versión de un testigo en la vista pública, la parte interesada pueda incorporar como *testimonio adjunto*, susceptible de plena valoración, sus manifestaciones anteriores al juicio, pero desde luego, ello sólo resulta posible, por virtud del artículo 16 precitado, en la medida en que se garantice a la parte contra la cual aquéllas se aducen la posibilidad de ejercer la confrontación y contradicción.

En ese entendido, para que una declaración previa pueda incorporarse a la atestación producida en el juicio oral en tal calidad, deben satisfacerse los siguientes requisitos¹⁷:

¹⁷ Cfr. CSJ SP, 25 ene. 2017, rad. 44950.

(i) El testigo debe estar disponible para declarar en el juicio, no sólo *físicamente*, esto es, con su presencia en la diligencia, sino también *funcionalmente*, es decir, en condiciones de servir o ejercer efectivamente como medio de prueba.

Por lo anterior, no podrá reputarse disponible el declarante que, no obstante concurrir al juicio, rehúsa comunicar los hechos que le constan, se niega a contestar las preguntas que se le formulan o las evade con respuestas artificiales que hacen imposible la adecuada confrontación.

(ii) El testigo debe retractarse en la vista pública de sus aserciones antecedentes u ofrecer una versión sustancialmente diferente de la contenida en aquéllas. De lo contrario – es decir, de persistir el testigo en su narración primigenia – resultaría innecesaria cualquier referencia a lo dicho con anterioridad y la prueba consistiría sencillamente de lo que diga en la diligencia.

(iii) La declaración anterior debe incorporarse a través de su lectura, a solicitud de la parte interesada, de modo que el Juez cuente con las dos versiones y pueda valorarlas en su integridad a efectos de discernir, con apego a la sana crítica, cuál de ellas (si es que alguna) le merece credibilidad.

Ahora bien, lo fundamental para que las declaraciones previas adquieran la condición de *testimonio adjunto*, según

se esbozó, es que a la parte contra la cual se aducen se le garanticen los derechos de contradicción y confrontación. De ahí que la lectura que habilita su incorporación es la que **se hace durante el interrogatorio de la persona que las suministró** (en principio, por el mismo testigo o, excepcionalmente, por quien conduce el interrogatorio, si aquél, verbigracia, no sabe leer o está en incapacidad de hacerlo) y no la que eventualmente pueda realizar quien las recabó (investigadores, psicólogos, médicos, etc.) o cualquier otro testigo.

La razón es evidente: sólo si la lectura de la versión extra-juicio se hace durante el interrogatorio de quien la realizó se activa para la parte contraria la posibilidad real y efectiva de ejercer la confrontación de esos contenidos probatorios, pues el conainterrogatorio, que es la herramienta procesal primordial con la que cuenta para ese fin, está limitado por expreso mandato legal a «los temas abordados en el interrogatorio directo».

Así lo ha precisado la Sala:

*«...para que opere la incorporación de una declaración anterior al juicio oral a manera de declaración anterior incompatible con lo declarado en juicio –“testimonio adjunto”–, **es requisito indispensable que la parte contra la que se aduce tenga la oportunidad de formular preguntas sobre lo expuesto por el declarante por fuera del juicio oral, de lo que depende la “disponibilidad” del testigo...**»¹⁸.*

Dicho de otro modo:

¹⁸ CSJ SP, 4 dic. 2019, rad. 55651.

«...la posibilidad de ingresar como prueba las declaraciones anteriores al juicio oral está supeditada a que el testigo: i) se haya retractado o cambiado la versión; ii) esté disponible en el juicio oral para ser interrogado sobre lo declarado en este escenario y lo que atestiguó con antelación, **si no está disponible para el conainterrogatorio, la declaración anterior quedará sometida a las reglas de la prueba de referencia**; iii) por otra parte, que la declaración se incorpore mediante lectura; iv) por solicitud de la respectiva parte, para que pueda ser valorada por el juez. En tales condiciones, el sentenciador contará con las dos versiones, que le permitirán con mayor criterio adoptar la determinación correspondiente»¹⁹.

En esa línea, cuando la lectura de la declaración previa no es efectuada en el curso del interrogatorio de quien la ofreció sino en el de un tercero, aquélla no adquirirá la condición de prueba porque la parte contra la cual se aduce queda desprovista de la posibilidad de explorarla, controvertirla y desmentirla. Se insiste, si la versión extra-juicio (y muy especialmente, los apartes incriminatorios que constituyen la verdadera prueba de cargo) no es objeto de interrogatorio directo, las limitaciones temáticas inherentes al conainterrogatorio implicarán para la parte restante la imposibilidad de confrontarla y, con ello, una suerte de indisponibilidad del deponente respecto de esos contenidos probatorios.

De ahí que la Sala haya sostenido que

«...para que los apartados fácticos de las entrevistas que involucren una modificación incompatible con lo declarado en el juicio por el deponente sean incorporados al acervo probatorio y, por ende, puedan ser valorados por el fallador, **se requiere que la contraparte tenga la oportunidad de ejercer el derecho de contradicción en su componente de confrontación**, para lo cual **debe contar con la posibilidad de formular preguntas sobre las inconsistencias que resultan entre lo narrado en**

¹⁹ CSJ SP, 7 feb. 2018, rad. 43651.

el testimonio y lo consignado en la entrevista, de forma que, si ello no se garantiza, ésta tendrá el carácter de prueba de referencia, pues se estaría ante un evento de indisponibilidad del testigo»²⁰.

A lo anterior debe agregarse que la incorporación de una manifestación antecedente como *testimonio adjunto* requiere, además del cumplimiento de las anteriores exigencias, que la parte que la pretende exteriorice una solicitud en ese sentido (desde luego, en el juicio oral, pues la condición necesaria es que el testigo se retracte en esa diligencia al rendir testimonio) y que, frente a tal postulación, se profiera una decisión favorable del Juez de conocimiento.

La aducción de esas manifestaciones anteriores no puede obrar automáticamente y de oficio, sin un pedido expreso de la parte interesada. En primer lugar, porque ello comportaría una suerte de actividad probatoria oficiosa, inequívocamente vedada en el ordenamiento procesal aplicable a este asunto; mal podría el funcionario valorar como *testimonio adjunto* (esto es, como una verdadera prueba) una declaración previa cuya incorporación en tal calidad no fue solicitada oportunamente, pues con ello estaría arrogándose una iniciativa de la que está desprovisto²¹.

De otro lado, porque así resultaría sorprendida la parte contraria, para la cual, entonces, resultaría pretermitida la posibilidad de oponerse a tal incorporación y de controvertir los fundamentos de la misma, con ostensible violación del debido proceso probatorio.

²⁰ CSJ SP, 17 jul. 2019, rad. 49509.

²¹ Al respecto, CSJ SP, 7 feb. 2018, rad. 43651.

En esa comprensión, quien pretende la aducción de una declaración como *testimonio adjunto* debe solicitarla y, para ello, tiene la carga argumentativa de demostrar que (i) el testigo está disponible en el juicio; (ii) al rendir testimonio se retractó de sus anteriores aserciones o las modificó sustancialmente y; (iii) la deposición previa fue leída durante el interrogatorio de quien la produjo, con lo cual se le permitió a la contraparte ejercer la confrontación respecto de sus contenidos.

Sobre tal petición (como sobre cualquier otra de naturaleza probatoria) necesariamente deberá permitirse a la contraparte intervenir, a efectos de que, si a bien lo tiene, refute el cumplimiento de una o más de las condiciones que habilitan la incorporación del *testimonio adjunto*, por ejemplo, porque (i) en realidad el testigo no estuvo disponible, (ii) no existió una retractación, o (iii) no se le dio lectura ni se materializó el derecho de confrontación frente a la declaración anterior.

3.2 De la prueba de referencia.

De acuerdo con el artículo 437 de la Ley 906 de 2004, se trata de *«toda declaración realizada fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio».*

A partir de ese precepto, la Sala ha decantado que una determinada manifestación previa será prueba de referencia en tanto sea *«...rendida... por fuera del juicio oral... (y) presentada... en este escenario como medio de prueba... de uno o varios aspectos del tema de prueba... cuando no es posible su práctica en el juicio»*²².

Como las pruebas de referencia entrañan una limitación del derecho de confrontación, su admisibilidad es excepcional y procede únicamente en los eventos previstos en el artículo 438 ibídem, esto es, cuando la persona que ha producido la declaración (i) ha perdido la memoria; (ii) es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar; (iii) padece una enfermedad grave que le impide rendir testimonio; (iv) ha fallecido, o (v) *«es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos [138](#), [139](#), [141](#), [188a](#), [188c](#), [188d](#), del mismo Código»*.

Sin perjuicio de lo anterior, y según se anticipó en el acápite antecedente, la Sala ha admitido que, en casos de menores víctimas de delitos sexuales, sus declaraciones anteriores se usen como pruebas de referencia *así aquéllos concurren al juicio*:

«A pesar de la tendencia proteccionista ampliamente desarrollada por la jurisprudencia en las sentencias atrás referidas, es posible que el niño víctima de abuso sexual sea presentado como testigo en el juicio oral, tal y como sucedió en el caso que ocupa la atención

²² En este sentido, CSJ SP 25 ene 2017, rad. 44950, reiterada en CSJ SP, 30 ene. 2017, rad. 42656.

de la Sala. Ante situaciones como esta, cabe preguntarse si las declaraciones rendidas por el menor antes del juicio oral son admisibles como prueba para todos los efectos. La Sala considera que sí, por las siguientes razones:

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

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

(...)

Por lo tanto, la Sala concluye que las declaraciones rendidas por fuera del juicio oral por un niño víctima de abuso sexual, son admisibles como prueba, así el menor sea presentado como testigo en este escenario»²³.

En ese entendido, lo esencial, a este efecto, es que la disponibilidad del testigo en el juicio no sea plena sino relativa «por su edad, porque el paso del tiempo le impida recordar lo sucedido»²⁴ o por cualquier situación análoga que le imposibilite o dificulte atestar de manera adecuada.

²³ CSJ SP, 28 oct. 2015, rad. 44056.

²⁴ CSJ SP, 4 dic. 2019, rad. 55651.

Por otro lado, la apreciación y valoración de una manifestación previa como prueba de referencia presupone que la parte interesada haya solicitado su aducción (en la audiencia preparatoria o en el juicio oral, si es que la circunstancia excepcional de admisibilidad sobreviene en esta última), y tal pretensión debe satisfacer una carga argumentativa precisa:

*«En la decisión CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153 se estableció el procedimiento para la incorporación de una declaración anterior al juicio oral a título de prueba de referencia. En esencia, se dijo que: (i) deben ser objeto de descubrimiento la declaración anterior y los medios que se pretenden utilizar en el juicio oral para demostrar su existencia y contenido; (ii) en la audiencia preparatoria la parte debe solicitar que se decrete la declaración que pretende incorporar como prueba de referencia, así como los medios que utilizará para demostrar la existencia y contenido de la misma; (iii) se debe acreditar la circunstancia excepcional de admisibilidad de prueba de referencia (artículo 438); y (iv) en el juicio oral la declaración anterior debe ser incorporada, según los medios de prueba que para tales efectos haya elegido la parte. **Si la circunstancia excepcional de admisibilidad de prueba de referencia es sobreviniente, en el respectivo estadio procesal deben acreditarse los presupuestos de su admisibilidad y el juez decidirá lo que considere procedente**»²⁵.*

En específico, y de acuerdo con las precisiones que anteceden, si se pretende la incorporación de las manifestaciones de un menor víctima de un delito sexual como prueba de referencia aun cuando aquél ha comparecido al juicio (esto es, bajo el presupuesto de que su disponibilidad es relativa), quien así lo procura debe demostrar argumentativamente, además de la satisfacción de las condiciones reseñadas, que el testigo, a pesar de su

²⁵ CSJ SP, 25 ene. 2017, rad. 44950.

presencia física en la vista pública, no estuvo en realidad disponible para ser interrogado y contrainterrogado.

Sobre tal solicitud, la parte contra la cual se aduce la prueba deberá necesariamente tener la oportunidad de pronunciarse, a efectos de que se le permita controvertir la satisfacción de exigencias que habilitan su incorporación (incluida, desde luego, la que se invoque como fundamento de su admisibilidad excepcional) y respecto de la misma debe mediar un pronunciamiento expreso de la autoridad judicial.

4. Las pruebas practicadas en el juicio oral.

A efectos de que la decisión adoptada se comprenda adecuadamente, resulta necesario referenciar, en el orden en que fueron practicados, los elementos de juicio incorporados a instancias de la Fiscalía:

(i) Testimonio de María Antonia Hernández Sastoque, tía de C.G.P.P.²⁶.

Relató que en agosto de 2012, mientras estaba en Girardot con algunos familiares, incluida su madre, esta última recibió una llamada de su hermana Myriam, quien manifestó que C.G. quería realizar una declaración sobre algunas situaciones ocurridas con PEÑA MENDOZA. Consecuentemente, al día siguiente regresó a Bogotá y fue con la niña a «Paloquemao», donde la menor relató que el

²⁶ CD 8, primer corte, récord 21:00 y ss.

acusado la tocó varias veces en sus genitales, senos y glúteos.

Admitió que no tiene ningún conocimiento directo sobre los hechos.

(ii) María Myriam Hernández Sastoque, también tía de C.G.P.P.²⁷.

Evocó haber escuchado de su hermana María Antonia que JULIÁN ANDRÉS PEÑA «cogió» a la niña, pero ésta nunca le dijo nada en ese sentido ni ella percibió «comportamientos raros» de aquél por sus propios sentidos.

Narró que un domingo, mientras trabajaba en el almacén de desechables en el que aún labora, C.P. le manifestó que «quería decir la verdad» sobre el acusado, pero ella no le prestó atención ni la indagó sobre el sentido de esa afirmación porque estaba ocupada y no podía cerrar la tienda. Por lo anterior, llamó a su hermana, que estaba en Girardot, quien volvió a la capital al día siguiente y llevó a la menor a la Fiscalía.

Agregó que no le preguntó a C.P. nada sobre lo sucedido ni ésta se lo contó.

²⁷ CD 8, segundo corte, récord 16:00 y ss.

(iii) Claudia Patricia Rodríguez Soriano, psicóloga²⁸.

Trabaja desde el año 2010 en la Asociación Creemos en Ti, específicamente, en el ámbito de evaluación y tratamiento de menores víctimas de abuso sexual. En tal virtud, les realiza entrevistas clínicas con énfasis en protección y elabora informes de remisión y seguimiento.

Recordó que el 28 de septiembre de 2013 entrevistó a C.G.P., quien entonces tenía 16 años. En un primer momento, la adolescente acudió a la aludida Asociación en compañía de su madre, con lo cual se adelantaron las gestiones iniciales del caso, se le hizo una «*entrevista psicológica inicial con énfasis en protección*» y remisión a psiquiatría. El proceso de evaluación, dijo, se realizó, pero el tratamiento se interrumpió porque «*la mamá desistió de llevar a la adolescente*».

Luego de ponérsele de presente la transcripción de la entrevista que le realizó a C.G. - que reconoció - y los informes de seguimiento y cierre de proceso psicológico, explicó el trámite y protocolo aplicado a esa actuación y evocó que la niña describió «*una serie de conductas con tocamiento*» que atribuyó a «*una pareja sentimental de la mamá*». Seguidamente dio lectura de la entrevista, con lo cual se introdujo – aunque ilegalmente, según se explicará - su contenido.

²⁸ Ibídem, récord 38:00 y ss.

Seguidamente, ante el cuestionamiento de la Fiscalía en el sentido de *«qué observó respecto de ese relato»*, explicó:

«Fue un relato que estuvo acompañado por labilidad emocional... la niña respondía las preguntas... hubo manifestaciones asociadas a llanto, hubo respuestas comportamentales que manifestaban en ese momento un nivel de activación asociado a ansiedad, fue básicamente lo más puntual frente a lo que acompañó el reporte como tal».

A su vez, y frente a la pregunta de si *«percibió que tenía una credibilidad interna o credibilidad interna respecto a lo referido por la menor»*, replicó:

«Sí... nosotros hacemos un contraste relacionando toda la información... la coherencia que tenga como tal en relato, la riqueza de todos los detalles... es coherente con respecto a la precisión que da con respecto a los hechos, con respecto a situaciones asociada a temporalidad... la ubicación... la activación y el nivel de respuestas que se pudieron identificar en ella... labilidad emocional, respuestas asociadas a ansiedad... tensión en su cuerpo, los gestos no verbales de su rostro... llanto...».

(iv) Derly Johanna García Bedoya, psicóloga del C.T.I. de la Fiscalía General de la Nación²⁹, especialista en psicología jurídica.

Recordó que realizó una *«entrevista forense»* a C.G.P. que consignó en un informe de investigador de campo fechado el 1° de octubre de 2012.

Frente a la pregunta de la Fiscalía de *«cuáles fueron los resultados de esa diligencia»*, replicó que la menor acudió a la entrevista *«por una citación acerca de su padrastro JULIÁN ANDRÉS PEÑA»* y, en concreto, porque *«la manoseó»*.

²⁹ CD 9, primer corte, récord 2:00 y ss.

Seguidamente – y a instancias de la Delegada de la Fiscalía, hizo lectura textual del documento para introducir su contenido.

El resto de la declaración de García Bedoya se ocupó de aspectos como su experiencia profesional respecto de la retractación de los menores víctimas de agresiones sexuales y el porqué de esa situación; en relación con ello, dio cuenta de que la niña dejó entrever que *«le preocupa que ANDRÉS vaya a la cárcel... que siente que es por culpa de ella... que debió parar esos eventos de abuso»*.

Finalmente, agregó que los sentimientos expresados por C.G. – de angustia y culpa - *«apoyan la narración y no se espera que se encuentren en los casos en los que se presenta una acusación que no resulta verdadera»*.

(v) C.G.P.P.³⁰.

La práctica del testimonio se llevó a cabo, en lo pertinente, así:

F: *¿Quién es JULIÁN ANDRÉS PEÑA?*

C.G.: *El papá de mi hermano... está en la cárcel.*

F: *¿Sabes por qué está en la cárcel?*

C.G.: *Sí, por un testimonio que yo di.*

F: *¿Qué dijiste en el testimonio que diste?*

C.G.: *Pues dije como que él me había manoseado... y ya.*

F: *¿JULIÁN te manoseaba?*

C.G.: *No.*

F: *Entonces cuéntame, ¿por qué diste un testimonio en el que decías que JULIÁN te manoseaba?*

C.G.: *Principalmente lo hice como por rabia, porque ese día fue que yo vi el celular de mi hermana y me dio mucha rabia con ella...*

³⁰ CD 12, récord 1:00 y ss.

porque encontré que ellos dos tenían una relación y me dio mucha rabia porque él todavía estaba con mi mamá (...).

F: ¿Actualmente JULIÁN sigue siendo el compañero de tu mamá?

C.G.: No.

(...)

F: ¿Exactamente qué fue lo que tu dijiste en ese testimonio que diste?

C.G.: Eh... ¿en el principal, el que di allá en la Fiscalía? No me acuerdo.

F: ¿Cuál es el principal?

C.G.: Pues cuando fui con mi tía a dar la declaración o el que la psicóloga me grabó.

F: En el principal.

C.G.: Pues que él me había manoseado, como ya dije, y ya.

F: ¿Qué partes del cuerpo dijiste que te había manoseado?

C.G.: Pues las partes íntimas, como los senos, la vagina y la cola.

F: ¿Ese testimonio principal dónde lo diste?

C.G.: Por acá cerca... fue también con una psicóloga.

(...)

F: Para la época en que diste ese testimonio principal, ¿JULIÁN todavía vivía con ustedes?

C.G.: No.

F: ¿Entonces por qué te dio rabia que tuviera una relación con tu hermana si él ya no vivía en la casa con tu mamá?

C.G.: Porque él sigue siendo el papá de mi hermano, entonces sentí como... no sé, sentí mucha rabia...

F: ¿Qué buscabas diciendo todo eso que dijiste...?

C.G.: En ese momento como no estaba consciente de lo que estaba haciendo, en sí lo tomé como que, digamos, si él en algún momento iba a la cárcel podía alejarlo de mi hermana (...)

F: Cuando diste esa declaración principal, ¿con qué parte del cuerpo de él era que te había manoseado tus partes?

C.G.: No, no recuerdo qué dije.

(...)

F: ¿Aparte de esa declaración principal de la que me hablas, y de la otra que hiciste, tú le comentaste a alguien o le dijiste de lo que supuestamente pasaba con JULIÁN?

C.G.: No, pues... porque en realidad como no pasó, pues ¿a quién le iba a decir? (...)

F: ¿Tu recuerdas en esa declaración principal que diste qué edad dijiste que tenías cuando JULIÁN PEÑA había empezado a manosearte?

C.G.: No, creo que dije como 9... no, no me acuerdo, en realidad.

F: ¿Recuerdas qué edad dijiste que tenías cuando sucedieron los últimos tocamientos o manoseos que te hizo JULIÁN?

C.G.: Creo que dije que cuando él ya se iba a ir, pero no recuerdo bien qué fue lo que dije (...)

F: ¿Tu alguna vez acompañaste a JULIÁN a entregar pedidos en el carro que él tenía?

C.G.: Sí (...)

F: Después de que capturaron a JULIÁN, ¿tú has ido a vivir donde tu papá?

C.G.: Sí, en un momento.

F: ¿Por qué razón te fuiste a vivir con tu papá?

C.G.: Sí, porque me sentía como presionada, más que todo por mi hermana, me sentía mal, porque me decía que por qué había hecho, y sentía que, en vez de alejarlos, los estaba acercando.

F: No voy a hacer más preguntas, señorita.

La defensa se abstuvo de ejercer el contrainterrogatorio y el Ministerio Público no cuestionó a la adolescente.

(vi) M.S.O.P., hermana de C.G.P.P.³¹.

Señaló que PEÑA MENDOZA convivió con ella y su familia hasta el año 2011 y que al momento de la declaración estaba en la cárcel como consecuencia de una denuncia formulada por su hermana C.G. por algo que «*es mentira (y) no pasó*».

Añadió que C.G. nunca le contó que el acusado la hubiere tocado o realizado con ella actos sexuales de ninguna naturaleza.

5. Los fundamentos de los fallos de instancia.

5.1 El a quo absolvió a PEÑA MENDOZA porque, en su criterio, «*la Fiscalía... con las pruebas practicadas en la etapa del juicio no logró llevar... al conocimiento más allá de toda duda razonable sobre la materialidad del delito*».

En ese sentido, recordó la jurisprudencia aplicable a la valoración del testimonio cuando quien lo rinde cambia

³¹ *Ibidem*, récord 38:00 y ss.

sustancialmente su versión de lo sucedido y, luego de admitir que «*en el juicio oral...se presentaron... las profesionales en psicología que practicaron las entrevistas a la menor ...*» y que éstas comunicaron lo que en esa ocasión les contó la adolescente, concluyó que C.G. «*presentó inconsistencias en sus dichos, pero además... insistió hasta la saciedad que (sic) lo relatado inicialmente fue producto de la rabia que sintió al enterarse de la relación que su hermana sostenía con quien fue su padrastro*»³².

5.2 El Tribunal, por su parte, partió por indicar que «*la retractación efectuada por la víctima no es más que el resultado de la presión familiar*» y, por ende, que «*no (asistió) razón al Juzgado... cuando (señaló) que debe dictarse sentencia absolutoria con base en la retractación manifestada por la menor...*».

Dicho ello, consideró que las manifestaciones previas de la niña, vertidas en las entrevistas que le practicaron las psicólogas en el curso de la investigación y cuyo contenido fue incorporado a través de estas, tienen la condición de *testimonio adjunto* y, por ende, constituyen prueba directa de la ocurrencia de los hechos y la responsabilidad de PEÑA MENDOZA por su comisión:

«En el caso que se analiza, se reúnen los requisitos que establece la jurisprudencia para tener como pruebas las declaraciones rendidas por C.G.P.P. ante la investigadora del C.T.I. Derly Johanna García Bedoya y la psicóloga de la fundación Creemos en Ti Claudia Patricia Rodríguez Soriano, ya que se trata de atestaciones hechas por la víctima

³² Fs. 102 y ss., c. 1.

antes del juicio oral... la menor se retractó de las acusaciones hechas contra JULIÁN ANDRÉS PEÑA MENDOZA, estuvo disponible en el juicio y en efecto fue interrogada y contrainterrogada sobre lo aseverado anteriormente.

Además, en el juicio oral las citadas psicólogas dieron lectura íntegra al acápite que contiene las afirmaciones que les hizo la víctima y, por último, ambas entrevistas fueron incorporadas al juicio.

En consecuencia, la Colegiatura reitera que las declaraciones previas rendidas por la víctima cumplen los requisitos jurisprudenciales para ser tenidas como prueba directa dentro del presente diligenciamiento»³³.

De acuerdo con lo anterior, concluyó que «*el material probatorio legalmente recaudado es suficiente para determinar que C.G.P.P. fue objeto de tocamientos de carácter sexual por parte de PEÑA MENDOZA*».

6. El caso concreto.

6.1 En el asunto que se examina, las manifestaciones previas de C.G.P.P. que el Tribunal tuvo como fundamento de la condena – las ofrecidas ante las psicólogas Rodríguez Soriano y García Bedoya – no constituyen, contrario a lo entendido por el ad quem, *testimonio adjunto*, sencillamente porque la Fiscalía no agotó el procedimiento requerido para que así fuera y reclamó su incorporación en tal condición.

En efecto, la Sala no discute que (i) C.G.P.P. estuvo disponible para el juicio, tanto física como funcionalmente, pues rindió testimonio y respondió los cuestionamientos que le formularon tanto la Fiscalía como la defensa con fluidez y

³³ Fs. 31 y ss., c. del Tribunal.

sin evadirlos o eludirlos; (ii) la menor se retractó de las aseveraciones que realizó en las entrevistas que se le practicaron antes del juicio, pues mientras en aquéllas expresa e inequívocamente sindicó a PEÑA MENDOZA de haberle realizado tocamientos sexuales con precisión de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ello habría sucedido, en la vista pública adujo que esos hechos nunca ocurrieron y que los denunció por animadversión hacia el nombrado.

Lo anterior, entonces, da por satisfechas las dos primeras de las exigencias atrás examinadas en punto a la aducción del *testimonio adjunto*.

No obstante, la Fiscalía no incorporó las manifestaciones previas mediante su lectura *durante el interrogatorio de C.G.P.P.*, con lo cual no se activó para la defensa la posibilidad de ejercer la confrontación respecto de esos contenidos probatorios (que constituyen la verdadera prueba de cargo, en tanto lo dicho por la menor en el juicio le es favorable al imputado).

En efecto, ante la retractación de la ofendida en la vista pública, el Delegado de la acusación, como se observa en la reseña de su testimonio, se limitó a formularle algunos cuestionamientos sobre el porqué de sus primigenios señalamientos contra PEÑA MENDOZA y a preguntarle en qué consistieron las sindicaciones que anteriormente había elevado contra el imputado. Frente a lo anterior, C.G.P.P. explicó que en las entrevistas afirmó (falazmente, según insistió

en ese momento) que «él (la) había manoseado» en «las partes íntimas, como los senos, la vagina y la cola», y que así lo dijo «por rabia».

Ante tales proposiciones, que hacían patente la retractación de la testigo, la Fiscal del caso, con total pasividad, se abstuvo de confrontar a la entonces adolescente con el contenido de sus manifestaciones extra-juicio y de provocar su lectura a efectos de cuestionarla sobre su contenido. Incluso, aunque C.G.P. dijo varias veces “no recordar” lo que había dicho anteriormente, el funcionario ni siquiera acudió a ellas con el propósito de refrescar su memoria.

Desde luego, para la Corte no pasa desapercibido que las manifestaciones extra-juicio de la menor fueron leídas en la vista pública por las psicólogas que las acopiaron. No obstante, y según fue explicado, ello resulta insuficiente para atribuirles la calidad de *testimonio adjunto*.

La confrontación de esos contenidos probatorios, cuyo agotamiento era inexorable para atribuirles la condición de pruebas, únicamente resultaba posible frente a la autora de las afirmaciones antecedentes, esto es, la víctima, en cuyo interrogatorio entonces debían ser incorporadas mediante su lectura. De ese modo, se hubiese habilitado para la representación de PEÑA MENDOZA la posibilidad de controlar el interrogatorio de la Fiscalía y de adelantar por su cuenta el respectivo contrainterrogatorio.

Así pues, como el contenido de las entrevistas no fue incorporado a través de la única testigo con quien ello podía legalmente hacerse – la víctima – y, además, la Fiscalía ni siquiera solicitó del despacho la aducción de las mismas como *testimonio adjunto* (por lo cual no existió para la defensa la oportunidad de oponerse a ello ni una decisión del Juez que accediera a tal pretensión), surge evidente que las mismas no adquirieron dicha connotación y no podían ser valoradas como tales por las instancias.

6.2 Por otra parte, la Sala advierte que las entrevistas de C.G.P.P. tampoco reúnen las condiciones para tenérselas como pruebas de referencia admisibles, y, por ende, la incorporación que de su contenido se hizo a través de las psicólogas que las practicaron, también desde esta óptica, se adelantó irregularmente.

Ciertamente, no cabe duda de que tales manifestaciones (i) fueron producidas por fuera del juicio y (ii) comprenden aspectos sustanciales de relevancia para la solución del caso, en tanto allí la ofendida sindicó con claridad y detalle a JULIÁN ANDRÉS PEÑA MENDOZA de la comisión del delito investigado. No se rebate tampoco que el testimonio de las psicólogas entrevistadoras podía constituir el medio de prueba pertinente para comunicar y demostrar su contenido en la vista pública.

Con todo, es evidente que C.G.P.P. estuvo disponible en el juicio oral. No sólo compareció a la diligencia, sino que estuvo abierta a responder las preguntas que la Fiscalía y la

defensa le formularon. Además, para el momento en que se celebró ese acto procesal, C.G.P.P. tenía diecisiete años – no era ya una niña para quien la rememoración de los sucesos o su comunicación verbal resultara especialmente difícil – y no exhibió tampoco limitaciones de cualquier índole para rendir testimonio.

Lo anterior derruye la condición fundamental de la admisibilidad de la prueba de referencia en casos de menores víctimas de delitos sexuales que comparecen a la vista pública, cual es que lo hagan en condición de *disponibilidad relativa*.

En todo caso, la Fiscalía ni siquiera solicitó (y menos aún, por consecuencia obvia, cumplió con la carga argumentativa que una pretensión de tal naturaleza le imponía) que las entrevistas fueran incorporadas al acervo probatorio como pruebas de referencia.

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

No sobra anotar que para la fecha en que se profirió el fallo de segunda instancia – el 1° de noviembre de 2017 – ya la Sala, en decisión SP606-2017 atrás referenciada, había

precisado y definido cuál es el trámite que debe seguirse para la incorporación de declaraciones incompatibles con el testimonio a modo de *testimonio adjunto*, el cual, como quedó visto, fue manifiestamente desatendido en este asunto.

La corrección de ese dislate supone la necesidad de adelantar la valoración del acervo probatorio *legalmente* incorporado al proceso – esto es, con sustracción de las manifestaciones previas de C.G.P.P. - a efectos de establecer si resulta suficiente para mantener la condena o si, en contrario, se impone la absolución de PEÑA MENDOZA.

6.4 Pues bien, la prueba de cargo regularmente allegada a la actuación consiste, en primer lugar, en los testimonios de María Antonia Hernández Sastoque, quien relató que **escuchó** de C.G.P. los tocamientos a los que el enjuiciado la sometió, y María Myriam Hernández Sastoque, quien a su vez **escuchó** de la primera que JULIÁN ANDRÉS PEÑA “cogió” a la menor.

A las nombradas nada les consta sobre los hechos y no pudieron ofrecer información sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que habrían ocurrido. Incluso, la segunda de ellas ni siquiera se enteró de los tocamientos por la ofendida, sino a través de su hermana María Antonia, esto es, de manera indirecta.

Se cuenta también con las declaraciones de las psicólogas Claudia Patricia Rodríguez Soriano y Derly Johanna García Bedoya, quienes recibieron las entrevistas

de la víctima y por cuyo conducto se comunicó (aunque ilegalmente, como quedó visto) su contenido. En el juicio, además, se pronunciaron sobre el comportamiento que asumió la menor durante las diligencias, el respaldo emocional que advirtieron en su relato y la consistencia lógica que observaron en el mismo.

En este punto, recuérdese que estas dos pruebas tienen la doble connotación de referenciales y directas; lo primero, en cuanto a las manifestaciones efectuadas por la persona entrevistada y, lo segundo, en relación con la percepción personal de lo sucedido por las profesionales en el curso de las entrevistas:

«En el ámbito de los dictámenes emitidos por los psicólogos, debe precisarse lo siguiente: (i) si se pretende introducir como prueba de referencia una declaración rendida por fuera del juicio oral, es posible que la... existencia y el contenido de la misma puedan demostrarse a través del experto, esto es, el perito puede constituir el "vehículo" para llevar la declaración al juicio (CSJAP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153); (ii) si, por ejemplo, el psicólogo, en ejercicio de su función, percibe síntomas en el paciente, a partir de los cuales pueda dictaminar la presencia del "síndrome del niño abusado", será testigo directo de esos síntomas, de la misma manera como el médico legista puede presenciar las huellas de violencia física; y (iii) a la luz del ejemplo anterior, si el perito dictamina sobre la presencia del referido síndrome, su opinión se refiere, sin duda, a un hecho indicador de que el abuso pudo haber ocurrido.

*En este orden ideas, cuando las partes y/o el Juez aducen que el perito psicólogo (o cualquier otro experto) es "**testigo directo**", tienen la obligación de precisar cuál es el hecho o el dato percibido en los términos del artículo 402 de la Ley 906 de 2004. Esto es necesario para dotar de racionalidad el alegato o la decisión y para permitir mayor control a las conclusiones en el ámbito judicial. Así, por ejemplo: **(i) si el experto limitó su intervención a la práctica de una entrevista a un menor, será testigo de la existencia y contenido de la misma, así como de las circunstancias que la rodearon;** (ii) si durante esa diligencia percibió síntomas a partir de los cuales pueda emitirse una opinión sobre la existencia del "síndrome del niño abusado" o cualquier otro efecto psicológico relevante para la solución del caso, se debe indicar con precisión ese aspecto de la base fáctica y, obviamente, la misma debe explicarse a la luz de una base "técnico-científica" suficientemente decantada, según se indicó en precedencia; (iii) en el evento de que el*

perito se haya basado en otra información para estructurar la base fáctica de la opinión, la misma debe ser adecuadamente explicada, sin perjuicio de la obligación de descubrirla oportunamente; etcétera.»³⁴.

Pues bien, como quedó explicado, la incorporación de las manifestaciones previas de C.G.P.P. efectuada a través de Claudia Patricia Rodríguez Soriano y Derly Johanna García Bedoya se llevó a cabo ilegalmente y respecto de esas proposiciones probatorias nada resulta lícito considerar.

En ese orden, las declaraciones de las nombradas, en lo que son susceptibles de valoración, están circunscritas a los aspectos fácticos de los que fueron testigos directas, limitados, básicamente, a que C.G.P.P. ofreció *un* relato coherente y detallado (de contenido desconocido para el proceso) con respaldo emocional de angustia.

A lo anterior se suman las atestaciones de la propia víctima – esto es, que antes del juicio afirmó haber sido manoseada por PEÑA MENDOZA en las «*partes íntimas*», pero que ello en verdad nunca sucedió y lo dijo por rabia – y las de su hermana M.S.O.P., quien simplemente averó que el acusado fue detenido por una denuncia de C.G. que «*es mentira (y) no pasó*».

En ese entendido, la información incriminatoria allegada al trámite se ciñe, en esencia, a (i) las escuetas aserciones de C.G.P.P. sobre lo que admitió haber afirmado antes del juicio, esto es, que fue manoseada en las partes

³⁴ CSJ SP2709-2018, rad. 50637, reiterada en CSJ SP, 9 oct. 2019, rad. 50825.

íntimas por el acusado, y (ii) la apreciación de las psicólogas en cuanto a que recibieron de aquélla *un* relato coherente con respaldo emocional, cuyo contenido no se probó.

Tal información carece enteramente de detalles y, por ello, resulta insuficiente para sostener la condena, máxime que C.G.P.P. insistió en la vista pública en que esas lacónicas sindicaciones elevadas contra PEÑA MENDOZA no son ciertas. Como su relato extra-juicio (ese sí, contentivo de una descripción minuciosa de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que habrían acaecido los hechos) no puede ser valorado, resulta imposible contrastar las dos versiones a efectos de discernir, con apego a la sana crítica, cuál de ellas está revestida de condiciones de credibilidad.

En esas condiciones, ante la evidenciada precariedad de la prueba incriminatoria, se impone casar el fallo y reestablecer la absolución dispuesta en la primera instancia; no porque, como lo entendió el a quo, los señalamientos efectuados por C.G. fuera del juicio no sean creíbles, sino por las consideraciones expuestas en esta providencia.

6.5 La Sala no puede dejar de anotar que, en este asunto, podía avizorarse razonablemente desde las entrevistas rendidas por C.G. (obtenidas con suficiente antelación respecto de la iniciación del juicio) que aquélla se retractaría de las imputaciones elevadas contra el sentenciado, en tanto ya desde esas preliminares diligencias exteriorizó sentimientos de culpa derivados de haber revelado lo sucedido. Además, era evidente la ausencia de otros elementos de juicio directos

o indirectos que permitieran demostrar el hecho investigado y la participación del acusado en su comisión.

Esa situación imponía a la Fiscalía, especialmente por razón de las cargas especiales derivadas del principio *pro infans*, la ponderación cautelosa y reflectiva de las distintas alternativas probatorias con las que contaba para sacar avante su teoría del caso (supra 2.1 y ss.) y en particular, en tanto optó por practicar el testimonio de C.G.P. en el juicio, la carga de tramitar adecuadamente la incorporación de sus declaraciones previas como *testimonio adjunto* con el cumplimiento de los requisitos establecidos para ello, a efectos de garantizar la confrontación de esos contenidos probatorios de suerte que pudiesen constituirse en fundamento demostrativo válido de un eventual fallo de condena.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrado justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. CASAR el fallo atacado, de acuerdo con la parte motiva de esta decisión.

2. En consecuencia, ABSOLVER a JULIÁN ANDRÉS PEÑA MENDOZA de los cargos que le fueron imputados como autor del delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado cometido en concurso homogéneo

3. ORDENAR la cancelación de la orden de captura emitida por el Tribunal para el cumplimiento de la pena impuesta.

4. ORDENAR al Juez de primera instancia la cancelación de los registros y anotaciones que existan a nombre de JULIÁN ANDRÉS PEÑA MENDOZA por razón de este diligenciamiento.

Contra esta decisión no procede ningún recurso.

Notifíquese y cúmplase,

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR
Magistrada

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA
Magistrado

GERSON CHAVERRA CASTRO
Magistrado

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER
Magistrado
Aclaró Voto

LUIS ANTONI HERNÁNDEZ BARBOSA
Magistrado

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO
Magistrado

FABIO OSPITIA GARZÓN
Magistrado

EYDER PATIÑO CABRERA
Magistrado

Hugo Quintero Bernate
Magistrado

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria