

DERECHO PENAL PROBATORIO EN COLOMBIA

La incorporación del testimonio adjunto en el juicio oral y la garantía de su confrontación en los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales.

Angie Natalia Laguna Cortes

Trabajo de grado para optar el título de
Magister en Derecho Penal y Procesal Penal

Tutor
Santiago Vásquez Betancur

Universidad Santo Tomás
Maestría en Derecho Penal y Procesal Penal
Tunja - Colombia
2024

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN

Problema de Investigación
Planteamiento del problema
Pregunta problema
Hipótesis
Objetivos:
Objetivo General
Objetivos Específicos
Justificación
Metodología
Acotación material

RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

TITULO I – DESARROLLO NORMATIVO, JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINAL

Capítulo 1. Desarrollo Normativo
Capítulo 2. Derecho comparado
Capítulo 3. Desarrollo Jurisprudencial
Capítulo 4. Desarrollo Doctrinal

TITULO II – ESTUDIO DE CASO

Capítulo 1. Caso A. Impugnación especial 59.825. CUI: 68167600013820140010302
Capítulo 2. Caso B. Impugnación especial radicación 62852.
Capítulo 3. Caso C. Casación radicación 53259.

TITULO III – LA PROPUESTA - PROBLEMÁTICAS ACTUALES EN LA INCORPORACION DEL TESTIMONIO ADJUNTO

Capítulo 1. Escenarios en que se habilita la aplicación del Testimonio Adjunto
Capítulo 2. Reglas de incorporación del Testimonio Adjunto
Capítulo 3. La garantía del derecho a la confrontación contradicción de la parte contraria frente a la incorporación del testimonio adjunto

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

1. Referente Normativo
2. Referente Jurisprudencial
3. Referente Doctrinal

DERECHO PENAL PROBATORIO EN COLOMBIA

La incorporación del testimonio adjunto en el juicio oral y la garantía de su confrontación en los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales.

INTRODUCCIÓN

Problema de Investigación

En el actual Sistema Penal colombiano, teniendo en cuenta que es de índole acusatorio, la etapa del juicio se enmarca en los principios inmediación, concentración, publicidad, contradicción y confrontación de la prueba, constituyéndose en el núcleo fundamental del proceso, ya que con la práctica y valoración de las pruebas el juez ha de tener la convicción necesaria para abordar cada caso (Bedoya, 2008).

Cabe resaltar, que en principio solo tienen la naturaleza de pruebas las practicadas en el juicio oral y en presencia del Juez de conocimiento tal como lo prevé el artículo 16 de la ley 906 de 2004, y de su enunciado se desprende que deben existir las plenas garantías de un debido proceso para las partes, en satisfacción de los principios de contradicción y confrontación, que si no se cumpliera significaría una violación del artículo 29 de la Carta que no es otra cosa que la vulneración constitucional. Al respecto la Corte Constitucional en sentencia C-034 de 2014, hace alusión a las garantías del debido proceso probatoria, indicando que el artículo 29 de la Constitución impone la necesidad de observar y regular ciertas garantías mínimas en materia probatoria así:

(i) el derecho para presentarlas y solicitarlas, **(ii)** el derecho para controvertir las pruebas que se presenten en su contra, **(iii)** el derecho a la publicidad de la prueba, pues de esta manera se asegura el derecho de contradicción, **(iv)** el derecho a la regularidad de la prueba, esto es, observando las reglas del debido proceso, siendo nula de pleno derecho la obtenida con violación de éste, **(v)** el derecho a que de oficio se practiquen las pruebas que resulten necesarias para asegurar el principio de realización y efectividad de los derechos (arts. 2 y 228 de la Constitución Política de 1991) y **(vi)** el derecho a que se evalúen por el juzgador las pruebas incorporadas al proceso.

La prueba es determinante para el proceso decisivo que tiene el juez, de esta manera el Código de Procedimiento Penal en su artículo 7 y 372, expresa que la prueba tiene el fin de llevar al Juez más allá de toda duda razonable, los hechos y circunstancias materia del Juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, autor o participe, constituyéndose el derecho a la prueba como uno de los principales ingredientes del debido proceso y del derecho al acceso a la administración de justicia, y como vínculo para alcanzar la verdad en una investigación judicial. Estos argumentos han sido reiterados en varios pronunciamientos por parte de la Corte Constitucional en las sentencias T-589 de 1999, T-171 de 2006, T-555 de 1999 y C 496 de 2015, según la cual en desarrollo del artículo 29 de la Constitución Política de 1991, la persona que sea sindicada tiene derecho a la defensa y, por lo tanto, de esa norma —que responde a un principio universal de justicia— surge con nitidez el derecho, también garantizado constitucionalmente, a controvertir las pruebas que se alleguen en contra del procesado y a presentar y solicitar aquellas que se opongan a las pretensiones de quienes buscan desvirtuar la presunción de su inocencia (Corte Constitucional, T-589, 1999; Corte Constitucional, T-171, 2006; Corte Constitucional, T-555, 1999; Corte Constitucional, C 496, 2015).

En el ámbito de los delitos sexuales contra menores de edad, el ordenamiento jurídico proteccionista de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, atendiendo las diferentes circunstancias que rodean estos casos y la dificultad de obtener pruebas directas, permite que a través de los actos de investigación se obtengan pruebas de los sucesos de donde objetivamente pueda inferirse que los hechos reprochables ocurrieron tal y como los relata la víctima. Estas versiones previas recolectadas por fuera del juicio oral por regla general, solo constituyen actos preparatorios del juicio oral, y excepcionalmente tienen la vocación de demostrar un hecho cierto en el juicio oral, además que su uso durante es pertinente para el esclarecimiento de la verdad dentro del proceso.

Si bien el testimonio del menor víctima de estos delitos, constituye la única prueba directa dentro del proceso, la Fiscalía como ente acusador cuenta con diversas posibilidades para presentar en el juicio oral la declaración de un niño que comparece en calidad víctima de delitos sexuales u otras conductas graves, a saber: i) hacer uso de la prueba anticipada; ii) solicitar la declaración anterior como prueba de referencia o iii) presentar al menor como testigo en el juicio oral (CSJSP, 11 jul. 2018, rad. 50.637; CSJSP, 20 mayo 2020, rad. 52.045; entre otras).

La decisión del fiscal debe ajustarse a las particularidades de cada caso, a los requisitos legales y las consecuencias de optar por una de estas opciones. Es así, que cuando opta por presentar al menor víctima de abuso sexual como testigo en el juicio oral, debe considerar que en la práctica judicial la víctima puede retractarse y cambiar de versión, situaciones antes las cuales el funcionario judicial puede incorporar como prueba autónoma durante el testimonio de la víctima en el juicio oral sus declaraciones rendidas por fuera del juicio oral.

Incorporar las versiones del menor víctima recibidas por fuera del juicio oral como testimonio adjunto durante la práctica de su testimonio en el juicio, es una herramienta para las partes desarrollada por la jurisprudencia como respuesta ante los fenómenos de retractación y cambio de versión de los menores víctimas de frecuente ocurrencia, que además de salvaguardar la infancia y la adolescencia, y efectivizar el mandato constitucional, siempre y cuando se cumplan los requisitos de su incorporación permite el ejercicio de las garantías debidas al procesado.

Planteamiento del problema

Por regla general, únicamente pueden ser objeto de valoración judicial los testimonios escuchados en el juicio, siendo inadmisibles los que tiene lugar fuera del mismo, y que si bien, el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal, en su literal e), adicionado por el artículo 3 de la ley 1652 de 2013, admite excepcionalmente la prueba de referencia cuando el declarante es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, y estarán supeditadas para su valoración del acompañamiento de otros elementos de conocimiento, toda vez que la norma procesal establece que la responsabilidad penal no se puede endilgar únicamente con pruebas de referencia.

No obstante, la Fiscalía tiene la facultad de elegir que mecanismo utilizará para llevar al juez al conocimiento de los hechos, considerando las variables que pueden influir en su pretensión acusatoria, como lo son las circunstancias particulares de la víctima, el mayor o menor riesgo de revictimización en caso de asistir como testigo en el juicio oral, las pruebas que le permitirán demostrar su teoría del caso y la previsibilidad de que la víctima se retracte de su versión inicial de los hechos, introduzcan modificaciones sustanciales o incluso nieguen haber realizado tales atestaciones, escenarios que abren

paso a la posibilidad de incorporar sus manifestaciones previas rendidas fuera del juicio oral como testimonio adjunto.

Ante estos escenarios que se pueden presentar cuando el menor víctima es presentado como testigo en el juicio oral, la versión anterior o versión previa puede ser incorporada como testimonio adjunto, y para lo cual es necesario cumplir los requisitos y reglas definidas en la jurisprudencia, orientadas a la garantía de un debido proceso, en cumplimiento de las exigencias de confrontación y contradicción (artículo 16 de la ley 906 de 2004).

El problema que se presenta es, desde la perspectiva probatoria, al momento de incorporar el testimonio adjunto, una vez el menor víctima de los delitos sexuales se presenta como testigo en el juicio, lo que como ya se expuso puede conllevar la retractación del menor víctima, que introduzca modificaciones sustanciales o que niegue haber realizado las aseveraciones que condujeron a la apertura del proceso penal; con ello, la necesidad de complementar su testimonio con la declaración rendida fuera de juicio a su cambio de versión o retractación, incorporación del testimonio adjunto de cara a la garantía de los derechos que le asisten al acusado, como lo es la confrontación de dichos contenidos teniendo en cuenta que se está ante una retractación, negación o modificación, además de la carga argumentativa que se le impone a la Fiscalía para tramitar adecuadamente las distintas alternativas probatorias en su teoría del caso, y las consecuencias jurídicas para el proceso penal en caso de no cumplirlas.

Pregunta problema

¿Cómo la incorporación del testimonio adjunto por parte de la Fiscalía en los casos de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales de los menores, garantiza para la persona investigada la confrontación de los contenidos probatorios?

Hipótesis

La garantía de confrontación de los contenidos probatorios para la parte contraria se da al incorporar el testimonio adjunto, una vez que se hace lectura de la versión rendida por fuera del juicio durante el interrogatorio del menor, posibilitando de igual manera el derecho a la contradicción al acusado a través del contrainterrogatorio, limitándose por expreso mandato legal del artículo 391,

inciso 2 del Código de Procedimiento Penal, a los temas abordados en el interrogatorio directo.

Lo fundamental para que las declaraciones previas sean incorporadas en el juicio oral como testimonio adjunto, una vez se hace lectura de las mismas por el mismo testigo o quien conduce el interrogatorio de manera excepcional, es que se garantice a la parte contraria los derechos de contradicción y confrontación, lo que queda supeditado principalmente a la disponibilidad del menor testigo, por cuanto si no se cumple, o si el testigo, a pesar de su presencia física en la vista pública, no estuvo en realidad disponible para ser interrogado y contrainterrogado, la declaración anterior quedaría sometida a las reglas de la prueba de referencia, y solo se le permitirá a la parte contraria controvertir la satisfacción de exigencias que habilitan su incorporación y admisión excepcional.

Objetivos:

Objetivo General

Determinar si existe garantía de confrontación en los contenidos probatorios para la persona investigada cuando se incorpora el testimonio adjunto por parte de la Fiscalía en los casos de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales contra menores.

Objetivos Específicos

1. Analizar el desarrollo normativo, jurisprudencial y doctrinal, a propósito del testimonio adjunto.
2. Verificar a partir del estudio de casos la aplicación del testimonio adjunto.
3. Elaborar una propuesta académica que permita a los sujetos procesales comprender los escenarios de aplicación del testimonio adjunto y las garantías que conlleva para el investigado.

Justificación

La principal característica del sistema de investigación penal en Colombia es la oralidad, en el entendido que tanto la investigación, el juicio, la presentación de pruebas, la práctica de las mismas, y la relación entre el Fiscal, Juez, defensor e investigador, es oral. Este vínculo entre los sujetos procesales y el juez, permiten un acceso directo y real a los medios de convicción, y en desarrollo de este principio el Código de Procedimiento Penal en su artículo 9 establece que todas las actuaciones se realicen en audiencia.

En este sentido, ante la necesidad de implementar un proceso público bajo el respeto de los derechos de los ciudadanos enmarcados en la Constitución Política de 1991, surgió la oralidad como instrumento integrador de los principios procesales, especialmente el debido proceso como derecho fundamental; es así que en el actual sistema acusatorio en materia probatoria, solo tienen condición de pruebas y son válidas las que se practiquen en el juicio oral y en presencia del juez, regla general que se consolida con los artículos 15, 16, 372 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, y que está estrechamente ligada a los principios constitucionales de la inmediación y contradicción, medios probatorios que no tienen otro fin que el de garantizar conocimiento y certeza al Juez para tomar su decisión.

Valorar de manera directa la prueba es la razón de ser, y en donde recae la importancia del principio de inmediación, como lo es para el principio de contradicción, permitir a las partes el acceso a todas las pruebas, aportar, solicitar, participar en su práctica y controvertirlas, frente a lo cual solo de manera excepcional, se tendrán como válidas, la prueba anticipada (artículo 284 del C de P.P.), así como la prueba de referencia (artículos 437 y 438 ídem); esta manera, la posibilidad de que el Juez admita la prueba de referencia hace que el principio de inmediación no sea absoluto, puesto que ya no todas las pruebas van a ser practicadas en presencia del funcionario judicial director del juicio oral; sin embargo, debe cumplirse con la tarifa legal negativa prevista en el artículo 381 del Código de Procedimiento penal, toda vez que la sentencia no puede fundarse exclusivamente en una prueba de esa clase.

Ahora, tratándose de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales de los menores, la ley 1652 de 2013 ha establecido que las entrevistas y testimonios de los menores constituyen material probatorio y que se incorporan como prueba de referencia, en prevalencia de sus derechos y de la imperiosa obligación de adoptar las medidas de protección en el proceso penal, como lo es la no re victimización con su comparecencia al juicio oral y evitar enfrentarse a su agresor, postulados en desarrollo del principio *pro infans*¹ y del artículo 44 de la Constitución Política de 1991.

¹ Fallos T-593 de agosto 28 de 2009, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-078 de febrero 11 de 2010, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva, T-117 de marzo 7 de 2013, M. P. Alexei Julio Estrada, SU 433 de octubre 1º de 2020, M.P. Alejandro Linares Cantillo, José Fernando Reyes Cuartas. La jurisprudencia de la Corte Constitucional considera el principio *pro infans* como un instrumento jurídico valioso para la ponderación de derechos de rango constitucional, frente a eventuales

No obstante, lo anterior, los menores no están exceptuados ni inhabilitados para declarar en el juicio oral cuando son citados como testigos, de acuerdo a las advertencias del artículo 383 del Código de Procedimiento penal, y así se encuentra regulado en el artículo 150 del Código de Infancia y Adolescencia, y en la ley 1652 de 2013 *“Por medio de la cual se dictan disposiciones acerca de la entrevista y el testimonio en procesos penales de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales”*, normas según las cuales la declaración del menor será tomada solamente por el Defensor de Familia en plena garantía de sus derechos, la utilización de medios tecnológicos y de la cámara de Gesell.

En la práctica judicial es posible que los menores que asisten como testigos durante el juicio oral, declaren en un sentido diferente a lo expresado en sus versiones anteriores o se retracten negando haber hecho esas manifestaciones y aseveraciones, situación frente a cual pese a estar disponible el menor para rendir su declaración, puede ingresar su entrevista forense que en un principio se enmarcaba dentro de una prueba de referencia, pero como el menor asiste como testigo en el juicio oral, esta manifestación inmersa en su entrevista anterior se incluye como testimonio adjunto o complementario a su declaración en el juicio oral con el fin de impugnar su credibilidad y refrescar memoria tal como lo dispone los artículos 392 literal d) y 393 literal b) del Código de Procedimiento Penal.

La noción de testimonio adjunto, no ha sido objeto de consagración expresa en el Código de Procedimiento Penal, sin embargo, en torno a los artículos 271, 272 y 347, entre otros del mismo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Penal dentro de la que se destacan los radicados 46153 de 2015, 42656 de 2017, 44950 de 2017, 43651 de 2018, 49509 de 2019, 55651 de 2019, 55959 de 2021 y 59825 de 2021, ha desarrollado la figura, siguiendo la línea de que frente a un escenario de retractación o modificación sustancial de la versión de un testigo en la vista pública, la parte interesada puede incorporar como testimonio adjunto, susceptible de plena valoración, sus manifestaciones anteriores al juicio, pero desde luego, ello sólo resulta posible, por virtud del artículo 16 de la ley 906 de 2004, en la medida en que se garantice a la parte contraria la posibilidad de ejercer la confrontación y contradicción.

tensiones, debiendo escogerse la interpretación que brinde la mayor protección a los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes.

De igual manera, para que estas manifestaciones previas del menor víctima puedan incorporarse a la declaración producida en el juicio oral en calidad de testimonio adjunto, deben satisfacerse los siguientes requisitos:

(i) El testigo debe estar disponible para declarar en el juicio, tanto física como funcionalmente, teniendo en cuenta que tratándose de menores de edad víctimas de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales su disponibilidad para declarar es relativa; (ii) El testigo debe retractarse en la vista pública de sus aserciones antecedentes u ofrecer una versión sustancialmente diferente de la contenida en aquéllas y, (iii) La declaración anterior debe incorporarse a través de su lectura, a solicitud de la parte interesada (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Radicado 55651, 2019).

El problema estudiado debe abordarse desde las garantías al debido proceso para la parte acusada y desde la necesidad probatoria en el proceso penal, puesto que si la incorporación del testimonio adjunto por parte de la Fiscalía permite en el proceso, que el Juez cuente con las dos versiones, tanto las manifestaciones realizadas antes del juicio oral como también la actual declaración del menor en el juicio y por ende pueda valorarlas en su integridad, conforme a la sana crítica, formando su plena convicción sobre hechos afirmados por las partes. Esta convicción es la que va servir de fundamento para el convencimiento judicial del Juez expresado en la sentencia, y se estaría ante la materialización de todos los principios que enmarcan el procedimiento penal. Cabe resaltar estos principios tienen limitaciones fundamentadas en otras garantías, como lo son corroborar la credibilidad de los otros medios de prueba, para impugnar la credibilidad, etc., situaciones en la que el testimonio adjunto es válido, y al no ser admitido por las características que reviste, no puede significar una desproporción de los derechos fundamentales y la afectación al fin primordial del Estado Social de Derecho, como lo es la realización de la justicia, búsqueda de la verdad tanto para el acusado como para la sociedad.

La importancia de esta investigación se fundamenta y se relaciona en la búsqueda selectiva de la información en las diferentes fuentes del derecho, con el fin de lograr la recolección, análisis e interpretación de la misma, y cuyos resultados están orientados a reafirmar o crear una teoría de análisis, también a partir de la concepciones encontradas sobre valoración, admisibilidad e

incorporación probatoria del testimonio adjunto cuando el menor víctima de los delitos sexuales asiste como testigo en el juicio oral. Estos resultados están inmersos en un proceso que precisamente es el que sustenta la investigación cualitativa, como mecanismo para la reafirmación de la hipótesis inicial o incluso la creación de nuevas teorías de análisis científico en la implementación de criterios metodológicos.

Metodología

La presente investigación se inscribe dentro del programa de Maestría en DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL y se desarrolla bajo una estrategia metodológica que comprende: el tipo de investigación, el método de investigación, las técnicas e instrumentos de recolección de datos y el enfoque de la investigación utilizados, aspectos que se describirán a continuación.

1. Tipo de investigación (básica jurídica)

La presente investigación se centra en estudiar la garantía de confrontación de los contenidos probatorios para la parte contraria cuando el menor víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales comparece como testigo en el juicio oral y se incorpora el testimonio adjunto, su desarrollo jurisprudencial y aplicación, para determinar si dicha garantía se cumple o se afectan los derechos consagrados en los principios de confrontación y contradicción; objeto de estudio que será abordado desde la dimensión teórica – básico jurídica, en razón a que esta tipología de la investigación permitirá una actividad sistemática tanto de elaborar, construir, reconstruir, explorar y analizar críticamente los cuerpos conceptuales en que se enmarca la arista que se estudia.

Esta dimensión de la investigación básico-jurídica, permitirá, en primer lugar, describir el contexto histórico de la prueba en el Derecho Penal, en segundo lugar, y partiendo de la elaboración conceptual legal, jurisprudencial y doctrinal hallada sobre la prueba de referencia, y el testimonio adjunto, se procederá a organizar, analizar y sintetizar los conocimientos en cuanto a la admisibilidad, valoración y principios involucrados en las mismas una vez se procede a su admisibilidad por parte del juez, logrando a su vez alcanzar los objetivos planteados inicialmente. De igual manera, al analizar el concepto de prueba referencial, testimonio adjunto y sus elementos constitutivos se procederá a la demostración de la hipótesis planteada en virtud de la garantía de confrontación de los contenidos

probatorios con la que cuenta la parte contraria en el proceso probatorio.

2. Método de investigación (método analítico: descriptivo)

Esta investigación cualitativa utilizará el método analítico-descriptivo, como recurso imprescindible ya que se estudian normas, conceptos y pronunciamientos sobre la prueba de referencia, el testimonio adjunto y el desarrollo de los principios de confrontación y contradicción durante la incorporación del mismo durante el juicio oral, lo que posibilita el acercamiento directo con el contexto, y que permite descomponer el objeto que se estudia “la prueba de referencia, el testimonio adjunto, su incorporación por parte de la Fiscalía, y la efectividad para la parte contraria de los principios de confrontación y contradicción con base en estos contenidos probatorios, teniendo en cuenta que se está ante la retractación o cambio de versión del menor víctima de los delitos sexuales y que asiste como testigo en el juicio”.

Carlos Sabino define a la investigación descriptiva en su obra *El proceso de Investigación* (1992) como el tipo de investigación que tiene como objetivo describir algunas características fundamentales de conjuntos homogéneos de fenómenos, utilizando criterios sistemáticos que permiten establecer la estructura o el comportamiento de los fenómenos en estudio; información que se presenta de manera sistemática con el fin de compararla con la de otras fuentes.

El aproximamiento en el desarrollo investigativo dará una pauta natural en el entendimiento de la actual garantía de confrontación de los contenidos probatorios por parte del acusado. De esta manera, la recolección de información en torno a la prueba de referencia y testimonio adjunto, comprende todas aquellas concepciones, precedentes, interpretaciones y pronunciamientos, entendiendo que se trata de aprehender una parte de la realidad compleja a partir de situaciones específicas.

3. Técnicas e instrumentos de recolección de datos (investigación documental, bibliográfica)

La técnica de investigación utilizada será documental – bibliográfica, para lo cual se partirá de fuentes primarias como lo es la ley, complementado el análisis con otras fuentes secundarias como la jurisprudencia y la doctrina.

El análisis documental y de información estará enfocado al estudio del estado del arte y a la determinación y definición de las principales categorías que delimitan el marco conceptual, inicialmente en los instrumentos de garantía constitucional, convencional y universal, luego la normatividad nacional, seguidamente el desarrollo que la jurisprudencia le ha dado al tema, y finalmente, las posturas doctrinales.

Con la finalidad de determinar si existe la garantía de confrontación y contradicción para el acusado en cuando al contenido probatorio incorporado a través del testimonio adjunto durante el juicio oral cuando el menor de edad víctima de delitos sexuales asiste al mismo como testigo, se analizaran algunos pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de Colombia; bibliografía que se estudiara en aras de formular una propuesta dirigida a utilizar la herramienta del testimonio adjunto, en el marco del debido proceso, el respeto de los derechos de las partes y su finalidad, la cual es la búsqueda de la verdad más allá de toda duda razonable, teniendo en cuenta que la misma ha sido desarrollada a través de la jurisprudencia.

4. Enfoque (Cualitativo)

El objeto de estudio está ubicado dentro de un enfoque cualitativo, teniendo en cuenta que la esencia de la investigación cualitativa como lo expresa Roberto Hernández Sampieri en Metodología de la Investigación (2014), se enfoca en comprender los fenómenos, explorándolos desde la perspectiva de los participantes en un ambiente natural y en relación con su contexto. De esta manera, se busca dar un veredicto a algunos paradigmas de la fenomenología social, con la meta principal de dar respuesta a la pregunta principal de investigación, como también generar conocimiento en cuanto a las hipótesis formuladas en el planteamiento investigativo.

Cualitativo en cuanto busca “*identificar la naturaleza profunda de las realidades, su estructura dinámica, y dar razón plena de su comportamiento y manifestaciones*” (Martínez, 2006). Es decir que este aspecto metodológico, “*estudia cualidades o entidades cualitativas y pretende entenderlas en un contexto particular*” (Quevedo & Otros, 2002)

De esta manera, el paradigma, parte del tema que se escoge como lo es la importancia de los derechos de confrontación y contradicción en materia probatoria cuando se incorpora el testimonio adjunto en esta clase de delitos contra menores. Esta investigación de tipo cualitativo tiene la finalidad de resolver el paradigma de la pregunta ya asignada, de manera lógica y mediante un proceso inductivo que comprende explorar, describir, analizar y generar perspectivas que mediante el planteamiento metodológico como investigadora conocedora del contexto, es decir abordando la prueba de referencia y el testimonio adjunto a través de la Constitución, ley, Jurisprudencia y Doctrina, me permita realizar un análisis exhaustivo de toda la información recolectada, concluir en cuanto a los resultados obtenidos, y de acuerdo a los precedentes encontrados sobre el tema en el sistema penal, la hipótesis inicial se reafirmara o se cambiara por una nueva perspectiva.

Acotación material

En la **introducción** se plasmará el problema de investigación, su planteamiento, la pregunta problema, la hipótesis, los objetivos perseguidos, objetivo general y objetivos específicos, la justificación basada en el interés y grado de innovación de la investigación, la estrategia metodológica, partiendo del tipo de investigación, el método de investigación, las técnicas e instrumentos de recolección de datos y el enfoque de la investigación utilizados.

Los **resultados de la investigación** se señalarán acorde con la siguiente estructura:

En el **primer Título** se conceptualizará el desarrollo normativo, jurisprudencial y doctrinal, en los siguientes capítulos:

- Capítulo 1. Desarrollo Normativo
- Capítulo 2. Derecho comparado
- Capítulo 3. Desarrollo Jurisprudencial
- Capítulo 4. Desarrollo Doctrinal

En el **segundo Título** se contextualizará el problema de investigación apoyados en el estudio de casos, en los siguientes capítulos:

- Capítulo 1. Caso A. Impugnación especial 59.825. CUI: 68167600013820140010302
- Capítulo 2. Caso B. Impugnación especial radicación 62852.
- Capítulo 3. Caso C. Casación radicación 53259.

En el **tercer Título** en tanto corolario de la investigación se caracterizará la propuesta en cuanto a la solución al problema de investigación propuesto denominada Problemáticas actuales en la incorporación del testimonio adjunto, en los siguientes capítulos:

- Capítulo 1. Escenarios en que se habilita la aplicación del Testimonio Adjunto
- Capítulo 2. Reglas de incorporación del Testimonio Adjunto
- Capítulo 3. La garantía del derecho a la confrontación contradicción de la parte contraria frente a la incorporación del testimonio adjunto

En las **conclusiones** se evidenciará como se dio respuesta a la pregunta problema, la validación de la hipótesis y el cumplimiento del objetivo general y de los objetivos específicos.

La **bibliografía** reflejara los referentes normativos, jurisprudenciales y doctrinales en que se apoyó la investigación.

RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

TITULO I – DESARROLLO NORMATIVO, JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINAL

Capítulo 1. Desarrollo Normativo

Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, la estructura estatal de Colombia tuvo cambios significativos dentro de los cuales se destaca el poder judicial, con la implementación de un nuevo código de procedimiento penal Decreto 2700 del 30 de noviembre de 1991, y la creación de la entidad de investigación denominada Fiscalía General de la Nación, institución que desde entonces asumió las labores de persecución del delito y acusación de los infractores ante los jueces de conocimiento antes jueces de instrucción.

Frente a un sistema inquisitivo mixto escrito, se encontraba la etapa de investigación a cargo de la Fiscalía, y una etapa de juicio oral a cargo de los jueces de conocimiento; ente investigador que se encontraba facultado para recolectar información y elementos probatorios en coordinación con los funcionarios de la policía judicial, procedimiento que aún está vigente. Lo anterior se reafirma con los artículos 312, 314 y 323 del Decreto 2700 de 1991, según los cuales la Policía judicial tenía atribuciones más allá del artículo 81 de mismo decreto y que consistían en la recolección de versiones

previas a testigos en la etapa de investigación, las cuales eran aportadas con las demás diligencias y elementos probatorios al proceso para ser presentadas y valoradas en la etapa de juicio por el juez de conocimiento.

Así mismo, el artículo 254 del mencionado Decreto 2700 de 1991, indicaba que las pruebas debían ser apreciadas en conjunto por el operador judicial de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin especificar qué elementos tenían la calidad de prueba, enmarcando en dicho concepto todas las resultantes de las diligencias como la inspección, la peritación, el testimonio, los documentos y la confesión, de lo que se puede inferir que estas declaraciones previas llegaban a ser valoradas como pruebas.

Posteriormente, y al igual que el Decreto 2700 de 1991, la ley 600 del 24 de julio del 2000 aún vigente en los casos de su competencia temporal, se rige por un sistema inquisitivo mixto escrito, la etapa investigativa y acusatoria está a cargo de la Fiscalía y el juzgamiento por un juez de conocimiento de forma oral. Sin embargo, pese a que en esta normativa expuesta el testimonio constituía un elemento de prueba en los procesos penales, imperaba el principio de permanencia de la prueba que no permitía la valoración de otro medio probatorio que fuere allegado u obtenido de manera legal en la actuación.

En virtud de lo anterior, y de la necesidad de una estructura probatoria, a través del Acto Legislativo 03 de 2002, se modificaron los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución y se introdujeron los artículos transitorios 253A y 253B, alterándose sustancialmente la fundamentación superior del proceso penal y de su régimen probatorio, toda vez que a las autoridades judiciales (Jueces y Tribunales) se les atribuyó de manera exclusiva la inferencia en los derechos fundamentales que están en juego en el proceso penal, y a la Fiscalía funciones judiciales como parte procesal. En efecto, aparte de las normas superiores originarias de 1991, desde el 2002 están consagradas en la Carta las instituciones probatorias básicas del nuevo proceso penal, dentro de las cuales tenemos la regla de exclusión de la prueba ilícita, el deber de aseguramiento y descubrimiento de todos los elementos materiales e informaciones, y los principios de publicidad, oralidad, inmediación, contradicción, celeridad y concentración que definen la esencia del juicio oral (Constitución Política, 1991, arts. 29 inciso final, 250.3, 250.9 y 250.4).

Con la implementación del sistema penal acusatorio con tendencia oral ley 906 del 1° de septiembre de 2004, vigente a partir del 1° de enero de 2005, regido por los principios de inmediatez probatoria, contradicción, confrontación, concentración y publicidad, el juez de conocimiento es el encargado de apreciar y valorar las pruebas practicadas por las partes en el juicio, elementos probatorios que son recolectados previamente en la etapa de investigación bajo el principio de legalidad.

En ambos sistemas procesales esto es la ley 600 de 2000 como la ley 906 de 2004, estos medios investigativos o versiones previas pueden ser utilizadas en el juicio oral como medios referenciadores; sin embargo, el testimonio adjunto no se previó dentro de las categorías probatorias. Si bien esta herramienta jurídica es aplicable en vigencia del sistema oral en el que impera el principio de inmediación de la prueba, los artículos 271, 272 y 347 de la ley 906 de 2004, le permiten a las partes recibir entrevistas y declaraciones antes del juicio oral, siendo admisibles como testimonio adjunto y susceptibles de ponderación judicial en cumplimiento de unos requisitos establecidos por la jurisprudencia.

La aplicación del testimonio adjunto debe asegurar el punto de equilibrio entre la eficacia de la administración de justicia y la materialización de las garantías debidas al procesado; puesto que la actividad probatoria de la Fiscalía debe dirigirse a escoger mediante el contenido que desee probar el mejor medio de prueba que le permita así mismo, verificar su acreditación, y tener confiabilidad del medio utilizado, es decir, la credibilidad del testigo, la autenticidad del elemento material probatorio, la idoneidad del perito u otros aspectos so pena de inadmisibilidad, en armonía con el fin de la prueba el cual es permitir la aprehensión del conocimiento por parte del juez, un fundamento legítimo para la formación de su convicción y emisión de su decisión, en el marco de un debido proceso garantista en el que se cumplan las exigencias de confrontación y contradicción.

Capítulo 2. Derecho comparado

El proceso penal español

La protección de los menores en este país se articula con la ley de Protección del Menor conocida como el marco genérico de los derechos de los niños; y la ley de Enjuiciamiento Criminal, que instituye las medidas adoptar durante los procesos penales en los que los menores sean víctimas.

Por su parte, el art. 730 de la ley de enjuiciamiento criminal presupone la no comparecencia del testigo que declaró en el sumario (casos de testigos desaparecidos o fallecidos, o imposibilitados para rendir el testimonio en juicio oral por causas sobrevinientes), siendo por ello su declaración irreproducible, lo que no puede decirse que suceda cuando la falta de declaración del testigo en el juicio oral es la legítima consecuencia del ejercicio por parte del testigo de un derecho reconocido por la ley, estando el testigo presente en las sesiones del juicio oral. De este modo, calificar tal circunstancia de "imposibilidad jurídica" para justificar la aplicación del art 730 desvirtúa el precepto, contradice su fundamento y desnaturaliza su condición de excepción (Sentencias: SSTS 317/2008; 470/2003; 104/2002, 862/2000, 434/1999, 486/1999).

Sin embargo, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Superior han coincidido en afirmar que la declaración del menor siempre y cuando este en la capacidad para percibir y dar cuenta de lo percibido, puede desvirtuar la presunción de inocencia, presión social lógica en los procesos por abusos o agresiones sexuales a menores el Tribunal debe ser cuidadoso en cuanto a la preservación de los derechos constitucionales del acusado (SSTS 381/2014, de 21 de mayo; 95/2014, de 20 de febrero y 3917/2014, de 14 de octubre).

El Tribunal Superior, inicialmente acogió una postura en la que si se contaba únicamente con la declaración de un solo testigo, esto implicaba la nulidad de su declaración y por ende absolución del procesado. Sin embargo, frente a la impunidad que conllevaba la escases de los medios probatorios frente a los delitos sexuales contra menores, que en la mayoría de casos se producen sin la presencia de testigos, y su declaración es la de mayor utilidad para la toma de decisiones judiciales, se permitió la fundamentación de esta clase de delitos bajos las pruebas científicas, como lo es la pericial psicológica (artículo 456 de la ley Criminal), a través de la realización de informes que se someten a los principios de inmediación y contradicción durante la fase del juicio oral (Manzanero & Muñoz, 2011, p. 2.).

Posteriormente, el mismo Tribunal Supremo Español, revistió de suficiente validez probatoria el testimonio del menor víctima en los procesos penales, indicando los criterios aplicables como lo son: la ausencia de incredulidad subjetiva o circunstancias previas entre la víctima y el acusado para inculparlo de un delito que no ha cometido; la verosimilitud del testimonio o consistencia y veracidad del testimonio; y la persistencia en la incriminación o reiteración de los mismos hechos narrados por el menor especialmente por parte de los testigos de referencia. Así mismo, sin que se use expresamente la figura del testimonio adjunto, en los contextos de violencia de género y delitos sexuales contra menores de edad, en los que es probable de que los testigos víctimas incurran en contradicciones durante el juicio oral, situaciones frente a las cuales la ley de Enjuiciamiento Criminal en su artículo 714, prevé la facultad para cualquiera de las partes de pedir la lectura de la declaración inicial, a efectos de que el tribunal solicite a la testigo víctima explicar las diferencias o contradicciones observadas en sus declaraciones (Sentencia STC 80, 2003).

Cabe resaltar, que la jurisprudencia Española, decantó una serie de criterios para otorgar validez a la declaración de la víctima como único testigo, teoría de la corroboración periférica que ha sido adoptada por diferentes sistemas penales, como lo es el caso de Colombia, y que consiste en:

(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 (Sentencia TSE, ATS 6128/2015).

El proceso Penal Peruano

El sistema penal procesal peruano, consagra la declaración sumarial de la víctima también llamada “preventiva” en el artículo 143 del Código de Procedimientos Penales indicando que en dicha diligencia, decretada por el Juez de oficio o a pedido del Fiscal y del imputado, debe ser examinada en la misma forma que los testigos (ley 957, 2004).

La preventiva, es entonces un acto de investigación a efectos de acreditar la existencia del delito, ya que la vinculación del imputado se realiza de modo regular en la instrucción; si bien víctima no es separada del procedimiento, pero su concurso o participación es indispensable para el debido

esclarecimiento de los hechos objeto de imputación. De igual manera, esta declaración es ponderada en cuanto a sus alcances y efectos procesales, está sometido a estrictas cautelas, dada su importancia para el esclarecimiento de los cargos que integran el objeto procesal, y al considerarse un acto de investigación impone al juez la obligación de recibirla cuando las partes acusadoras y acusadas lo soliciten en aras de acreditar sus respectivas teorías.

La doctrina ha considerado que el estado de inocencia garantizado constitucionalmente (art. 2.24.e), se contraría para el imputado en el procedimiento sumario, puesto que al no existir juicio oral ni posibilidad de actuación probatoria contradictoria y con intermediación, impide al imputado ejercer su derecho al interrogatorio y al juez el de examinar y advertir el nivel de credibilidad de la víctima. Además, que el Juez Penal puede considerar que esta declaración en sede extra-penal de la víctima es suficiente para concluir por la responsabilidad del imputado, aunque la facultad del Juez, aunque no explicitada en la ley, debe estar relacionada con la ampliación y agotamiento de todos los datos relevantes de dicha diligencia (San Martín, 2000).

En cuanto al análisis de la declaración del testigo víctima en este sistema se torna trascendental tratándose de los delitos sexuales, como ya se explicó en líneas anteriores, la preventiva de la víctima es considerada necesaria por el art. 143 del Código de Procedimientos Penales, en tanto en cuanto ha sido testigo de los hechos, es decir, es un testigo cualificado; y, como tal, su declaración es contemplada en el art. 260 del mismo código. Durante el juicio oral la declaración de la víctima, puede realizarse sin la presencia del acusado, aunque esté presente su defensor, si así el juez lo estima conveniente por razones de temor profundo de la víctima o que se profundice aún más su sufrimiento psicológico al tener que soportar la presencia del imputado. El artículo 157 del Código de Procedimientos Penales, dispone esta prerrogativa al indicar “no puedan, ser influidos por la presencia del inculcado, y cuando crea que esa confrontación no afecta al descubrimiento de la verdad”.

El sistema penal peruano también acoge la teoría de corroboración periférica tratándose de un único testigo víctima en los casos de delitos sexuales contra menores de edad, en los que siempre se ha de requerir la corroboración de dichos testimonios con prueba periférica que los acredite en aras de fundamentar una condena. Frente a la retractación testimonial, si bien tampoco se emplea el término de testimonio adjunto, el juzgador debe analizar todas las versiones dentro del proceso, otorgándole

mayor credibilidad de su versión preliminar, en este sentido la Corte Suprema, en la Casación N° 1441-2017/Sala Penal Permanente, de fecha 2 de octubre de 2018:

Si una víctima de agresión sexual, a pesar del perjuicio irrogado, ofrece un relato circunstanciado y lineal, con referencias fácticas precisas y coetáneas, y sin recurrir a exacerbaciones, dicho testimonio resulta prueba valorable. Tendrá virtualidad para fundar una condena penal, siempre que en el proceso investigativo vayan surgiendo corroboraciones periféricas inequívocas, respecto a, por ejemplo, los signos físicos en su anatomía, o sobre secuelas en su personalidad, entre otros.

El proceso penal Chileno

El Código Procesal Penal no se refiere taxativamente a medios de pruebas, sino que hace alusión en sus artículos 295 y 323, al principio de libertad de prueba, según el cual todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento podrán ser probados por cualquier medio producido e incorporado en conformidad a la ley; así mismo en su artículo 298 hasta el artículo 313 regula expresamente dos medios de prueba: los “testigos” y el “informe de peritos (ley 19696, 2000).

Tratándose del testimonio de los menores de edad víctimas de los delitos sexuales, en el Sistema de Procedimiento Civil Chileno, no está permitido el testimonio de la víctima como prueba o el de cualquier otro testigo que posea algún interés, siendo objetos de tachas; pero no ocurre lo mismo en el Sistema Procesal Penal, ya que en razón al principio de libertad probatoria, su presentación en el juicio oral es posible dado que no existen inhabilidades para los testigos (Horvitz, L. M. & López, M. J, 2010)

Aunque el menor testigo, no está inhabilitado para comparecer a rendir testimonio, los jueces se encuentran limitados al momento de valorar la prueba testimonial, y con ello la credibilidad del testigo, por las reglas de la sana crítica, es decir, son libres para valorar la prueba con la única obligación de fundamentar y motivar sus decisiones respetando los principios de la lógica, los conocimientos científicamente afianzados y las máximas de la experiencia, límites que se encuentran regulados en el Código Procesal Penal el artículo 297 en el inciso primero, según el cual los tribunales

apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados (Riveros, 2017).

Tratándose de posible retractación del testigo víctima ante el Tribunal Oral en lo penal, el fiscal cuenta con herramientas de intervención judicial como lo son decretar medidas de protección, evaluar la posibilidad de presentar declaración anticipada (artículo 191 Bis CPP) y peritaje de credibilidad del testimonio (Klapp, I & Levy, T, 2016).

Capítulo 3. Desarrollo Jurisprudencial

La Corte Suprema de Justicia por intermedio de la Sala de Casación Penal ha venido desarrollando la figura del testimonio adjunto también llamado complementario, rescatando el valor probatorio de las versiones previas al juicio, desde la perspectiva del sistema procesal penal y su marcada relación con la prueba testimonial.

En un primer momento, la Corte destacó que los elementos materiales probatorios y evidencias físicas recaudadas en la etapa de investigación no tienen efectos jurídicos probatorios sino hasta su práctica en la audiencia de juicio oral bajo los principios de inmediación, confrontación, contradicción y publicidad (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 25378, 2006).

Posteriormente, la Corte estableció que las exposiciones previas como las entrevistas y declaraciones juradas no tienen el carácter de prueba autónoma e independiente, pero que las mismas pueden ser valoradas por el juez siempre y cuando se haya ejercido el derecho de contradicción durante el juicio oral, mediante la impugnación de la credibilidad del testigo, y estas manifestaciones que realizo con anterioridad consignadas en el documento deben ser incorporadas al juicio por intermedio del testimonio que se rinda (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 26727, 2007).

Sobre la entrevistas realizadas a menores de edad en casos de abusos sexual, la Corte confirmó que estas exposiciones previas antes del juicio constituyen únicamente medios orientadores y de referencia, puesto que al no considerarse una prueba autónoma e independiente, solo se puede hacer

valer en juicio para preguntar al deponente, refrescar su memoria, impugnar su credibilidad o aclarar sus respuestas (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 30321, 2008).

Reafirmando su postura, la Corte en las providencias sobre el tema: sentencias de fecha 9 de noviembre de 2006, radicado 25738; sentencia con radicado 26727 de fecha 7 de febrero de 2007 y sentencia con radicado 30321 de fecha 24 de noviembre de 2008, recalca la connotación probatoria de las declaraciones y/o entrevistas previas, reiterando que estas no tienen el carácter de prueba autónoma ni independiente en los términos del artículo 347 de la ley 906 de 2004, pero que si pueden ser valoradas en su contenido cuando frente a ellos se ha ejercido el derecho de contradicción durante el juicio (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 39457, 2012).

No obstante, en los pronunciamientos jurisprudenciales antes expuestos, la Corte se ha encargado de extender el alcance probatorio de las exposiciones previas, especialmente en los casos de abuso sexual donde la víctimas sean menores, declaraciones o entrevistas realizadas antes del juicio que con sustento en el artículo 206 A de la ley 906 de 2004, podrán ser incorporadas al juicio como prueba autónoma cuando lo declarado por el testigo en el juicio sea totalmente contrario a lo expuesto por éste en su versión anterior en pro de la salvaguarda de los derechos de los menores y el ejercicio procesal (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 44950, 2017; Radicado 42599, 2018; Radicado 51731, 2019).

Ahora bien, la versión anterior rendida durante la investigación por el menor víctima de los delitos sexuales, para ser debidamente incorporada al juicio oral debe observar necesariamente unas reglas que también han sido desarrolladas por la jurisprudencia y que consisten:

En primer lugar, que el declarante está disponible material y jurídicamente sobre el tema probatorio para ser interrogado y contrainterrogado, el órgano de prueba rinde la información, por tanto, las partes ejercen sus derechos independientemente del alcance de las respuestas, o de si sustentan o no la teoría del caso de la fiscalía o la defensa o de la parte que ha solicitado la prueba. La disponibilidad no depende del sentido y contenido de las respuestas, éstas solo estructuran el fundamento de la valoración conforme a las reglas de la sana crítica. En este orden de ideas, la situación del testigo que se retracta o cambia la versión, permite incorporar sus manifestaciones

realizadas por fuera del juicio oral como testimonio adjunto (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 45581, 2017).

Ante la falta de este primer presupuesto, esto es si el testigo no está disponible material y jurídicamente durante el juicio oral, sus declaraciones o manifestaciones realizadas por fuera mismo constituyen prueba de referencia admisible, la cual opera de pleno derecho tratándose de delitos que atentan contra la libertad, integridad y formación sexuales de los menores de edad.

En segundo lugar, el testigo debe retractarse en la vista pública de sus aserciones antecedentes u ofrecer una versión sustancialmente diferente de la contenida en aquéllas. Y en tercer lugar, la declaración anterior debe incorporarse a través de su lectura, a solicitud de la parte interesada, con el fin de que el Juez cuente tenga dos versiones y pueda valorarlas en su integridad a efectos de decidir discernir conforme a su sana crítica.

Al incorporar el testimonio adjunto como complemento de las declaraciones previas, debe activarse la posibilidad real y efectiva para la parte contraria de ejercer sus derechos de contradicción y confrontación, a través del contrainterrogatorio que está limitado legalmente a los temas abordados en el interrogatorio directo, al respecto, ha precisado la Corte Suprema de Justicia, Radicado 55651 de 2019, que para que opere la incorporación de una declaración anterior al juicio oral a manera de declaración anterior incompatible con lo declarado en juicio –“testimonio adjunto”–, es requisito indispensable que la parte contra la que se aduce tenga la oportunidad de formular preguntas sobre lo expuesto por el declarante por fuera del juicio oral, de lo que depende la “disponibilidad” del testigo (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 55651, 2019; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 43651, 2018).

Por otro lado, la Corte Suprema de Justicia también ha sido insistente en conservar y preservar la protección de los derechos de las víctimas como también las garantías procesales del acusado, respecto a la incorporación de medios probatorios y el límite que se impone al acusado en su derecho de contradicción, es así que en el marco de un desarrollo jurisprudencial y que actualmente constituye doctrina probable, se ha admitido la posibilidad de incorporar en el juicio oral las declaraciones

rendidas con antelación por los menores de edad solicitado documentos que han sido relacionados en audiencia preparatoria a efectos de su incorporación en el proceso, como testimonio adjunto; se tiene además que la retractación o el cambio de versión de los menores testigos dentro del juicio oral es una dinámica de constante ocurrencia cuando existen declaraciones previas al juicio oral, situación que hace necesaria la proporcionalidad entre la protección a la víctima y las garantías procesales, que precisamente habilita esta posibilidad a cualquiera de las partes para solicitar la incorporación de esa declaración anterior como testimonio adjunto, permitiendo complementar elementos probatorios, refrescar la memoria o impugnar la credibilidad del testigo; fue así que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en Sentencia SP1875-55959 del 12, mayo, 2021, M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa, compiló las reglas expuestas anteriormente para incorporar adecuadamente la declaración previa al juicio oral a título de testimonio adjunto, así:

- (i) El declarante debe retractarse en la vista pública de lo narrado antes.
- (ii) El testigo debe estar disponible para declarar en el juicio.
- (iii) La declaración anterior debe ser incorporada a través de su lectura, a solicitud de la parte Interesada.
- (iv) Es necesario que la parte interesada solicite en el desarrollo del juicio la incorporación de la declaración anterior, como prueba, al percatarse de la retractación del testigo o de la modificación sustancial de su atestación pretérita

Capítulo 4. Desarrollo doctrinal

Pese a que el testimonio adjunto ha sido una figura desarrollada por la jurisprudencia, el tema ha sido abordado por la doctrina desde el fundamento probatorio autónomo de las versiones anteriores. De esta manera, autores como Guerrero, C.J. & Herrera, C.A. (2020), en su libro “*Valor probatorio de las versiones previas antes del juicio oral en el sistema penal acusatorio ley 906 de 2004, desde una perspectiva de la casación penal*”, acogiendo la postura de la Corte Suprema de Justicia, refieren que si bien el artículo 347 de la norma procesal establece, desde una perspectiva general que las exposiciones anteriores no podrán aducirse como pruebas autónomas debido a que no se realizan bajo el principio de contradicción e inmediación, ante la observancia durante el juicio oral de contradicción del testigo o cambio de versión en comparación con las versiones anteriores aportadas, la Corte ha implementado un procedimiento para las partes ante estas eventualidades, permitiéndoles aducir como

elementos de prueba autónomos éstas manifestaciones anteriores. Identificándose las siguientes reglas:

- El testigo debe estar presente y disponible en el juicio.
- Se supedita a que el testigo se haya retractado, contradicho o cambiado la versión.
- Cuando el testigo, estando presente en el juicio se declara renuente a testimoniar, se tendrá como testigo no disponible, por lo que para ese caso no aplicaría la excepción, sino se considerará como prueba de referencia.
- La versión anterior debe incorporarse con su lectura.
- La solicitud de incorporación de la versión anterior debe ser solicitada por la parte interesada, es decir, la parte que este interrogando en su momento, pero se supone, que la contradicción, retractación o cambio de la versión, la hace el testigo frente al sujeto procesal que lo aludió, como quiera, que la contraparte solo se limita en el contrainterrogatorio a impugnar la credibilidad del testigo, de lo que este le haya manifestado a su contrincante en favor de su teoría del caso. Sin embargo, en el evento, en donde la parte aludiente no haga ninguna acción referente al testigo en ese caso y la contraparte avizora tal situación, donde tal contrariedad afecta su teoría del caso, esta puede solicitar, en ese momento, que las versiones previas aportadas por el declarante sean incorporadas y aludidas como elementos de pruebas autónomos por contradicción, ya que el testigo es insistente en su posición contradictoria. Ahora bien, no hay que confundirlo lo anterior con los aspectos de impugnación, donde, en ese caso, es cuando el testigo se contradice en apartes de su declaración, y lo que se busca con la impugnación es desmeritar la credibilidad del deponente, en pocas palabras, que el juez no le crea.

En el mismo sentido, Fonseca & Fonseca (2023), en el libro *“La prueba de testigos en el proceso penal”*, manifiestan que la utilización de las declaraciones anteriores al juicio oral frente a las inconsistencias con lo declarado en juicio o retractación, constituye una herramienta de seguridad jurídica que el ordenamiento jurídico le brinda a las partes, siempre y cuando se cumplan los requisitos desarrollados por la jurisprudencia.

Frente al sistema de protección de los menores víctimas de delitos sexuales, el autor Carlos Parma, (2021) en su obra *“Valoración de la prueba en los delitos sexuales”*, ha expuesto que el niño, niña o

adolescente debe rendir su testimonio durante el juicio oral con todas las garantías procesales, utilizarse sus declaraciones anteriores, y el video realizado a través de la cámara de Gesell, en el cual emitió su relato. Resalta además, que la ponderación de su relato no puede ser llevada a cabo de la misma forma y bajo los mismos parámetros con los que se analizan las declaraciones de los mayores, puesto que los menores que han sufrido este tipo de abusos al ser expuestos en juicio oral dado su desarrollo cognitivo, sensorial y adaptativo pueden verse atemorizados, angustiados al punto de desconfiar de sus propias percepciones, y favorecer al acusado, cambiando su versión o mintiendo, que en la mayoría de los casos los sucesos han ocurrido dentro del ámbito familiar.

TITULO II – ESTUDIO DE CASOS

Capítulo 1. ANÁLISIS DE CASO A. Impugnación especial 59.825. CUI: 68167600013820140010302

Impugnación especial, contra el fallo *condenatorio* del 7 de septiembre de 2016, dictado *por primera vez* -en segunda instancia- por la Sala Penal del Tribunal Superior de San Gil, sentencia SP-4382 de 2021 de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia

- 1. Órgano que profiere el fallo:** Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia
- 2. Radicado del expediente:** Impugnación especial 59.825. CUI: 68167600013820140010302
- 3. Naturaleza de la decisión:** impugnación especial
- 4. Fecha de la decisión:** 21 de septiembre de 2021
- 5. Ponente fallador:** Magistrada Patricia Salazar Cuéllar
- 6. Sujetos intervinientes:** sentenciado Germán Pineda Gallo
- 7. Hechos relevantes:**
 - a)** El señor Germán Pineda Gallo padre de la menor de edad E.F.P.D fue acusado de ejecutar actos sexuales con su hija desde 2010 hasta el 5 de octubre de 2014, quien para la época de la denuncia tenía 14 años de edad, y causa de los hechos le fue diagnosticada afectación síquica (trastorno de ansiedad) de carácter permanente.
 - b)** El 14 de julio de 2016, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Charalá (Santander) de primera instancia, dictó sentencia absolutoria para el señor Germán Pineda Gallo frente a los delitos de acto sexual violento agravado, en concurso con acto sexual con menor de catorce años

agravado y lesiones personales con perturbación síquica de carácter permanente (arts. 31 inc. 1º, 206, 209, 211-2 y 115 inc. 2º del C.P.), ya que en la práctica del testimonio durante el juicio oral, la menor se retractó de las acusaciones contra su padre, y pese a la declaración de la tía de la menor, psicóloga de la Comisaria de Familia, examen sexológico y psiquiatría forense, no se alcanzó el estándar probatorio necesario para condenar por actos sexuales abusivos y violentos.

- c) La Fiscal interpuso recurso de apelación contra la sentencia del 14 de julio de 2016 emitida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Charalá (Santander), el cual fue resuelto por la Sala Penal del Tribunal Superior de San Gil cuya decisión fue revocatoria de la sentencia de primera instancia y en su lugar, condenó al procesado, por los mencionados delitos, a las penas de prisión por 276 meses, multa en cuantía de 39.42 s.m.l.m. e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 20 años, negando tanto la suspensión condicional de la ejecución de la pena como la prisión domiciliaria, al considerar que las declaraciones de la hija previas al juicio tenían mayor credibilidad, ya que se complementaban con otras pruebas practicadas en juicio, como la prueba pericial psicológica, psiquiátrica y las conclusiones del examen sexológico, versión que se confirma en circunstancias que rodean el acontecer fáctico y la incriminación fue persistente, sin ambigüedades ni contradicciones
- d) La defensora y el acusado interpusieron el recurso de apelación contra la sentencia condenatoria, carpeta que fue enviada mediante auto del 26 de septiembre de 2016, el tribunal envió la carpeta a la Corte a efectos de resolver el referido recurso, pero el mismo fue interpuesto de manera incorrecta, así mismo la defensa no hizo uso del recurso extraordinario de casación.
- e) El 18 de enero del año 2021, el señor Germán Pineda Gallo interpuso recurso de doble conformidad, con fundamento en lo dispuesto por la sentencia C-792 de 2014 y solicitando la revocatoria de la sentencia, el cual fue concedido por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia mediante AP819-2021, rad. 48.987.

8. Problema jurídico

¿El ad quem incurrió en un error de derecho al valorar las versiones anteriores de la menor, advirtiendo que se presentó un escenario de retractación durante el juicio oral en el que era trascendente que el ente fiscal incorporara una o varias de esas declaraciones a título de

testimonio adjunto?

9. Referentes normativos y jurisprudenciales

a) Referentes normativos

Ley 906 de 2004

El artículo 16 del código de procedimiento penal establece la regla general de valoración de la prueba, según la cual solo pueden valorarse las pruebas practicadas en el juicio oral con inmediación, concentración, contradicción y confrontación.

El artículo 381 inc. 1° código de procedimiento penal exige que la de las pruebas debatidas y valoradas en juicio valorarse que condene o no al acusado en un grado de conocimiento más allá de duda razonable.

Ley 1652 de 2013

El artículo 3 de la ley 1652 de 2013, materializa el principio de interés superior y prevalente del menor al admitir como pruebas de referencias las declaraciones previas.

b) Referentes jurisprudenciales

La Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en sus pronunciamientos al expresar que el derecho a la confrontación constituye uno de los pilares del sistema de enjuiciamiento criminal regulado en la ley 906 de 2004, por constituir una garantía judicial mínima del procesado y dada su importancia para la depuración de la prueba testimonial (Corte Suprema de Justicia sentencias AP5785, 30 sep. 2015, Rad. 46153; CSJSP, 11 jul 2018, Rad. 50637; CSJSP, 20 may. 2020, Rad. 52045).

Dentro de los elementos estructurales del derecho a la confrontación se encuentran: la posibilidad de controlar el interrogatorio y de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo, con las prerrogativas del contrainterrogatorio y, en general, con las posibilidades dispuestas en el ordenamiento jurídico para la impugnación de los testigos (Corte Suprema de Justicia Sala Penal 729-2021, radicación 53.057).

Es importante recordar que cuando la víctima del delito es un menor de edad, es necesario brindarle la protección especial dispuesta en el ordenamiento jurídico, lo que no significa la eliminación de las garantías mínimas del procesado puesto que estas también son de contenido constitucional y legal.

En este sentido, el ordenamiento jurídico le brinda a la Fiscalía diversas posibilidades para presentar en el juicio oral la declaración de un niño que comparece en calidad de reputada víctima de delitos sexuales u otras conductas graves, a saber: i) hacer uso de la prueba anticipada; ii) solicitar la declaración anterior como prueba de referencia o iii) presentar al menor como testigo en el juicio oral (Corte Suprema de Justicia Sala Penal, 11 jul 2018, rad. 50.637; CSJSP, 20 mayo 2020, rad. 52.045, 4234-2020, rad. 55.615 y SP3192-2021, rad. 54.508, entre otras).

En este sentido, cuando se presenta al menor como testigo en el juicio oral, la Fiscalía debe proveer la posibilidad de retractación de su versión anterior o cambio de la misma, escenario frente al cual cuenta con la herramienta de incorporación de las declaraciones anteriores a título de *testimonio adjunto* y que supone lo siguiente: i) por razones obvias, el testigo debe estar presente en el juicio oral; ii) como el juez no conoce -ni debe conocer- el contenido de las declaraciones antes de la práctica de la prueba en el juicio oral-, son las partes -especialmente la que presenta el testigo- las que primero detecten el cambio de versión; iii) para ilustrar al juez sobre lo que está sucediendo, se debe demostrar a través del interrogatorio que el testigo se ha retractado o cambiado su versión; iv) hasta ese momento, la declaración anterior no existe como prueba, porque estas versiones, por regla general, solo constituyen actos preparatorios del juicio oral; v) la parte interesada en que se incorpore la declaración anterior a título de “*testimonio adjunto*” debe hacer la solicitud expresa, entre otras cosas, para que la contraparte tenga la oportunidad de oponerse; vi) si el juez decide que es procedente la admisión, debe procederse a la incorporación de la declaración anterior; vi) es requisito esencial que el testigo no solo está disponible físicamente, sino que lo esté para ser contrainterrogado, ya que la posibilidad de ejercer esta faceta crucial del derecho a la confrontación constituye la principal diferencia entre la

prueba de referencia y el testimonio adjunto y vii) por tanto, si el testigo no está disponible para ser contrainterrogado sobre lo que testificó en el juicio y lo que declaró con antelación, la declaración rendida por fuera del juicio oral constituye prueba de referencia, sometida a las reglas ya mencionadas (Corte Suprema de Justicia Sala Penal, 25 ene 2017, rad. 44.950; CSJ, 20 mayo 2020, rad. 52.045; CSJSP, 4 dic 2019, rad. 55.651, entre otras).

10. Ratio decidendi

El *ad quem* apreció y valoró las plurimencionadas declaraciones anteriores de la menor E.F.P.D como pruebas legalmente aducidas, como lo fueron los relatos ofrecidos por la menor ante su tía María Rosalba, la psicóloga de la Comisaría de Familia de Charalá, el médico legista y el siquiatra forense, por tratarse de una narración consistente, espontánea, reiterativa, sincera, circunstanciada, con riqueza descriptiva y respaldada afectivamente, sin que se detecten motivos para una falsa incriminación. Así mismo expuso que el escenario de retractación de la menor se explica por los sentimientos de compasión y culpa por creerse responsable del sufrimiento de su padre, a quien “mandó a la cárcel”, escenario que valorado junto con las versiones anteriores no está lo suficiente soportado probatoriamente para absolver al acusado.

La Sala por su parte examina la declaratoria de responsabilidad, desde dos aspectos fundamentales, la aptitud legal de determinada evidencia testimonial para ser apreciada; por otra, en punto de valoración, en el marco del tratamiento de las retractaciones de testigos menores de edad reputados víctimas de delitos sexuales, si se cumple el estándar de conocimiento requerido para condenar, concluyendo el *ad quem* incurrió en errores de derecho en las fases de aducción y apreciación probatoria, teniendo en cuenta que la Fiscalía optó por presentar a la menor como testigo durante el juicio oral, y ante la retractación de la misma no tomó las medidas pertinentes para lograr la incorporación de las declaraciones anteriores a título de testimonio adjunto cuando la menor estaba declarando, y por ende al no incorporarsen en el momento adecuado, se privó de la posibilidad de contrainterrogar sobre los aspectos incriminatorios del testimonio; las declaraciones anteriores no fueron legalmente incorporadas como testimonio adjunto por cuanto no se cumplieron los requisitos siendo esto violatorio del debido proceso, y al valorarse las pruebas restantes no son suficientes para declarar responsable al procesado como autor de actos sexuales abusivos y violentos.

11. Reflexiones sobre los fundamentos del órgano que profirió el fallo

Si bien la Fiscalía optó por la práctica del testimonio de la menor E.F.P.D. en el juicio oral, se presentó el escenario de retractación, puesto que la testigo se limitó a decir que mintió en sus declaraciones anteriores para dejar de vivir con su padre; ante esa situación, la fiscal incurrió en errores para acreditar su teoría del caso, como lo fueron:

- No agotar el trámite para la incorporación de las versiones anteriores de la niña, a título de testimonio adjunto, para impugnar durante el interrogatorio la credibilidad de la menor
- No promover la incorporación de esas versiones como prueba de referencia.

Esta ausencia de incorporación de las declaraciones anteriores en el momento adecuado, es decir, cuando el testigo está declarando, logrando que de viva voz se refiera a lo expuesto con anterioridad al juicio, implica en el marco del derecho a la confrontación, la privación total de la posibilidad de contrainterrogar sobre los aspectos incriminatorios del testimonio, y así las múltiples versiones incriminatorias de la menor por fuera del juicio oral, que daban cuenta de actos y accesos carnales mediados por violencia quedaron completamente desconocidos en el interrogatorio de E.F.P.D. en el juicio oral.

12. Conclusiones

La Fiscalía practicó el testimonio de la menor E.F.P.D. en el juicio oral, y la testigo se retractó, diciendo que mintió en sus declaraciones anteriores para dejar de vivir con su padre. Al respecto, las preguntas que realizó la Fiscalía por conducto de la Comisaria de Familia fueron:

- *¿Sabes el motivo por el cuál te encuentras en este despacho? - sí, señora.*
- *Como dices que sabes, ¿quieres contarnos qué fue lo que sucedió? - Hace un tiempo estaba cansada de que me dijeran qué podía hacer y qué no, me quería salir de la casa igual que mis hermanos y decidí decir una mentira para salirme de la casa y era que mi papá me había violado. Le dije esa mentira a mi tía Rosalba y ella puso la denuncia y desde entonces sostuve esa mentira hasta el día de hoy, porque hace días atrás me di cuenta de que estoy haciendo sufrir a mucha gente por mi culpa.*
- *¿Alguien te está presionando para que digas eso ante este estrado judicial? - No, señora.*
- *¿Alguien te ha dicho que lo dijeras? - No, señora.*

Luego de un receso para reformular el cuestionario ante la “declaración sorpresiva” de la testigo, el interrogatorio prosiguió de la siguiente manera:

- *La tía Gladys y el señor Arturo, ¿qué apellidos tienen? - Mi tía es María Gladys Pineda Gallo y mi tío Arturo es Arturo Pineda Buitrago.*
- *¿Ellos son familia o ella es hermana de quién? - De mi papá.*
- *¿Desde qué fecha vives con ellos? - Desde el 5 de octubre de 2015.*
- *¿En algún momento le has contado a algún funcionario si has sido agredida en tu integridad; es decir que alguien haya atentado en contra tuya? - Sí lo he dicho.*
- *¿Quieres contarnos cuál es el motivo, por qué lo hiciste? - Porque desde un principio dije esa mentira y la tenía que sostener.*
- *¿Quieres contarnos por qué motivo te fuiste el 5 de octubre de 2014 de tu casa? - Porque mi papá no me dejaba salir, no me dejaba estar con mis compañeras, nos privaba de..., no nos dejaba que jugara con mis hermanos porque yo era mujer y ellos eran hombres, no quería estar con ellos después que murió mi mamita, no quería estar con ellos.*
- *¿Cómo era tu relación con tu hermano? - ¿Con K? él estaba siempre conmigo, mi mano derecha, él me apoya en todo y yo lo apoyo a él en todo lo que pueda.*
- *¿Por qué te fuiste de la casa de la tía María Rosalba? - Porque el marido de ella y ella peleaban mucho porque nosotros estábamos ahí.*
- *¿Cómo era el trato de tu papá a ti y a tu hermano K.? - A veces nos pegaba, nos regañaba, nos daba consejos también, cuando hacíamos algo malo nos pegaba, nos regañaba, pero también nos daba consejos y nos daba el estudio.*
- *¿Quieres contarnos cómo era cuando vivías con tu papá tu desempeño académico? - Éramos 20 en el grado, ocupaba del quinto puesto hasta el primero.*
- *Cuando en el colegio te ponían trabajos para hacer en grupo, ¿te permitían reunirse con ellos? – No, señora.*
- *¿Sabes cuál es la razón por la que no te permitían hacerlo? - No le gustaba que saliera y los trabajos los hacíamos en las tardes, no le gustaba que yo saliera sola.*
- *Tu tía Rosalba nos ha contado que te fuiste de la casa para no encontrarte con tu papá, ¿es eso cierto? - No.*
- *¿A alguien le contaste respecto de la mentira que dices que dijiste? – No, señora.*
- *Cuando estabas viviendo con tu tía Rosalba, ¿tenías comunicación con tu papá? – No,*

señora.

- *Después del fallecimiento de tu mamá, ¿cómo era el trato que recibías de parte de tu papá?*
- *Yo me alejé un poco de él porque me sentía sola, necesitaba a una mujer que estuviera ahí conmigo y él se la llevaba más con mis hermanos que conmigo.*
- *Cuando vivías con tu papá y con K. ¿tenías relación con otros familiares?* - *Sí, con mi tía Gladys, con todos mis tíos.*
- *¿Quieres contarnos si has estado en el médico para tratar alguna deficiencia o alguna novedad en tu salud?* – *No, señora.*

Cabe resaltar que la defensa no realizó contrainterrogatorio

Estando frente a una situación retractación de la menor, la fiscal no agotó el trámite para la incorporación de las versiones anteriores de la niña, a título de testimonio adjunto, sin prever esta situación tampoco hizo uso de las mismas a fin de impugnar durante el interrogatorio la credibilidad de la menor ni solicito su admisión como prueba de referencia en los estadios procesales anteriores.

La menor E.F.P.D., presentada como testigo en el juicio oral quien contaba con 16 años de edad, estuvo siempre disponible durante la práctica del testimonio, esto es, se cumplía con el requisito indispensable para que ingresaran como prueba las declaraciones anteriores realizadas por ella ante su mención espontanea de retractación a la vista pública.

Pese a que el fallo de primera instancia fue absolutorio, la Sala Penal del Tribunal Superior de San Gil lo revocó a partir de múltiples consideraciones como la poca credibilidad de la retractación de E.F.P.D., y la valoración de las declaraciones anteriores como pruebas legalmente aducidas, sin pronunciarse frente a los requisitos para la incorporación de las declaraciones anteriores de aquélla, como prueba legalmente idónea, incurriendo por estas razones un error de derecho por falso juicio de legalidad, lo que condujo a que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia revocara la sentencia impugnada y en su lugar, dejar vigente la absolución dictada en primera instancia, al ser excluidas estas declaraciones previas de la estructura probatoria que soporta la declaratoria de responsabilidad penal. Equivocadamente

el Tribunal valoró los informes periciales incorporados por la fiscalía, puesto las observaciones y conclusiones, expuestas y sustentadas en el juicio por los profesionales a partir de lo examinado y relatado por la menor constituyen solamente prueba de referencia, dado que los hechos narrados por el entrevistado no fueron percibidos directamente por ellos.

Resalta la Sala que para la debida y adecuada incorporación de las declaraciones previas al juicio oral a título de testimonio adjunto, se deben cumplir unas reglas que han sido desarrolladas y confirmadas por la jurisprudencia:

- El testigo debe estar disponible en el juicio oral. De lo contrario, la declaración previa solo puede constituir prueba de referencia.
- Las partes deben advertir al juez a través del interrogatorio sobre el cambio de versión, a efectos de la confrontación entre la declaración previa y el testimonio en juicio.
- Hasta ese momento, la declaración previa al juicio no constituye todavía prueba. La parte interesada debe solicitar expresamente que se incorpore al juicio como testimonio adjunto.
- El juez debe correr traslado de la solicitud a la contraparte, para que pueda ejercer oposición.
- Si procede la admisión por parte del juez, la declaración anterior debe incorporarse.

De esta manera, el momento de hacer uso de esta herramienta debe existir un equilibrio entre la protección de los derechos de las víctimas y las garantías procesales del acusado, aspectos como la oponibilidad, el pronunciamiento judicial y la existencia de una efectiva incorporación de las declaraciones anteriores durante el interrogatorio, lo que da paso al contrainterrogatorio.

El contrainterrogatorio además de ser un elemento estructural del derecho a la confrontación, es la posibilidad efectiva para la defensa y el procesado de contradecir al testigo sobre lo expuesto por fuera del juicio oral, siendo esta la principal diferencia entre el testimonio adjunto y la prueba de referencia, en el entendido de que si el testigo no está disponible para ser contrainterrogado sobre lo que testificó en el juicio y lo que declaró con antelación, la declaración rendida por fuera del juicio oral constituye prueba de referencia, sometida a las reglas legales sobre la misma. Derecho a la confrontación que en el caso concreto se negó

desde el momento en que no se incorporó en su momento las declaraciones anteriores a título de testimonio adjunto que como ya se expuso debe surtir un procedimiento, y al ad quem emitir fallo condenatorio aceptando la aducción legal de estas declaraciones anteriores consignadas en los informes periciales, fue violatorio del debido proceso, razones por las cuales la Sala decidió revocar la sentencia impugnada cobrando vigencia la absolución dictada en primera instancia.

Capítulo 2. Caso B Impugnación especial radicación 62852.

Impugnación especial, contra el fallo *condenatorio* del 6 de septiembre de 2022, dictado *por primera vez* -en segunda instancia- por la Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, sentencia SP170-2023 radicación 62862, de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia

- 1. Órgano que profiere el fallo:** Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia
- 2. Radicado del expediente:** Impugnación especial radicación 62852.
- 3. Naturaleza de la decisión:** impugnación especial
- 4. Fecha de la decisión:** 10 de mayo de 2023
- 5. Ponente fallador:** Magistrada Luis Antonio Hernández Barbosa
- 6. Sujetos intervinientes:** sentenciado Julio David Patiño Contreras
- 7. Hechos relevantes:**
 - a)** El señor Julio David Patiño Contreras vivía con la madre de la menor de edad AVAC quien para la época de los hechos (febrero y mayo de 2016) tenía 14 años de edad, y fue acusado los delitos de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, agravado, en concurso homogéneo y sucesivo, imputación de fecha 28 de enero de 2019 ante el Juzgado Tercero Penal Municipal de Duitama.
 - b)** El 15 de agosto de 2019, en conocimiento del Juzgado Primero Penal del Circuito de Duitama, se surtió la audiencia de formulación de acusación, realizándose el 7 de noviembre de 2019 la audiencia preparatoria.
 - c)** El 24 de junio de 2020, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Duitama de primera instancia, absolvió a Julio David Patiño Contreras de los cargos por los cuales fue acusado, considerando que las declaraciones de la víctima eran contradictorias y dejaban dudas

acerca de la relación sexual, teniendo en cuenta que se retractó de lo que dijo en versiones anteriores al juicio, y por lo cual se debe preferir la retractación de la menor a la acusación que hizo ante familiares, el legista y la psicóloga judicial, por lo cual no existe prueba más allá de toda duda de la responsabilidad del acusado.

- d)** El Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo resolvió el recurso de apelación contra la sentencia absolutoria y condenó por primera vez en segunda instancia a Julio David Patiño Contreras como autor del delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años, en concurso sucesivo y homogéneo, a 198 meses de prisión y a la inhabilitación de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, explicando en qué consiste la retractación y destacó que en las entrevistas que rindió la menor narró lo acontecido con bastante detalle, por lo cual es inútil la justificación posterior para desdecirse de semejantes acusaciones.
- e)** La defensora y el acusado interpusieron el recurso de impugnación contra la primera sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo en segunda instancia, solicitando revocar la primera sentencia condenatoria y dejar en firme la absolutoria de primera instancia.

8. Problema jurídico

¿Frente al escenario de cambio de versión en el testimonio que rindió la menor AVAC en el juicio oral, la incorporación de su versión anterior por parte de la Fiscalía cumplió los presupuestos legales para garantizar el debido proceso y ejercicio del derecho a la confrontación por parte del acusado?

9. Referentes normativos y jurisprudenciales

c) Referentes normativos

Ley 906 de 2004

El artículo 403, numeral 4 del código de procedimiento penal establece que las declaraciones anteriores, no es necesario solicitarlas como prueba y que se decreten, pueden emplearse para impugnar credibilidad, con el fin de, entre otras finalidades, cuestionar "manifestaciones anteriores del testigo, incluidas aquellas hechas a terceros, o entrevistas, exposiciones, declaraciones juradas o interrogatorios en audiencias ante el juez de control de garantías.

El artículo 10 código de procedimiento penal indica que el proceso penal supone el respeto de las garantías debidas a las partes en la aproximación racional a la verdad, cometido que se logra a partir de una comprensión material del debido proceso y de los principios en que se sustenta.

El artículo 15 código de procedimiento penal, indica que las partes tienen el derecho a conocer y controvertir las pruebas.

d) Referentes jurisprudenciales

La jurisprudencia ha sido reiterativa en las reglas que se deben cumplir para emplear declaraciones anteriores al juicio como testimonio adjunto. Al respecto ha indicado que en el evento de que el testigo concurra al juicio, pero presente una declaración distinta a la ofrecida previamente, se debe observar lo siguiente:

- a. Que el testigo se encuentre disponible. En caso contrario solo se puede utilizar como prueba de referencia.
- b. Las partes deben advertir al juez sobre el cambio de versión a efectos de confrontar la declaración anterior y el testimonio en juicio.
- c. La parte debe solicitar expresamente que se incorpore la declaración anterior al juicio como testimonio adjunto.
- d. El juez debe correr traslado a la contraparte para que formule su oposición o exprese su consentimiento.
- e. La declaración se incorpora como prueba si el juez la admite.

El testimonio adjunto se ofrece como una alternativa excepcional ante una situación sobreviniente e inesperada, derivada del cambio imprevisto de la declaración del testigo, pues la parte actúa con la confianza que reiterará lo dicho por fuera de la audiencia. Dicho testimonio se incorpora al juicio como prueba autónoma; por eso es adjunto. De allí que se haya dicho que en la praxis "la declaración anterior debe ser incorporada a través de su lectura - por la persona que la brindó, no por un tercero, se agrega, a solicitud de la parte interesada, para que el juez, contando con las dos versiones, pueda valorarlas y definir la credibilidad de una y otra, o inclusive, de apartes de la anterior y fragmentos de la última,

o descartarlas (Corte Suprema de Justicia Sala Penal 934 de 2020, rad. 52045).

La Corte ha privilegiado lo material sobre lo instrumental para evitar que temas formales primen sobre una concepción sustancial de la justicia, en aquellos casos en los que se cumplen en la práctica todas las condiciones para incorporar y valorar como testimonio adjunto declaraciones anteriores entregadas por fuera del juicio oral. Sostuvo que así formalmente la parte no haya solicitado que entrevistas por fuera del juicio se decreten como testimonio adjunto, las declaraciones anteriores se pueden apreciar válidamente, siempre que en el juicio se haya garantizado la contradicción y confrontación de la prueba.

La Sala señaló que en la incorporación de declaraciones anteriores al juicio de un testigo disponible a manera de testimonio adjunto - categoría de creación jurisprudencial, se deben cumplir dos condiciones: que se decrete la prueba, para garantizar que la parte pueda oponerse a la misma y que en su práctica se garantice el derecho de contradicción.

Así mismo, la Sala indicó que cuando se alega la violación de algún requisito para la obtención o práctica de los medios de convicción, debe analizarse la trascendencia del error, en orden a establecer si el mismo es de tal entidad que justifique una decisión tan importante como la exclusión de una prueba pertinente, sin que el debido proceso sea un agregado de formas sin contenido, sino que estas deben considerarse en función de las finalidades del proceso penal y de la prueba -la aproximación racional a la verdad, en lo cual se debe garantizar su contradicción y confrontación. Expresó la Sala que aunque no resulte frecuente, es posible que una parte se vea forzada a impugnar la credibilidad de un testigo solicitado por ella misma, como cuando, en medio del juicio, se percata que el declarante ha mentado. Es más, es posible que el testigo no se retracte o cambie su versión y sea posible que su credibilidad deba ser impugnada, sí en un momento específico de su declaración se constata que ha faltado a la verdad (antes y/o durante el juicio), y aunque formalmente no se dispone en aquella oportunidad la incorporación de las declaraciones anteriores al juicio como testimonio adjunto, y sin necesidad de una decisión concreta pueden ingresar materialmente en esa condición (Corte Suprema de Justicia SP del 12 de mayo de 2021, rad. 55959).

10. Ratio decidendi

El *ad quem* valoró la declaración rendida en el juicio, así como las anteriores, realizando un juicio de comparación entre ellas. En este sentido aunque en el juicio la menor AVAC pretendió exonerar al procesado Julio David Patiño Contreras, cambiando su versión no lo logró, puestos que las declaraciones anteriores al juicio oral de AVAC y la que rindió en ese escenario, para el Tribunal tiene mayor valor suasorio la primera versión por tener respaldo en las demás pruebas o en la valoración periférica de esa atestación, atendiendo los parámetros jurisprudenciales de valoración probatoria, en caso de retractación o contradicción. Además de lo anterior el Tribunal, analizó que la menor refirió varios episodios sexuales con el acusado; al ser interrogada en relación con lo que le expresó al legista no lo negó, sino que dijo no recordar apartes de esa versión y que otras fueron alteradas, principales consideraciones que conllevaron a la Sala a confirmar la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo el 6 de septiembre de 2022, por medio de la cual condenó por primera vez en segunda instancia a Julio David Patiño Contreras, como autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años.

11. Reflexiones sobre los fundamentos del órgano que profirió el fallo

En el juicio, la Fiscalía optó por presentar a la menor AVAC como testigo, en cuya práctica ante un escenario de cambio parcial de versión, la fiscalía utilizó la anamnesis que forma parte del concepto médico, la cual solicitó que la menor leyera en su integridad, previo traslado al defensor y la totalidad del video que contenía la entrevista ante la psicóloga judicial, de manera que dichas declaraciones, con la anuencia del juez y con la posibilidad de que la defensa las controvirtiera, se incorporaron garantizando a plenitud su confrontación.

12. Conclusiones

Dentro de las apreciaciones del testimonio de la menor AVAC practicado durante el juicio en un escenario de cambio parcial de versión, se concluye lo siguiente:

(i). No se desdijo totalmente lo que la menor le comentó al médico legista en su versión anterior. Es decir, aceptó que sostuvo relaciones sexuales consentidas con Julio Patiño Contreras, como se lo manifestó al profesional. La parte transcrita del testimonio en la que señaló: "También me metía los dedos en la vagina, me daba besos en la boca y el cuello, me

cambiaba de posición y me penetraba por detrás como un perrito, y me mojaba y se mojaban las sábanas, y quedaban mojadas y con un olor raro", no la negó, o mejor, no se retractó de ella.

(ii). La acusación de que su versión fue alterada en partes se explica como una excusa para justificar su deseo de retractarse de la imputación inicial. Al mantener la imputación inicial, esa pretensión carece de la capacidad para poner en tela de juicio su versión.

(iii). En ese contexto de cambio parcial de versión de la testigo víctima, queda claro que el deseo de favorecer a Julio David Patiño Contreras es inadmisibles, pues la incriminación, además de ser corroborada por su familiar, con todo y que dijo que dudaba de su veracidad, fue incluso reafirmada parcialmente en el juicio por la menor, de modo que la nueva versión con la que pretendió exculpar al acusado, no es creíble.

Cabe resaltar que la regla general, conduce a que únicamente pueden ser objeto de ponderación judicial los testimonios escuchados en el juicio, pues cuando tienen lugar fuera de tal escenario son inadmisibles como elementos de convicción, a menos que se acredite una causal de admisión por tratarse de una prueba de referencia o de un testigo disponible en juicio que se retractó o varió sustancialmente su versión anterior, el cual puede ser incorporado como testimonio adjunto.

Se tiene que la incorporación de declaraciones anteriores al juicio de un testigo disponible a manera de testimonio adjunto es una categoría de creación jurisprudencial, la cual ha definido las reglas y condiciones que se deben cumplir, estas últimas que consisten principalmente en que se decrete la prueba, para garantizar que la parte pueda oponerse a la misma y que en su práctica se garantice el derecho de contradicción.

Es importante, que haya calidad sobre las pruebas que han de fundamentar el fallo, de aquí la carga que se impone tanto a la Fiscalía, como a los demás sujetos procesales e intervinientes, de asumir su rol adecuadamente y solicitar la incorporación de las declaraciones anteriores como testimonio adjunto, cumplir las demás exigencias para que tengan tal carácter, sin que, signifique ceñirse a las formalidades, ya que en discusión de dichas exigencias se debe ponderar las finalidades y las formas con base en el principio de trascendencia.

Aunque en el caso concreto, el problema jurídico no estuvo orientado al cumplimiento de los requisitos de incorporación del testimonio adjunto en el escenario de cambio de versión presentado, se concluye que la fiscalía utilizó la anamnesis que forma parte del concepto médico, solicitando que la menor lo leyera en su integridad; garantizando el debido proceso y el principio de contradicción previamente realizó el traslado al defensor, así como también de la totalidad del video que contenía la entrevista ante la psicóloga judicial, para que la parte contraria las contravirtiera y se incorporaran en cumplimiento de las garantías procesales.

Ante el escenario de cambio parcial de versión de la testigo menor víctima, las falencias por parte de la Fiscalía en el cumplimiento de los requisitos de incorporación de las versiones anteriores a título de testimonio adjunto se analizaron a la luz del principio de trascendencia en orden a establecer si el yerro es de tal entidad que justifique una decisión tan importante como la exclusión de una prueba pertinente, así mismo se constató que materialmente se trató de un testimonio adjunto en cumplimiento de dos requisitos importantes los cuales ha destacado la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia dejando a un lado los formalismos, esto es que se decreta la prueba en el estado procesal correspondiente, para garantizar que la parte pueda oponerse a la misma y que en su práctica se garantice el derecho de contradicción, como lo fue para el caso concreto el ejercicio del contrainterrogatorio por parte de la defensa.

Capítulo 3. Caso C, Casación radicación 53259.

Sentencia SP164-2023 radicación 53259, de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, a través de la cual se resuelve recurso de Casación interpuesto por la defensa de CLAUDIA ESTER PÉREZ COLÓN contra la sentencia que profiriera el Tribunal Superior de Sincelejo el 08 de mayo de 2018, revocatoria de la emitida el 1° de junio de 2017 por el Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de Corozal (Sucre), que confirmó la absolución del procesado JERSON GEI MÉNDEZ HERNÁNDEZ como autor del delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado, también revocándola en el sentido de condenar a CLAUDIA ESTER PÉREZ COLÓN como autora responsable de acceso carnal abusivo con menor de catorce años en concurso con proxenetismo con menor de edad.

1. Órgano que profiere el fallo: Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia

2. Radicado del expediente: casación radicación 53259.

3. Naturaleza de la decisión: recurso de casación.

4. Fecha de la decisión: 3 de mayo de 2023

5. Ponente fallador: Magistrado Hugo Quintero Bernate

6. Sujetos intervinientes: procesada Claudia Ester Pérez Colón

7. Hechos relevantes:

- f)* El 09 de mayo de 2013 ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Los Palmitos (Sucre), la Fiscalía formuló imputación contra CLAUDIA ESTER PÉREZ COLÓN madrina de la MISR quien para la época de los hechos tenía 13 años de edad, como coautora de acceso carnal violento agravado en concurso con proxenetismo con menor de edad agravado en calidad de autora, descritos en los artículos 205, 211-4, 213A, 216-1 y 31 del Código Penal, y al señor Jerson Gei Méndez Hernández se le atribuyó ser autor de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, artículo 208 ejusdem.
- g)* Posteriormente en audiencia de acusación el 20 de junio de 2013, la Fiscalía varió la calificación jurídica de los delitos atribuidos a CLAUDIA ESTER PÉREZ COLÓN, a quien se acusó a la postre como autora de proxenetismo con menor de edad, artículo 213A del Código Penal; y en concurso con acceso carnal abusivo con menor de catorce años, artículo 208 de la citada codificación.
- h)* La audiencia preparatoria se adelantó el 21 de octubre de 2013, y posteriormente el juicio oral se surtió en varias sesiones que se llevaron a cabo los días 02 de junio, 14 de julio y 11 de agosto de 2015, 24 de febrero de 2016 y 23 de mayo de 2017, ante el Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de Corozal Sucre, última fecha en la cual se anunció sentido de fallo absolutorio a favor de ambos procesados por todos los cargos objeto de la acusación.
- i)* El 1° de junio de 2017 el Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de Corozal Sucre profirió sentencia absolutoria por cuanto la información documentada por la Fiscalía General de la Nación a través de la Policía Judicial, fue completamente desvirtuada de manera directa tanto por la menor MISR, de quien se dijo era la víctima directa de los hechos, como por sus progenitores Ramiro Salgado Pérez y Maricela Candelaria Rivero Olivera. Testimonio de la víctima única testigo directa de los hechos, que presentada

durante el juicio oral se retractó frente a la entrevista inicial rendida, situación que impuso la prevalencia de la presunción de inocencia que ampara a los procesados.

- j)** El 08 de mayo de 2018, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Sincelejo, resolvió el recurso de apelación contra la sentencia absolutoria, interpuesto por la Fiscalía delegada y la representante judicial de la víctima, decidiendo por una parte confirmar la absolución proferida a favor de Jerson Gei Méndez Hernández, dada principalmente por la participación de la menor durante el juicio oral quien se retractó de las inculpaciones al procesado, y dadas las particularidades del caso se hizo remisión a la sentencia C-146 de 1994 de la Corte Constitucional, concluyendo en esta oportunidad la Sala que se configura una causal de justificación para la consumación de las relaciones sexuales con una menor de 14 y mayor de 12 años, aunada a que en la pugna entre la protección al bien jurídico tutelado penalmente y la protección a la unidad familiar y los derechos de los niños, hijos de MISR y Jerson Méndez, a tener una familia, debe prevalecer esta última, desapareciendo la antijuridicidad de la conducta.

Por otra parte, pese a que la menor MISR también se retractó de las inculpaciones contra su madrina, dada la introducción de las declaraciones previas a través del testimonio adjunto, la Sala decidió revocar la sentencia impugnada, en el sentido de condenar a CLAUDIA ESTER PÉREZ COLÓN como autora responsable de acceso carnal abusivo con menor de catorce años en concurso con proxenetismo con menor de edad, a las penas de 288 meses de prisión, multa de 91 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso que la sanción privativa de la libertad. No se le concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena, tampoco la prisión domiciliaria.

- k)** Contra esta determinación, la defensa de CLAUDIA ESTER PÉREZ COLÓN interpuso recurso extraordinario de casación, cuya demanda fue admitida mediante auto del 06 de noviembre de 2019 en garantía del derecho a la doble conformidad.

l) Problema jurídico

¿Frente al escenario retractación en el testimonio que rindió la menor MISR durante el juicio oral, se valoró individualmente y en conjunto, bajo la sana crítica, la totalidad de las pruebas practicadas en juicio, garantizando el debido proceso y ejercicio del derecho a la confrontación por parte de la acusada?

8. Referentes normativos y jurisprudenciales

a) Referentes normativos

El artículo 347 de la ley 906 de 2004, comprende dos interpretaciones en cuanto establece que una declaración anterior al juicio oral “no puede tomarse como una prueba por no haber sido practicada con sujeción al interrogatorio de las partes”, y cuando se supera la imposibilidad de ejercer el derecho a la confrontación (que tiene como uno de sus elementos estructurales la posibilidad de contrainterrogar al testigo), desaparece el principal obstáculo para que el juez pueda valorar la declaración rendida por el testigo por fuera del juicio oral, cuando éste se ha retractado o cambiado su versión en este escenario.

e) Referentes jurisprudenciales

Se destaca el criterio uniforme de la Corte Suprema de Justicia a través de la sentencia SP606-2017, 25 ene 2017, rad. 44950, según la cual se ha reiterado que la retractación de los testigos en el juicio oral es un fenómeno frecuente en la práctica judicial colombiana, incluso en el derecho comparado también se contempla la posibilidad de incorporar como prueba las declaraciones anteriores inconsistentes con lo declarado en juicio; retractación o cambio de versión del testigo, que puede obedecer a amenazas, sobornos, miedo, el propósito de no perpetrar una mentira, etc., lo que genera graves consecuencias en la obtención de justicia.

9. Ratio decidendi

Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Sincelejo en su decisión de condenar a CLAUDIA ESTER PÉREZ COLÓN como autora responsable de acceso carnal abusivo con menor de catorce años en concurso con proxenetismo con menor de edad, se ajusta a derecho por cuanto resalta la utilización de declaraciones anteriores incompatibles con lo declarado por el testigo en el juicio oral en un escenario de retractación como ocurre en el caso concreto, acogiendo al criterio uniforme de la Corte Suprema de Justicia en materia de testimonio adjunto, siendo necesario que se cumplan sus requisitos dentro de los que se encuentran que las pruebas hayan sido decretadas, para garantizar que la parte pueda oponerse a la misma y que en su práctica se garantice el derecho de contradicción. En ese orden de ideas, la Sala contrasta las dos versiones dadas por MISR, coincidiendo con el ad quem, al otorgarle a la

primera digna de credibilidad, y no la segunda, en cuanto describe y detalla los episodios que vivió de forma espontánea, limitándose en esa oportunidad a responder las preguntas que le hizo el servidor de policía de infancia y adolescencia que tuvo conocimiento de la noticia criminal y se encargó de la verificación de los hechos denunciados en función del restablecimiento de los derechos de la víctima, versión que se corrobora con otros medios de prueba en respaldo de esa versión inicial, como son los testimonios de Maricela Rivero y Ramiro Salgado progenitores de MISR.

10. Reflexiones sobre los fundamentos del órgano que profirió el fallo

El testimonio de la menor MISR, fue decretado como testigo común por el juzgado de conocimiento, quien al responder el cuestionario realizado por la Fiscalía transmitido por el Defensor de Familia, cambio su versión acerca de las acusaciones realizadas contra su madrina la señora CLAUDIA PÉREZ. Ante este escenario de cambio de versión la Fiscalía solicitó ante el juez la incorporación de la versión anterior de la menor MISR rendida ante el investigador de policía judicial de fecha 13 de enero de 2013 durante la etapa de indagación, y a través de su lectura integral en el debate oral fue conocida por el juez, en el marco del principio de inmediación, garantizando para la defensa de CLAUDIA PÉREZ el ejercicio del derecho a la confrontación de la testigo y la contradicción del elemento incorporado en este escenario.

11. Conclusiones

La aplicación del testimonio adjunto como herramienta procesal por parte de la Fiscalía frente a la situación de retractación de las aseveraciones de la menor MISR contra su madrina la señora CLAUDIA PÉREZ, durante el juicio oral, cumplió con los requisitos establecidos por la jurisprudencia para su procedencia en plena observancia de los principios de los artículos 15, 16 y 17 de la ley 906 de 2004, esto es garantizando a la parte contraria la confrontación y contradicción de la prueba, de la siguiente manera:

i) La menor MISR estuvo disponible para declarar en el juicio, físicamente y funcionalmente, dígame, estuvo en capacidad de atestiguar, conforme quedó registrado en las grabaciones de audio/video de las diligencias judiciales en las que participó. Téngase en cuenta que es

requisito indispensable que el testigo esté disponible en el juicio oral para ser interrogado sobre lo declarado en este escenario y lo que atestiguó con antelación cumpliéndose en este estadio con la garantía de confrontación y contradicción para el acusado.

Aparte de responder interrogantes relacionados, inicialmente, con la relación sostenida con Jerson Méndez, pasó a negar las relaciones sexuales con otros hombres antes de él; negó que CLAUDIA PÉREZ la penetrara en la vagina con un dedo o le motivara a tener relaciones sexuales con hombres a cambio de dinero. Aun así la menor, reconoció que sí tuvo relaciones sexuales con otros hombres cuando tenía trece (13) años, sin dar nombres, fechas o sitios donde eso ocurrió; y agregó que todo lo dicho en la entrevista sobre su madrina es mentira pues lo hizo por la rabia que le tenía a una hija de ella.

Adicionalmente, se cuenta con medios de prueba que corroboran y respaldan esa versión inicial, como son el dictamen médico legal sexológico y los testimonios de sus progenitores de MISR, quienes, a pesar de no haber percibido en forma directa los agravios narrados por ella, fueron contestes en testificar la revelación que su hija hizo de lo que le venía ocurriendo con CLAUDIA PÉREZ, sin que agregaran o suprimieran detalles de lo que se enteraron por boca de su descendiente; como también las diferentes situaciones que reflejan la confianza que le tenían todos, de la cual, sin duda alguna, conllevaron a que sobre su integridad sexual se cometieran los vejámenes.

ii) La menor MISR durante su testimonio en el juicio oral, se retractó en la vista pública de juzgamiento de las manifestaciones previas, dando una versión diferente a la contenida en la entrevista inicial al afirmar que nada de lo que contó en relación con CLAUDIA PÉREZ era cierto. Sin embargo, aceptó que sí tuvo tales relaciones para la época antecedente al episodio que dio lugar a la denuncia, esto es, antes de 13 de enero de 2013, a pesar de lo cual dijo que no recordaba sus nombres, las fechas ni los lugares en que las sostuvo, evidenciándose de esa manera la inconsistencia de la nueva versión y el interés de favorecer a la procesada PÉREZ COLÓN, en la misma forma que lo pretendía con su pareja sentimental Jerson Méndez.

Frente a una nueva versión dada por la menor MISR en el juicio, resalta la sala que tampoco

es creíble porque ella pretendió justificar las mentiras que habría dicho en perjuicio de CLAUDIA PÉREZ, por la “rabia” que tenía hacia Karina N., hija de su madrina; resulta contradictorio e inverosímil que inventara tan detallada historia mendaz en contra de CLAUDIA PÉREZ, a cambio de dirigir su enojo directamente contra la fuente de este. En palabras del juzgador colegiado: “para qué involucrar a su madrina en semejante lio y no inventar algo sobre su hija que era la directa causante de su molestia”; cuestionamiento le fue formulado por la Fiscalía directamente a la menor MISR en el interrogatorio cruzado, sin que la niña pudiera dar explicación atendible de por qué dirigió su “rabia” hacia la procesada PÉREZ COLÓN, no contra Karina N., evidenciándose con ello que el testimonio en juicio de la víctima tenía el propósito de favorecer la situación jurídica de su madrina.

iii) La declaración anterior de MISR fue incorporada a través de su lectura integral en el debate oral por petición de la Fiscalía, de forma tal que fue conocida por el juez de la causa, en el marco del principio de inmediación, a la par que la defensa de CLAUDIA PÉREZ pudo ejercer de manera efectiva la confrontación de la testigo y la contradicción del elemento de convicción en ese escenario.

De la revisión de los anales procesales, se añade, encuentra la Sala que la entrevista rendida por MISR el 14 de enero de 2013, no solo fue anunciada en el escrito de acusación, sino que también fue descubierta en oportunidad por el órgano persecutor, para luego ser solicitada y decretada como prueba de cargo en la vista preparatoria, llegándose a su efectiva incorporación por conducto del funcionario de policía que la recibió, Jorge Isaac Briceño Payares. Finalmente, expone la Sala que los juzgadores, en primera y segunda instancia, tuvieron a disposición las dos versiones rendidas por MISR, pruebas que se valoraron individual y conjuntamente para emitir su decisión, y por ende resuelve CONFIRMAR, en garantía del principio de la doble conformidad, el fallo condenatorio proferido por primera vez en este asunto por la Sala Penal del Tribunal Superior de Sincelejo contra CLAUDIA ESTER PÉREZ COLÓN.

TITULO III – LA PROPUESTA - PROBLEMÁTICAS ACTUALES EN LA INCORPORACION DEL TESTIMONIO ADJUNTO

Capítulo 1. Escenarios en que se habilita la aplicación del Testimonio Adjunto

Frente a la necesidad de proteger a los niños, niñas y adolescentes víctima de los delitos sexuales en armonía con la Constitución y los Tratados Internacionales sobre derechos humanos, como también las garantías mínimas del procesado establecidas en los mismos instrumentos garantistas, las manifestaciones previas han cobrado gran importancia para el proceso penal, hasta el punto de que vía jurisprudencial, actual doctrina probable, se le han otorgado el carácter de medios probatorios autónomos. Es así, que estas manifestaciones iniciales rendidas por los menores de edad víctimas de delitos sexuales y el testimonio aportado por los funcionarios competentes que recepcionan estas entrevistas forenses, la jurisprudencia ha extendido el alcance probatorio en las circunstancias establecidas por el artículo 206A del código de procedimiento penal, con el fin de garantizar el derecho de las víctimas. Siguiendo esta secuencia, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SP682-2019, radicado 51731 del 6 de marzo de 2019, dejó sentado que las versiones previas al juicio, podrán ser usadas desde una perspectiva general para refrescar memoria e impugnar credibilidad al testigo; también de manera excepcional podrán adquirir la calidad de prueba de referencia cuando se representen las circunstancias del artículo 438 de la norma procesal.

Es importante resaltar que el contexto en el cual se aplica el testimonio adjunto, surge ante situaciones recurrentes en la práctica judicial como lo son la retractación o cambio de versión del testigo quien siempre estará disponible durante el juicio oral, y que habilita para las partes la incorporación de las versiones previas que se encuentren en entrevistas la denuncia, las declaraciones juradas, etc., concretándose por ende los derechos del procesado, especialmente los de contradicción y confrontación.

Es precisamente la disposición del testigo en el juicio, de cara a su retractación o cambio de versión que permite que sus declaraciones anteriores se usen para valorar las inconsistencias o contradicciones con lo declarado, principal diferencia en la aplicación de la prueba de referencia, la cual se consolida desde la audiencia preparatoria o incluso durante el juicio oral dada la disposición relativa como testigos de los menores víctimas de los delitos sexuales, como lo son las circunstancias particulares de la corta edad del menor que se presenta al juicio, su condición mental, el riesgo de victimización o cualquier otra situación (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 52045, 2020; Radicado 56919, 2020).

El testimonio adjunto también llamada declaración complementaria, es una figura de desarrollo jurisprudencial al amparo de los artículos 271, 272 y 347, entre otros, de la ley 906 de 2004, entendida como la herramienta con la que cuentan las partes (Fiscalía y Defensa) para poder llevar a formar el libre convencimiento del juez respecto al caso concreto ante situaciones de retractación o cambio de versión. Al respecto, durante la investigación o antes del juicio oral en los casos de delitos sexuales contra menores de edad, por lo general se han recibido entrevistas y declaraciones para preparar el juicio, y puede ocurrir que cuando los menores testigos concurren al debate público en la audiencia de juicio oral se retracten de lo expuesto en sus manifestaciones anteriores, introduzcan modificaciones sustanciales o incluso nieguen haber realizado tales aseveraciones, lo que puede obedecer a diferentes causas ya sea por amenazas, sobornos, miedo, el propósito de no mantenerse en una mentira, etcétera, y que atenta contra las garantías procesales, momento en el cual es posible ante la necesidad de proteger los derechos de la víctima como las garantías debidas al procesado incorporar las declaraciones previas del menor, constituyéndose en un medio probatorio idóneo que garantiza el derecho de confrontación y contradicción ante la posibilidad de efectuar el contrainterrogatorio, situación que no ocurre en la prueba de referencia.

Frente a la aplicación no solamente de esta figura en el escenario judicial, la jurisprudencia garantista de los derechos de los menores víctimas de los delitos sexuales como también del debido proceso, en aras de superar la tarifa negativa dispuesta por el artículo 381 inciso 2 de la ley 906 de 2004, y válidamente se pueda proferir un fallo de condena, recoge la teoría de corroboración periférica de origen español, que consiste en valorar la prueba de hechos o circunstancias que se halan en datos secundarios para lograr la corroboración de la versión rendida por la víctima fuera del juicio, 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 (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 60307, 2024; Radicado 61317, 2024).

Capítulo 2. Reglas de incorporación del Testimonio Adjunto

La incorporación y valoración de las versiones previas que se pretenden hacer valer en juicio como testimonio adjunto deben cumplir con las formalidades legales desde su recolección en la etapa de indagación e investigación, en el descubrimiento y traslado en la acusación ante el juez de conocimiento, y en la enunciación y solicitud como elementos de prueba para practicarlos en juicio oral realizada en la audiencia preparatoria, de igual forma su pertinencia, conducencia y utilidad según la teoría del caso en el marco de los artículos 23, 27, 357, 359, 375 de la ley 906 de 2006 y en aras de garantizar el debido proceso.

Cumplidos los parámetros legales, las versiones previas podrán ser admitidas como elementos probatorios autónomos, puesto que por regla general si bien tienen el carácter documental recolectada de manera testimonial, en video o en cualquier otro medio idóneo, su connotación surge a partir de relato oral del testigo en el juicio oral escenario en el cual si bien puede retractarse o cambiar de versión, momento en el que al incorporarsen siguiendo las reglas que para ellos ha establecido la jurisprudencia, se garantiza el derecho de contradicción y confrontación por parte de los sujetos procesales.

La Corte Suprema de Justicia ha precisado que dentro de las exposiciones previas se encuentran la entrevista, la denuncia, las declaraciones juradas, el interrogatorio al indiciado, imputado o acusado, testimonios como prueba anticipada, testimonios anteriores en el mismo juicio y cualquier otra manifestación expuesta por el testigo y recogida por cualquier medio idóneo para demostrar su contenido, usos que en la actuación se recuerdan puede ser:

- a. Para facilitar el interrogatorio cruzado de testigos: refrescar memoria e impugnar la credibilidad del testigo.
- b. Incorporación como medio de prueba: sea como prueba anticipada, como prueba de referencia, como medio probatorio autónomo, o como medio probatorio autónomo tratándose de delitos descritos en el título XVI del Código Penal como base acusatoria del comisión del falso testimonio.

La jurisprudencia sobre la materia, esto es que las versiones anteriores pueden ser consideradas

como elementos de prueba autónomos, ha indicado que los escenarios de incorporación a título de testimonio adjunto se producen cuando el testigo estando disponible en juicio y dispuesto a declarar, varia su versión con lo declarado en la exposición previa en un sentido contradictorio, retractivo o niega haber realizado dichas afirmaciones.

Frente a la retractación o cambio de versión de los testigos en el juicio oral se tiene que son fenómenos frecuentes en la práctica judicial, que puede obedecer muchas veces a amenazas, sobornos o miedo; admisibilidad de las declaraciones anteriores que es excepcional y debe ajustarse al ordenamiento jurídico, especialmente en garantía de los derechos del procesado como lo son la contradicción y la confrontación. Por consiguiente, el testigo al estar disponible en el juicio es sometido al interrogatorio a partir del cual se establece que está mintiendo, contradiciéndose o cambiando de versión en comparación con la exposición anterior aportada, situación que le permite a la parte interesada la posibilidad de aducir las manifestaciones anteriores como elementos de prueba autónomos.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en sentencia SP4382-59825 del 29 de septiembre de 2021, M.P. Patricia Salazar Cuellar, compiló las reglas para incorporar adecuadamente la declaración previa al juicio oral a título de testimonio adjunto:

- El testigo debe estar disponible en el juicio oral.
- Dado que el juez no conoce el contenido de las declaraciones, las partes son las que detectan el cambio de la versión.
- Se debe demostrar al juez, a través del interrogatorio, el cambio de la versión o la retractación del testigo.
- En ese momento, la declaración previa no constituye prueba, ya que resultan actos preparatorios del juicio oral.
- La parte interesada en que se incorpore la declaración anterior a título de testimonio adjunto debe solicitarlo expresamente para que la contraparte pueda oponerse.
- El testigo debe estar disponible hasta la oportunidad de ser contrainterrogado sobre lo mencionado en juicio y en la declaración previa rendida.

- Si el testigo no está disponible para ser contrainterrogado sobre lo que testificó en el juicio oral y por lo que declaró con antelación, la declaración rendida por fuera del juicio oral constituye prueba de referencia

Lo anterior, permite interpretar que no todas las versiones entregadas de manera previa al juicio oral pueden ser valoradas como testimonio adjunto, ya que hay una serie de condiciones que se exigen para este proceso como lo son: (i) la existencia de una solicitud expresa que garantice la oponibilidad de la contraparte; (ii) el respectivo pronunciamiento judicial; y (iii) la existencia de una efectiva incorporación de las declaraciones anteriores durante el interrogatorio, lo que da paso al derecho para la parte contraria de contrainterrogar.

Es así, que un vez se distinguen los eventos en los que pueden las declaraciones anteriores ser incorporadas como medio de prueba, por excepción a la regla general indicada en el artículo 16 de la ley 906 de 2004 que establece como prueba únicamente la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento, se abre la posibilidad para las partes de asegurar las declaraciones anteriores al juicio oral del menor a través del mecanismo probatorio a título de testimonio adjunto.

La jurisprudencia también ha manifestado que el cumplimiento de las exigencias para que las versiones recibidas antes del juicio se consoliden como testimonio adjunto, no se trata de una fórmula rigurosamente sacramental, y que en caso de falencias en el cumplimiento de los referidos requisitos deben analizarse a la luz del principio de trascendencia, resaltando que el proceso penal no es un fin en sí mismo, sino un medio para la realización de derechos como lo son las garantías debidas a las partes en la aproximación racional a la verdad. A partir de estas precisiones, la Corte Suprema de Justicia, señaló que puede ocurrir que en algunos casos se cumplan en la práctica todas las condiciones para incorporar y valorar como testimonio adjunto declaraciones anteriores entregadas por fuera del juicio oral, destacándose dos condiciones indispensables:

1. Que se decrete la prueba en los estadios procesales anteriores, para garantizar que la parte pueda oponerse a la misma y,

2. Que en su práctica, es decir la incorporación de versiones anteriores de la víctima como prueba autónoma, a título de testimonio adjunto se garantice el derecho de contradicción (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 44950, 2017).

Capítulo 3. La garantía del derecho a la confrontación contradicción de la parte contraria frente a la incorporación del testimonio adjunto

Toda declaración anterior al juicio oral que se pretenda incorporar como medio de prueba, su admisión debe ser examinada a la luz de los principios constitucionales y prerrogativas legales, especialmente tratándose de la garantía de confrontación con la que cuenta el acusado a través de su abogado defensor, la posible afectación del derecho a controlar el interrogatorio e interrogar, y su posibilidad de pronunciarse sobre el cumplimiento de las reglas sobre admisión de prueba de referencia, y si es el caso del testimonio adjunto.

La Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en sus pronunciamientos, al resaltar que el derecho a la confrontación en materia de prueba testimonial, se estructura por cuando permite la posibilidad de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo; la oportunidad de controlar el interrogatorio (por ejemplo, a través de las oposiciones a las preguntas y/o las respuestas); el derecho a lograr la comparecencia de los testigos al juicio, incluso por medios coercitivos; y la posibilidad de estar frente a frente con los testigos de cargo (Corte Suprema de Justicia AP, 2015, Rad. 46153; CSJ SP, Rad. 44056, 2015; CSJ SP, Rad. 41.667, 2016; CSJ SP, Rad.43916, 2016).

En el tema que nos ocupa, una vez se cumplen los requisitos de incorporación de las declaraciones previas como testimonio adjunto, se procura un punto de equilibrio entre los derechos del procesado y los derechos de la víctima, para el primero la garantía de los derechos de contradicción y confrontación y para el segundo la materialización de la justicia.

Como ya se expuso anteriormente, la posibilidad de incorporar como prueba las declaraciones previas al juicio oral está supeditada a que el testigo: i) se haya retractado o cambiado la versión; ii) esté disponible en el juicio oral para ser interrogado sobre lo declarado en este escenario y lo que atestiguó con antelación, si no está disponible para el contrainterrogatorio, la declaración anterior quedará sometida a las reglas de la prueba de referencia; iii) por otra parte, que la declaración se

incorpore mediante lectura; iv) por solicitud de la respectiva parte, para que pueda ser valorada por el juez.

Como estas declaraciones anteriores deben incorporarse a través de su lectura, sea por el mismo testigo que en caso de estar incapacitado para hacerlo serán leídas por quien conduce el interrogatorio, permitiéndole de esta manera a la parte contraria mediante el contrainterrogatorio ejercer la confrontación de su contenido.

Es importante recalcar que esta lectura de la declaración previa de ser efectuada en el curso del interrogatorio por quien lo ofrece, mas no por un tercero, para que así mismo, la parte contraria tenga la posibilidad de controvertir el contenido incriminatorio, formular sus preguntas frente a las inconsistencias que encuentra entre lo dicho en juicio y las manifestaciones previas, y por ende ser valorados conforme a la sana crítica por el fallador.

Sumado a lo anterior, y que también se considera un espacio propicio para que la parte contraria ejerza su derecho a la confrontación, surge en el momento en que la Fiscalía exterioriza su solicitud de incorporación de la manifestación antecedente como testimonio adjunto solicitud cumpliéndose la condición necesaria de que el testigo se retracte de sus aseveraciones iniciales o las modifique, puesto que su incorporación debe ser solicitada oportunamente, y en cumplimiento de los demás requisitos, frente a lo cual el acusado a través de su defensor puede oponerse a tal incorporación y controvertir los fundamentos de la misma, por violación del debido proceso probatorio.

En este orden de ideas, la incorporación de una declaración como testimonio adjunto debe ser oportunamente solicitada por la parte interesada, y cumpliendo para su consiguiente valoración, con la carga argumentativa de demostrar que (i) el testigo está disponible en el juicio; (ii) al rendir testimonio se retractó de sus anteriores manifestaciones o las modificó sustancialmente y; (iii) la declaración previa fue leída durante el interrogatorio de quien la produjo, con lo cual se le permitió a la contraparte ejercer la confrontación respecto de sus contenidos; condiciones que serán objeto de refutación para la parte contraria en garantía de sus derechos de confrontación y contradicción (Corte Suprema de Justicia, Radicado 52045, 2020).

CONCLUSIONES

Para que las versiones anteriores pueden ser consideradas como medios de prueba autónomos e ingresar durante la práctica del testimonio de la víctima a título de testimonio adjunto debe ocurrir la retractación o cambio de versión. Escenarios que habilitan que dichas manifestaciones realizadas por fuera del juicio oral ingresen frente a la incompatibilidad con lo declarado por el testigo en el juicio oral, admisión que debe ser sopesada frente al derecho de confrontación y su ejercicio durante la práctica del testimonio.

Para la incorporación y valoración de las versiones previas como medio de prueba autónomo, contrarrestando lo declarado por el testigo en juicio oral, se deben cumplir las siguientes reglas establecidas por la jurisprudencia:

- 1) El testigo debe estar presente y disponible en juicio oral.
- 2) Está supeditada a que el testigo se haya retractado, contradicho o cambiado la versión inicial rendida con anterioridad en los actos de investigación.
- 3) La parte interesada debe solicitar la incorporación de la versión anterior, una vez durante su interrogatorio evidencie cualquiera de las circunstancias mencionadas.
- 4) La incorporación de la versión anterior debe realizarse a través de lectura por la parte interesada, es decir por quien conduce el interrogatorio o por el mismo testigo, permitiéndole de esta manera a la contraparte mediante el contrainterrogatorio ejercer el derecho a la contradicción.

A partir de estos requisitos enunciados anteriormente, se destaca que es indispensable que el testigo esté disponible en el juicio oral, pues es durante el interrogatorio a la vista pública que surge el escenario bien sea de retractación o cambio de versión, el mismo que justifica para la parte interesada la solicitud de incorporación de lo que atestiguó con antelación. Requisito de disponibilidad física y funcional del testigo que si no se cumple, no permite el ejercicio del contrainterrogatorio garantizando los derechos de la contra parte, y por ende la declaración anterior queda sometida a las reglas de la prueba de referencia.

Debe tenerse en cuenta que las versiones anteriores contenidas en entrevistas, en los informes de Policía Judicial o en las declaraciones juradas, que se pretenden incorporar como prueba autónoma debieron ser descubiertas, trasladadas y decretadas en la oportunidad procesal correspondiente por la

parte interesada, garantizando que la parte contraria pueda oponerse a la misma una vez sea incorporada a través de la lectura en el juicio oral previa por solicitud de la parte interesada.

El cumplimiento de los requisitos establecidos por la jurisprudencia no significa que la incorporación de las versiones por fuera del juicio oral a título de testimonio adjunto obedezca a formalismos de obligatoria observancia, ya que las circunstancias de cada caso pueden variar constatándose de todos modos que materialmente se trata un testimonio adjunto en respeto de las garantías de las partes y finalidad del proceso penal.

Ahora bien, en respuesta a la pregunta problema de la presente investigación, esto es ¿cómo la incorporación del testimonio adjunto por parte de la Fiscalía en los casos de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales de los menores, garantiza para la persona investigada la confrontación de los contenidos probatorios?, se precisa que el equilibrio adecuado de los derechos del procesado que se surte una vez la Fiscalía hace lectura de la versión anterior de cara a la retractación, contradicción o cambio de versión del testigo, manifestaciones que realizadas por fuera del juicio oral fueron en su momento procesal correspondiente descubiertas, trasladadas y decretadas, para una vez terminado el interrogatorio por el ente acusador, la contraparte tenga la oportunidad de contrainterrogar, conociendo con anterioridad las exposiciones del testigo en favor de su teoría del caso.

En relación con la hipótesis planteada, se puede evidenciar que se convalidó toda vez que el resultado de la investigación permitió establecer las reglas de aplicación del testimonio adjunto, así como los estadios procesales en los cuales se hace efectivo el derecho de contradicción para la parte contraria. En este sentido, las exposiciones previas han adquirido un gran alcance probatorio al punto de considerarse elementos probatorios autónomos, en especial, en los casos donde las víctimas son menores consecuentes de delitos de abuso sexual.

Al respecto en un primer momento, las declaraciones o manifestaciones rendidas por la víctima por fuera del juicio oral durante la etapa de investigación, solo constituían criterios orientadores y de soporte para los posteriores procedimientos judiciales, y durante el juicio como medios referenciadores como regla general. Posteriormente, a través de la jurisprudencia se empezó abordar el tema sobre el valor probatorio que revisten las exposiciones de la víctima obtenidas antes del juicio

oral, importancia que significaba trascender ese conocimiento preliminar ligado de alguna manera con la prueba testimonial, y en un segundo, momento la Corte Suprema de Justicia proyectó la percepción de la ocurrencia del hecho punible de las versiones previas para ser leídas y escuchadas en el testimonio que la misma víctima rindiera en juicio oral frente a su retractación o cambio de versión a la vista pública, ya no como medios referenciadores sino como elementos probatorios autónomos, equilibrando a través de unos requisitos de procedencia las garantías de las partes, bajo las reglas del testimonio, para lo cual una vez terminado el interrogatorio la contraparte tendrá la oportunidad de contrainterrogar en ejercicio de su derecho a la contradicción y confrontación.

En cumplimiento de los objetivos propuestos: frente al objetivo general, se tiene que la versión anterior como medio de prueba autónomo, es una modalidad de desarrollo jurisprudencial con el fin de contrarrestar los fenómenos de contradicción, retractación y cambio de versión, ocurridos durante la práctica judicial y que por ende afectan de manera grave la administración de justicia. Es claro que para que dichas versiones puedan incorporarse como pruebas autónomas durante el juicio oral necesariamente debe estar el testigo disponible en juicio, puesto que del interrogatorio se ha colegido sea su retractación, contradicción o cambio de versión, y por consiguiente se está ante una situación diferente al caso de la prueba de referencia en la que el testigo no debe estar disponible en juicio o se declara renuente a testimoniar; o de impugnación de credibilidad en la que ingresa solo la lectura de los apartes a impugnar, mas no toda la versión anterior.

Y frente a los objetivos específicos, se evidenció que la influencia de la declaración anterior como prueba autónoma durante el juicio oral permite la garantía de los derechos del procesado, y dentro del ordenamiento procesal penal es viable implementar esta herramienta para las partes. Esta modalidad cuenta con reglas de incorporación también desarrolladas por la jurisprudencia y que han venido siendo aplicadas judicialmente en los procesos penales como se logró establecer a través del estudio de casos, en los que también se analizaron las problemáticas que se presentan durante su incorporación, para lo cual se hace necesario que la parte interesada en su aplicación tenga claridad sobre los escenarios que habilitan su procedencia, el cumplimiento material de sus requisitos y la observancia de las garantías procesales de las partes, condiciones que dotan al testimonio adjunto de un papel determinante en el suministro de la información necesaria al juez para que éste pueda decidir a la luz de la sana crítica y bajo un procedimiento que goza de las garantías tanto para la víctima como

para el procesado.

BIBLIOGRAFÍA

1. Referente Normativo

Ley 19696, (2000). Código Procesal Penal Chileno. Consultado en <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=176595>

Ley 957, (2004). Código procesal Penal Peruano. Consultado en <https://lpderecho.pe/nuevo-codigo-procesal-penal-peruano-actualizado/>

Ley 1098, (2006). Por la cual se expide el Código de Infancia y Adolescencia. Consultado en http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1098_2006.html

Ley 1652, (2013). Por medio de la cual se dictan disposiciones acerca de la entrevista y el testimonio en procesos penales de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales. Consultado en <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=53771>

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la ley de Enjuiciamiento Criminal. Consultado en <https://www.boe.es/buscar/pdf/1882/BOE-A-1882-6036-consolidado.pdf>

2. Referente Jurisprudencial

Corte Constitucional, Sentencia T 555 (1999). M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Consultado en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/t-555-99.htm>

Corte Constitucional, Sentencia T 589 (1999). M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Consultado en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/t-589-99.htm>

Corte Constitucional, Sentencia T- 171. (2006). M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Consultado en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/t-171-06.htm>

Constitucional, Sentencia T 117 (2013). M.P. Alexei Julio Estrada. Consultado en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-117-13.htm>

Corte Constitucional, Sentencia C-034 (2014). Expediente D-9566. M.P. María Victoria Calle Correa. Consultado en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-034-14.htm>

Corte Constitucional, Sentencia C-496 (2015). M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Consultado en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-496-15.htm>

Corte Constitucional, Sentencia SU 433 (2020) M.P. Alejandro Linares Cantillo, José Fernando Reyes Cuartas. Consultado en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/SU433-20.htm>

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 25378, (2006). M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 26727, (2007). M.P. Marina Pulido de Barón y Jorge Luis Quintero Milánes. Consultado en <https://vlex.com.co/vid/providencia-corte-suprema-justicia-874132197>

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 30321, (2008). Julio Enrique Socha Salamanca. Consultado en https://www.redjurista.com/Documents/corte_suprema_de_justicia_sala_de_casacion_penal_e_no._30321_de_2008.aspx#/

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 39457, (2012). M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández. Consultado en <https://vlex.com.co/vid/396267618>

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Radicado 44056, (2015). M.P. Patricia Salazar Cuellar. Consultado en https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:WJBUDjhRjEAJ:https://www.procuraduria.gov.co/relatoria/media/file/flas_juridico/1277_CSJSP-Rad-44056.doc+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=co

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado AP5785-2015- 46153, (2015). M.P. Patricia Salazar Cuellar. Consultado en <https://vlex.com.co/vid/592921566>

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Radicado SP 12229- 43916, (2016). M.P. Patricia Salazar Cuellar. Consultado en <https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1sep2016/SP12229-2016.pdf>

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado AP5798-2016- 41667, (2016). M.P. José Francisco Acuña Vizcaya. Consultado en [https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/spa/PRUEBA/PRUEBA%20DE%20REFERENCIA/CARACTERISTICAS/SP5798-2016\(41667\).doc](https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/spa/PRUEBA/PRUEBA%20DE%20REFERENCIA/CARACTERISTICAS/SP5798-2016(41667).doc)

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 45581, (2017). M.P. Patricia Salazar Cuellar. Consultado en <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:1VVONBgpnYAJ:https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2017/03/SP3623-201748175.pdf+&cd=2&hl=es-419&ct=clnk&gl=co>

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado SP606-2017- 44950, (2017). M.P. Patricia Salazar Cuellar. Consultado en <https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1feb2017/SP606-2017.pdf>

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado SP880-2017- 42656, (2017). M.P. Eugenio Fernández Carlier. Consultado en <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2017/02/SP880-201742656.pdf>

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Permanente Casación N.º 1441-2017 APURÍMAC. Consultado en <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/07/Casacion-1441-2017-Apurimac-LP.pdf>

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado SP2714-2018- 42599, (2018). M.P. Eugenio Fernández Carlier. Consultado en [https://jurinfo.jep.gov.co/normograma/compilacion/docs/CSJ_SCP_SP2714-2018\(42599\)_2018.htm](https://jurinfo.jep.gov.co/normograma/compilacion/docs/CSJ_SCP_SP2714-2018(42599)_2018.htm)

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado SP105-2018-43651, (2018). M.P. José Francisco Acuña Vizcaya. Consultado en [https://jurinfo.jep.gov.co/normograma/compilacion/docs/CSJ_SCP_SP105-2018\(43651\)_2018.htm](https://jurinfo.jep.gov.co/normograma/compilacion/docs/CSJ_SCP_SP105-2018(43651)_2018.htm)

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado SP2709-2018, 50637, (2018). M.P. Patricia Salazar Cuellar. Consultado en [https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1jul2018/SP2709-2018\(50637\).doc](https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1jul2018/SP2709-2018(50637).doc)

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado SP2667-2019-49509, (2019). M.P. Eyder Patiño Cabrera. Consultado en [https://jurinfo.jep.gov.co/normograma/compilacion/docs/CSJ_SCP_SP2667-2019\(49509\)_2019.htm](https://jurinfo.jep.gov.co/normograma/compilacion/docs/CSJ_SCP_SP2667-2019(49509)_2019.htm)

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado SP5295-2019-55651, (2019). M.P. Patricia Salazar Cuéllar. Consultado en <https://vlex.com.co/vid/sentencia-corte-suprema-justicia-845670853>

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado SP682-2019- 51731, (2019). M.P. J.L.B. Camacho. Consultado en <https://vlex.com.co/vid/sentencia-corte-suprema-justicia-842226529>

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 52045, (2020). M.P. José Francisco Acuña Vizcaya. Consultado en <https://app.vlex.com/#vid/845670853>

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado SP4103-2020-56919 (2020). M.P. Patricia Salazar Cuéllar. Consultado en <https://vlex.com.co/vid/sentencia-corte-suprema-justicia-851632859>

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado SP1875-2021-55959, (2021). M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa. Consultado en [https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1jul2021/SP1875-2021\(55959\).pdf](https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1jul2021/SP1875-2021(55959).pdf)

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado SP4382-59825, (2021). M.P. Patricia Salazar Cuellar.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado SP170-2023- 62852, (2023). M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa. Consultado en [https://jurinfo.jep.gov.co/normograma/compilacion/docs/CSJ_SCP_SP170-2023\(62852\)_2023.htm](https://jurinfo.jep.gov.co/normograma/compilacion/docs/CSJ_SCP_SP170-2023(62852)_2023.htm)

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado SP164-2023- 53259, (2023). M.P. Hugo Quintero Bernate. Consultado en [https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1jun2023/SP164-2023\(53259\).pdf](https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1jun2023/SP164-2023(53259).pdf)

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado SP150-2024- 60307, (2024). M.P. Myriam Ávila Roldán. Consultado en <https://consultaprovidencias.cortesuprema.gov.co/#/visualizador/L3Zhci93d3cvaHRtbC9JbmRleC9QRU5BTC8yMDI0L0RyYS4gTXlYaWFtIEF2aWxhL1NQMTUwLTlwMjQoNjAzMDcpLmRvY3g=/Penal/60307>

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado SP126-2024- 61317, (2024). M.P. Myriam Ávila Roldán. Consultado en [https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1mar2024/SP126-2024\(61317\).pdf](https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1mar2024/SP126-2024(61317).pdf)

Sentencia del Tribunal Supremo, (2008). RJ 317

Sentencia del Tribunal Supremo, (2003). RJ 80

Sentencia del Tribunal Supremo, (2003). RJ 470

Sentencia del Tribunal Supremo, (2002). RJ 104

Sentencia del Tribunal Supremo, (2000). RJ 862

Sentencia del Tribunal Supremo, (1999). RJ 434

Sentencia del Tribunal Supremo, (1999). RJ 486

Sentencia del Tribunal Supremo, (2014). RJ 381

Sentencia del Tribunal Supremo, (2014). RJ 95

Sentencia del Tribunal Supremo, (2014). RJ 3917

Sentencia del Tribunal Supremo, (2015). RJ 6128

3. Referente Doctrinal

Bedoya, S. L. Primera Edición, (2008). La Prueba en el Proceso Penal Colombiano, Fiscalía General de la Nación. Pág.120.

San Martin, C. (2000). El procedimiento penal por delitos sexuales en el Perú (p. 291) Anuario de derecho penal número 1999-2000. P. 20-21. Consultado en https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1999_14.pdf

Fonseca, I.C. & Fonseca, P.J. (2023). La prueba de testigos en el proceso penal. Grupo Editorial Ibáñez. ISBN:978-958-791-755-0. P.167-168.

Guerrero, C.J & Herrera, C.A. (2020). Valor probatorio de las versiones previas antes del juicio oral en el sistema penal acusatorio ley 906 de 2004, desde una perspectiva de la casación penal”. I Edición. ISBN:978-958-52898-0-2. P. 168-169

Hernández, R. (2014). Metodología de la Investigación. Sexta edición. P. 11. Consultado en <https://academia.utp.edu.co/grupobasicoclinicayaplicadas/files/2013/06/Metodolog%C3%ADa-de-la-Investigaci%C3%B3n.pdf>

Horvitz, L. M. & López, M. J. 2010. Derecho Procesal Penal chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Tomo II

Klapp, I.M & Levy, T. (2016). Medidas de protección durante el procedimiento penal para menores de edad víctimas de delitos sexuales: derecho chileno y comparado. P. 50. Consultado en <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/140745/Medidas-de-protecci%C3%B3n-durante-el-procedimiento-penal-para-menores-de-edad-v%C3%ADctimas-de-delitos-sexuales.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Manzanero, A. & Muñoz, J. La prueba pericial psicológica sobre la credibilidad del Testimonio: Reflexiones psico-legales. Ed. Sepín, Madrid, 2011, p. 2.

Martínez, M. (2006). La investigación cualitativa (síntesis conceptual). Revista IIPSI Facultad de Psicología ISSN: 1560 - 909X Vol. 9 - P. 128. Consultado en https://sisbib.unmsm.edu.pe/bvrevistas/investigacion_psicologia/v09_n1/pdf/a09v9n1.pdf

Parma, C. (2021). Valoración de la prueba en los delitos sexuales. Grupo Editorial Ibáñez. ISBN:978-958-791-340-8. P. 109-112.

Quecedo, R., & Castaño, C., (2003). Introducción a la metodología de investigación cualitativa. Revista de Psicodidáctica, núm. 14. España. P.9. consultado en <https://www.redalyc.org/pdf/175/17501402.pdf>

Riveros, B. C. (2017). Criterios para la valoración judicial de la credibilidad de la declaración de la víctima en delitos de índole sexual. Santiago de Chile. Consultado en <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/146794/Criterios-para-la-valoraci%C3%B3n-judicial-de-la-credibilidad-de-la-declaraci%C3%B3n-de-la-v%C3%ADctima-en-delitos-de-%C3%ADndole-sexual.pdf?sequence=1>

San Martin, C. E. (2000). El procedimiento penal por delitos sexuales en el Perú. Anuario de Derecho Penal. Consultado en https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1999_14.pdf

Sabino, C. (1992). El proceso de investigación. P. 54. Consultado en https://www.perio.unlp.edu.ar/tif/wp-content/uploads/2021/04/CarlosSabino-ElProcesoDeInvestigacion_0.pdf .