RELEVANTE	
SALA DE CASACIÓN PENAL	
M. PONENTE	: PATRICIA SALAZAR CUELLAR
NÚMERO DE PROCESO	: 43916
NÚMERO DE PROVIDENCIA	: SP12229-2016
CLASE DE ACTUACIÓN	: CASACIÓN
TIPO DE PROVIDENCIA	: SENTENCIA
FECHA	: 31/08/2016
DECISIÓN	: CASA PARCIALMENTE Y DE OFICIO / DESESTIMA
DELITOS	: Acceso carnal abusivo con menor de catorce años
FUENTE FORMAL	: •Convención Americana sobre Derechos Humanos. art. 8 / Pacto Internacional de Derechos Civiles y Polìticos art. 14 / Constitución Política de Colombia de 1991 art. 250 / Ley 599 de 2000 art. 211-2 y217 -A / Ley 906 de 2004 art. 8, 15, 16, 205, 209, 216, 254, 277, 347, 373, 375, 391, 393, 402, 403, 426 y 438

TEMA: **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Pruebas: pertinencia, concepto / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Pruebas: pertinencia, relación con el proceso de autenticación de la evidencia física / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Cadena de custodia: finalidad, autenticidad

«El artículo 375 de la Ley 906 de 2004 regula la pertinencia. Precisa que "el elemento material probatorio, la evidencia física y el medio de prueba deberán referirse, directa o indirectamente, a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, así como a la identidad o a la responsabilidad penal del acusado". Agrega que el medio de conocimiento "también es pertinente cuándo sólo sirve para hacer más probable o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, o se refiere a la credibilidad de un testigo o perito".

En lo concerniente a las evidencias físicas, esta norma tiene una estrecha relación con lo estatuido en el artículo 277 ídem, que establece dos formas de

autenticar estos elementos: (i) a través del sometimiento a las reglas de cadena de custodia; y (ii) por cualquier medio de conocimiento, en virtud del principio de libertad probatoria.

Y se dice que entre estas normas existe una relación indisoluble, porque la pertinencia de una evidencia física depende de lo que la misma es, según la teoría del caso de la parte, y la autenticación no es otra cosa que demostrar que una cosa es lo que la parte propone (CSJ AP 5885, 30 Sep. 2015, Rad. 46153, entre otras). Así, bien puede afirmarse que autenticar una evidencia física no es otra cosa que demostrar los factores que la hacen pertinente. A continuación se desarrollarán estos conceptos.

La determinación de lo que una evidencia es, depende básicamente de dos aspectos: (i) lo que ontológicamente es, como elemento físico, y (ii) la teoría que la parte ha construido en torno a ella.

Por ejemplo, si se pregona que la evidencia física X corresponde a una huella dactilar del acusado, hallada en el lugar donde se perpetró el homicidio, y con ello se pretende demostrar su presencia en ese lugar, su pertinencia no depende exclusivamente de que se trate de una huella, ni de que corresponda a una huella del acusado, sino, además, de que se demuestre que la huella estaba en el lugar de los hechos.

[…]

En ocasiones, para la demostración de lo que un elemento físico es se requiere la intervención de expertos. Verbigracia, si en la escena del crimen el investigador encuentra una sustancia roja, probablemente no podrá afirmar que es sangre, ni que es sangre humana, ni que es sangre del acusado. Para establecer estos aspectos puede ser necesario que uno o varios expertos lo verifiquen.

[…]

Como es obvio, uno de los riesgos que existen en el proceso que se inicia con el hallazgo de la evidencia y termina con su incorporación en el juicio oral, es que el elemento sea cambiado o alterado de alguna manera. De ahí que el artículo 216 de la Ley 906 de 2004 disponga: “cada elemento material probatorio y evidencia física recogidos en algunas de las inspecciones reguladas en los artículos anteriores, será asegurado, embalado y custodiado

para evitar la suplantación o la alteración del mismo. Ello se hará observando las reglas de cadena de custodia". En el mismo sentido, el artículo 254 precisa que la cadena de custodia tiene como finalidad "demostrar la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física".

Este riesgo, de alta trascendencia para la determinación de los hechos en el proceso penal, es más notorio frente a cierto tipo de evidencias, principalmente aquellas que no son identificables a simple vista por sus características externas, como los fluidos corporales, las drogas, etcétera. Y, en la misma lógica, es menor cuando se trata de evidencias identificables a simple vista por sus características físicas (por ejemplo, un revólver identificado con su número serial), o las que en principio son confundibles pero que son susceptibles de ser marcadas (por ejemplo, una botella producida en serie, pero en la que el investigador plasma su firma como una forma de identificación).

No se requiere de mayores esfuerzos intelectivos para comprender que el proceso de embalaje y rotulación del elemento y, en general, el protocolo de cadena de custodia, es mucho más relevante cuando se trata de evidencias confundibles o alterables, que frente a aquellas que son identificables a simple vista por sus características externas, o las que son susceptibles de ser marcadas y han sido sometidas a este procedimiento como forma de identificación.

En el plano operativo, si una muestra de sangre o un fluido no es debidamente embalado y rotulado, es posible que el policía judicial que lo halló, y los peritos que lo examinaron, no puedan declarar en juicio que el elemento que se les pone de presente es el mismo que encontraron o recibieron para el análisis, o que está en las mismas condiciones (que no ha sido alterado). En sentido contrario, si se trata de un elemento fácilmente identificable por sus características externas, es factible que el investigador pueda asegurar que es el mismo que encontró en la escena, así por alguna razón no se haya cumplido con la obligación constitucional y legal de someterlos al procedimiento de cadena de custodia.

Lo anterior permite comprender la importancia de cumplir en todos los casos la obligación de someter los elementos materiales probatorios y evidencias físicas a los protocolos de cadena de custodia (artículos 205, 209, 254 y siguientes, 277, entre otros), sin que por ello deba entenderse que cualquier

error en este procedimiento necesariamente afecta la autenticidad del elemento físico.

De otro lado, es posible que varios elementos físicos estén integrados, como cuando un fluido se encuentra en una determinada prenda de vestir, o una muestra de sangre está en una navaja o cuchillo.

En estos eventos, la parte debe tener suficiente claridad sobre las evidencias físicas con que cuenta y la manera como estas se articulan en orden a establecer su pertinencia. Por ejemplo, ante la hipótesis de que en la camisa del acusado se halló sangre de la víctima (de lo que pueden hacerse inferencias relevantes para la solución del caso), la pertinencia está determinada por la articulación de todos estos factores. La sangre no es pertinente por ser sangre, ni por ser sangre de la víctima; la camisa no es pertinente sólo por ser camisa o por pertenecer al acusado; la pertinencia está determinada por la conjugación de todos estos factores: (i) es sangre humana, (ii) esa sangre corresponde a la víctima; (iii) fue hallada en una camisa; y (iv) esa camisa pertenece al acusado.

En la planeación de su teoría del caso la parte tendrá que constatar que puede probar todos estos factores, y sólo podrá hacerlo con testigos que tengan conocimiento "personal y directo" de los hechos que pondrá en conocimiento de la autoridad judicial, según lo establece el artículo 402 de la Ley 906 de 2004.

Cuando se deben realizar cotejos para establecer lo que el objeto es, el elemento de contraste debe ser tratado con el mismo cuidado para que en el juicio oral pueda demostrarse su "mismidad". [...]

En el plano epistémico, no cabe duda que este tipo de elementos deben ser preservados adecuadamente para evitar que sean cambiados o alterados. En el ámbito legal, este deber no admite discusión, bien por las reglas generales sobre cadena de custodia, ora porque el ordenamiento jurídico lo dispone expresamente.

[...]

Estos procedimientos no deben ser mirados como formalismos carentes de contenido, sino como presupuestos básicos de la estructuración y demostración de las teorías que las partes pretenden hacer valer ante el juez.

En términos simples, si la Fiscalía pretende que el fallador realice determinadas inferencias a partir del hecho de que en la camisa del acusado fue hallada sangre de la víctima, debe demostrar cada uno de los elementos estructurales de ese aserto: (i) en una camisa se halló sangre, (ii) esa sangre corresponde a la víctima, (iii) la camisa pertenece al acusado, etcétera. Si alguno de estos aspectos no es demostrado, es posible que la fuerza inferencial del "hecho indicador" disminuya o desaparezca.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que una cosa es demostrar la existencia de un determinado objeto, y otra muy distinta que el mismo sea utilizado como prueba.

En efecto, es posible demostrar la existencia de un determinado elemento físico, así el mismo no sea presentado como evidencia en el juicio oral. Por ejemplo, puede demostrarse con testimonios, documentos y/o dictámenes periciales que el acusado utilizó un cuchillo para causar la muerte de la víctima, así la Fiscalía no haya podido incautar ese elemento.

En el mismo sentido, puede demostrarse la existencia de un arma de fuego, y su idoneidad para disparar, así no se pueda incautar el artefacto, como cuando los testigos se refieren a su utilización para causarle lesiones a la víctima, los proyectiles son recuperados y a través de dictámenes se establece su calibre, el daño que causaron en el cuerpo, etcétera».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Pruebas: autenticación, libertad probatoria / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Pruebas: pertinencia, relación con el proceso de autenticación de la evidencia física

«El carácter probatorio de la autenticación está consagrado expresamente en la Ley 906 de 2004.

[…]

Frente a estos aspectos prevalece el principio de libertad probatoria que inspira el sistema procesal regulado en la Ley 906 de 2004. Ello se hace palmario en la redacción de los artículos 277 (no regula los medios probatorios que deben utilizarse para autenticar evidencias no sometidas a cadena de custodia) y 426 (enuncia algunas formas de autenticación de los documentos), y, principalmente, en lo establecido en el artículo 373 […].

Según se indicó en el anterior apartado, la parte corre con la carga de identificar y demostrar los diferentes aspectos que hacen pertinente la evidencia.

Para tales efectos, debe identificar los testigos que tienen conocimiento "personal y directo" (Art. 402) de cada uno de esos aspectos. Según los ejemplos utilizados en el numeral anterior, el investigador puede atestiguar que la huella dactilar se halló en la escena del crimen y que las impresiones dactilares fueron tomadas del acusado para efectos del cotejo, y el perito en dactiloscopia podrá dar fe de que corresponden a la misma persona.

[…]

Lo anterior, claro está, sin perjuicio de que las partes estipulen uno, varios o todos los aspectos que determinan la pertinencia de una evidencia física. Por ejemplo, puede estipularse que el arma es idónea para disparar, que le fue hallada al procesado, o ambas cosas; que la muestra examinada corresponde a sangre del acusado, que fue encontrada en la camisa de éste; que las huellas dactilares estudiadas corresponden al acusado, que fue hallada en el sitio de los hechos, etcétera».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Pruebas: proceso para su debida incorporación y valoración

«En el modelo epistémico regulado en la Ley 906 de 2004 son claramente identificables los siguientes pasos en el proceso que comienza con la obtención de las evidencias físicas y termina con su aducción como pruebas y la respectiva valoración: (i) la obtención de la evidencia, (ii) la determinación de lo que la evidencia es, como objeto; (iii) la determinación de la hipótesis de la parte en torno a la evidencia; (iv) el descubrimiento; (v) la solicitud como prueba; (vi) la autenticación e incorporación durante el juicio oral, y (vii) su valoración.

Al margen de las discusiones que puedan generarse sobre la forma como las evidencias fueron recaudadas, principalmente en el ámbito de la cláusula de exclusión, la Ley 906 de 2004 regula varios aspectos de la obtención de las evidencias físicas, bien cuando se recaudan en actos de investigación que acarrean la afectación de derechos fundamentales (registros y allanamientos, toma de muestras, entre otros), ora cuando ello se realiza durante los actos urgentes o las diferentes labores de investigación dispuestas en el programa

metodológico (inspección al lugar de los hechos, inspección de cadáver, etcétera).

La forma de obtención de las evidencias físicas incide en el proceso de autenticación de las mismas, porque, a manera de ejemplo, si los elementos físicos fueron hallados por el investigador en la escena del crimen, este podrá declarar sobre el hallazgo, por tener conocimiento "personal y directo", en los términos del artículo 402 de la Ley 906; pero si el elemento fue encontrado por un particular (sin que ese hallazgo haya sido presenciado por el investigador), aquel será el testigo de esa situación en particular y en este aspecto no podrá ser reemplazado por éste, a no ser que se acredite una causal de admisión de prueba de referencia, en los términos del artículo 438 ídem.

Según se indicó en los anteriores apartados, es posible que se requieran estudios especializados para establecer lo que la evidencia es. Esto, obviamente, incide en el proceso de autenticación, porque una cosa es demostrar que una sustancia se halló en el sitio de los hechos, otra probar que es sangre, etcétera.

La determinación de los factores que inciden en la pertinencia de la evidencia física no sólo se logra a través de estudios especializados. Por ejemplo, es posible que la madre de la víctima tenga bases suficientes para declarar que las prendas de vestir halladas en la residencia del acusado le pertenecían a su hijo. En todo caso, debe verificarse que el testigo tiene fundamentos para asegurar que la evidencia es lo que se está asegurando.

Las evidencias físicas deben ser descubiertas, para que la contraparte pueda ejercer a cabalidad los derechos de contradicción y confrontación. Al efecto, debe considerarse que el dictamen es una prueba diferente del objeto sobre el que se practicó, así estén íntimamente relacionados.

Sumado a lo anterior, durante la audiencia preparatoria la parte debe solicitar que la prueba sea decretada, bajo la misma lógica expuesta en el párrafo anterior. Por ejemplo, además de pedir como prueba el dictamen del perito en balística, debe hacer lo propio con el arma de fuego, si es que pretende hacer valer estos medios de prueba como soporte de su teoría. En todo caso, retomando el ejemplo referido en otros apartados, tiene la carga de probar que el arma analizada por el experto es la misma que le fue hallada al acusado.

Durante la audiencia de juicio oral, a la parte le corresponde demostrar todos y cada uno de los factores que hacen pertinente la evidencia. Para ello, según se dijo, debe presentar los testigos que tienen conocimiento "personal y directo" de cada uno de esos aspectos, porque, verbigracia, el policía que incautó la sustancia no es testigo de que la misma es sangre, o de que es sangre del acusado, y a los peritos que pueden declarar sobre estos aspectos no les consta dónde fue hallada la sustancia.

Constantemente se ha hecho alusión a que el testigo debe tener conocimiento "personal y directo", lo que equivale a lo que en la práctica judicial se denomina "sentar las bases". Valga aclarar, de paso, que en este contexto sentar las bases no es otra cosa que demostrar que el testigo tiene conocimiento suficiente para identificar o hacer una particular manifestación sobre una evidencia física. Por ejemplo, la madre de la víctima puede estar en capacidad de reconocer la ropa de su hijo debido al contacto permanente que tenía con éste.

En el proceso de valoración de las evidencias físicas es determinante la constatación de que se probó que el elemento es lo que la parte afirma, para lo que deben considerarse todos los aspectos determinantes de la pertinencia. Es error común que el juez dé por sentado que se probaron todos estos aspectos, cuando en realidad sólo se acreditaron algunos de ellos, como cuando se demuestra que la sangre examinada corresponde a la víctima, pero no se comprueba que la sustancia fue hallada en la camisa del acusado (según el ejemplo utilizado a lo largo de este apartado)».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Cadena de custodia: deber de cumplirla

«En atención a lo expuesto en los tres numerales anteriores, la Sala aclara que lo concluido en otras ocasiones en el sentido de que los problemas de cadena de custodia atañen a la valoración de la evidencia mas no a su legalidad (CSJ SP, 19 Feb. 2009, Rad. 30598, CSJ AP 7385, 16 Dic. 2015, entre otras), no significa: (i) excepcionar la obligación constitucional y legal que tiene la Fiscalía General de la Nación de someter las evidencias físicas a los protocolos de cadena de custodia; (ii) negar la trascendencia de los protocolos de recolección, embalaje, rotulación, etcétera, en la autenticación de evidencias físicas que puedan ser fácilmente suplantadas o alteradas; ni (iii) desconocer la importancia de la adecuada autenticación de las evidencias físicas en el proceso de determinación de los hechos en el proceso penal».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Versiones rendidas antes del juicio: entrevistas, alcance / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Derecho a la confrontación: prerrogativas que lo estructuran / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Versiones rendidas antes del juicio: como medio de impugnación de credibilidad o prueba de referencia, diferencias / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Versiones rendidas antes del juicio: como medio de impugnación de credibilidad, requisitos / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Versiones rendidas antes del juicio: como prueba de referencia, requisitos

«Reiteradamente esta Corporación se ha referido a la posibilidad de utilizar en el juicio oral declaraciones rendidas por fuera de ese escenario, y la relación que ello tiene con el derecho a la confrontación, regulado en los artículos 8 y 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el Pacto Internacionales de Derechos Civiles y Políticos, respectivamente, así como en las normas rectoras 8, 15 y 16 de la Ley 906 de 2004 y en los preceptos que regulan la prueba testimonial (CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153; CSJ SP, 28 Sep. 2015, Rad. 44056, CSJ SP, 4 May. 2016, Rad. 41.667, entre otras).

En estos pronunciamientos se hizo énfasis en que son elementos estructurales del derecho a la confrontación: (i) tener la posibilidad de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo, (ii) controlar la práctica del interrogatorio, (iii) estar cara a cara con los testigos de cargo, y (iv) lograr la comparecencia de testigos que puedan "arrojar luz sobre los hechos objeto de debate".

Igualmente, se resaltó que Ley 906 de 2004 consagra herramientas para el ejercicio de estas prerrogativas. Por ejemplo, el interrogatorio puede ser controlado a través de las objeciones a las preguntas y las respuestas, y la comparecencia de los testigos al juicio oral puede hacerse efectiva mediante la orden de conducción que puede emitir el Juez.

Para resolver el asunto que ocupa la atención de la Sala, resulta imperioso establecer las diferencias entre el uso de las declaraciones anteriores al juicio oral a título de prueba de referencia, y la utilización de las mismas con la finalidad de impugnar la credibilidad del testigo

Si se analiza a la luz del derecho a la confrontación, las diferencias son ostensibles.

La utilización de una declaración anterior al juicio como prueba (de referencia), entraña la limitación del derecho a la confrontación, precisamente porque la parte contra la que se aduce no puede ejercer a plenitud el derecho a interrogar al testigo (con las prerrogativas inherentes al contrainterrogatorio), ni, generalmente, tiene la posibilidad de controlar el interrogatorio, sin perjuicio del derecho a estar cara a cara con los testigos de cargo. De ahí que la parte que pretende utilizar una declaración anterior al juicio oral como prueba de referencia debe demostrar la causal excepcional de admisión, según lo reglado en el artículo 438 de la Ley 906 de 2004, y agotar los trámites a que se hizo alusión en la decisión CSJ SP, 28 Sep. 2015, Rad. 44056.

Por el contrario, la utilización de declaraciones anteriores al juicio oral con fines de impugnación constituye una de las herramientas que el ordenamiento jurídico le brinda a las partes para cuestionar la credibilidad de los testigos presentados por su antagonista y/o para restarle credibilidad al relato. Así, antes que limitar el derecho a la confrontación (como sí sucede con la prueba de referencia), la utilización de declaraciones anteriores al juicio oral para fines de impugnación facilita el ejercicio de este derecho.

Siendo así, es evidente que los requisitos para utilizar declaraciones anteriores al juicio oral en uno u otro sentido son sustancialmente diferentes.

El artículo 393 de la Ley 906 de 2004, que consagra las reglas sobre el contrainterrogatorio, dispone que para su ejecución "se puede utilizar cualquier declaración que hubiese hecho el testigo sobre los hechos en entrevista, en declaración jurada durante la investigación o en la propia audiencia de juicio oral".

Por su parte, el artículo 403 ídem establece que la credibilidad del testigo se puede impugnar, entre otras cosas frente a "manifestaciones anteriores (…) incluidas aquellas hechas a terceros, o en entrevistas, exposiciones, declaraciones juradas o interrogatorios en audiencias ante el juez de control de garantías".

En el mismo sentido, el artículo 347 establece que las partes pueden aducir al proceso declaraciones juradas de cualquiera de los testigos, y que para hacerlas valer en el juicio como impugnación "deberán ser leídas durante el contrainterrogatorio". Allí se aclara que esas declaraciones no podrán

"tomarse como prueba por no haber sido practicadas con sujeción al contrainterrogatorio de las partes".

Contrario a lo que sucede con la utilización de una declaración anterior como prueba (puede ser de referencia), el uso de declaraciones anteriores con fines de impugnación no tiene que ser solicitada en la audiencia preparatoria, precisamente porque la necesidad de acudir a este mecanismo surge durante el interrogatorio y está consagrada expresamente en la ley como mecanismo para ejercer los derechos de confrontación y contradicción.

Aunque el ordenamiento procesal permite la utilización de declaraciones anteriores del testigo con el propósito de impugnar su credibilidad, existe el riesgo de que dicha potestad se traduzca en la utilización indebida de ese tipo de versiones para otros fines, bien porque los intervinientes en la audiencia no tengan claridad sobre la manera de utilizar estas herramientas, ora porque se actúe con la intención de lograr la incorporación de pruebas en contravía de la reglamentación legal.

Por tanto, la parte que pretende utilizar una declaración anterior con el propósito de impugnar la credibilidad del testigo debe demostrar que ese uso resulta legítimo en cuanto necesario para los fines previstos en los artículos 391 y 403 atrás referidos, lo que en el argot judicial suele ser denominado como "sentar las bases".

En la práctica judicial se observa que las declaraciones anteriores al juicio oral generalmente son utilizadas para demostrar la existencia de contradicciones o de omisiones frente a aspectos trascendentes del relato, con lo que las partes pretenden afectar la verosimilitud del mismo y/o la credibilidad del testigo.

Para evitar que bajo el ropaje de la impugnación de credibilidad, intencionalmente o por error, las partes utilicen las declaraciones anteriores para fines diferentes, por fuera de la reglamentación dispuesta para tales efectos (verbigracia, para la admisibilidad de prueba de referencia), para el ejercicio de la prerrogativa regulada en los artículos 393 y 403 atrás citados la parte debe: (i) a través del contrainterrogatorio, mostrar la existencia de la contradicción u omisión (sin perjuicio de otras formas de impugnación); (ii) darle la oportunidad al testigo de que acepte la existencia de la contradicción u omisión (si el testigo lo acepta, se habrá demostrado el punto de impugnación, por lo que no será necesario incorporar el punto concreto de la

declaración anterior), (iii) si el testigo no acepta el aspecto concreto de impugnación, la parte podrá pedirle que lea en voz alta el apartado respectivo de la declaración, previa identificación de la misma, sin perjuicio de que esa lectura la pueda realizar el fiscal o el defensor, según el caso; y (iv) la incorporación del apartado de la declaración sobre el que recayó la impugnación se hace mediante la lectura, mas no con la incorporación del documento (cuando se trate de declaraciones documentadas), para evitar que ingresen al juicio oral declaraciones anteriores, por fuera de la reglamentación prevista para cada uno de los usos posibles de las mismas».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Versiones rendidas antes del juicio: entrevistas, menor víctima de delitos sexuales, es prueba de referencia

«La Sala ha reiterado que la regla general consagrada en la Ley 906 de 2004, según la cual las declaraciones anteriores al juicio oral no deben ser incorporadas como prueba cuando el testigo comparece a este escenario, no tiene aplicación cuando se trata de declaraciones de niños víctimas de delitos sexuales.

[…]

Estas reglas deben aplicarse a los casos que se tramitaron antes de entrar en vigencia la Ley 1652 de 2013, como el que ahora ocupa la atención de la Sala. El sentido y alcance de esta ley, que regula la forma de practicar la entrevista a menores, su documentación y presentación en el juicio oral, fueron analizados en la decisión CSJ SP 3332, 16 Mar. 2016, Rad. 43866.

Lo anterior sin perjuicio de la obligación que tiene la Fiscalía de presentar la mejor evidencia, tanto para garantizar los derechos del procesado como para proteger los intereses de las víctimas (ídem).

Finalmente, debe resaltarse que cuando una declaración rendida por el niño antes del juicio oral es admitida como prueba, a pesar de que éste comparezca como testigo al juicio oral, las partes pueden utilizarla para lo que consideren pertinente.

Por tanto, si lo que se pretende es demostrar que existen contradicciones entre ambos relatos, no será necesario incorporar mediante lectura el respectivo apartado, como cuando una declaración se utiliza sólo para efectos

de impugnar la credibilidad, precisamente porque su admisión como prueba habilita su utilización ilimitada».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Pruebas: proceso para su debida incorporación y valoración, efectos de su desconocimiento

«La Fiscalía no agotó los trámites necesarios para la incorporación, como prueba, de la pantaloneta que vestía el menor para cuando ocurrió uno de los encuentros sexuales con el procesado y en la que fueron hallados fluidos corporales de éste (según su teoría). Estos fluidos tampoco fueron solicitados como prueba en la audiencia preparatoria ni incorporados en esa calidad durante el juicio oral.

La pertinencia de la pantaloneta no estaba determinada únicamente porque pertenecía a YACG. La relación de este elemento con los hechos que conforman el tema de prueba estaba supeditada a lo siguiente: (i) que esa prenda la tenía puesta la víctima durante uno de sus contactos sexuales con el procesado (así le perteneciera o no), y (ii) que en la misma fueron hallados fluidos corporales de CG. La conjunción de estos factores permitía estructurar el dato a partir del cual podía inferirse que el contacto sexual efectivamente ocurrió.

[…]

Bajo el entendido de que es posible demostrar la existencia de un elemento físico así el mismo no pueda ser incorporado como prueba (como cuando se demuestra con testimonios que el acusado utilizó un cuchillo para causar la muerte, así ese elemento no haya sido recuperado), es evidente que en este caso no se cuenta con suficientes elementos de juicio para concluir que en una pantaloneta que la víctima llevaba puesta durante sus contactos sexuales con el procesado se halló un fluido que fue comparado por la genetista con la muestra tomada a CG y a partir de ello se estableció que corresponden a la misma persona.

Lo anterior es así, porque la Fiscalía: (i) no incluyó en el interrogatorio de la víctima y de la señora Giraldo las preguntas necesarias para establecer las circunstancias bajo las cuales se utilizó la citada pantaloneta, para identificar dicho elemento y para demostrar, en lo que a ellos les correspondía, que es lo mismo que a la postre fue utilizado para el examen de ADN; (ii) decidió no presentar como testigo al investigador que recibió esa prenda de vestir, y por

ello nada se supo sobre los protocolos a los que la misma fue sometida y los exámenes que fueron ordenados, lo que impidió hacer la demostración que acaba de referirse; (iii) desestimó las declaraciones de los funcionarios del Laboratorio de Biología, que supuestamente detectaron los espermatozoides en la ropa; y (iv) se conformó con una respuesta escueta de la genetista, sin ningún desarrollo, en el sentido de que las evidencias fueron sometidas a cadena de custodia, cuando era evidente que esta testigo no tenía conocimiento "personal y directo" de la procedencia del elemento ni de los protocolos a que fue sometido.

El déficit en el interrogatorio realizado a la víctima y a su progenitora en lo concerniente a la pantaloneta (que supuestamente contenía fluidos del procesado), y la decisión inentendible de la Fiscalía de no presentar en el juicio oral al investigador que supuestamente recibió este elemento y a los expertos del Laboratorio de Biología Forense que lo examinaron, a lo que se aúna la falta de claridad sobre los protocolos aplicados a la muestra tomada al procesado, impiden concluir que estos elementos son lo que plantea la Fiscalía. Lo único que se estableció con la declaración de la perito en genética es que los dos fluidos que examinó muy probablemente corresponden a la misma persona, pero ella no tiene fundamentos para decir que una de esas muestras fue hallada en una prenda de vestir que corresponde a X o Y persona, ni que la otra corresponde a la muestra que le fue tomada a CG, simplemente porque no fue testigo de ninguno de estos acontecimientos.

En síntesis, las evidencias físicas atrás relacionadas no fueron solicitadas como prueba, ni fueron incorporadas en dicha calidad durante el juicio oral. Tampoco se demostaron, por otros medios, los aspectos que las hacían pertinentes, esto es, que en una pantaloneta que vestía el menor para el momento en que fue objeto de abuso sexual se halló un fluido corporal del procesado».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Pruebas: proceso para su debida incorporación y valoración, efectos de su desconocimiento / **FALSO JUICIO DE EXISTENCIA** - Por suposición: configuración

«El fallador de segundo grado incurrió en un error de hecho por falso juicio de existencia, porque dio por sentado que la pantaloneta ingresó como evidencia, al punto que le cuestionó al Juzgado no haberla considerado como prueba suficiente por el déficit en la cadena de custodia. Este elemento, ni fue solicitado como prueba por parte de la Fiscalía, ni fue incorporado como tal

en la audiencia de juicio oral. Lo mismo sucedió con el fluido supuestamente hallado en esta prenda de vestir y la muestra tomada al procesado».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Pruebas: proceso para su debida incorporación y valoración, efectos de su desconocimiento / **FALSO JUICIO DE IDENTIDAD** - Por adición: configuración / **FALSO JUICIO DE IDENTIDAD** - Por distorsión: se configura

«Incurrió en un falso juicio de identidad, en cuanto dio por sentado que la bióloga con maestría en genética que tuvo a cargo el estudio de ADN y la madre de la víctima declararon que la muestra examinada por la primera corresponde a la entregada por ésta al investigador del CTI.

[…]

La Fiscalía no formuló ningún interrogante sobre la pantaloneta (color, contextura, lugar donde permaneció guardada), ni le puso de presente la evidencia a la señora G para que la identificara.

[…]

Sólo mediante la adición y tergiversación de estos testimonios se puede concluir que con los mismos se demuestra que los fragmentos de pantaloneta en los que según la genetista fue hallada la muestra para el cotejo de ADN, corresponden a la pantaloneta que mencionó la madre de la víctima.

Lo primero (la adición) porque se da por sentado, sin ser cierto, que las testigos suministraron datos que permitan establecer que se trata del mismo elemento y que este no fue cambiado, alterado o manipulado desde el hallazgo hasta su presentación en juicio.

Lo segundo (tergiversación) porque se asume que la perito dijo tener conocimiento directo de que los fluidos que examinó son los mismos que estaban en la pantaloneta que la madre de Y.A.C.G. le entregó al investigador, y los que fueron obtenidos del cuerpo del procesado para efectos del cotejo, siendo claro que esta testigo: (i) no fue quien recibió la prenda de vestir (y los respectivos fluidos) de manos de la señora Giraldo, ni realizó el proceso de embalaje, rotulación, etcétera; (ii) todo indica que no fue quien tomó la muestra ni tuvo a cargo su aseguramiento; y (iii) no describió el procedimiento de “cadena de custodia”, esto es, no mencionó siquiera cómo estaban

embaladas las evidencias, el contenido y estado de los rótulos, la identidad de quienes tuvieron acceso a ellas, la forma cómo fueron separados los fluidos de la prenda de vestir, la identificación de quién realizó esa actividad, ni aclaró si los fluidos obtenidos fueron sometidos a un nuevo proceso de embalaje y rotulación, etcétera.

Lo anterior bajo el entendido de que los fluidos corporales son evidencias que no se pueden identificar por sus características externas, y que, por tanto, pueden ser objeto de suplantación o alteración (Art. 216 Ley 906 de 2004) sin que ello sea perceptible a simple vista, a lo que se suma que en este caso la Fiscalía no presentó en el juicio oral a los funcionarios que recopilaron esas evidencias e intervinieron en el proceso de cadena de custodia».

FALSO JUICIO DE LEGALIDAD - Configuración / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Versiones rendidas antes del juicio: como medio de impugnación de credibilidad, requisitos / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Versiones rendidas antes del juicio: entrevistas, menor víctima de delitos sexuales, presupuestos (antes de la Ley 1652 de 2013)

«El fallador de segundo grado incurrió en un error de derecho por falso juicio de legalidad, en la medida en que desestimó la información obtenida a través del uso de las declaraciones anteriores al juicio oral con fines de impugnación, por considerar que la incorporación de los respectivos apartados de esos relatos (mediante lectura, según se indicó en el primer apartado de este fallo), están sometidos a las reglas propias de la prueba de referencia.

En la primera parte de este fallo se explicaron las razones y los presupuestos para que la parte contra la que se aduce un testimonio pueda usar las declaraciones anteriores al juicio oral para impugnar la credibilidad del testigo (artículos 347 y 403) y/o la aceptabilidad del testimonio (art. 393), por lo que la Sala se remite a lo allí expuesto.

Incurrió en un error de la misma naturaleza cuando decidió dejar sin efectos la declaración rendida por Y.A.C.G. el 16 de abril de 2010, que fue decretada como prueba e incorporada como tal durante el interrogatorio de la perito Isabel Cristina Díaz, bajo el argumento de que resultaba violatoria del derecho de confrontación y de que había lugar a la inaplicación, por inconstitucional, de la Ley 1652 de 2013, normatividad que no estaba vigente para cuando se surtió el debate probatorio».

DEMANDA DE CASACIÓN - Principio de corrección material: obligación de que corresponda a la realidad procesal / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Versiones rendidas antes del juicio: como medio de impugnación de credibilidad, valoración probatoria

«Aunque es cierto que el Tribunal incurrió en Los yerros atrás referidos, también lo es que el defensor de ECG se equivoca cuando pretende que se consideren algunos apartados de las entrevistas rendidas por los testigos por fuera del juicio oral, sobre los que no versó el proceso de impugnación. Ello sin perjuicio de la flagrante violación del principio de corrección material en que incurre al referirse al contenido de varios testimonios, según se indicará más adelante.

En efecto, planteó que durante el contrainterrogatorio la señora GC aseguró que su hijo no fue a trabajar con CG el segundo sábado del mes de abril de 2010, lo que contradice lo expresado por YACG. Además, durante su entrevista la testigo en mención dijo que "el día de los hechos el menor vestía una sudadera, y al ser interrogada por esta defensa en juicio, como consta en audio solo señaló que no sabía" -concluyó-.

Los asertos del defensor no dan cuenta de la realidad.

[…]

Durante el juicio oral la testigo no hizo alusión a que su hijo vestía una sudadera para cuando fue objeto del abuso sexual. Este aspecto no fue mencionado durante el contrainterrogatorio y, por tanto, lo que supuestamente dijo la testigo sobre el mismo tema en una declaración anterior no fue utilizado para fines de impugnación y, por tanto, no fue incorporado (a través de lectura) para efectos de la respectiva valoración.

Frente a lo sucedido para el segundo sábado del mes de abril, la señora Giraldo dijo que la fecha era 8 o 9 (el segundo sábado de ese mes corresponde al día 10), y resaltó que en esa oportunidad E llamó para solicitar el apoyo del menor, toda vez que tenía que llevar algunos elementos a la panadería y había sufrido un percance físico, y como ella aún no sospechaba nada, autorizó a su hijo para que fuera a "trabajar".

Así, es claro que el defensor hizo alusión a algunos apartados de la entrevista rendida por la señora G que no fueron incluidos en el proceso de

impugnación. Por tanto, no pueden ser tenidos en cuenta para la valoración del testimonio, además que no se puede constatar su contenido como quiera que dicha entrevista no fue incorporada como prueba (ni podía serlo, por las razones indicadas en el primer apartado de este fallo). Por tanto, no es cierto lo que manifiesta el impugnante.

[…]

En lo atinente al lugar donde ocurrieron los hechos, es evidente que el impugnante confunde la impugnación de credibilidad con la presentación de evidencias extrínsecas (que no correspondan en estricto sentido a lo manifestado por el testigo), orientadas a sustentar una teoría del caso diferente. Ello por cuanto durante los contrainterrogatorios no se demostró que existieran inconsistencias frente a este punto. Otra cosa es que la defensa haya aportado los testimonios del procesado y de la compañera de éste, con el fin de demostrar la ubicación de su lugar de residencia. Para hacer suficiente claridad, se traerá a colación lo que manifestó el menor YACG. Sobre este aspecto».

VIOLACIÓN INDIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL - Trascendencia de la prueba / **CASACIÓN** - Presunción de acierto y legalidad de la sentencia / **IN DUBIO PRO REO** - El grado de certeza lo excluye de plano / **DELITOS SEXUALES** - Demostración

«Los errores analizados en los apartados anteriores no tienen la trascendencia suficiente para desvirtuar la presunción de legalidad y acierto que ampara el fallo impugnado, porque las pruebas legalmente practicadas son suficientes para concluir, más allá de duda razonable, que ECG en varias ocasiones accedió carnalmente al menor YACG.

Para realizar este análisis debe tenerse en cuenta que: (i) la condena se fundamenta principalmente en el testimonio del menor YACG.; (ii) el Tribunal concluyó que ese testimonio es creíble, por su coherencia y riqueza descriptiva; (iii) la pantaloneta y las otras evidencias físicas relacionadas en otros apartados fueron utilizadas para corroborar la versión del menor; (iv) además de estos elementos, que no podían ser valorados por las razones atrás expuestas, el testimonio de la víctima fue corroborado con otros medios de prueba; (v) los aspectos frente a los cuales la defensa logró impugnar la credibilidad de los testigos, con o sin la utilización de declaraciones anteriores al juicio oral, no minan su credibilidad; (vi) las pruebas presentadas por la

defensa no generan una duda razonable sobre la ocurrencia de los hechos y la responsabilidad del procesado.

[…]

Además de los aspectos resaltados por el Tribunal, la Sala advierte otros frente a los cuales la víctima hizo una descripción detallada.

[…]

También se tiene que la versión de YACG encuentra respaldo en las pruebas solicitas por la Fiscalía e incluso en las practicadas a instancias de la defensa.

[…]

Sumado a lo anterior, la prueba aportada por la defensa confirma que no existían razones para que el menor YACG., por iniciativa propia o por influencia de su progenitora, decidiera mentir para perjudicar a CG. Según la compañera del procesado, lo único que hicieron fue "darle trabajo" al menor para ayudarle a él y a su familia. Sobre el particular, debe resaltarse que los hechos son agraviantes para un niño de 13 años, por lo que no es creíble que YACG y su madre decidieran hacer un montaje de esta naturaleza, a sabiendas del daño que el menor podría sufrir.

De otro lado, los errores en que incurrió la Fiscalía en el manejo de la pantaloneta y, principalmente, el fluido que supuestamente había en la misma (que correspondía al acusado, según esta parte de su teoría), no desvirtúan lo expuesto por la víctima y su progenitora. Incluso puede afirmarse que el procesado de alguna manera corrobora lo expuesto por YACG en el sentido de que se trataba de una pantaloneta de color azul, aunque dijo (C) que sí conocía esa prenda pero como de propiedad de un pariente cercano del menor (el defensor dijo que de una hermana de éste).

Además, es ostensible la fragilidad de las pruebas y los argumentos presentados por el defensor de CG para restarle credibilidad a los testimonios de YACG y la señora GC.

[…]

No se casará el fallo impugnado, por el cargo propuesto por el defensor de ECG, porque los errores en que incurrió el Tribunal frente a las evidencias físicas (pantaloneta y fluidos), la declaración rendida por YACG (que fue decretada y admitida como prueba) y las declaraciones anteriores utilizadas por la defensa para impugnar la credibilidad de los testigos, no tienen la trascendencia suficiente para desvirtuar la presunción de legalidad y acierto que lo ampara».

CASACIÓN OFICIOSA - Principio de legalidad: errónea inclusión de una circunstancia de agravación / **DELITOS SEXUALES** - Agravado por el carácter, posición o cargo

«Encuentra la Sala que el Tribunal, al delimitar la premisa fáctica de la causal de agravación prevista en el artículo 211, numeral 2º, del Código Penal, incurrió en un error de hecho, en la modalidad de falso juicio de identidad, como quiera que no tuvo en cuenta varios apartados de las declaraciones de YACG y de la señora GC, que desvirtúan sus conclusiones sobre las características de la "relación laboral" que tenían el procesado y la víctima, y la incidencia de la misma en los abusos sexuales objeto de juzgamiento.

La norma en mención consagra como circunstancia de agravación del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años el que "el responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza".

La mayor punibilidad allí consagrada (la pena se incrementa de una tercera parte a la mitad), se justifica por la mayor facilitación de la comisión delictiva sobre la base de la autoridad que el sujeto activo ejerce sobre la víctima, o la confianza que ésta ha depositado en aquel, y la mayor culpabilidad del autor por aprovecharse de esa condición (CSJ SP, 25 May. 2011, Rad. 34133; CSJ SP, 24 Feb. 2010, Rad. 32872). Estos son aspectos determinantes para establecer la proporcionalidad de esa mayor punición.

De tiempo atrás la Sala ha resaltado que las circunstancias de agravación no pueden aplicarse automática e irreflexivamente. Es obligatorio verificar los presupuestos que justifican la imposición de una pena mayor (CSJ SP, 10 Nov. 2005, Rad. 20665, entre otras).

[…]

El Tribunal no tuvo en cuenta lo expuesto por YACG en el sentido de que antes de iniciar la supuesta relación laboral el procesado ya le había ofrecido dinero para que accediera a masturbarse con él y otro joven del barrio.
[…]

Tampoco consideró que YACG fue al almacén de CG en contadas ocasiones, los días sábado, entre las 12:00 del día y las seis de la tarde, según lo declararon la víctima y la progenitora. Cuando al menor se le preguntó cuánto tiempo trabajó con EC, contestó: "no recuerdo, una o dos semanas". Frente al mismo tema, la señora G indicó que su hijo fue a ayudarle a E en el almacén los días sábado, aproximadamente desde el 20 de febrero de 2010, "pero había sábados en que no lo llevaba que porque llevaba al hijo o a otro niño" (debe tenerse en cuenta que el último contacto sexual entre la víctima y el procesado ocurrió el sábado 10 de abril de 2010).

Tal y como ocurrió con el primer contacto sexual que YACG tuvo con el procesado antes de que fuera "contratado", todos los abusos estuvieron precedidos de ofertas dinerarias.

[…]

Según el relato de la víctima y su progenitora, es razonable inferir que la supuesta relación laboral no fue otra cosa que el escenario propiciado por C G para lograr que los padres del niño lo dejaran estar con él, con el propósito de continuar con los abusos que ya había iniciado y para lo que se valió de la constante oferta de dinero al menor a cambio de que accediera a sus pretensiones sexuales.

Lo anterior no implica descartar la posibilidad de que se configure la circunstancia de agravación prevista en el artículo 211, numeral 2º, cuando exista una relación laboral y el sujeto activo, además de aprovecharse de su condición de empleador, le ofrezca dinero a la víctima para abusar sexualmente de ella.

Lo que se resalta es que, según las particularidades de este caso, existe una duda razonable sobre la configuración de una "relación laboral" que pueda enmarcarse en los presupuestos de la circunstancia de agravación en cita, máxime si se tiene en cuenta la evidente intención del procesado de utilizar la oferta de dinero como mecanismo para tener contacto sexual con el menor.

Ello explica por qué la Fiscalía incluyó en la acusación el delito consagrado en el artículo 217 A del Código Penal, que regula la "demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años de edad", cargo por el que finalmente fue absuelto el procesado bajo el argumento de que la Fiscalía no solicitó condena por el mismo en su alegato de conclusión, aspecto que no puede revisar la Corte por la prohibición de agravar la situación del apelante único.

En consecuencia, se casará parciamente el fallo impugnado, en el sentido de dejar sin efectos la circunstancia de agravación prevista en el artículo 211, numeral 2º, del Código Penal. Se realizará el respectivo ajuste en la tasación de la pena».

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:
Rad: 30598 | Fecha: 19/02/2009 | Tema: SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Cadena de custodia: deber de cumplirla
Rad: 46339 | Fecha: 15/12/2015 | Tema: SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Cadena de custodia: deber de cumplirla
Rad: 46153 | Fecha: 30/09/2015 | Tema: SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Versiones rendidas antes del juicio: entrevistas, alcance
Rad: 44056 | Fecha: 28/10/2015 | Tema: SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Versiones rendidas antes del juicio: entrevistas, alcance
Rad: 44056 | Fecha: 28/10/2015 | Tema: SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Versiones rendidas antes del juicio: entrevistas, menor víctima de delitos sexuales, es prueba de referencia
Rad: 43866 | Fecha: 16/03/2016 | Tema: SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Versiones rendidas antes del juicio: entrevistas, menor víctima de delitos sexuales, es prueba de referencia
Rad: 38872 | Fecha: 24/02/2010 | Tema: DELITOS SEXUALES - Agravado por el carácter, posición o cargo
Rad: 34133 | Fecha: 25/05/2011 | Tema: DELITOS SEXUALES - Agravado por el carácter, posición o cargo