República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Relatoría Sala de Casación Penal

RELEVANTE	
SALA DE CASACIÓN PENAL	
M. PONENTE	: EUGENIO FERNANDEZ CARLIER
NÚMERO DE PROCESO	: 42656
NÚMERO DE PROVIDENCIA	: SP880-2017
CLASE DE ACTUACIÓN	: CASACIÓN
TIPO DE PROVIDENCIA	: SENTENCIA
FECHA	: 30/01/2017
DECISIÓN	: CASA
DELITOS	: Secuestro simple / Homicidio / Acceso carnal violento / Hurto
FUENTE FORMAL	: Constitución Política de Colombia de 1991 art. 29, 31 / Ley 906 de 2004 art. 7, 16, 146, 284, 334, 372, 379, 381, 404, 426-1, 437, 438, 449, 454

TEMA: **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Principio de inmediación: concepto / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Principio de concentración: concepto / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Pruebas: sólo se consideran como pruebas las presentadas y debatidas en el juicio oral: excepciones / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Recursos: principio de inmediación, valor de los registros de la actuación / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Principio de inmediación: no impide que en casación o en segunda instancia se analice la prueba

«La Corte ha insistido en que la inmediación, entendida como la percepción directa del juez de la práctica o aducción probatoria, unida a la concentración, que impone adelantar de forma unitaria el juicio oral y público, irradian el juzgamiento al posibilitar el conocimiento directo de los hechos.

Ello implica que el juez perciba directamente tanto la práctica de las pruebas, como los alegatos e intervenciones de las partes a fin de tener una idea clara de lo ocurrido, y proceda, todo ello en un tiempo prudencial que no incida en su memoria, a anunciar el sentido de su decisión, de ahí que se enarbolan como principios rectores de la Ley 906 de 2004.

El artículo 16 de la Ley 906 de 2004 establece como regla que será prueba solamente la que se produzca e incorpore en el juicio oral en forma pública, oral, concentrada y sujeta a confrontación y contradicción.

De lo anterior deviene que sea considerada como prueba solo la practicada en el juicio oral y público con observancia no solo de garantías procesales, sino de las formas legales establecidas, para luego ser valorada por el mismo funcionario judicial que la presenció, por ello, el artículo 379 del estatuto en comento establece que el juez debe tener en cuenta como pruebas únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia.

Las excepciones a la regla señalada están reguladas en el estatuto procesal penal y corresponden a la prueba anticipada (artículo 284 del C de P.P.) y la de referencia (artículos 437 y 438 ídem).

En efecto, se ha clarificado que el principio de inmediación no es absoluto, toda vez que legalmente son admisibles tanto las pruebas anticipadas, como las de referencia, las cuales no son practicadas en presencia del funcionario judicial director del juicio oral, obviamente siempre que para las primeras medie la contradicción y confrontación , y que para las segundas se cumpla con la tarifa legal negativa prevista en el artículo 381 ídem, toda vez que la sentencia no puede fundarse exclusivamente en una prueba de esa estirpe.

[…]

Tras el discurrir jurisprudencial relacionado con el análisis del artículo 454 del citado ordenamiento procesal en relación con la continuidad de la audiencia de juicio oral y los casos excepcionales que ameritan su suspensión o cuando el juez que presencia el debate público no es el mismo que emite la sentencia, la Corte en la decisión ya reseñada (rad. 38512) morigeró el criterio de declarar la nulidad de la actuación a fin de repetir tal diligencia.

En esta óptica, luego de asumir que los cambios del servidor judicial pueden obedecer a situaciones personales, administrativas o de distinta índole, se indicó que la declaratoria de nulidad para repetir el juicio ha de ser excepcionalísima cuando se evidencie una grave lesión a los derechos o garantías superiores, ello tras ponderar también el principio constitucional de acceso a la administración de justicia, así como los derechos de los menores víctimas o testigos dentro del proceso penal.

Esa limitación de la inmediación también está justificada ante la garantía fundamental del procesado a impugnar la sentencia de condena, reconocida en instrumentos internacionales y en los artículos 29 y 31 del texto superior, lo cual ha sido ampliado por la CC C-047/07 para fallos absolutorios en aras del derecho de igualdad y de las garantías de las víctimas.

Por lo tanto, para posibilitar el conocimiento de otro funcionario, ora de la misma categoría o como superior funcional, se ha insistido en que se debe acudir a los recursos tecnológicos, visuales y sonoros, para preservar el desarrollo del juicio, como medios inherentes a la oralidad, que si bien no reemplazan la percepción directa que de las pruebas tiene el juez, sí permiten revisar la actuación con miras a estudiar los puntos abordados por las partes.

El mismo artículo 146 del estatuto procesal al prever la oralidad de los procedimientos señala que se deben emplear medios técnicos idóneos para registrar y reproducir de forma fidedigna lo actuado, sea en audio-video o en su defecto solo en audio, desechando así las reproducciones escritas.

[…]

Lo expuesto permite entender la inmediación como una forma procedimental que se debe observar bajo los lineamientos del sistema acusatorio relacionada con la práctica probatoria en el juicio, facilitadora del análisis del juzgador pero que no impide al superior hacer lo propio».

FALSO RACIOCINIO - Diferente al falso juicio de identidad / **FALSO JUICIO DE IDENTIDAD** - Por supresión: se configura / **TESTIMONIO** - Apreciación probatoria: retractación / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Principio de inmediación: valor de los registros de la actuación, evento en que éstos tienen falencias que dificultan la apreciación / **FALSO JUICIO DE IDENTIDAD** - Por adición: configuración / **TESTIMONIO** - Apreciación probatoria: criterios que deben ser observados para su apreciación

«En criterio del defensor, el Tribunal malinterpretó los mutismos de la niña YAVF al inferir que fue presionada para que se retractara de la sindicación inicial hecha contra el procesado a través de los reconocimientos fotográficos y en fila de personas, y si bien la representante de la Fiscalía se muestra partidaria de ese yerro fáctico por el falso raciocinio denunciado al aseverar que no se supo cuál fue la regla de la experiencia aplicada en el fallo para

deducir que la niña mintió, para la Corte no se trataría de un error de valoración probatoria, sino de aprehensión, como pasa a explicarse [...].

[...]

[...] la niña reconoció haber participado en el retrato hablado, en el reconocimiento fotográfico y en fila de personas, reafirmándose en el primero al decir que correspondía a quién mató a sus progenitores, en cambio, en los dos últimos sostuvo que el sujeto otrora señalado no correspondía al ejecutor de tales hechos.

El Tribunal no le otorgó credibilidad a la retractación.

[...]

El superior, aunque no contó con el registro visual de la audiencia de juicio oral para percatarse de la actitud de la menor, "vislumbró" sentimientos de pena y vergüenza en ella y un "estado de miedo o de conmoción", dándole preeminencia a la información no verbal de la testigo que entrevió en cuanto a los mutismos en que incurrió.

Dentro de los criterios contemplados en el artículo 404 de la Ley 906 de 2004 para la apreciación del testimonio debe tenerse en cuenta los procesos de rememoración, comportamiento, forma de las respuestas y personalidad del deponente, pero el juez plural, que no tuvo una relación directa con la testigo, se circunscribió no a lo que ella dijo, sino a cómo lo dijo, para percibir su estado interno y concluir que estaba melancólica o apesadumbrada dada su voz baja y taciturna.

[...]

Es por ello que para la Corte, más que un error apreciativo, se presenta un yerro de aprehensión que afecta la identidad de la prueba misma, por cuanto las preguntas y amonestaciones hechas al testigo hacen parte de su contenido, de ahí que al desdeñarlas el juez colegiado cercenó partes importantes que lo llevaron a concluir que los mutismos reflejaban el estado de miedo o de conmoción de la niña. Se trata, entonces, de un error de hecho derivado de un falso juicio de identidad por cercenamiento.

[...]

La conclusión de la perturbación de la niña también obedecería a un falso raciocinio que llegaría a edificar en la equivocada regla de la experiencia según la cual, siempre o casi siempre que el testigo aguarda algún tiempo para contestar es producto indefectiblemente del miedo y que por eso miente. No obstante, como se trata de un error de aprehensión material ante el cercenamiento del contenido de la prueba o la lectura parcial de la misma, éste último es el que ha de prevalecer.

[…]

La actitud de los declarantes fue una constante en atención y consideración de la funcionaria a quo, porque también en el fallo puso de presente el comportamiento que le observó al niño LCVF, quien coincidía con la menor YAVF acerca de que el enjuiciado no era el sujeto que estuvo el día de los hechos en su casa, ya que al mostrarle el retrato hablado y las fotografías fue enfático al aseverar que no lo conocía, ni lo había visto antes, testimonio que, según anotó, le merecía crédito ante la tranquilidad y seguridad que mostró al rendir su declaración en el juicio […].

[…]

Contrariamente, para el Ad quem, las aseveraciones del niño LCVF "deben ser apreciadas con beneficio de inventario, debido a que al igual que su hermana YAVF tenemos que del relato de dicho testigo hace de los acontecimientos se nota que también luce afectado de tales eventos pavorosos de los cuales fue víctima, lo cual es algo lógico pues tenía escasos 11 años de edad cuando la maldad tocó a las puertas de su niñez", postura propia de una apreciación subjetiva respecto de la turbación que se advertía en el niño, cuando había quedado en evidencia en el fallo de primer grado la tranquilidad que lo caracterizó al rendir su testimonio, además lo seguro y claro que fue en sus respuestas, al punto que analizó con detenimiento los elementos incautados al procesado para concluir que ninguno de ellos pertenecía a su progenitor.

De esta manera el Tribunal "notó" la perturbación en el ánimo del varón sin una base probatoria, porque no es posible constatar del audio un comportamiento o reacción de la cual se pueda afirmar su afectación emocional para declarar.

Y de entender que para suplir la falencia visual del juicio esa Corporación acudió a las reglas de la experiencia cuando se trata de menores víctimas de delitos sexuales, si bien es entendible que por el estado de debilidad manifiesta de los niños ante agresiones de esa índole merezcan protección, ello debe tener algún estribo, no sólo porque cada testigo asume diferentes actitudes, sin que sea viable un estándar, sino principalmente, porque la inmediación no puede ser reemplazada por las reglas de la experiencia.

Es que no queda duda que la inmediación es antecedente a la valoración, aquella servirá de fundamento a ésta, y es ahí donde se podrán incluir apreciaciones relacionadas con las reglas de la experiencia para el otorgamiento del mérito suasorio.

[…]

Aunque generalmente el solo registro de audio de una audiencia no desnaturaliza la inmediación, o mejor, no afecta su núcleo esencial, por cuanto también es viable reconstruir así lo acontecido en juicio, aquí la Corte advierte que esa falencia, al no contar con el registro visual, impedía tener como aceptable la fidelidad de la recreación de tal audiencia en cuanto al desenvolvimiento, actitud, gestos y demás expresiones de los testigos, dentro de los criterios contemplados en el artículo 404 de la Ley 906 de 2004 relacionados con su comportamiento, forma de responder y su personalidad.

De ahí que, al no contar el superior con los elementos adecuados que le garantizaran una reproducción fidedigna del comportamiento de los niños, le impedía hacer valoraciones de credibilidad relacionadas con el comportamiento desarrollado por ellos en el interrogatorio o contrainterrogatorio, máxime que los argumentos de credibilidad de la decisión de primer grado estuvieron también soportados en las actitudes desplegadas por los deponentes en el juicio».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Versiones rendidas antes del juicio: no se pueden incorporar como medio de prueba, salvo que sea prueba de referencia / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Versiones rendidas antes del juicio: entrevistas, menor víctima de delitos sexuales, es prueba de referencia / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Versiones rendidas antes del juicio: entrevistas, menor víctima de delitos sexuales, presupuestos (antes de la Ley 1652 de 2013)

«Aquí la niña YAVF estuvo disponible en juicio para los efectos relacionados con la responsabilidad del procesado, al precisar sus características físicas fue interrogada y contrainterrogada sobre ello, en cambio, no se puede decir que tuvo esa misma actitud para relatar las condiciones en que fue accedida carnalmente, para lo cual podía echarse mano de su declaración anterior, pero a manera de prueba de referencia caracterizada por la limitación para su confrontación, y no constituir un híbrido jurídico como el que hizo el Tribunal al tomar la declaración directa de la niña e integrarle sin más de forma general su entrevista y asumirla como una unidad probatoria, con desconocimiento de los principios de inmediación, no permanencia de la prueba, contradicción, esto es, sin agotarse el debido proceso probatorio en el juicio oral.

Pero además, debe destacarse que la Fiscal, ante la manifestación de la menor de no declarar acerca de los hechos acaecidos en el sitio "Alto del Rey", afirmó que a través de la defensora de familia introduciría, como prueba de referencia, la entrevista rendida por aquella, toda vez que se trataría de los "eventos similares" previstos en el artículo 438 literal b) del Código de Procedimiento Penal y efectivamente la ingresó a través de la profesional Inés Yamel Buriticá, lo mismo ocurrió con la entrevista a la otra niña LJVF (evidencia 8), por lo tanto, el contenido que apuntaba a la ocurrencia fenomenológica de la violencia sexual y las condiciones en que ocurrió fue ingresado con la fuente formal, esto es, la profesional que la recepcionó, sin que la defensa se hubiera opuesto a ello.

Esto se ajusta a lo normado en el 1º del artículo 426 de la Ley 906 de 2004, que respecto de la autenticación de documentos señala que podrá hacerse con el reconocimiento de la persona que lo ha elaborado, manuscrito, mecanografiado, impreso, firmado o producido, al haber ingresado a través de los testigos de acreditación adquiere la categoría de prueba de referencia, máxime que se trataba de una menor abusada sexualmente.

Efectivamente, como el juicio contra MV se surtió en los años 2009 y 2010 antes de entrar en vigencia la Ley 1652 -promulgada el 12 de julio de 2013-, la entrevista para el específico aspecto objetivo de las conductas se ubica en la admisibilidad excepcional constitucional como prueba de referencia».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba de referencia: no la constituye una declaración anónima

«[…] la Corte debe llamar la atención que la inicial identificación del procesado, esto es, el nexo entre el retrato hablado y MAMV fue a través de un informante no identificado, como lo relató el miembro de la Policía Judicial, JAAV, en el sentido de que una persona de la localidad de La Virginia le comentó que la imagen se parecía a un sujeto reinsertado quien mensualmente se presentaba al Comando de Policía para firmar unas actas.

Así las cosas, esta inicial información ha de catalogarse como anónima, lo cual lleva a reiterar la línea jurisprudencial plasmada en decisiones CSJ, SP, 6 mar. 2008, radicado 27477 y CSJ SP, 4 may. 2016, rad. 41667 que le niega a los anónimos la condición de medio de prueba y sólo le otorgar el carácter de criterio orientador de las labores investigativas.

Como no se supo algo relacionado con el informante obviamente no fue llevado a juicio, y la reproducción que de su dicho hizo el policial en juicio ni siquiera puede ser considerada prueba de referencia, porque ésta debe provenir de una fuente conocida […]».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Reconocimiento fotográfico o en video: no es prueba en sí misma, hace parte del testimonio

«[…] los actos de reconocimiento quedaron vinculados a la prueba testimonial de la niña YAVF ya que al acudir a juicio a rendir testimonio fue interrogada y contrainterrogada respecto de ellos. Al ponerle de presente el retrato hablado, (evidencia 5), así como el reconocimiento fotográfico (evidencia 6), y en fila de personas (evidencia 7), sus contenidos probatorios ingresaron como prueba directa.

En cuanto al primero lo reconoció y ratificó que la imagen correspondía a quien había asesinado a sus padres, pero respecto de los segundos a pesar que admitió haber participado en esas diligencias, se retractó al decir que esa persona no correspondía al que fuera ejecutor de los delitos.

En relación con los métodos de identificación, en sentencia CSJ SP, 29 ago. 2007, rad.26276, se precisó que por sí solos no constituyen prueba porque se contraría el principio de inmediación al no haber sido producidos en presencia del juez ni sujetos a la confrontación y contradicción, sin embargo, su uso está orientado a afianzar la credibilidad del testigo, de ahí que en la audiencia de juicio esos actos de reconocimiento deben estar vinculados con una prueba testimonial válidamente practicada ofreciendo así al juzgador la posibilidad de otorgarle o minarle fuerza persuasiva a la declaración del testigo».

TESTIMONIO - Del menor: víctima de delitos sexuales, apreciación probatoria, sana crítica / **TESTIMONIO** - Del menor: apreciación probatoria, versiones contradictorias de vejámenes sexuales / **FALSO JUICIO DE IDENTIDAD** - Por distorsión: se configura

«Ante las dos vertientes testimoniales, la de los niños YAVF y LCVF quienes no reconocieron a MAMV como autor de los comportamientos investigados, frente a la de la menor LYVF que si lo identificó, el Ad quem concluyó que "la balanza de la justicia se debe inclinar por concederle mayor credibilidad a todo lo manifestado por la testigo LYVF".

[…]

En cuanto a la credibilidad de las manifestaciones de los niños, la Sala ha clarificado el entendimiento equivocado que en ocasiones le han dado los operadores judiciales a una cita descontextualizada de la CSJ SP, 26 ene. 2006, rad. 23706, que "el dicho del menor, por la naturaleza del acto y el impacto que genera en su memoria, adquiere gran credibilidad cuando es la víctima de abusos sexuales". Ello porque no debe tomarse como un criterio de autoridad que siempre las manifestaciones de los menores merecen crédito, pues lo que corresponde al juez en cada caso es valorarlas bajo el tamiz de la sana crítica, integrándolas con los demás elementos de convicción.

Ese cuidado especial permitirá no caer en los extremos de postular que los niños por su escasa capacidad o desarrollo cognitivo son fácilmente sugestionables o se los puede utilizar como instrumentos para alterar la verdad, o de otro lado, que nunca mienten y que por eso debe creérseles a pie juntillas sus relatos.

Ciertamente, en decisión CSJ SP, 23 feb 2011, rad. 34568, se indicó que como cualquier testigo, los dichos de los menores deben examinarse de forma imparcial y sin prejuicios siguiendo los lineamientos del artículo 404 de la Ley 906 de 2004 en cuanto a la naturaleza del objeto percibido, el estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contra-interrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad.

También en sentencia CSJ SP, 11 may. de 2011, rad. 35080, se advirtió que en ciertas ocasiones, al igual que los adultos, los niños pueden mentir, tergiversar o alterar los hechos, atendiendo a algún interés o incluso por manipulación de alguien, pero "lo que se debe entender superado es esa especie de desestimación previa que se hacía de lo declarado por los menores, sólo en razón a su minoría de edad. Pero ello no significa que sus afirmaciones, en el lado contrario, deban asumirse como verdades incontrastables o indubitables".

Con esta perspectiva, pese a que los reconocimientos se dieron en fecha cercana a los hechos, razón que debería otorgarles valor suasorio, la Corte reivindica los criterios plasmados por la juez de primer grado para dar crédito a la apostasía de la niña YAVF, pues no se quedó sólo en la aptitud que le observó en el juicio y lo creíble que resultaba que los señalamientos iniciales hechos al procesado hubieran sido por salir de eso rápido y porque estaba confundida, sino que las manifestaciones de ambas niñas acerca de las señales particulares descritas del autor de los delitos no se acompasaban con las de MV, especialmente, que aquél tenía dos lunares en la cara, de los cuales éste carece.

[…]

De manera que el Ad quem incurrió en falso juicio de identidad porque la hipótesis dubitativa planteada por la menor LYVF en el sentido de que posiblemente los lunares del retrato hablado del agresor eran manchas de barro, la tradujo en certeza para así ajustar su relato al hecho de que efectivamente MAMV no tiene lunares en su rostro».

SENTENCIA - Presupuestos para condenar / **IN DUBIO PRO REO** - Se debe aplicar si no hay certeza de la participación del procesado

«Bajo el paradigma que se establece de los artículos 7º, 372 y 381 de la Ley 906 de 2004 los medios probatorios han de llevar al conocimiento del juez, más allá de toda duda razonable, del aspecto objetivo del delito y la responsabilidad de los autores o partícipes, y aquí la juez de primer grado expuso abundantes razones que la llevaron a la decisión de absolución en aplicación del principio de resolución de duda en favor del procesado como fundamentador de la presunción de inocencia.

[…]

[…] la Corte corrobora que a la falta de solidez de los elementos probatorios que conoció y sopesó la juez, los cuales le impidieron aplicar las normas sustanciales que definen y sancionan los atentados contra los bienes jurídicos de la vida, libertad individual, libertad sexual, y patrimonio económico por los que fue convocado MV a juicio […]

[…]

Es que la valoración objetiva, fidedigna individual y en conjunto de los medios probatorios no permite obtener conocimiento más allá de duda razonable de la responsabilidad de MAMV en los delitos por los que fue acusado y condenado, porque las deficiencias investigativas predicables de la Fiscalía no suplen o sustentan su teoría del caso.

Lo anterior deviene en la prosperidad del cargo casacional formulado por el defensor de MAVV, avalado por la representante de la Fiscalía ante esta sede, dada la verificación de los errores en que incurrió el Tribunal de Pereira y los vacíos probatorios, por ello, la Corte Suprema de Justicia en apego al principio de resolución de duda casará la sentencia condenatoria de segundo grado emitida en contra de aquél, en su lugar, confirmará la decisión proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de La Virginia Risaralda que lo absolvió como coautor del concurso de delitos de homicidio agravado, secuestro simple agravado, acceso carnal violento y hurto calificado».

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:
Rad: 34131 | Fecha: 02/07/2014 | Tema: SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de inmediación: no impide que en casación o en segunda instancia se analice la prueba
Rad: 27477 | Fecha: 06/03/2008 | Tema: SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba de referencia: no la constituye una declaración anónima
Rad: 41667 | Fecha: 04/05/2016 | Tema: SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba de referencia: no la constituye una declaración anónima
Rad: 26276 | Fecha: 29/08/2007 | Tema: SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Reconocimiento fotográfico o en video: no es prueba en sí misma, hace parte del testimonio
Rad: 34568 | Fecha: 23/02/2011 | Tema: TESTIMONIO - Del menor: víctima de delitos sexuales, apreciación probatoria, sana crítica
Rad: 35080 | Fecha: 11/05/2011 | Tema: TESTIMONIO - Del menor: víctima de delitos sexuales, apreciación probatoria, sana crítica

SALVAMENTO / ACLARACIÓN / ADICIÓN DE VOTO:
ACLARACIÓN DE VOTO: EUGENIO FERNANDEZ CARLIER

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Versiones rendidas antes del juicio: no se pueden incorporar como medio de prueba, salvo que sea prueba de referencia, incluso si el testigo guarda silencio o su versión es incompatible con la rendida en el juicio, explicación / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Versiones rendidas antes del juicio: no se pueden incorporar como medio de prueba, son útiles para impugnar credibilidad o refrescar la memoria / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Versiones rendidas antes del juicio: como prueba de referencia, requisitos