

RELEVANTE	
SALA DE CASACIÓN PENAL	
M. PONENTE	: PATRICIA SALAZAR CUELLAR
NÚMERO DE PROCESO	: 43866
NÚMERO DE PROVIDENCIA	: SP3332-2016
CLASE DE ACTUACIÓN	: CASACIÓN
TIPO DE PROVIDENCIA	: SENTENCIA
FECHA	: 16/03/2016
DELITOS	: Acceso carnal abusivo con menor de catorce años
FUENTE FORMAL	: Constitución Política de Colombia de 1991 art. 29 / •Convención Americana sobre Derechos Humanos. art. 8 / Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos art. 14 / Ley 906 de 2004 art. 8-k, 15,16,124,125,275,381,382,384 y 437 / Ley 599 de 2000 art. 138,139,141, 188-a, 188c y 188d / Ley 1652 de 2013 / Ley 1474 de 2011 art. 37 / Ley 1098 de 2006 art. 150

TEMA: SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Derecho a la confrontación: prerrogativas que lo estructuran / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Derecho a la confrontación: el C.P.P. lo contempla para las partes del proceso, en tanto tratados internacionales sólo lo consideran para el procesado / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Derecho a la confrontación: el C.P.P. lo contempla para las partes del proceso, pero también es una metodología de depuración de la evidencia

«La posibilidad de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo a que aluden los tratados internacionales suscritos por Colombia y las normas rectoras atrás relacionados es uno de los elementos estructurales del denominado derecho a la confrontación. Del mismo también hacen parte la posibilidad de lograr la comparecencia de testigos, la oportunidad de controlar el interrogatorio y la posibilidad del acusado de tener frente a frente a los testigos de cargo.

De esta manera, puede entenderse que así como la Convención Americana de Derechos Humanos (Art. 8) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 14) consagran como garantía autónoma lo que en su conjunto conforma el derecho a la confrontación, el artículo 16 de la Ley 906 de 2004 también dota de autonomía ese derecho en cuanto establece que la posibilidad de su ejercicio es requisito para que la prueba pueda ser valorada.

Sin embargo, mientras los artículos 8 y 14 de la CADH y el PIDCP, respectivamente, y el artículo 8 de la Ley 906 de 2004 consagran este derecho para el acusado, los artículos 15 y 16 lo extienden a “las partes”, de donde se sigue que el ente acusador también tiene derecho a interrogar a los testigos de la contraparte, controlar el

interrogatorio, solicitar la comparecencia de los testigos, aun por medios coercitivos, etcétera.

[...]

En el mismo sentido, se dota a las partes de las herramientas jurídicas para controlar el interrogatorio, edificadas sobre la idea de que la regla general es que los testigos entreguen su declaración en el juicio oral. Entre ellas se destacan: (i) la posibilidad de objetar las preguntas de los otros intervinientes, e incluso las que formula el juez cuando opta por realizar preguntas complementarias; y (ii) el registro de las audiencias, con lo que puede verificarse el contenido de las declaraciones, bien para su valoración, ora para confrontar al deponente con sus propios dichos.

En cuanto a la posibilidad de lograr la comparecencia de los testigos, el artículo 384 de la Ley 906 de 2004 dispone que “si el testigo debidamente citado se negare a comparecer, el juez expedirá a la Policía Nacional o a cualquier otra autoridad, orden para su aprehensión y conducción a la sede de la audiencia...”, lo que es desarrollo de lo establecido en el artículo 8º ídem en el sentido de que el acusado tiene derecho “a obtener la comparecencia, de ser necesario aun por medios coercitivos, de testigos o peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos objeto de debate”, prerrogativa que también tiene la Fiscalía, según lo dispuesto en el artículo 384 en cita.

Finalmente, en lo concerniente a la posibilidad de estar frente a frente con los testigos de cargo, esta es, en principio, una consecuencia natural de que las declaraciones se entreguen en el escenario del juicio oral, al que tiene derecho a asistir el acusado y en el que es obligatoria la presencia de la defensa técnica. Tan es así, que cuando el legislador ha querido consagrar excepciones a esta regla, lo ha establecido expresamente, como sucede en varios artículos de la Ley 1098 de 2006 que serán analizados más adelante.

Aunque la confrontación, entendida en los términos anteriores, está consagrada en los tratados internacionales como una garantía para el acusado (sin perjuicio de que el ordenamiento interno disponga que la Fiscalía tiene derecho a su ejercicio), también debe mirarse como una metodología de depuración de la evidencia, en la medida en que: (i) el control al interrogatorio puede evitar la utilización de preguntas que incidan negativamente el relato del testigo (sugestivas, capciosas, confusas, etc.), (ii) la posibilidad de impugnar la credibilidad del deponente le puede dar mejores herramientas al juez para valorar la prueba, (iii) el registro de la audiencia permite conocer de manera fidedigna el contenido del relato, y (iv) la inmediación del juez con el interrogatorio cruzado del testigo puede favorecer la apreciación del testimonio».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Pruebas: sólo se consideran como pruebas las presentadas y debatidas en el juicio oral, beneficios de que sea así

«Sumado a lo anterior, la declaración en el escenario del juicio está rodeada de circunstancias que favorecen su confiabilidad, entre ellas: (i) la solemnidad de la audiencia, (ii) la dirección del proceso por parte de un juez, y (iii) la imposición del juramento, entendido como una forma de disuadir al testigo de faltar a la verdad.

Lo anterior es relevante, además, porque los derechos de las víctimas y, en general, el interés de la sociedad en una justicia pronta y eficaz, pueden verse favorecidos con la obtención de declaraciones más confiables merced al cumplimiento de los requisitos y procedimientos orientados a dicho fin.

Lo anterior es así no sólo por los factores de mayor confiabilidad asociados a que la contraparte puede ejercer los derechos de contradicción y confrontación, sino además porque el artículo 381 de la Ley 906 de 2004 dispone expresamente que la condena no puede estar fundamentada exclusivamente en prueba de referencia, esto es, en declaraciones frente a las cuales la defensa no haya tenido la oportunidad de ejercer a plenitud la confrontación».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba de referencia: derecho a la confrontación / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Versiones rendidas antes del juicio: alcance, constituyen prueba de referencia cuando son medio de prueba, no cuando son el tema de prueba / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Entrevistas forense a menores víctimas de delitos sexuales y otros (art 206 A): es prueba de referencia, explicación

«La admisión de declaraciones anteriores al juicio oral, a título de prueba de referencia, impide o limita el ejercicio del derecho a la confrontación, porque, generalmente, la otra parte no tiene la oportunidad de controlar el interrogatorio y formularle preguntas al testigo.

Aunque es posible que la parte contra la que se aduce la prueba de referencia haya tenido la oportunidad de controlar el interrogatorio y formularle preguntas al testigo cuando entregó su versión por fuera del juicio oral, como cuando se trata de declaraciones rendidas en audiencias preliminares, la constante es que la admisión de este tipo de declaraciones impide el ejercicio del derecho en mención.

Así, en el ámbito constitucional, una de las principales implicaciones de la prueba de referencia es la afectación de la garantía judicial regulada en los artículos 8 y 14 de la CADH y el PIDCP, desarrollada a lo largo de la Ley 906 de 2004, según se indicó en la primera parte de este apartado.

[...]

Si las reglas de prueba de referencia operan “para preservar la habilidad de una parte a confrontar testigos adversos en corte abierta”, uno de los principales

parámetros para establecer si una declaración anterior al juicio oral constituye o no prueba de referencia es, precisamente, la verificación de si con su admisión se afecta dicho derecho.

[...]

Esta Corporación concluyó que para establecer si una declaración anterior al juicio oral constituye prueba de referencia, debe verificarse si está siendo presentada como parte del tema de prueba (como en los casos de injuria, calumnia, falso testimonio o falsa denuncia, entre otros), o si el propósito de la parte es utilizarla como medio de prueba. En este segundo evento, se activa para el acusado (y también para la Fiscalía, según se indicó en precedencia) el derecho a interrogar o hacer interrogar al testigo y, en general, a ejercer el derecho a la confrontación (CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153).

Este criterio adquiere una especial trascendencia frente a las declaraciones de menores de edad, principalmente cuando han sido víctimas de delitos sexuales, porque la obligación de brindar especial protección a estas víctimas y/o testigos, según los tratados internacionales sobre derechos humanos y la legislación interna, que serán analizados en el punto 5 de este apartado, pueden generar confusión frente a un aspecto de especial relevancia para lo que es objeto de decisión: una cosa es que una declaración anterior se pretenda utilizar como medio de prueba y que dicho uso limite la posibilidad de ejercer las garantías judiciales consagradas en los artículos 8 y 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, respectivamente, desarrolladas a lo largo de la Ley 906 de 2004, según se indicó en el numeral 2.1., y otra muy diferente que dicha limitación se justifique por la necesidad de proteger los derechos de los menores.

Si se analiza en su esencia, una declaración inculpativa no pierde su carácter porque (i) haya sido rendida por un menor de edad o un adulto, (ii) se documente de una determinada manera, o su existencia y contenido se demuestre a través de testimonios y/o dictámenes periciales, o (iii) legalmente se le denomine de una determinada manera: evidencia física, prueba documental, elemento material probatorio, etcétera.

En el caso de declaraciones rendidas por menores de edad por fuera del juicio oral, cuando son presentadas como medio de prueba del abuso, la responsabilidad del acusado o cualquier otro aspecto relevante del tema de prueba, no cabe duda que constituyen prueba de referencia, porque (i) encajan en la definición de prueba de referencia consagrada en el artículo 437 de la Ley 906 de 2004, según el desarrollo jurisprudencial de la misma (CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153 y los pronunciamientos allí relacionados); (ii) constituyen testigos de cargo, en la medida en que las declaraciones están orientadas a soportar la acusación de la Fiscalía, lo que activa el derecho a interrogar o hacer interrogar a quienes han hecho la declaración, sin perjuicio de las demás expresiones del derecho a la confrontación,

y (iii) la posibilidad de ejercer el derecho a la confrontación se ve afectada por la no comparecencia del testigo al juicio oral, principalmente cuando la defensa no tuvo la oportunidad de participar en el interrogatorio rendido por fuera de este escenario, bien controlando la forma de las preguntas, formulando los interrogantes que considere pertinentes, etcétera.

De ahí que en la Ley 1652 de 2013, que será analizada en el numeral 2.5 de esta apartado, se reguló la manera de recibir las declaraciones de menores de edad en orden a evitar su doble victimización, se fijaron reglas sobre la documentación de este tipo de declaraciones y se dispuso que las mismas constituyen prueba de referencia admisible.

En resumen, para determinar si una declaración anterior al juicio oral, que se lleva al juicio oral, constituye prueba de referencia, deben tenerse en cuenta criterios como los siguientes: (i) establecer cuál es la declaración que podría constituir prueba de referencia (la rendida por fuera del juicio oral); (ii) precisar si la declaración anterior hace parte del tema de prueba (por ejemplo, en los casos de injuria o calumnia) o si está siendo aportada como medio de prueba (sólo en este caso podrá constituir prueba de referencia); (iii) analizar si con la admisión de la declaración anterior, a título de prueba de referencia, se afecta el derecho a la confrontación; (iv) tener en cuenta que el carácter de prueba de referencia de una declaración no depende de la edad del testigo ni de la manera como la legislación denomine un determinado medio de conocimiento, y (v) cuando se trata de declaraciones de menores de edad, víctimas de delitos, debe establecerse cómo se armonizan sus derechos con las garantías debidas al procesado».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Declaración anterior al juicio oral: como prueba de referencia, demostración de su contenido y existencia, libertad probatoria / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba de referencia: apreciación probatoria / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba de referencia: diferente a los medios elegidos para acreditar su existencia y contenido / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Versiones rendidas antes del juicio entrevistas, menor víctima de delitos sexuales, presupuestos (antes de la Ley 1652 de 2013)

«En la práctica judicial suele confundirse la declaración que constituye prueba de referencia (la realizada por fuera del juicio oral, que se lleva al juicio oral como medio de prueba), con el medio utilizado para demostrar que esa declaración existió y cuál es su contenido. En estos casos es fundamental preguntarse “quién es verdaderamente el declarante que testifica en su contra -del acusado”, y, como bien se indica en el artículo 437 de la Ley 906 de 2004, sólo puede serlo el testigo que tuvo conocimiento de los hechos y entregó su versión por fuera del juicio oral, mas no el testigo que comparece al juicio a declarar sobre la existencia y contenido de esa declaración. En términos simples, siempre debe indagarse quién es el testigo de cargo y, en consecuencia, frente a quién se activa para el acusado el derecho a la confrontación.

Si una parte pretende aducir como prueba de referencia una declaración anterior al juicio oral, asume la carga de demostrar que esa decisión existió y que su contenido es el que alega según su teoría del caso. Frente a este aspecto también opera el principio de libertad probatoria, según lo indicó la Sala en la decisión CSJ SP, 28 de Oct. 2015, Rad. 44056, donde además se analizó todo el proceso de incorporación de una declaración anterior a título de prueba de referencia.

Como suele suceder con cualquier aspecto incluido en el tema de prueba, frente a la existencia y contenido de la declaración anterior puede debatirse, por ejemplo, si el documento representa de manera fidedigna el relato o si el testigo percibió con exactitud lo expresado por el declarante por fuera del juicio oral, el contexto en el que se hizo la declaración, la intención del declarante, la forma de las preguntas que dieron lugar a las respuestas del testigo, etcétera. En consecuencia, frente a esta temática también deben aplicarse los criterios de valoración de la prueba, bien los consagrados para cada medio en particular (Artículos 404, 420, 432, entre otros, de la Ley 906 de 2004), o los criterios generales atinentes a la sana crítica.

Aunque, según se dijo, la demostración de la existencia y contenido de la declaración anterior está regida por el principio de libertad probatoria, entre otras cosas porque en ocasiones la documentación del relato se puede dificultar por las circunstancias que rodean la declaración (verbigracia, cuando una persona moribunda declara sobre la identidad de quien le ha causado las heridas mortales, o cuando la declaración se hace ante un particular), la Fiscalía debe tomar las medidas necesarias para lograr el mejor registro posible de las declaraciones anteriores al juicio oral, principalmente cuando de antemano se sabe que podrán ser aducidas al juicio oral a título de prueba de referencia, porque con ello se favorece el ejercicio de la contradicción por la contraparte y la valoración que debe realizar el juez para decidir sobre la responsabilidad penal.

En este sentido, la Ley 1652 de 2013 que, valga aclararlo de una vez, no estaba vigente para cuando se adelantó el proceso en contra del procesado GS, en su artículo 2º establece que la entrevista forense de niños, debe ser “grabada o fijada por cualquier medio audiovisual o técnico en los términos del numeral 1 del artículo 146 de la Ley 906 de 2004”, que, a su turno, dispone que en las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación o la Policía Judicial serán registradas y reproducidas “mediante cualquier medio técnico que garantice su fidelidad, genuinidad u originalidad”.

Aunque las omisiones sobre el particular no conducen inexorablemente a la inadmisión de la declaración anterior, como quiera que se trata de un problema probatorio (la demostración de la existencia y contenido de la declaración anterior), regido, según se dijo, por el principio de libertad probatoria, el adecuado registro de las entrevistas de menores puede generar efectos favorables para la prontitud y eficacia de la justicia, entre otras cosas porque (i) pueden disminuirse los debates sobre la existencia y contenido de la declaración anterior, que es el tema central

de la demanda de casación que se analiza, (ii) la defensa tendrá mejores oportunidades para ejercer los derechos del acusado, no obstante los límites que para la confrontación implica la admisión de prueba de referencia, y (iii) el juez tendrá mejores elementos de juicio para valorar la declaración anterior al juicio oral, presentada a título de prueba de referencia.

Lo anterior, se insiste, bajo el entendido de que la jurisprudencia (CSJ AP, 28 Oct. 2015, Rad. 44056 y la que allí se relaciona) estableció la admisión de las declaraciones rendidas por los niños y niñas por fuera del juicio oral a título de prueba de referencia, para evitar que sean nuevamente victimizados, lo que coincide con lo establecido en la Ley 1652 de 2013 en el sentido de que será prueba de referencia admisible la declaración rendida por fuera del juicio oral por una persona que "es menor de dieciocho años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo código".

En todo caso, debe tenerse en cuenta que los casos tramitados antes de la Ley 1652 de 2013 deben ser analizados a la luz de la legislación vigente para ese momento y su desarrollo jurisprudencial.

En síntesis, considera la Sala que la demostración de la existencia y contenido de una declaración anterior al juicio oral se rige por las siguientes reglas: (i) se trata de un problema probatorio y, en consecuencia, está regido por el principio de libertad probatoria que inspira toda la actuación penal; (ii) La Ley 906 de 2004, en sus artículos 206 y 146, establece la obligación de documentar de la mejor manera posible las actuaciones de la Fiscalía y la Policía Judicial, lo que fue reiterado en la Ley 1652 de 2013; (iii) la Fiscalía tiene la obligación de procurar el mejor registro posible de las entrevistas o declaraciones juradas, principalmente cuando tienen clara vocación de ser incorporadas en el juicio oral a título de prueba de referencia, para facilitar el ejercicio de los derechos del acusado, reducir los debates frente a este aspecto y brindarle mejores elementos al juez para la valoración del medio de conocimiento, y (iv) en cada caso debe evaluarse si se demostró o no la existencia y contenido de la declaración anterior al juicio oral que pretende aducirse como prueba de referencia, según las reglas generales y específicas de valoración probatoria».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Pruebas: directa e indirecta, explicación / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba de referencia: puede ser directa o indirecta

«Al margen de las diferentes posturas teóricas en torno a lo que debe entenderse por prueba directa o indirecta, la Sala estima conveniente aclarar que los aspectos relevantes de la prueba de referencia no tocan necesariamente con esta temática, por lo menos no de forma diferente de lo que acontece con los testimonios rendidos en el juicio oral. Si se adopta como criterio diferenciador de la prueba directa e indirecta su conexión con el hecho que integra el tema de prueba, la primera

categoría la tendrán, por ejemplo, el testigo que dice haber visto disparar o el video donde aparece el procesado cometiendo el hurto, mientras que la segunda se podrá predicar, verbigracia, del testigo que dice haber visto al procesado salir corriendo de la escena de los hechos, de la huella dactilar del procesado hallada en la escena del crimen, etcétera.

La declaración anterior al juicio oral, que pretende aducirse como prueba de referencia, puede tener el carácter de prueba directa o indirecta, según el criterio establecido en el párrafo anterior. Así, por ejemplo, es posible que el testigo antes de morir declare que una determinada persona fue quien le disparó (prueba directa), o también lo es que asegure que luego de recibir el disparo vio a un viejo enemigo suyo salir corriendo del lugar donde ocurrieron los hechos (prueba indirecta)».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Versiones rendidas antes del juicio: entrevistas, menor víctima de delitos sexuales (art. 206A), finalidad / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Versiones rendidas antes del juicio: entrevistas, menor víctima de delitos sexuales (art. 206A), es prueba de referencia, como tal debe procurarse adelantar actos de investigación que corroboren la prueba de referencia / **SENTENCIA** - Grado de certeza: basado en la valoración probatoria (eventos en que, entre otras, hay prueba de referencia)

«La Sala ha aclarado que la responsabilidad penal puede establecerse a través de inferencias, a pesar de que en la Ley 906 de 2004 no se incluyó la “prueba indiciaria” como un medio de conocimiento, supresión que, sin duda, constituye un avance conceptual, por las razones expuestas en pasadas decisiones (CSJ SP 30 Mar. 2006, Rad. 24468, entre otras).

En esta línea de pensamiento, no existe duda de que la prueba que acompañe la de referencia, en orden a superar la prohibición consagrada en el artículo 381, puede ser indirecta, porque si la condena puede estar basada exclusivamente en este tipo de pruebas, a fortiori puede afirmarse que las mismas pueden ser suficientes para superar la restricción objeto de análisis.

En el ámbito de los delitos sexuales, concurren dos situaciones trascendentes frente al análisis del sentido y alcance de la parte final del artículo 381: (i) la tendencia, cada vez más marcada, a evitar que los niños víctimas de abuso sexual concurren al juicio oral, y (ii) la clandestinidad que suele rodear el abuso sexual.

Frente a lo primero, con la expedición de la Ley 1652 de 2013 se consolidó lo que jurisprudencialmente se había planteado en torno a la necesidad de evitar que los niños sean doblemente victimizados, lo que puede suceder con su comparecencia al juicio oral. Así, es posible que en muchos casos la Fiscalía deba apelar a la presentación de estas declaraciones a título de prueba de referencia, como expresamente lo permite el artículo 3º de la ley en mención, y, en consecuencia, se vea avocada a asumir las cargas derivadas de lo estatuido en el varias veces

citado artículo 381, lo que necesariamente obliga a realizar una investigación mucho más exhaustiva.

Pero, de otro lado, la clandestinidad que suele caracterizar estos delitos generalmente impide que la prueba de referencia esté acompañada de otras pruebas "directas", lo que no significa la imposibilidad práctica de realizar actos de investigación que permitan obtener prueba de hechos o circunstancias de los que pueda inferirse que los hechos ocurrieron tal y como los relata la víctima.

Así, por ejemplo, el examen sexológico puede corroborar lo atinente al acceso carnal, la presencia en la víctima de una enfermedad venérea, que también padece el procesado, puede confirmar que hubo entre ambos un contacto de carácter sexual, lo que también puede inferirse de la presencia de fluidos del procesado en el cuerpo o la ropa de la víctima, e incluso en el lugar donde ocurrió el abuso sexual. Esto último requiere de la oportuna y cuidadosa intervención de la Policía Judicial, pues este tipo de evidencias pueden ser eliminadas o alteradas fácilmente.

En el derecho español se ha acuñado el término "corroboración periférica", para referirse a cualquier dato que pueda hacer más creíble la versión de la víctima, entre ellos: (i) la inexistencia de razones para que la víctima y/o sus familiares mientan con la finalidad de perjudicar al procesado ; (ii) el daño psíquico causado a raíz del ataque sexual ; (iii) el estado anímico de la víctima en los momentos posteriores a la ocurrencia de los hechos; (iv) regalos o dádivas que el procesado le haya hecho a la víctima, sin que exista una explicación diferente de propiciar el abuso sexual, entre otros.

[...]

Es claro que no es posible, ni conveniente, hacer un listado taxativo de las formas de corroboración de la declaración de la víctima, porque ello dependerá de las particularidades del caso. No obstante, resulta útil traer a colación algunos ejemplos de corroboración, con el único propósito de resaltar la posibilidad y obligación de realizar una investigación verdaderamente exhaustiva: (i) el daño psíquico sufrido por el menor; (ii) el cambio comportamental de la víctima; (iii) las características del inmueble o el lugar donde ocurrió el abuso sexual; (iv) la verificación de que los presuntos víctima y victimario pudieron estar a solas según las circunstancias de tiempo y lugar incluidas en la teoría del caso; (v) las actividades realizadas por el procesado para procurar estar a solas con la víctima; (vi) los contactos que la presunta víctima y el procesado hayan tenido por vía telefónica, a través de mensajes de texto, redes sociales, etcétera; (vii) la explicación de por qué el abuso sexual no fue percibido por otras personas presentes en el lugar donde el mismo tuvo ocurrencia, cuando ello sea pertinente; (viii) la confirmación de circunstancias específicas que hayan rodeado el abuso sexual, entre otros.

En todo caso, debe tener claro la Fiscalía que la admisión de prueba de referencia, sin posibilidades de ejercer el derecho a la confrontación, no sólo implica la limitación de los derechos del procesado, sino además la obligación de realizar una investigación especialmente meticulosa, bien para hacer frente a la restricción consagrada en el artículo 381 del ordenamiento procesal penal y para brindarle al juez mejores elementos de juicio para decidir sobre un tema de tanta trascendencia para los derechos fundamentales como lo es la responsabilidad penal.

Finalmente, debe insistirse en que una cosa es que la sentencia condenatoria no pueda estar fundamentada exclusivamente en prueba de referencia y otra muy diferente la valoración de la pluralidad de medios de conocimiento aportados por la Fiscalía para soportar su teoría del caso.

[...]

Al efecto debe tenerse en cuenta que la admisión de una declaración anterior a título de prueba de referencia no significa que se le esté otorgando un determinado valor probatorio. En el mismo sentido, la existencia de otras pruebas de responsabilidad, que acompañen a la de referencia, no significa que proceda la emisión de la condena. En cada caso debe hacerse la valoración individual y conjunta de la prueba, con el fin de verificar si las mismas permiten alcanzar el estándar de conocimiento establecido en la ley como presupuesto de la condena: convencimiento más allá de duda razonable.

[...]

En suma, frente a la restricción consagrada en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, deben tenerse en cuenta aspectos como los siguientes: (i) la prueba de referencia no puede asimilarse automáticamente a prueba indirecta; (ii) así como la responsabilidad penal puede estar basada en prueba indirecta, la prohibición de basar la condena únicamente en prueba de referencia puede ser superada con este tipo de pruebas (indirectas); (iii) la Fiscalía tiene el deber de realizar lo que esté a su alcance para lograr la corroboración de la versión de la víctima, incluso a través de las denominadas “corroboraciones periféricas”; y (iv) una cosa es la prohibición legal de que la condena esté basada exclusivamente en prueba de referencia, y otra que las pruebas plurales -algunas pueden ser de referencia- sean suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia, según el estándar de conocimiento establecido por el legislador».

TESTIMONIO - Del menor: víctima de delitos sexuales, análisis del derecho comparado

«La Sala encuentra que en el plano internacional 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».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Testimonio: reglas para la ponderación de aspectos constitucionales

«En materia de prueba testimonial, el legislador estableció varias reglas, claramente orientadas a ponderar los aspectos constitucionales en juego. En ese entramado normativo pueden distinguirse: (i) las reglas generales, aplicables a cualquier testigo, (ii) las reglas generales aplicables cuando un menor comparece a la actuación penal en calidad de víctima o testigo de cualquier delito, (iii) las normas específicas para cuando el menor tiene la calidad de posible víctima de un delito sexual o de alguno de los delitos incluidos en la Ley 1652 de 2013, a los que se hará alusión más adelante

[...]

El derecho de los procesados a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo (y los demás componentes del derecho a la confrontación), encuentra desarrollo cuando (i) se establece como regla general que los testigos deben declarar en el juicio oral; (ii) se brindan herramientas para hacer efectiva la impugnación de testigos; (iii) se dispone que, por regla general, la prueba de referencia es inadmisibles (Art. 438); (iv) se limita la declaración de los testigos a lo que les conste directa y personalmente (Art. 402); entre otros».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Pruebas: derecho de contradicción, la excepción es la prueba de referencia

«En la reglamentación general de la prueba testimonial el derecho a la confrontación encuentra su principal limitación en las normas que permiten la admisión excepcional de prueba de referencia (Arts. 437 y siguientes de la Ley 906 de 2004), aunque el desequilibrio que de ello puede derivarse se compensa con lo dispuesto en el artículo 381 ídem en el sentido de que la condena no puede basarse exclusivamente en ese tipo de declaraciones.

Estas reglas son aplicables a cualquier testigo, incluso cuando se trata de menores de edad, porque, a manera de ejemplo, puede suceder que un niño haya rendido una declaración anterior al juicio oral sobre lo que percibió de un hurto o cualquier

otro delito, y para el momento del juicio oral haya fallecido, perdido la memoria o esté bajo otra de las circunstancias reguladas en el artículo 438 de la Ley 906 de 2004, y, por ello, su declaración deba ser incorporada como prueba de referencia.

Incluso es posible que estas normas deban ser aplicadas frente a alguno de los delitos previstos en la Ley 1652 de 2013, ante la eventualidad de que el menor fallezca o quede inmerso en alguna de las circunstancias previstas en el artículo 438 en cita antes de que se le haya tomado una entrevista bajo las reglas establecidas en esta ley.

Finalmente, cabe anotar que esta Corporación ha emitido varios pronunciamientos en torno a la admisibilidad, a título de prueba de referencia, de las declaraciones anteriores al juicio oral, rendidas por niños que tienen la calidad de probables víctimas de abuso sexual, como una forma de evitar que los menores sean doblemente victimizados. Este tema fue abordado por la Corte Constitucional en las sentencias T-078 de 2010, T-117 de 2013 y C-177 de 2014, y por esta Corporación en las decisiones CSJ SP, 29 Oct. 2015, Rad. 44056, CSJ SP, 18 May. 2011, Rad. 33651; CSJ SP, 10 Mar. 2010, Rad. 32868; CSJ SP, 19 Agos. 2009, Rad. 31959; CSJ SP, 30 Mar. 2006, Rad. 24468, entre otras. Esto sin perjuicio de lo establecido en la Ley 1652 de 2013 en torno a la admisibilidad, como prueba de referencia, de las entrevistas tomadas a los menores de edad bajo los parámetros fijados en esa legislación, lo que será objeto de análisis más adelante».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba anticipada: procedencia / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba anticipada: testimonio del menor, procedencia

«La Ley 906 de 2004, en los artículos 284 y siguientes, consagra la posibilidad de practicar pruebas anticipadas, bajo las siguientes reglas: (i) la actuación debe adelantarse ante el juez de control de garantías; (ii) puede ser solicitada por el fiscal, la defensa, el Ministerio Público o la víctima; (iii) deben mediar “motivos fundados y de extrema necesidad”, y la finalidad es evitar la pérdida o alteración del medio probatorio; (iv) debe practicarse en audiencia pública y con observancia de las reglas previstas para la práctica de pruebas en el juicio.

En las reformas introducidas a la Ley 906 de 2004 el legislador ha evidenciado su propósito de ampliar la cobertura de la prueba anticipada cuando el medio de conocimiento se encuentre en riesgo. Así, por ejemplo, en la Ley 1474 de 2011, en su artículo 37, se dispuso la posibilidad de practicar como prueba anticipada el testimonio de quien haya recibido amenazas en su contra o la de su familia por razón de los hechos que conoce, en las actuaciones seguidas por delitos contra la Administración Pública y por delitos contra el patrimonio económico que recaigan sobre bienes del Estado, cuando frente a los mismos proceda la detención preventiva.

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».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Testimonio del menor: formalidades

«El artículo 150 establece las reglas generales para la recepción de testimonio de menores, entre las que se destacan: (i) los niños, niñas y adolescentes (NNA) pueden ser citados como testigos en los procesos penales; (ii) su declaración sólo podrá ser tomada por el defensor de familia, a partir del cuestionario remitido previamente por el fiscal o el juez; (iii) la defensa podrá realizar el interrogatorio,

siempre y cuanto no contravenga el interés superior del menor; (iv) el NNA no tendrá contacto directo con el acusado, y (v) a discreción del juez, es posible obviar la presencia física del NNA mediante la utilización de medios tecnológicos.

Frente a esta reglamentación caben las siguientes precisiones: (i) se mantiene para el acusado la posibilidad de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo, aunque con las limitaciones inherentes a la intervención del Defensor de Familia; (ii) la defensa tiene la oportunidad de controlar el interrogatorio, (iii) se elimina la posibilidad de que el acusado esté frente a frente con los testigos de cargo, (v) cuando el testigo (NNA) declara en el juicio oral, no opera la restricción consagrada en el inciso final del artículo 381 de la Ley 906 de 2004».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Versiones rendidas antes del juicio: entrevistas, menor víctima de delitos sexuales (art. 206A), es prueba de referencia, explicación

«En la Ley 1652 de 2013 se establecieron reglas para obtener las versiones de NNA víctimas de unos delitos en particular (los previstos en el Título VI del Código Penal y en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c y 188d ídem). En ese cuerpo normativo se hace énfasis en la sanción de los responsables y la obligación de evitar que los menores sean nuevamente victimizados.

El artículo 1º de la ley en mención establece:

“Adiciónese el artículo 275 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, con el siguiente párrafo:

También se entenderá por material probatorio la entrevista forense realizada a niños, niñas y/o adolescentes víctimas de los delitos descritos en el artículo 206A de este mismo código.”

Esta norma necesariamente debe armonizarse con el artículo 3º de la misma ley, que modifica el artículo 438 de la Ley 906 de 2004 en el sentido de incluir una nueva causal de admisión de prueba de referencia:

“Adiciónese al artículo 438 de la Ley 906 de 2004, un literal del siguiente tenor: e) es menor de dieciocho 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 y 188d”

La redacción del artículo 1º de la Ley 1652 podría llevar a pensar que la entrevista regulada en el artículo segundo ídem constituye una nueva tipología de medio de conocimiento, que puede ser admitido por fuera de las reglas constitucionales y legales que regulan la prueba testimonial, en la medida en que el legislador dispuso que la entrevista regulada en el artículo 2º ídem tiene el carácter de elemento material probatorio.

Sin embargo, las discusiones previas a la expedición de la citada ley, [...] no dejan dudas sobre el sentido y alcance de esta disposición, que no es otro que la posibilidad de admitir este tipo de entrevistas como prueba de referencia.

[...]

La ubicación de la entrevista en el listado de elementos materiales probatorios prevista en el artículo 275 de la Ley 906 de 2004 obedece a la intención de darle una "denominación legal apropiada", bajo el entendido de que no podía someterse a la reglamentación de las pruebas en el juicio oral, precisamente porque se trata de un acto de investigación.

No sobra advertir que el artículo 275 regula el manejo de las evidencias en la fase de investigación, e incluso utiliza definiciones diferentes a las incluidas en el artículo 382, que se ocupa de la práctica de las pruebas en el juicio. [...]

En síntesis, la decisión del legislador de darle la categoría de elemento material probatorio a la entrevista forense regulada en la Ley 1652 de 2013, tiene incidencia en la regulación de los actos preparatorios del juicio oral. Frente al manejo de dichas entrevistas en el juicio oral, se dispuso expresamente que son admisibles a título de prueba de referencia, al adicionar la regla e) del artículo 438 de la Ley 906 de 2004.

De otro lado, a la luz de los criterios regulados en el apartado 2.2. de este fallo, las declaraciones rendidas por los NNA en los términos de la Ley 1652 de 2013, si se presentan como prueba en el juicio oral, constituyen prueba de referencia porque: (i) se trata de declaraciones, de claro contenido incriminatorio, que, además, se reciben con la vocación de ser utilizadas en la actuación penal; (ii) el carácter testimonial no se afecta por el hecho de que se le denomine elemento material probatorio, para efectos de su regulación en la fase de investigación; (iii) son declaraciones realizadas por fuera del juicio oral (iv) se presentan en el juicio oral como medio de prueba, (v) pueden impedir o limitar el ejercicio del derecho a la confrontación, especialmente en lo concerniente al control del interrogatorio y la posibilidad de interrogar o hacer interrogar al testigo de cargo; y (vi) los anteriores aspectos no dependen de la edad del testigo, sin perjuicio de las medidas que deben tomarse para proteger a los niños y otras personas especialmente vulnerables.

Siendo así, estas declaraciones no pueden servir de fundamento exclusivo de la condena, según lo establecido en el artículo 381, inciso final, de la Ley 906 de 2004, lo que coincide con lo planteado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y ratificado por el Tribunal Supremo de España en torno a la imposibilidad de que la condena se base exclusiva o preponderantemente en la declaración de un testigo que el acusado no ha podido interrogar o hacer interrogar».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Versiones rendidas antes del juicio: entrevistas, menor víctima de delitos sexuales (art. 206A), finalidad / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Versiones rendidas antes del juicio: entrevistas, menor víctima de delitos sexuales (art. 206A), reglas para realizar la entrevista

«El artículo 2º de la Ley 1652 de 2013 establece las reglas para la recepción de las entrevistas forenses de NNA víctimas de los delitos allí previstos. Esta reglamentación incluye los siguientes aspectos: (i) la documentación de la entrevista, (ii) la forma como la misma debe realizarse y (iii) la utilización de la declaración del menor cuando resulte estrictamente necesario.

[...]

Esta reglamentación contiene una directriz sobre la investigación de este tipo de delitos, que reafirma la obligación de realizar pesquisas especialmente cuidadosas, orientadas a obtener evidencias que, de un lado, permitan que la versión del menor se utilice cuando sea estrictamente necesario, y de otro, que los desequilibrios que puedan generarse por las medidas que se adopten para proteger a los NNA, que afecten las garantías debidas al procesado, puedan compensarse con la obtención de otros medios de conocimiento que brinden mejores elementos de juicio para resolver sobre la responsabilidad penal».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Versiones rendidas antes del juicio: entrevistas, menor víctima de delitos sexuales (art. 206A), es prueba de referencia, como tal debe procurarse adelantar actos de investigación que corroboren la prueba de referencia

«La Fiscalía, al tomar las decisiones sobre el manejo de las declaraciones de los niños que comparecen a la actuación penal en la calidad ya indicada, debe evaluar con detenimiento cada evento en particular. En todo caso, debe considerar aspectos como los siguientes:

La Ley 1652 de 2013 estableció que el ente investigador debe sopesar en cada situación la necesidad de utilizar la declaración del menor para soportar la teoría del caso, especialmente cuando se cuenta con otros medios de conocimiento que puedan ser suficientes para el cabal ejercicio de la acción penal.

La Fiscalía debe analizar las consecuencias que se derivan de este tipo de decisiones. Así, por ejemplo, si opta por presentar como prueba de referencia la declaración anterior del menor, está en la obligación de adelantar una investigación especialmente minuciosa, orientada a obtener otros medios de conocimiento que permitan superar la prohibición consagrada en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, según el cual la condena no puede estar basada exclusivamente en prueba de referencia. Ello no significa que en los casos en que no se enfrente la problemática de la prueba de referencia la Fiscalía no tenga la obligación de corroborar la versión de quien comparece en calidad de víctima; lo que se quiere

resaltar es que la tarifa legal negativa consagrada en el artículo 381 en cita le impone al ente acusador cargas adicionales.

La Fiscalía tiene la posibilidad de optar, cuando lo considere procedente, por la figura de la prueba anticipada, que generalmente le permite al procesado el ejercicio del derecho a la confrontación y, en consecuencia, evita que la declaración anterior del menor sea considerada prueba de referencia. En todo caso, deben tenerse en cuenta las previsiones consagradas en las leyes 1098 de 2006 y 1652 de 2013, orientadas a evitar que el niño sea objeto de una nueva victimización.

Según se indicó en el apartado 2.5.3.2.1, la práctica de prueba anticipada no sólo resulta útil para evitar la limitación excesiva del derecho del acusado a interrogar o contrainterrogar a los testigos de cargo. También puede favorecer los intereses de la víctima en la medida en que el medio de conocimiento no estará sujeto a la restricción de que trata el artículo 381 atrás citado, a lo que debe sumarse que el juez de conocimiento contará con mejores elementos de juicio para valorar la declaración, según se ha indicado a lo largo de este proveído.

La Fiscalía debe tomar todas las medidas a su alcance para que las entrevistas tomadas a los niños por fuera del juicio oral sean adecuadamente documentadas, bien para que la defensa pueda ejercer de mejor manera sus derechos, ora para que el juez tenga mejores elementos de juicio para valorar el testimonio del menor. Al efecto, debe considerarse que ello no sólo es una tendencia a nivel internacional, según se indicó en el apartado 2.5.2., sino que además resulta imperativo a raíz de la entrada en vigencia de la Ley 1652 de 2013».

FALSO JUICIO DE CONVICCIÓN - Noción / **FALSO JUICIO DE CONVICCIÓN** - Técnica en casación / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba de referencia: apreciación probatoria / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Versiones rendidas antes del juicio: entrevistas, menor víctima de delitos sexuales, es prueba de referencia

«El impugnante propuso un único cargo, de violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho derivado de un falso juicio de convicción. De tiempo atrás la Sala ha precisado los contornos de esta causal de casación y ha especificado las respectivas cargas argumentativas:

“Debido a que ese tipo de error de derecho se contrae a que el juzgador le concede al medio de conocimiento un valor diverso al asignado en la ley, le niega el que ella le adjudica o le reconoce uno que desecha la misma, en esa medida el desarrollo de un ataque con fundamento es esta clase de yerro requiere inicialmente la identificación del elemento de persuasión sobre el cual en concreto se pregona una de las posibilidades de defecto de estimación anotadas y, a su vez, precisar la norma en que se fija su poder suasorio.

Adicionalmente, es indispensable emprender dos tareas: la primera, mencionar el valor concedido por el juzgador a la prueba y, la segunda, entrar a especificar cuál debe otorgársele, visto el contenido de la disposición que regule el punto.

Agotada esa labor, por igual es indispensable demostrar la incidencia del yerro de apreciación, lo cual se consigue confrontando el conjunto de los elementos de persuasión en que se basa la sentencia impugnada con la prueba estimada conforme lo fija la ley, en orden a evidenciar su influencia en la declaración de justicia contenida en el fallo atacado por vía del recurso extraordinario.

Es evidente que el impugnante no sustentó adecuadamente el cargo, porque no explicó cuál fue la prueba a la que los funcionarios de primera y segunda instancias le atribuyeron un valor diferente al establecido por el legislador, ni precisó en qué parte del ordenamiento jurídico se consagra la tarifa legal que supuestamente fue desconocida en el fallo impugnado.

[...]

El proceso seguido en contra de LFGS se tramitó antes de entrar en vigencia la Ley 1652 de 2013, por lo que debe analizarse a la luz de la normatividad vigente para ese entonces y el respectivo desarrollo jurisprudencial.

La declaración anterior del menor PSJ constituye prueba de referencia. Lo anterior por cuanto el niño (i) rindió una declaración con claro contenido incriminatorio, que para cuando fue recibida tenía plena vocación de ser utilizada en la actuación penal, tal y como finalmente ocurrió; (ii) esa declaración fue presentada en el juicio oral, donde el niño no compareció; (iii) la Fiscalía presentó la declaración como medio de prueba de dos aspectos trascendentes del tema de prueba: la ocurrencia de la conducta punible y la autoría endilgada al procesado; (iv) por la manera como fue incorporada la declaración del niño, el acusado no pudo ejercer el derecho a la confrontación.

Como la presencia del niño PSJ en el juicio oral podría dar lugar a que fuera nuevamente victimizado, su declaración era admisible a título de prueba de referencia, según la jurisprudencia emitida por esta Corporación, que coincide con lo planteado por la Corte Constitucional en torno a la necesidad de evitar que los niños que han padecido abuso sexual sean objeto de victimización secundaria.

Además, la defensa no se opuso a la incorporación de la declaración anterior del niño PSJ.

[...]

La Fiscalía demostró a cabalidad la existencia y contenido de la declaración anterior: (i) con el informe de entrevista presentado por el policía judicial, (ii) la declaración del policía judicial que elaboró el informe, (iii) las declaraciones de las

expertas que estuvieron presentes durante el interrogatorio, (iv) la declaración del médico legista, y (v) la versión de la madre de la víctima.

Frente al informe elaborado por el policía judicial Gómez Carrillo, cabe resaltar que utilizó el formato "ENTREVISTA -FPJ-14, que en su cuerpo tiene los siguientes apartes: (i) datos del entrevistado, (ii) relato, y (iii) los datos de las personas que intervinieron. Allí se dejó constancia de que en la diligencia intervinieron, además del menor PSJ y el policía judicial que diligenció el formato, María Elizabeth Alba Orozco -Defensora de Familia- y Claudia Díaz Montoya -psicóloga del I.C.B.F.-. También se dejó constancia de la presencia de la madre de la víctima.

En el reporte en mención se hizo alusión al procedimiento utilizado por la psicóloga Díaz Montoya y luego se dejó constancia del relato del menor, quien mencionó expresamente el abuso sexual de que fue víctima y la identidad de la persona que realizó dicha acción.

Es cierto que en dicho formato el policía judicial no registro pormenorizadamente el procedimiento realizado, y también lo es que lo ideal es que este tipo de actuaciones sean documentadas según los parámetros analizados en el apartado anterior, bien para facilitar el ejercicio de la defensa, ora para que el juez cuente con mejores elementos de juicio para decidir sobre la responsabilidad penal.

No obstante, debe tenerse presente que la demostración de la existencia y contenido de una declaración anterior al juicio oral que pretende ser aducida a título de prueba de referencia, está regida por el principio de libertad probatoria, por las razones expresadas en el numeral 2.3.

En este caso la defensa tuvo la oportunidad de ejercer a cabalidad los derechos de contradicción y confrontación frente a los medios de prueba utilizados por la Fiscalía para demostrar la existencia y contenido de la declaración del menor PSJ, en la medida en que pudo cuestionar el informe elaborado por el policía judicial en el formato de entrevista PFJ-14, y pudo contra interrogar ampliamente a este funcionario, a las profesionales que participaron en la entrevista y a los otros testigos que se refirieron al relato del infante: el médico legista que realizó el examen sexológico y la madre de la víctima.

[...]

Lo anterior, mirado a la luz del principio de libertad probatoria, lleva a la Sala a concluir que está demostrada la existencia y el contenido de la declaración anterior rendida por el niño PSJ, tal y como lo plantearon los representantes del Ministerio Público y la Fiscalía durante la audiencia de sustentación del recurso.

La condena no está fundamentada exclusivamente en prueba de referencia, por lo que no se trasgredió la prohibición consagrada en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004. Ello por cuanto la declaración de la víctima fue corroborada».

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Rad: C- 537 | Fecha: 12/07/2006 | Tema: SISTEMA PENAL ACUSATORIO – Derecho a la confrontación: prerrogativas que lo estructuran / SISTEMA PENAL ACUSATORIO – Derecho a la confrontación: el C.P.P. lo contempla para las partes del proceso, en tanto tratados internacionales sólo lo consideran para el procesado / SISTEMA PENAL ACUSATORIO – Derecho a la confrontación: el C.P.P. lo contempla para las partes del proceso, pero también es una metodología de depuración de la evidencia

Rad: T- 461 | Fecha: 05/06/2003 | Tema: SISTEMA PENAL ACUSATORIO – Derecho a la confrontación: prerrogativas que lo estructuran / SISTEMA PENAL ACUSATORIO – Derecho a la confrontación: el C.P.P. lo contempla para las partes del proceso, en tanto tratados internacionales sólo lo consideran para el procesado / SISTEMA PENAL ACUSATORIO – Derecho a la confrontación: el C.P.P. lo contempla para las partes del proceso, pero también es una metodología de depuración de la evidencia

Rad: SU – 014 | Fecha: 17/01/2001 | Tema: SISTEMA PENAL ACUSATORIO – Derecho a la confrontación: prerrogativas que lo estructuran / SISTEMA PENAL ACUSATORIO – Derecho a la confrontación: el C.P.P. lo contempla para las partes del proceso, en tanto tratados internacionales sólo lo consideran para el procesado / SISTEMA PENAL ACUSATORIO – Derecho a la confrontación: el C.P.P. lo contempla para las partes del

Rad: 44056 | Fecha: 28/10/2015 | Tema: SISTEMA PENAL ACUSATORIO – Declaración anterior al juicio oral: como prueba de referencia, demostración de su contenido y existencia, libertad probatoria / SISTEMA PENAL ACUSATORIO – Prueba de referencia: apreciación probatoria / SISTEMA PENAL ACUSATORIO – Prueba de referencia: diferente a los medios elegidos para acreditar su existencia y contenido / SISTEMA PENAL ACUSATORIO – Versiones rendidas antes del juicio entrevistas, menor víctima de delitos sexuales, presupuestos (antes de la Ley 1652 de 2013)/ SISTEMA PENAL ACUSATORIO – Prueba anticipada: procedencia / SISTEMA PENAL ACUSATORIO – Prueba anticipada: testimonio del menor, procedencia

Rad: T- 117 | Fecha: 07/03/2013 | Tema: TESTIMONIO – Del menor: víctima de delitos sexuales, análisis del derecho comparado

Rad: C- 177 | Fecha: 26/03/2014 | Tema: TESTIMONIO – Del menor: víctima de delitos sexuales, análisis del derecho comparado

Rad: 44056 | Fecha: 29/10/2015 | Tema: SISTEMA PENAL ACUSATORIO – Pruebas: derecho de contradicción, la excepción es la prueba de referencia

Rad: 33651 | Fecha: 18/05/2011 | Tema: SISTEMA PENAL ACUSATORIO – Pruebas: derecho de contradicción, la excepción es la prueba de referencia

Rad: 32868 | Fecha: 10/03/2010 | Tema: SISTEMA PENAL ACUSATORIO – Pruebas: derecho de contradicción, la excepción es la prueba de referencia

Rad: 31959 | Fecha: 19/08/2009 | Tema: SISTEMA PENAL ACUSATORIO – Pruebas: derecho de contradicción, la excepción es la prueba de referencia

Rad: 24468 | Fecha: 30/03/2006 | Tema: SISTEMA PENAL ACUSATORIO –
Pruebas: derecho de contradicción, la excepción es la prueba de referencia
