LUIS ANTONIO HERNANDEZ BARBOSA

Magistrado Ponente

SP170-2023

Radicación 62852

Acta no. 088

Bogotá, D. C., diez (10) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

Vistos:

Decide la Sala el recurso de impugnación especial interpuesto por el defensor de JULIO DAVID PATIÑO CONTRERAS, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo el 6 de septiembre de 2022, por medio de la cual lo condenó por primera vez en segunda instancia como autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años.

Sala Casación Penal © 2023

HECHOS:

JULIO DAVID PATIÑO CONTRERAS vivía con la madre de la niña AVAC. Con ocasión de esa convivencia, JULIO DAVID PATIÑO CONTRERAS y la menor, para entonces de 13 años, tuvieron contactos sexuales consentidos entre febrero y mayo de 2016.

ACTUACIÓN PROCESAL:

El 28 de enero de 2019, ante el Juzgado Tercero Penal Municipal de Duitama, la fiscalía le imputó a JULIO DAVID PATIÑO CONTRERAS los delitos de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, agravado, en concurso homogéneo y sucesivo.

El imputado no aceptó los cargos.

Sala Casación Penal@ 2023

El conocimiento del asunto le correspondió al Juzgado Primero Penal del Circuito de Duitama, ante el cual se surtió, el 15 de agosto de 2019, la audiencia de formulación de acusación.

El 7 de noviembre del mismo año se realizó audiencia preparatoria.

El juicio oral se desarrolló en sesiones del 10 y 11 de marzo de 2020.

El 24 de junio siguiente, el juzgado absolvió a JULIO DAVID PATIÑO CONTRERAS de los cargos por los cuales fue acusado.

Consideró 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.

Destacó que la menor reconoció que por problemas familiares acusó a JULIO DAVID PATIÑO CONTRERAS de algo que no ocurrió y que sí tuvo relaciones sexuales, pero con otro familiar. Por lo tanto, estimó que la prueba sexológica puede tener explicación por el contacto sexual con otras personas. En esa medida, no se puede sostener que el acusado abusó de ella.

Consideró, asimismo, que seguramente AVAC pretendió ocultar experiencias de tipo sexual a su corta edad con otras personas y por eso ideó mentiras para conferirle credibilidad a su relato.

@Sala Casación Penal@2023

En consecuencia, según el juzgado, 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.

Sentencia Impugnada:

El tribunal explicó que si bien la menor -única testigo directa, como acontece por lo general en estos casos— se *"retractó"* en el juicio de la versión que le había referido a su tía María Corredor, al legista Luis Sterling Neme y al sicólogo de la Comisaría de Familia, Antonio Eljaieck Orozco, se debía preferir lo que les dijo a ellos, antes que la versión que brindó en el juicio, en la cual decidió no incriminar al procesado, pese a que en declaraciones anteriores lo había acusado con claridad cuidando hasta los mínimos detalles.

Señaló que al médico legista le comentó que un día que su mamá no se encontraba en casa, JULIO DAVID PATIÑO CONTRERAS se pasó a su cama, le quitó su ropa y la accedió sexualmente.

Después, le dijo, continuaron los abusos, *"me penetraba completo […] 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. El me mojaba y las sábanas quedaban con un olor raro. A veces llegaba tomado y se me echaba encima y empezaba a moverse encima de mí. […] lo hizo como unas diez veces. La última vez fue hace 20 días. Esa vez el usó condón […] Esto pasó en Duitama en San José Alto."*

Sala Casación Penal 2023

En la entrevista ante la Comisaria de familia de Tunja manifestó algo similar: que la accedió cuando su mamá no estaba en casa, e incluso en una fiesta, cuando su mamá le ordenó que fuera a casa, exteriorizó que *"llegó David, me despertó y me dijo: V, vamos a buscar a su mamá […] cuando me iba a parar se hizo otra vez detrás de mí a molestarme y yo le decía que no y él me decía que solo un ratico y pues yo me dejé llevar, pero él solo me bajo los pantalones y no alcanzó sino como solo un poquito ahí a rozar, a rozar sus partes íntimas con las mías, y la otra vez que fue al otro día, también por la noche, me volvió a hacer lo mismo; llegó allá a mi cama y empezó a molestarme por detrás y yo le dije que no y volvió a bajarme los pantalones, la ropa interior […] y solo me introdujo la punta."*

En cambio, en el juicio, dijo que fueron inventos suyos, porque no tenía una buena relación con JULIO DAVID PATIÑO CONTRERAS. Aseguró que sí tuvo relaciones

sexuales, pero con un familiar y que lo único cierto es lo que le manifestó a la psicóloga particular Eneyda Celis Ruiz, a instancias de sus familiares, y que al legista no le comentó lo que el profesional aseguró en el juicio.

Explicó la segunda instancia 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. En síntesis, a los hechos concretos que expuso al médico y a la psicóloga, opuso explicaciones con ligereza para atribuirse relaciones con otros, justificando la incriminación inicial en la mala relación con el implicado y compañero de su madre, a pesar de que había asegurado que se sentía atraída por él y que consintió las relaciones sexuales.

Sala Casación Penal @ 2022

En consecuencia, 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.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

Según el defensor, el tribunal ignoró los planteamientos de la defensa. No consideró que la apelación se presentó el 3 de julio de 2022, por fuera del término, pese a que el plazo vencía el día anterior. Eso implica que se infringió el debido proceso.

En cuanto a la valoración probatoria, asegura que el tribunal incurrió en el error de apreciar indebidamente la declaración de AVAC, quien aseguró en el juicio que JULIO DAVID PATIÑO CONTRERAS no abusó de ella. En su criterio, se debía conjugar su declaración con los testimonios de Alba Lucy y María Corredor, madre y abuela de la testigo, quienes siempre dudaron de las versiones que ofreció AVAC antes del debate oral.

Igualmente considera que no es correcto, como lo afirmó el tribunal, sostener que la retractación de AVAC es producto de la dependencia de la niña -como lo sugirió la fiscalía—, pues AVAC ni siquiera vivía con su madre y su abuela, sino con su padre, como para sostener que debido a esa influencia cambió su versión.

@Sala Casación Penal@ 2023

De otra parte, censura al tribunal por haber sustentado la decisión en pruebas de referencia, contra la tarifa legal negativa prevista en el segundo inciso del artículo 381 de la Ley 906 de 2004.

Señala que la anamnesis -información que le entrega la víctima al médico legista— es, según lo ha precisado la Corte, prueba de referencia, lo que no significa que sea irrelevante, pues se puede utilizar para refrescar memoria, impugnar credibilidad o testimonio adjunto. Sin embargo, cuestiona que el tribunal las hubiese tratado como testimonio adjunto, sin que la fiscalía lo hubiera solicitado, pues lo que hizo la fiscalía, con ayuda del Ministerio Público, fue insistirle a la menor que explicara por qué cambió su versión, quien en

actitud burlona se limitó a decir que no *"podía creer la imaginación que tengo."*

Agrega que las declaraciones de la menor anteriores al juicio, ante la psicóloga y el médico legista, fueron valoradas a *"plenitud pero su estudio fue somero y superficial",* lo que llevó al tribunal a sostener que brindó detalles precisos sobre las relaciones sexuales, por lo cual su cambio abrupto de versión sería inexplicable.

Sala Casación Penal@ 2023

Aduce que ante la falta de testigos, en estos casos las pruebas periféricas son de gran ayuda para corroborar la declaración de la víctima. Sin embargo, la fiscalía no aportó ningún medio de prueba que corrobore la versión de la única testigo. Por lo tanto, no se podía obtener el conocimiento necesario para condenar.

En su concepto, existen dudas insuperables.

La tía abuela de AVAC, María Lourdes Corredor, afirmó que se enteró de la agresión sexual por el comentario que le hizo su sobrina, por lo cual le informó a su madre, Alba Lucy Corredor para que presentara la denuncia correspondiente, sin estar convencida de lo que era verdad, por lo cual, en lugar de corroborar la versión de la menor, surgen dudas de su veracidad.

Asimismo, Alba Corredor fue enfática en advertir que no le creía a su hija, y explicó que acercándose a una psicóloga, logró que dijera la verdad.

Destaca que si bien Alba Corredor vivió con el acusado, no fue por mucho tiempo, de manera que ese no puede ser un motivo para pensar que tuviera interés en favorecer a PATIÑO CONTRERAS.

Destaca que los conceptos periciales, según el tribunal, no informan sobre temas adicionales a su especialidad. Pero critica que al apreciar la prueba pericial haya dejado de lado el importante concepto de la psicóloga Eneyda Cely Ruíz, el cual deja en vilo las declaraciones que por fuera del juicio rindió AVAC, como igual la deja la declaración de JULIO DAVID PATIÑO CONTRERAS, quien criticó a la menor por sus mentiras, seguramente influenciada por su habitual consumo de drogas.

@Sala Casación Penal@ 2023

Luego transcribe los recursos de apelación contra la sentencia de primera instancia para criticar al tribunal por haberse extendido más allá de las críticas formuladas a la decisión absolutoria y valorar contra la ley y la jurisprudencia los medios de prueba, con el fin de revocar una decisión que se ha debido mantener.

Solicita, en consecuencia, revocar la primera sentencia condenatoria y dejar en firme la absolutoria de primera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

Primero. La Corte es competente para resolver el recurso de impugnación interpuesto contra la primera

sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo en segunda instancia (numeral 7 del artículo 235 de la Constitución Política).

Segundo. Lo primero que se debe resolver es si la apelación contra la decisión absolutoria de primera instancia es extemporánea. Esta solicitud que también la planteó el defensor al tramitar el recurso de apelación interpuesto por la fiscalía y la procuraduría, no tiene fundamento.

@Sala Casación Penal@ 2O23

En efecto:

La sentencia de primera instancia se leyó el 24 de junio de 2020, audiencia en la cual el Fiscal 12 delegado ante los Juzgados Penales del Circuito y el Procurador 165 Judicial Penal II, apelaron la decisión, con la aclaración de que sustentarían el recurso por escrito en los términos indicados en el artículo 177 de la Ley 906 de 2004. Así lo hicieron. Presentaron su inconformidad el 30 de junio de dicho año.[1] Por lo tanto, el 3 de julio siguiente, la secretaría le comunicó al defensor que se había cumplido la carga procesal y le remitió los escritos en los que se sustentó la apelación para su traslado.[2]

Si al defensor le fueron enviados por correo electrónico los memoriales de sustentación el 3 de julio de 2020, fecha

---

[1] *Fs. 45, escrito de la fiscalía con nota de presentación del 30 de junio y Fs. 53, sustentación enviada el 30 de junio a las 7:53 P.M, desde el correo hhoyos@procuraduria.gov.co.*

[2] *Fs. 58, de correo jco01pctocduitama@cendojramajudicial.gov.co*

en que empezaba a correr el término para el traslado a los no recurrentes, es porque los escritos fueron presentados antes de esa fecha, como consta en el proceso, lo cual el defensor conocía plenamente. Por eso extraña que alegue situaciones sin fundamento y corroboración en el trámite, a sabiendas de que su planteamiento es irreal.

Su queja, por lo tanto, no prospera.

Tercero. El problema central que debe definir la Corte es si la declaración que rindió AVAC en el juicio, en la que dijo que JULIO PATIÑO CONTRERAS no abusó de ella, es creíble, o si se retractó, faltando a la verdad, puesto que antes del juicio había manifestado con bastante precisión y detalle, que tuvo relaciones con el acusado, quien convivía con su madre.

Sala Casación Penal@ 2023

Cuarto. En cuanto a la declaración de testigos pueden presentarse las siguientes eventualidades:

1. La regla general es que el testigo, menor o mayor de edad, declare en el juicio. En este caso, 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." (numeral 4 del artículo 403 de la Ley 906 de 2004)*

2. Que se sepa que el testigo no concurrirá a declarar, pero que haya entregado declaraciones anteriores por fuera del juicio.

En estos casos, como excepción, las declaraciones por fuera del juicio oral pueden ser utilizadas como prueba de referencia admisible para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, circunstancias de agravación o atenuación punitiva, etc., siempre que se respete las formas del debido proceso probatorio *(descubrimiento, solicitud fundada y práctica en el juicio)* y las condiciones señaladas en el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal (Cfr., entre varias, SP del 6 de abril de 2022, rad. 51750).

Sala Casación Penal @ 2023

Puede suceder también, que el testigo no asista a la audiencia pese a haber sido convocado, presentándose una circunstancia sobreviniente no prevista por las partes. En este evento igualmente se acepta la incorporación de declaraciones rendidas antes del juicio como prueba de referencia admisible.

Tratándose de menores, con base en el principio de protección reforzada, se ha estimado que sus declaraciones anteriores se pueden emplear como prueba de referencia admisible, incluso si el menor concurre a declarar (SP, 28 oct 2015, Rad. 44056, y 20 de mayo de 2020, rad. 52045, entre otras).

3. Que el testigo concurra al juicio, pero presente una declaración distinta a la ofrecida por fuera de la audiencia. En este caso, es posible emplear declaraciones anteriores al juicio como testimonio adjunto, para lo cual se deben cumplir las siguientes reglas:

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.

@Sala Casación Penal@ 2022

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.

4. 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[3]—, 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."[4] (Se subraya)

Quinto. El Juzgado recibió la declaración de AVAC. Como suele ocurrir tratándose de menores, pese a que la testigo para ese momento no lo era, la prueba se practicó entregándole a la defensora de menores el interrogatorio sugerido (artículo 150, Ley 1098 de 2006, de la Infancia y la Adolescencia).

Sala Casación Penal © 2025

La testigo declaró de la siguiente manera. Esta es la secuencia.

> *14:05: ¿Alguna vez hablaste con tú tía o con tú mamá de algún inconveniente que hayas tenido o de alguna cosa que haya pasado con Julio Patiño?*
>
> *Si, si señora.*
>
> *¿Qué pasó?*
>
> *Bueno, principalmente, pues, tuve que hablar con ella porque en ese momento tuve como una crisis y decidí contar una versión sobre que yo había estado con el señor **Julio David Patiño** y ella decidió hablar con mi mamá y hablamos las tres al respecto y de allí fue cuando se decidió poner la demanda.*

---

[3] *SP 934 de 2020, rad. 52045*
[4] *SP del 12 de mayo de 2021, rad. 55959.*

Una demanda que terminó en un examen médico de tipo sexológico ¿recuerdas qué dijiste?

15:20: Si recuerdo el examen pero la verdad no me acuerdo lo que dije en ese examen.

El Fiscal solicita que se le interrogue de la siguiente manera:

En ese examen dice que tu padrastro vive contigo y con tu mamá, en enero de ese año que hicieron ese examen, que desde antes de irnos a vivir el sentía un gusto por mí y que jugábamos a darnos golpes y así, después que se fue a vivir con nosotros eso paró, porque mi mamá se dio cuenta y un día me regañó y me pegó por andar jugando con él. La primera vez que pasó fue un día por la mañana que él se pasó a mi cama, mi mamá no estaba, él empezó a besarme y acariciarme, y a molestarme y a empujarme por detrás, con sus partes de abajo, y le dije que no y lo rasguñé y me fui para el baño. Después, otro día, que estaban en fiestas en el barrio, se peleó con mi mamá y ella se fue, yo me quedé en la casa y él se quedó conmigo, entonces en la cama de mi mamá él me acostó y me bajó la ropa interior, y me penetró en la vagina, pero solo la punta. No pudo más porque me dolió mucho y yo no podía levantarme del dolor. Después siguió molestándome cada vez más y más, y cuando me quedaba solo me comenzaba a molestarme con su parte de abajo por detrás, ya después me penetraba completo. 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. A veces llegaba tomado y se me echaba encima de mí, pero sin quitarme la ropa, lo hizo unas diez veces. Yo le decía como unas treinta mil veces que no, pero él seguía insistiendo.

@Sala Casación Penal@ 2023

Siempre me decía que estuviera relajada, esa palabra me la decía muchas veces. La última vez fue hace veinte días, esa vez él uso condón, pero se demoró muchísimo porque era la primera vez que lo hacía con condón. Todo se supo porque mi mamá empezó con la preguntadera y ella me decía que ya sabía que yo tenía algo con él, con David, pero era mentira, era para ver si yo decía algo. Entonces hace como cuatro días me dijo así y yo le dije que sí y le conté. Yo solo le había contado a mi prima Astrid Juliana que era la única que sabía, nadie más sabía. Esto pasó en Duitama en el barrio San José Alto. Fecha y hora de los hechos, 2016, 05, 22, a las 8 de la mañana.

Como dijiste que no recordabas, ese fue el recuento que hiciste con el médico.

Sala Casación Penal@ 2023

También hiciste un recuento con un sicólogo en Bienestar familiar, ¿recuerdas?

No señora.

18: 53: Pero que tiene qué decir a lo que está escrito, si lo dijo, por qué lo dijo o no lo dijo.

Si señor dije eso, pero hay algunas partes en las que creo que alteraron la información, porque la verdad no tengo absoluto conocimiento de las últimas palabras que hay en ese escrito.

¿Puedes decir cuáles?

Lee: 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. Bueno, lo que sigue de ahí en adelante no recuerdo haberlo

dicho. Si de pronto está en un video o en un audio yo creo que sería mejor… la verdad no recuerdo de esto que yo dije. Desde donde empecé a leer no recuerdo haber dicho esa cantidad de cosas. El principio, si señor.

21.11. Te hicieron un audio y video en la fiscalía. ¿Recuerdas lo de la fiscalía?

Si señora.

¿Recuerdas si eso que pasó con Julio David fue en varias oportunidades o en una sola, qué pasó?

21:40: La verdad que lo que yo vine a hacer hoy aquí es a decir la verdad, ¿sí? Con él no pasó absolutamente nada y la verdad decirle a su mercé que pasó varias veces sería como reiterarle que si hubo un acceso con él.

@Sala Casación Penal@ 2O23

Dices que eso no pasó, ¿trataste de aclarar eso con alguna autoridad?

Si, si señora, con la última entrevista que tuve, que ahí fue donde quise decir la verdad, ahí fue donde dije todo absolutamente lo que había pasado.

¿Con quién fue esa entrevista?

Con una psicóloga, no sé si era de Duitama, pues vine aquí a Duitama, porque mi mamá, yo le dije a ella que si podía hacer algo para ayudarlo a él, para que saliera de esas circunstancias, porque la verdad que no merece estar allí, entonces ella me dijo que si, ella me dijo que iba a conseguir ayuda y ahí fue donde me citó a mí, y me dijo que tenía que testificar, venir como a decir la verdad… y dije todo lo que era, solo que era con una psicóloga, no recuerdo el nombre y el lugar donde fue.

¿Cuál es la verdadera o la real?

La única verdad cierta es en la última entrevista que tuve en donde dije toda la verdad de lo que había pasado y en dónde había mentido.

Después de reproducir en video la entrevista ante la psicóloga del CTI, en la que sustancialmente reiteró lo que había expresado al médico legista, se le preguntó:

¿Eso fue lo que dijiste? ¿Por qué ante el juez estás diciendo que no había pasado nada?

47:37: Porque es la verdad, por eso vine hoy a testificar, a decir la verdad, pues en ese momento tal vez por miedo dije toda esa cantidad de cosas que hasta yo misma quedo impresionada de la cabeza que tengo para poder decir todo eso.

@Sala Casación Penal@ 2023

Aseguró que se fue a vivir con su papá, no con ocasión de estos sucesos, sino por problemas de drogas y reiteró que en la entrevista con la psicóloga particular dijo la verdad. Que antes mintió y lo hizo *"por miedo, por los problemas que estaban pasando, sobre con quién había pasado todo esto y yo le dije que lo que había pasado con* ***David*** *era mentira, pero que si había tenido relaciones con un familiar".* [5]

Pregunta: ¿De dónde sacaste todas esas cosas que dijiste en las entrevistas, si él fue te tocó o no, si te tocaba o no?

[5] *1:13:31*

1:36:15: La verdad, como dije, estoy hasta sorprendida como por la capacidad que tengo de poder inventar una cantidad de cosas que la verdad ahora me siento arrepentida y no sé, talvez porque era una niña, podía tener mucha más imaginación…

Nadie me presionó en todas las entrevistas."

Sexto. El Tribunal consideró:

"entre las declaraciones anteriores al juicio oral de AVAC y la que rindió en ese escenario, 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."

@Sala Casación Penal@ 2023

Asimismo, estimó que la declaración inicial de la menor la corroboraba el concepto médico legal que constató su desfloración antigua y el testimonio de María Lourdes Corredor, tía de AVAC, a quien le manifestó que había tenido relaciones sexuales con el acusado.

El Tribunal, sin decirlo, comparó la declaración con la anamnesis del concepto médico y la entrevista a la psicóloga judicial a la manera de testimonio adjunto, que la fiscalía utilizó en su totalidad ante el cambio sorpresivo de versión de la testigo.

Eso formalmente significaría que el tribunal incurrió en un error de derecho por falso juicio de legalidad al apreciar

declaraciones por fuera del juicio como testimonio adjunto por no seguir estrictamente el procedimiento para que las declaraciones anteriores que entregó la menor se tuvieran como tal.

Sin embargo, se debe considerar lo siguiente: 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. En este sentido, por *unanimidad*, en la SP del 12 de mayo de 2021, rad. 55959[6], la Sala 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.

@Sala Casación Penal@ 2022

En estricto sentido, en la sentencia indicada se precisó, siguiendo reflexiones de la Corte sobre las formas del debido proceso probatorio, lo siguiente:

> *"Tiene dilucidado la Sala[7] que por regla general, 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*

[6] Para evitar equívocos, en la SP del 27 de oct. de 2021, rad. 58853, se resolvió un caso similar en sentido distinto, pero con la precisión de que se prefirió la nueva versión en el juicio, al no haber incorporado las declaraciones anteriores con la testigo, impidiendo de esa manera la contradicción y confrontación de la prueba.
[7] Cfr. CSJ SP, 14 dic. 2019. Rad. 55651 y CSJ SP, 17 jul. 2017. Rad. 49509, entre otras.

convicción, a menos que se acredite una causal de admisión excepcional 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. En ambos casos es necesario cumplir los requisitos definidos en la jurisprudencia[8]*, respectivamente."*

A partir de esos elementos de juicio, 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.

Sala Casación Penal 2023

Pero, así mismo, con total claridad, en una línea que en esta decisión se mantiene, expresó:

"Desde luego, la claridad sobre las pruebas que pueden fundamentar el fallo evita debates como el aquí suscitado, en contra de la celeridad y eficacia de la administración de justicia, motivo por el cual se impone que la Fiscalía, entre otros sujetos procesales e intervinientes, asuma su rol con la precisión necesaria en orden a solicitar la incorporación de las declaraciones anteriores como testimonio adjunto, una vez cumplidas las demás exigencias para que tengan tal carácter, sin que, desde luego, se trate de una fórmula rigurosamente sacramental, como que en cada caso deberá constatarse si materialmente se trató o no de un testimonio adjunto.

[8] *Cfr. CSJ AP, 30 sep. 2015. Rad. 46153 y CSJ SP, 25 ene. 2017. Rad. 44950, entre otras.*

Resta señalar, que las falencias en el cumplimiento de los referidos requisitos deben analizarse a la luz del principio de trascendencia, de tiempo atrás desarrollado por la Corte en el ámbito de las nulidades y en el estudio de la exclusión probatoria, sobre todo cuando se trata de las denominadas pruebas ilegales, en contraposición a las llamadas pruebas ilícitas.

En efecto, la Sala ha precisado que cuando se alega la violación de algún requisito para la obtención o práctica de los medios de convicción, debe analizarse la trascendencia del yerro, en orden a establecer si el mismo es de tal entidad que justifique una decisión tan importante como la exclusión de una prueba pertinente."

Sala Casación Penal@ 2023

El proceso penal no es un fin en sí mismo, sino un medio para la realización de derechos. Como tal, 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 (artículo 10 de la Ley 906 de 2004).

Bajo ese entendido, las actuaciones procesales, entre ellas la producción de la prueba, deben valorarse bajo los principios de inmediación y contradicción, para no caer en el riesgo de quedar sometido a la dictadura de las formas. O como dice el profesor Taruffo, *"no es posible hacer colapsar el razonamiento y reducir la justicia de la decisión a la corrección del procedimiento que de ella se deriva. Si así fuera nos*

encontraríamos de nuevo frente a una concepción meramente procedural de la justicia." [9]

En ese contexto, entonces, como lo decidió la Corte en la sentencia que se comenta, no es 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. No en vano, en la SP del 12 de mayo de 2021, radicado 55959, la Sala fue enfática en determinar que en estos casos en donde la discusión radica en el cumplimiento de requisitos formales, se debe ponderar las finalidades y las formas con base en el principio de trascendencia.

@Sala Casación Penal@ 2023

Por consiguiente, únicamente ante *manifiestos* errores en la producción de la prueba que desquician la estructura conceptual del proceso, de la prueba y sus fines, procede la exclusión del medio.

En efecto:

Según el artículo 15 de la Ley 906 de 2004, las partes tienen el derecho a conocer y controvertir las pruebas. En este orden, la fiscalía indicó en el escrito de acusación que contaba con declaraciones fuera del juicio de la menor que hacían parte de dictámenes de expertos y las relacionó en la audiencia preparatoria para ser utilizadas eventualmente

[9] *Taruffo Michele, Simplemente la verdad, Ed. Marcial Pons, página 135.*

como prueba de referencia o para impugnar credibilidad. En el juicio, ante el cambio parcial e inusitado de versión de la entonces menor, 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.

@Sala Casación Penal@ 2O23

Algo similar ocurrió en el caso juzgado en la citada SP del 12 de mayo de 2021, radicado 55959, en la que se indicó lo siguiente:

> *"Ahora, 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 mentido. 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).*
>
> *En este asunto, en el desarrollo de las referidas declaraciones en el juicio oral y a instancia de la Fiscalía, se dio lectura a cuanto expusieron previamente a los investigadores, reconocieron como suyas las firmas y huellas que allí aparecen, fueron interrogados acerca de las razones para haber variado sustancialmente sus asertos y se le permitió a la defensa intervenir sobre el particular en orden a*

activar la facultad de ejercer la contradicción y confrontación, sin que procediera a ello."

De modo que si bien formalmente no se dispuso en aquella oportunidad la incorporación de las declaraciones anteriores al juicio como testimonio adjunto, sin necesidad de una decisión concreta ingresaron materialmente en esa condición. Esa línea se mantiene en la presente decisión, al compartir los mismos supuestos, de manera que, siguiendo esa unánime lectura jurisprudencial, es claro que el Tribunal podía valorar la declaración rendida en el juicio, así como las anteriores, y realizar juicios de comparación entre ellas, como lo hizo.

Sala Casación Penal© 2026

Séptimo. Con la declaración de María Lourdes Corredor se estableció que AVAC le manifestó que sostuvo relaciones sexuales con **Julio David Patiño Contreras**, el compañero de su madre. Esa información propició la denuncia de dichos comportamientos. Asimismo, con el examen médico legal se comprobó que AVAC presentaba rastros de desfloración antigua, compatible con relaciónes sexuales. Eso significa que este dato está en sintonía con la información que AVAC le entregó a su familiar, así haya tenido contactos sexuales con otras personas.

De otra parte, aun cuando en el juicio AVAC pretendió exonerar a JULIO DAVID PATIÑO CONTRERAS, no lo logró. Primero, porque se refirió a varios episodios sexuales con él. Segundo, porque 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. Como se indicó, así declaró:

> *Si señor dije eso, pero hay algunas partes en las que creo que alteraron la información, porque la verdad no tengo absoluto conocimiento de las últimas palabras que hay en ese escrito.*
>
> *¿Puedes decir cuáles?*
>
> *Lee: 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. Bueno, lo que sigue de ahí en adelante no recuerdo haberlo dicho. Si de pronto está en un video o en un audio yo creo que sería mejor… la verdad no recuerdo de esto que yo dije. Desde donde empecé a leer no recuerdo haber dicho esa cantidad de cosas. El principio si, señor. (Se resalta)*

Sala Casación Penal @ 2023

Eso significa que apreciado correctamente el testimonio de AVAC, se pueden obtener las siguientes conclusiones:

(i). No se desdijo totalmente de lo que le comentó al médico legista. Es decir, aceptó que sostuvo relaciones sexuales consentidas con JULIO DAVID 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, queda claro que el deseo de favorecer a JULIO DAVID PATIÑO CONTRERAS es inadmisible, 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.

Sala Casación Penal @ 2022

En fin, mantuvo la imputación en cuanto sostuvo relaciones sexuales con el acusado – consentidas pero siendo menor de edad—, pues no desconoció que al médico legista le comentó que tuvo ese tipo de contactos. Negó otras con la excusa de que su declaración fue alterada, pero en lo esencial admitió que sostuvo relaciones sexuales con el compañero de su madre. De manera que no existe duda del comportamiento que con bastante detalle y pormenores le atribuyó al acusado.

Aclarados los aspectos formales, no existe duda, en el grado de persuasión que exige el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal para confirmar la sentencia condenatoria. El testimonio de la menor, si bien es el único directo, es suficiente para confirmar la condena contra JULIO DAVID PATIÑO CONTRERAS.

Por lo tanto, La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por Autoridad de la Ley,

RESUELVE:

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.

Sala Casación Penal@2022

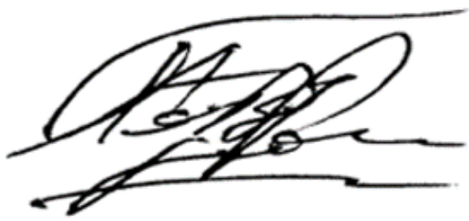
Contra esta decisión no proceden recursos.

Notifíquese y cúmplase.

HUGO QUINTERO BERNATE

Presidente

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN



FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

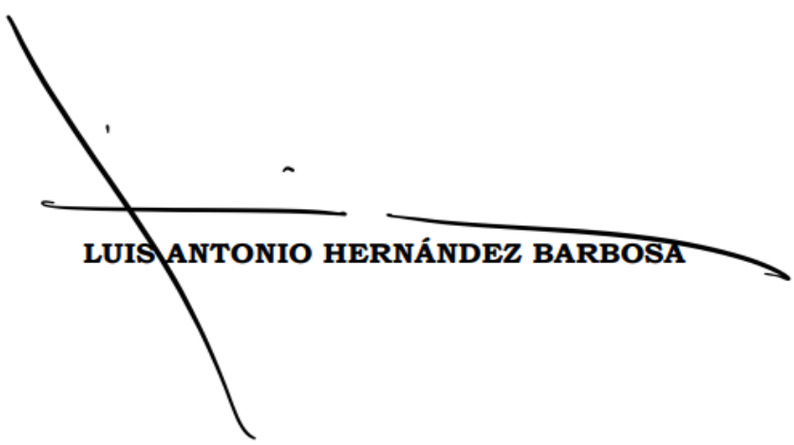


GERSON CHAVERRA CASTRO



DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

Salvo el Voto



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

FABIO OSPITIA GARZÓN
CON SALVAMENTO DE VOTO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

Sala Casación Penal@ 2023

SALVAMENTO DE VOTO

Impugnación Especial No. 62852

Con el acostumbrado respeto, a continuación se expondrán las razones por las que consideró que la Sala, en la decisión emitida el 10 de mayo último, debió revocar la condena proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo.

Como bien se resalta en la postura mayoritaria, en este caso el debate se reduce, en esencia, a establecer si las declaraciones anteriores rendidas por la menor que compareció en calidad de víctima fueron debidamente incorporadas como testimonio adjunto. Ello, como quiera que dichas versiones constituyen el fundamento principal de la condena, pues la declarante compareció al juicio oral y aseguró que nunca sostuvo relaciones sexuales con el procesado.

La decisión de la que me aparto se fundamenta en las siguientes premisas: (i) la prevalencia de lo material sobre lo formal, (ii) el caso debe resolverse a la luz de la decisión CSJSP, 12 mayo 2021, Rad. 55959, donde se analizó una situación análoga, (iii) materialmente se cumplieron los requisitos para la incorporación de la declaración anterior de la menor a título de

testimonio adjunto, y (iv) la menor "*no se desdijo totalmente de lo que le comentó al médico legista. Es decir, aceptó que sostuvo relaciones sexuales consentidas con JULIO PATIÑO CONTRERAS (…).*

Frente a estas aseveraciones, cabe afirmar lo siguiente:

1. La prevalencia de lo material sobre lo formal

Sobre el particular, en la postura mayoritaria se resalta con insistencia lo siguiente:

> *La Corte ha privilegiado lo material sobre lo instrumental para evitar que temas formales primen sobre la concepción sustancial de la justicia, en aquellos casos en los que se cumplen en la práctica todas las condiciones para incorporar y valorar como tetimonio adjunto declaraciones anteriores entregadas por fuera del juicio oral (…).*
>
> *El proceso penal no es un fin en sí mismo, sino un medio para la realización de derechos. Como tal, 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.*
>
> *Bajo ese entendido, las actuaciones procesales, entre ellas la producción de la prueba, deben valorarse bajo los principios de inmediación y contradicción, para no caer en el riesgo de quedar sometido a la dictadura de las formas. O como dice el profesor Taruffo, "no es posible hacer colapsar el razonamiento y reducir la justicia de la decisión a la corrección del procedimiento que de ella se deriva. Si así fuera nos encontraríamos de nuevo frente a una concepción meramente procedural de la justicia".*

Sala Casación Penal@ 2023

Aunque estas aseveraciones resulten sugestivas, pues no se discute que la materialización de la justicia es un propósito ineludible de la labor judicial, un entendimiento inadecuado de las mismas puede afectar gravemente el sistema judicial, al punto de comprometer aspectos de alta relevancia constitucional, como el debido proceso, la igualdad, la seguridad jurídica, entre muchos otros.

Las formas del proceso, incluidas las atinentes a la práctica de pruebas, constituyen una herramienta trascendental para la materialización de los derechos y garantías previstos en la Constitución Política y en los tratados sobre derechos humanos suscritos por Colombia (artículos 15, 28 y 29 CN).

Por tanto, la alusión peyorativa a "*las formas*" no puede reemplazar el análisis sustancial de los requisitos o formalidades previstos en el ordenamiento jurídico para las diferentes actuaciones, como sucede con la solicitud, el decreto y la práctica de las pruebas.

Sala Casación Penal © 2023

Por supuesto, esto implica estudiar, en cada caso, la conexión que existe entre la forma y la garantía o derecho fundamental que desarrolla, lo que se erige en presupuesto ineludible para verificar la trascendencia del yerro, bajo el entendido de que esto último siempre debe ser considerado.

De todas maneras, la tentación de desmoronar paulatinamente las "*formas*" orientadas a desarrollar los derechos y garantías fundamentales, bajo el argumento de "*hacer justicia material*" en los casos donde se considere que la

misma no ha operado, puede propiciar la anarquía judicial y, de la mano de ella, la negación del estado de derecho, así como la abolición de las garantías debidas al sujeto pasivo de la protección punitiva estatal, sin perjuicio de la grave afectación de la igualdad y la seguridad jurídica.

2. Las formas propias de la incorporación del testimonio adjunto

La Sala ha precisado que la figura del testimonio adjunto no tiene una regulación específica en el ordenamiento jurídico colombiano, a diferencia de lo que sucede en otras latitudes. De hecho, por esa razón, al interior de la Sala no ha sido extraña la postura orientada a negar la posibilidad de que una declaración anterior sea incorporaba como prueba cuando el testigo, en el juicio, entrega una versión diferente (*véase, por ejemplo, el salvamento de voto de la decisión 55959 de 2021, varias citada en la postura mayoritaria*).

Sala Casación Penal@ 2023

Sin embargo, ha entendido que en un sistema procesal como el regulado en la Ley 906 de 2004, en el que pierde trascendencia el principio de permanencia de la prueba (*que rigió ordenamientos anteriores*), es inocultable la posibilidad de que los testigos, en el juicio oral, se retracten de lo expresado a las partes en la fase de preparación del caso.

Así, valiéndose del estudio del derecho comparado, ha concluido que es posible incorporar ***como prueba*** las declaraciones anteriores, como testimonio adjunto, siempre y cuando se cumplan algunos requisitos (*o formalidades*),

orientados a mantener un punto de equilibrio entre los derechos del procesado, los intereses de las víctimas y el interés general en la aplicación de una justicia pronta y eficaz.

Es de precisar que esos requisitos son más laxos que los previstos en otros ordenamientos, porque, a manera de ejemplo, no se exije que la declaración anterior haya sido rendida bajo la gravedad de juramento, como sí sucede en el sistema procesal de Puerto Rico y en el sistema federal de los Estados Unidos.

Además, cada uno de ellos es relevante para la materialización de los derechos y garantías comprometidos. Es fundamental, en primer lugar, que la parte interesada demuestre, durante el interrogatorio, que el testigo se ha retractado o ha cambiado su versión. Sin ello, ningún sentido tendría incorporar la declaración rendida por fuera del juicio oral, dada la disponibilidad del testigo para ser sometido al interrogatorio cruzado, bajo la dirección del juez que tiene a cargo la sentencia.

Sala Casación Penal © 2023

Adicionalmente, es necesario, (i) que la parte interesada solicite que la declaración anterior sea incorporada como prueba, (ii) que la contraparte tenga la oportunidad de oponerse, y (iii) que el juez tome una decisión al respecto. Esto, porque le ordenamiento jurídico habilita la utilización de declaraciones anteriores para otros fines, entre ellos, refrescar la memoria del testigo y para impugnar su credibilidad.

Este procedimiento permite desarrollar aspectos muy importantes en un proceso penal verdaderamente democrático,

entre ellos, que el acusado tenga claridad sobre los cargos y sobre los medios utilizados por la Fiscalía para desvirtuar su presunción de inocencia (*Art. 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos y Art. 14 del Pacto Internacional de Derechos y Políticos*).

Lo anterior, encuentra un desarrollo amplio en la Ley 906 de 2004, en lo previsto en las normas rectoras 8, 15 y 16, como en el articulado que se ocupa del descubrimiento probatorio, la solicitud y decreto de pruebas, la reglamentación de la prueba sobreviniente, etcétera.

En las referidas condiciones, difícilmente puede afirmarse que la solicitud y decreto de una prueba, (*en este caso, de una de carácter testimonial, por regla general inadmisible, por tratarse de una declaración rendida por fuera del juicio oral*), constituya un formalismo intrascendente. Mucho menos, que así lo entiende la doctrina especializada, que generalmente propugna por la materialización de las garantías debidas a las partes.

Sala Casación Penal © 2023

2. El precedente invocado en la postura mayoritaria

Sin duda, la decisión CSJSP, 12 mayo 2021, Rad. 55959, constituye un importante precedente en materia de testimonio adjunto.

En esa oportunidad, la Sala se refirió con amplitud a la importancia de los requisitos o formalidades que deben agotarse para la incorporación del testimonio adjunto. Para lo que aquí interesa, se dijo lo siguiente sobre el deber que tiene la parte de

solicitar la incorporación de la prueba, la oportunidad de la contraparte de ejercer la contradicción y el deber del juez de tomar la respectiva decisión:

> (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. En un derecho de partes le está vedado al juez incorporar oficiosamente tal versión anterior.
>
> Esa solicitud de parte cumple dos importantes funciones:
>
> En primer lugar, le permite a la contraparte oponerse, pues no puede olvidarse que la incorporación de una declaración rendida por fuera del juicio oral, como prueba, constituye una excepción a lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 906 de 2004 que corresponde a una norma rectora. Además, puede afectar derechos de la contraparte en el ámbito de la contradicción y la confrontación.
>
> Finalmente, por tratarse de una decisión trascendente en el ámbito probatorio, debe contar con la garantía del contradictorio, esto es, la posibilidad de oposición a que sea incorporada.
>
> En segundo término, brinda claridad sobre las pruebas que pueden fundamentar el fallo, pues en el proceso no puede haber incertidumbre acerca de los medios de convicción practicados o incorporados con vocación para sustentar la sentencia, finalidad desarrollada por el legislador al establecer las reglas del descubrimiento probatorio, la enunciación, solicitud y decreto de pruebas en la audiencia preparatoria, así como en la regulación de la prueba sobreviniente.
>
> Dentro de la misma función se constata que si por regla general las declaraciones anteriores al juicio oral no tienen el carácter de pruebas, su admisión excepcional en tal condición debe ser ordenada por el juez a solicitud de la parte interesada, exigencia que

Sala Casación Penal@ 2023

> sirve para diferenciar la prueba de referencia y el testimonio adjunto, de otros usos posibles de las declaraciones anteriores, como el refrescamiento de memoria y la impugnación de credibilidad.
>
> Desde luego, la claridad sobre las pruebas que pueden fundamentar el fallo evita debates como el aquí suscitado, en contra de la celeridad y eficacia de la administración de justicia, motivo por el cual se impone que la Fiscalía, entre otros sujetos procesales e intervinientes, asuma su rol con la precisión necesaria en orden a solicitar la incorporación de las declaraciones anteriores como testimonio adjunto, una vez cumplidas las demás exigencias para que tengan tal carácter, sin que, desde luego, se trate de una fórmula rigurosamente sacramental, como que en cada caso deberá constatarse si materialmente se trató o no de un testimonio adjunto.
>
> Resta señalar, que las falencias en el cumplimiento de los referidos requisitos deben analizarse a la luz del principio de trascendencia, de tiempo atrás desarrollado por la Corte en el ámbito de las nulidades y en el estudio de la exclusión probatoria, sobre todo cuando se trata de las denominadas pruebas ilegales, en contraposición a las llamadas pruebas ilícitas (…).

Sala Casación Penal@ 2023

La claridad sobre el contenido, las finalidades y la importancia del requisito en mención, hacen innecesarios otros comentarios sobre el particular. De allí que mi postura disidente no se vincule con el desarrollo del requisito atinente a la solicitud y práctica del testimonio adjunto, en los términos del fallo 55959 de 2021, sino, por el contrario, con el hecho de que este precedente no está siendo correctamente aplicado.

Es pacífico que para la aplicación de un precedente, como el contenido en el referido fallo, resulta imperioso establecer la anología fáctica entre la decisión de referencia y el asunto que se está resolviendo.

En esa oportunidad, la Sala abordó una realidad procesal sustancialmente diferente. Como bien allí se señala, varios testigos de la Fiscalía se retractaron. Ante esa situación, se dio lectura a las declaraciones anteriores al juicio oral. La juez le preguntó a la Fiscalía si su propósito era que esas declaraciones se incorporaran como prueba, a lo que el acusador respondió afirmativamente.

La Sala resaltó que, en el referido caso, el error "*de forma*" consistió en llamar impugnación de credibilidad a lo que, materialmente, constituía un ejercicio de incorporación de testimonio de adjunto. En todo caso, la Fiscalía solicitó la incorporación de las declaraciones anteriores y la juez las decretó.

Para evitar cualquier tergiversación de lo estudiado en esa oportunidad, se trascribe el respectivo acápite del fallo:

Sala Casación Penal@ 2023

> *En este asunto, en el desarrollo de las referidas declaraciones en el juicio oral y a instancia de la Fiscalía, se dio lectura a cuanto expusieron previamente a los investigadores, reconocieron como suyas las firmas y huellas que allí aparecen, fueron interrogados acerca de las razones para haber variado sustancialmente sus asertos y se le permitió a la defensa intervenir sobre el particular en orden a activar la facultad de ejercer la contradicción y confrontación, sin que procediera a ello.*
>
> *En ese contexto, materialmente las declaraciones anteriores fueron utilizadas para demostrar la retractación y/o cambio de versión. Esto es importante,* ***porque la juez utilizó un término inapropiado (impugnación de credibilidad) cuando preguntó a la Fiscal por***

su intención de incorporar tales exposiciones. *Al respecto* ***se tiene que la impugnación de la credibilidad es un procedimiento diferente a la incorporación de una declaración a título de testimonio adjunto***.

La diferencia sustancial emana de las mismas denominaciones, pues se impugna credibilidad para restarle fuerza demostrativa al testigo, mientras que el testimonio adjunto supone la incorporación de una prueba –en este caso la versión rendida por fuera del juicio—, con el propósito de que sea tenida en cuenta por el juez como soporte de la condena.

A partir de lo anterior, colige la Corte que en este caso la Fiscalía utilizó las declaraciones anteriores con el claro propósito de que las mismas fueran valoradas por la juez, esto es, que fueran tenidas como testimonios adjuntos. ***Así fue asumido por todos los intervinientes****, pues, en primer lugar, la Fiscalía nunca expresó su intención de restarle credibilidad a los declarantes. En segundo término, su finalidad estaba claramente dirigida a demostrar que las versiones rendidas por fuera del juicio oral, que fueron soporte trascendente de la acusación, así como de la solicitud de medida aseguramiento formulada por la Fiscalía –la cual fue negada en primera instancia, pero concedida en segundo grado—, daban cuenta de lo realmente acontecido. En tercer lugar, en vez de acreditar contradicciones puntuales en las versiones –lo que es propio de la impugnación de credibilidad—, la Fiscalía incorporó el contenido de las declaraciones anteriores. En cuarto término****,* ***cuando la juez indagó por la intención de incorporar las declaraciones anteriores –lo que no procede cuando simplemente se impugna credibilidad, ya que en esos casos es suficiente con leer el punto específico de contradicción—, la Fiscalía hizo manifiesto su propósito de que las mismas hicieran parte del acervo probatorio***.

Sala Casación Penal © 2023

Por último, aunque la juez utilizó el término "impugnación de credibilidad", de lo acontecido se desprendía unívocamente que el propósito era que las mismas se tuvieran como testimonios adjuntos.

Así, se tiene que los testigos comparecieron al juicio oral, donde la Fiscalía demostró que se retractaron o cambiaron sustancialmente sus versiones.

El ente acusador de manera poco ***ortodoxa expresó su intención de que las declaraciones anteriores fueran incorporadas como pruebas, lo que fue aceptado por la juez****, pese a que cuando preguntó a la Fiscal por el propósito de incorporar dichas declaraciones aludiera a la impugnación de credibilidad. Es atinente destacar que* ***la defensa tuvo la oportunidad de oponerse*** *y pudo contrainterrogar a los testigos sobre lo declarado dentro y fuera del juicio oral, pero renunció a ello.*

En suma, si bien es cierto ocurrieron imprecisiones durante el proceso de incorporación de las declaraciones anteriores a título de testimonios adjuntos, las mismas no tienen la trascendencia suficiente para desestimar dichas pruebas. Debe destacarse que los testimonios recibidos en la vista pública no versaron únicamente sobre la imposibilidad de los declarantes de haber percibido la comisión de los homicidios, pues también se abordó el tema de lo expuesto antes del juicio, de modo que, se reitera, no fue sorprendida la defensa al respecto, estando en posibilidad de confrontar y contradecir, pues todo ocurrió en su presencia. Así las cosas, le asiste razón a la Corporación de segundo grado, pues conforme al mandato legal y en especial, a los principios de inmediación, contradicción y confrontación, las entrevistas rendidas previamente al juicio, en especial las de Brahian Mauricio Trejos y Oswaldo Naranjo Calvo, corresponden materialmente a testimonios adjuntos y, como tales, sirvieron de fundamento al fallo de condena[1]*.*

Sala Casación Penal © 2022

3. Lo sucedido en el caso objeto de análisis

[1] Negrillas fuera del texto original.

Conforme se resalta en la postura mayoritaria, el interrogatorio de la víctima se inició con una pregunta acerca de si alguna vez habló con su tía o su progenitora "*sobre un inconveniente que hayas tenido o de alguna cosa que haya pasado con Julio Patiño*", a lo que la testigo respondió afirmativamente.

Agregó: "*Bueno, principalmente, pues, tuve que hablar con ella porque en ese momento tuve como una crisis y decidí contar una versión sobre que yo había estado con el señor Julio David Patiño y ella decidió hablar con mi mamá y hablamos las tres al respecto y de allí fue cuando se decidió poner la demanda*".

A renglón seguido, el fiscal pidió que se le preguntara sobre el contenido del "*examen*", no sin antes leer por completo la declaración anterior.

Sala Casación Penal@ 2023

Como puede observarse, esta declaración anterior fue leída en voz alta, lo que dio lugar a que su contenido hiciera parte del registro, sin que se avizorara que la testigo se había retractado o cambiado su versión.

Es más, en la postura mayoritaria se destaca que el fiscal, luego de reproducir la declaración anterior y antes de que la menor se pronunciara al respecto, señaló: "***como dijiste que no recordabas, ese fue el recuento que le hiciste al médico***".

Así, no existe ninguna razón para concluir que, en ese momento, la Fiscalía utilizó esa declaración con el ánimo de

introducirla a título de testimonio adjunto, pues ni siquiera se había visualizado el presupuesto principal de dicha figura, esto es, que el testigo se retracte o cambie la versión.

Tampoco se advierte que la Fiscalía hubiera presentado una solicitud expresa o implícita en ese sentido, ni que la defensa hubiese tenido la oportunidad de oponerse a esa solicitud, ni que el juez tomara una decisión al respecto.

A continuación, la menor se pronunció sobre el contenido de esa declaración, para resaltar dos cosas: (i) que el documento leído no reproduce fielmente lo que ella dijo; y (ii) que lo que dijo en esa oportunidad era falso, porque nunca tuvo contacto sexual con el procesado.

Más adelante, según el texto de la decisión mayoritaria, se reprodujo "*en video la entrevista ante la psicóloga del CTI, en la que sustancialmente reiteró lo que había expresado al médico legista*". Enseguida, se le hicieron preguntas sobre esa declaración anterior.

Sala Casación Penal@2023

En todo caso, en ningún momento la Fiscalía solicitó la incorporación de las declaraciones anteriores como testimonio adjunto. Tampoco sucedió (*como en el precedente invocado*) que el juez le preguntara al fiscal si tenía la intención de incorporar como prueba dichas versiones. No lo hicieron de ninguna manera, ni con las palabras adecuadas, ni utilizando términos equivocados, como sucedió en el caso estudiado en el radicado 55959 de 2021.

La Fiscalía: (i) inició el interrogatorio utilizando la declaración anterior de la testigo para ***refrescar su memoria***, (ii) a partir de ello, realizó preguntas sobre las declaraciones anteriores, sin un objetivo claro, (iii) ***nunca solicitó que esas declaraciones fueran tenidas como prueba***, (iv) **nunca fue interrogada por el juez acerca de si tenía dicho propósito** (*como sucedió en el precedente ya referido*), (v) el juez **nunca manifestó que las declaraciones serían incorporadas como prueba**, ni siquiera utilizando categorías jurídicas equivocadas, y (vi) por tanto, la defensa no tuvo la oportunidad de oponerse a una decisión en tal sentido, como tampoco tenía por que asumir que las declaraciones anteriores, utilizadas con otros fines, fueran a ser valoradas como prueba.

Ello, por supuesto, no puede tildarse de "*formalismo intrascendente*". Se trata de aspectos medulares del debido proceso, al que necesariamente está vinculado el concepto de justicia material, según lo disponen expresamente el artículo 29 de la Constitución Política, los artículos 8 y 14 de la Convención Americana de Derechos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, respectivamente, entre otras normas que hacen parte del ordenamiento jurídico colombiano.

Sala Casación Penal@ 2023

En síntesis: (i) el requisito de la solicitud de incorporación de una declaración anterior, como prueba, a título de testimonio adjunto, es sustancial, como también lo son la oportunidad de oponerse a una petición en ese sentido y la respectiva decisión judicial, (ii) el caso analizado por la Corte en el fallo 55959 de 2021 es sustancialmente diferente al que ahora se estudia, porque allí, aunque con algunos yerros conceptuales, existió la solicitud por parte de la Fiscalía, así como la respectiva decisión

judicial, y (iii) en el presente caso, esos requisitos están totalmente ausentes, toda vez que la Fiscalía se limitó a utilizar las declaraciones anteriores con fines equívocos, como sucedió con la lectura de su contenido en el contexto del refrescamiento de la memoria de la testigo.

Por tanto, si de la aplicación y el respeto del precedente se trata, en este caso debió concluirse que la declaración rendida por la víctima por fuera del juicio oral no podía ser valorada, como lo ha resuelto la Sala en casos anólogos (CSJSP606, 25 ene 2017, Radicado 44950; CSJSP 3891, 30 nov 2022, Radicado 56993; CSJSP113, 29 marzo 2023, Rad. 53067; entre muchas otras).

4. La supuesta retractación parcial de la víctima

Sala Casación Penal@2023

En la postura acogida por la mayoría se dice que esta testigo:

> *No se desdijo totalmente de lo que le comentó al médico legista. Es decir, aceptó que sostuvo relaciones sexuales consentidas con Julio Patiño Contreras, como se lo manifestó al profesional. La parte trascrita 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 (…)",* ***no la negó, o mejor, no se retractó de ella[2].***

Sin embargo, se advierte una confusión relevante frente al tema en cuestión, pues una cosa es que la testigo, una vez increpada con sus declaraciones anteriores, haya aceptado que

[2] Negrillas fuera del texto original.

en algún momento ***dijo*** lo que se acaba de mencionar, y una muy diferente que acepte que ello corresponde a la realidad.

Según se destaca en la decisión de la que me aparto, en la primera parte del testimonio, luego de que la Fiscalía utilizara una declaración anterior para refrescar la memoria de la testigo (*con las irregularidades ya comentadas*), el fiscal indagó por lo siguiente: "*Pero qué tiene que decir a lo que está escrito, si lo dijo, por qué lo dijo o no lo dijo*", a lo que la testigo respondió: "*sí señor, dije eso, pero hay algunas partes en las que creo que alteraron la información, porque la verdad no tengo absoluto conocimiento de las últimas palabras que hay en ese escrito*".

Seguidamente, la Fiscalía preguntó: *¿puede decir cuáles*? A continuación se lee el aparte descrito en precedencia, y la testigo aclara: "*bueno, lo que sigue de ahí en adelante no recuerdo haberlo dicho. Si de pronto está en un video o en un audio creo que sería mejor…*".

Sala Casación Penal@ 2023

A continuación, la testigo hace énfasis en que todo lo que dijo con anterioridad al juicio oral es falso, en cuanto señaló que: "*la verdad que lo que yo vine a hacer hoy aquí es a decir la verdad, ¿sí? **Con él no pasó absolutamente nada** y la verdad decirle a su mercé que pasó varias veces sería como reiterarle que sí hubo un acceso con él (…) la única verdad cierta es en la última entrevista que tuve en donde dije toda la verdad de lo que había pasado y en dónde había mentido (…)*[3].

5. Conclusión

[3] Negrillas fuera del texto original.

Con fundamento en lo anterior, considero que las declaraciones anteriores de la menor no podían ser valoradas, porque se omitieron requisitos sustanciales para su incorporación como prueba.

Sin esas declaraciones, resultaba obligatorio revocar la condena emitida por el Tribunal, en orden a que recobre vigencia la sentencia absolutoria emitida en primera instancia, con las aclaraciones hechas a lo largo de este escrito.

Fecha up supra.

FABIO OSPITIA GARZÓN
Magistrado

Sala Casacional@ 2023

SALVAMENTO DE VOTO

Con el respeto que siempre he profesado por las decisiones de la Sala, estimo necesario salvar el voto respecto de lo determinado en el presente asunto, en tanto, considero que en este caso no se atendió la línea jurisprudencial de la Corte, por demás pacífica y reiterada, en torno a la incorporación de las declaraciones anteriores como *testimonio adjunto,* en los eventos en los que el testigo se retracta al momento de rendir su declaración en el juicio.

La Corte ha señalado que, para que se incorpore en el juicio oral una declaración anterior, como *testimonio adjunto*, es necesario que se cumpla con el **debido proceso probatorio**, que implica el cumplimiento de las siguientes exigencias: *(i)* que el testigo se retracte, al momento de rendir su declaración en el juicio, de sus aserciones antecedentes u ofrezca una versión sustancialmente diferente de la contenida en aquéllas; *(ii)* que el testigo esté disponible para declarar en el debate oral, para ser interrogado sobre lo declarado en este escenario y lo que atestiguó con antelación; *(iii)* la declaración anterior debe incorporarse a través de su lectura, durante el interrogatorio de la persona que la suministró, (en principio, por el mismo testigo o,

excepcionalmente, por quien conduce el interrogatorio, si aquél, verbigracia, no sabe leer o está en incapacidad de hacerlo) a solicitud de la parte interesada, de modo que a la contraparte se le permita ejercer la confrontación respecto de sus contenidos y el Juez cuente con las dos versiones a efectos de valorarlas en su integridad y discernir, con apego a la sana crítica, cuál de ellas (si es que alguna) le merece credibilidad; y, ***(iv)*** **la parte interesada solicite la incorporación de la declaración anterior al juicio como *testimonio adjunto*, y que, frente a tal postulación, se profiera un pronunciamiento favorable del Juez de conocimiento.**[1]

Estas últimas exigencias *-la solicitud de la parte y la orden del juez-* no son nimias, intrascendentes o meras formalidades, por el contrario, se asocian con la garantía de los derechos de defensa y contradicción, en tanto, la contraparte tiene derecho a oponerse a la incorporación de la declaración anterior como prueba, en calidad de *testimonio adjunto;* así mismo, con la certeza que deben tener las partes, intervinientes y el juez, respecto de cuáles son las pruebas que constituyen o conforman el acervo probatorio, que deberá ser objeto de valoración al momento de decidir; y finalmente, con la prohibición legal de incorporación de pruebas de oficio por parte del juez.

[1] Entre otras, SP3756-2022, 2 nov. 2022, rad. 56705, SP5021-2021, 10 nov. 2021, rad. 58853, y SP4103-2020, 21 oct. 2020, rad. 56919.

En este caso, no tengo duda de que no se cumplió con el debido proceso probatorio porque, aunque A.V.A.C. se retractó al momento de rendir su declaración, se dio lectura y se reprodujeron las dos versiones anteriores que rindió -la anamnesis contenida en el informe base de opinión pericial del examen sexológico que se le práctico y la entrevista que le realizó una policía judicial del C.T.I.-, y fue interrogada y contrainterrogada al respecto; es lo cierto que el delegado de la fiscalía no solicitó la incorporación de las declaraciones anteriores como *testimonio adjunto,* por lo que el juez de conocimiento no ordenó su incorporación.

Por lo anterior, las declaraciones anteriores rendidas por A.V.A.C. no hacen parte del acervo probatorio, de modo que no pueden ser objeto de valoración probatoria, so pena de incurrir en un error de derecho por falso juicio de legalidad.

Aunque en la decisión que ha proferido la Sala, se advirtió el yerro de legalidad en el que incurrió el Tribunal, se dio por superado, con base en los siguientes argumentos:

> *«Sin embargo, se debe considerar lo siguiente: 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.*** *En este sentido, por unanimidad, en la SP del 12 de mayo de 2021, rad. 55959,* ***la Sala 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».

Me aparto, de manera respetuosa, de esta consideración, porque no se compadece con la realidad procesal, ni con el sentido de la jurisprudencia de la Sala en torno a este tema.

En efecto, no es cierto que en el caso cuyo aparte se transcribió en párrafo anterior, se hubiesen cumplido «*todas las condiciones para incorporar y valorar como testimonio adjunto declaraciones anteriores entregadas por fuera del juicio oral*», pues, el delegado de la fiscalía no solicitó la incorporación de las declaraciones anteriores rendidas por la menor, ni el juez así lo ordenó, ante la ausencia de pedimento en ese específico sentido.

De otro lado, no es cierto que en el precedente que se cita, la Corte hubiese sostenido 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***».

En contrario, la Corte, en esa oportunidad -CSJ SP1875-2021, Rad. 55959- reiteró su postura jurisprudencial en torno a las exigencias que deben satisfacerse para la incorporación de una declaración anterior como *testimonio adjunto,* en caso de retractación del

testigo, incluyendo, naturalmente, la obligación de que la parte interesada solicite la incorporación de la declaración anterior, como prueba, y la existencia de una orden del juez en ese específico sentido.

Esto se dijo en esa oportunidad:

«(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. En un derecho de partes le está vedado al juez incorporar oficiosamente tal versión anterior.

Esa solicitud de parte cumple dos importantes funciones:

En primer lugar, le permite a la contraparte oponerse, pues no puede olvidarse que la incorporación de una declaración rendida por fuera del juicio oral, como prueba, constituye una excepción a lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 906 de 2004 que corresponde a una norma rectora. Además, puede afectar derechos de la contraparte en el ámbito de la contradicción y la confrontación. Finalmente, por tratarse de una decisión trascendente en el ámbito probatorio, debe contar con la garantía del contradictorio, esto es, la posibilidad de oposición a que sea incorporada.

En segundo término, brinda claridad sobre las pruebas que pueden fundamentar el fallo, pues en el proceso no puede haber incertidumbre acerca de los medios de convicción practicados o incorporados con vocación para sustentar la sentencia, finalidad desarrollada por el legislador al establecer las reglas del descubrimiento probatorio, la enunciación, solicitud y decreto de pruebas en la audiencia preparatoria, así como en la regulación de la prueba sobreviniente.

Dentro de la misma función se constata que si por regla general las declaraciones anteriores al juicio oral no tienen el carácter de pruebas, su admisión excepcional en tal condición debe ser ordenada por el juez a solicitud de la parte interesada, exigencia que sirve para diferenciar la prueba de referencia y el testimonio

adjunto, de otros usos posibles de las declaraciones anteriores, como el refrescamiento de memoria y la impugnación de credibilidad.

Desde luego, la claridad sobre las pruebas que pueden fundamentar el fallo evita debates como el aquí suscitado, en contra de la celeridad y eficacia de la administración de justicia, motivo por el cual se impone que la Fiscalía, entre otros sujetos procesales e intervinientes, asuma su rol con la precisión necesaria en orden a solicitar la incorporación de las declaraciones anteriores como testimonio adjunto, una vez cumplidas las demás exigencias para que tengan tal carácter, ***sin que, desde luego, se trate de una fórmula rigurosamente sacramental, como que en cada caso deberá constatarse si materialmente se trató o no de un testimonio adjunto.***

Resta señalar, ***que las falencias en el cumplimiento de los referidos requisitos deben analizarse a la luz del principio de trascendencia****, de tiempo atrás desarrollado por la Corte en el ámbito de las nulidades y en el estudio de la exclusión probatoria, sobre todo cuando se trata de las denominadas pruebas ilegales, en contraposición a las llamadas pruebas ilícitas.*

En efecto, la Sala ha precisado que cuando se alega la violación de algún requisito para la obtención o práctica de los medios de convicción, debe analizarse la trascendencia del yerro*, en orden a establecer si el mismo es de tal entidad que justifique una decisión tan importante como la exclusión de una prueba pertinente.* ***Lo anterior, sin perjuicio de los requisitos establecidos para cada medio de prueba se cumplan a cabalidad, precisamente para evitar situaciones como la que ahora ocupa la atención de la Corte****».*

Como se ve, no es cierto que la Corte hubiese concluido que las declaraciones anteriores podían ser valoradas, siempre que en el juicio se haya garantizado la contradicción y confrontación de la prueba, así la parte no hubiese solicitado su incorporación como *testimonio adjunto*.

Lo que allí se indicó, es que, la solicitud de incorporación no obedece a una *«fórmula rigurosamente sacramental»,* de modo que en cada caso se debe constatar si materialmente dicha exigencia se cumplió o no, de cara al principio de trascendencia, lo que no significa, como parece entenderlo ahora la Sala mayoritaria, que tal exigencia se pueda soslayar.

De cualquier modo, la situación procesal de aquel caso dista mucho de éste. Así, en aquella oportunidad la fiscalía sí solicitó la incorporación de la versión anterior y el juez así lo ordenó, sólo que, al hacerlo, *«la juez utilizó un término inapropiado (impugnación de credibilidad) cuando preguntó a la fiscal por su intención de incorporar tales exposiciones»;* contrario a lo que se indica en esta decisión.

En efecto, esto ocurrió en ese caso:

> *«En este asunto, en el desarrollo de las referidas declaraciones en el juicio oral y a instancia de la Fiscalía, se dio lectura a cuanto expusieron previamente a los investigadores, reconocieron como suyas las firmas y huellas que allí aparecen, fueron interrogados acerca de las razones para haber variado sustancialmente sus asertos y se le permitió a la defensa intervenir sobre el particular en orden a activar la facultad de ejercer la contradicción y confrontación, sin que procediera a ello.*
>
> *En ese contexto, materialmente las declaraciones anteriores fueron utilizadas para demostrar la retractación y/o cambio de versión. Esto es importante, porque la juez utilizó un término inapropiado (impugnación de credibilidad) cuando preguntó a la Fiscal por su intención de incorporar tales exposiciones.*
> *(…)*

A partir de lo anterior, colige la Corte que en este caso la Fiscalía utilizó las declaraciones anteriores con el claro propósito de que las mismas fueran valoradas por la juez, esto es, que fueran tenidas como testimonios adjuntos.

Así fue asumido por todos los intervinientes, pues, en primer lugar, la Fiscalía nunca expresó su intención de restarle credibilidad a los declarantes. En segundo término, su finalidad estaba claramente dirigida a demostrar que las versiones rendidas por fuera del juicio oral, que fueron soporte trascendente de la acusación, así como de la solicitud de medida aseguramiento formulada por la Fiscalía –la cual fue negada en primera instancia, pero concedida en segundo grado—, daban cuenta de lo realmente acontecido. En tercer lugar, en vez de acreditar contradicciones puntuales en las versiones –lo que es propio de la impugnación de credibilidad—, la Fiscalía incorporó el contenido de las declaraciones anteriores.

En cuarto término, cuando la juez indagó por la intención de incorporar las declaraciones anteriores –lo que no procede cuando simplemente se impugna credibilidad, ya que en esos casos es suficiente con leer el punto específico de contradicción—, ***la Fiscalía hizo manifiesto su propósito de que las mismas hicieran parte del acervo probatorio****.* ***Por último, aunque la juez utilizó el término "impugnación de credibilidad", de lo acontecido se desprendía unívocamente que el propósito era que las mismas se tuvieran como testimonios adjuntos****.*

Así, se tiene que los testigos comparecieron al juicio oral, donde la Fiscalía demostró que se retractaron o cambiaron sustancialmente sus versiones. ***El ente acusador de manera poco ortodoxa expresó su intención de que las declaraciones anteriores fueran incorporadas como pruebas, lo que fue aceptado por la juez, pese a que cuando preguntó a la Fiscal por el propósito de incorporar dichas declaraciones aludiera a la impugnación de credibilidad****.*

Es atinente destacar que la defensa tuvo la oportunidad de oponerse y pudo contrainterrogar a los testigos sobre lo declarado dentro y fuera del juicio oral, pero renunció a ello. ***En suma, si bien es cierto ocurrieron imprecisiones durante el proceso de incorporación de las declaraciones anteriores a título de testimonios adjuntos, las mismas no tienen la trascendencia suficiente para desestimar dichas pruebas****».*

Lo anterior evidencia la impropiedad del argumento de la decisión de la Sala mayoritaria, cuando se indica lo siguiente: *«**De modo que si bien formalmente no se dispuso en aquella oportunidad la incorporación de las declaraciones anteriores al juicio como testimonio adjunto, sin necesidad de una decisión concreta ingresaron materialmente en esa condición**. Esa línea se mantiene en la presente decisión, al compartir los mismos supuestos, de manera que, siguiendo esa unánime lectura jurisprudencial, es claro que el Tribunal podía valorar la declaración rendida en el juicio, así como las anteriores, y realizar juicios de comparación entre ellas, como lo hizo»*; pues, contrario a lo que aquí se indica, en ese caso la juez sí ordenó la incorporación de la declaración anterior rendida por el testigo, solo que, de manera impropia, aludió a la figura de la impugnación de la credibilidad, cuando en realidad se trataba de la incorporación como testimonio adjunto.

Entonces, es claro que no existe identidad fáctica entre el precedente que se cita y el caso que aquí se resuelve, pues, en esta oportunidad, se reitera, la fiscalía no solicitó de ninguna manera la incorporación de las declaraciones anteriores rendidas por A.V.A.C., ni existió una orden del juez en ese específico sentido, contrario a lo que ocurrió en el precedente CSJ SP1875-2021, Rad. 55959.

En este punto, cobra relevancia la decisión CSJ SP3688-2022, Rad. 61007 del 26 de octubre del 2022, en la que se indicó lo siguiente:

«El anterior recuento deja en evidencia que durante el curso de la declaración de María del Rosario Culma Hernández (i) la testigo se retractó de sus aserciones antecedentes; (ii) estuvo disponible en el juicio oral para ser interrogada sobre lo declarado en este escenario y lo que atestiguó con antelación; (iii) en el juicio se dio lectura completa y a viva voz de la declaración anterior rendida por la testigo; (iv) el fiscal solicitó su incorporación para que fuera valorada por el juez; (v) el juez negó la incorporación de la versión anterior de la testigo en calidad de testimonio adjunto.

Entiende la Sala, del resumen efectuado en precedencia, que, si bien, materialmente la declaración anterior de la testigo fue conocida por las partes, ***la misma no cumplió con el estándar mínimo que exige el debido proceso probatorio, pues, ante la directa y expresa negativa del juez a su incorporación, resulta imposible analizarla, dados los efectos de la decisión****».*

De otro lado, estoy en desacuerdo con la decisión de la Sala, en cuanto afirma que la menor *«mantuvo la imputación en cuanto sostuvo relaciones sexuales con el acusado –consentidas, pero siendo menor de edad—,* ***pues no desconoció que al médico legista le comentó que tuvo ese tipo de contactos****. Negó otras con la excusa de que su declaración fue alterada,* ***pero en lo esencial admitió que sostuvo relaciones sexuales con el compañero de su madre****. De manera que no existe duda del comportamiento que con bastante detalle y pormenores le atribuyó al acusado*», en tanto, no se corresponde con la realidad procesal.

La menor, al momento de rendir su declaración, cuando se le preguntó si había tenido algún inconveniente con el procesado, dijo que no recordaba, por lo que el fiscal dio lectura a la anamnesis y seguidamente le preguntó qué tenía que decir al respecto, a lo cual respondió lo siguiente: «*Si señor dije eso, pero hay algunas partes en las que creo que alteraron*

la información, porque la verdad no tengo absoluto conocimiento de las últimas palabras que hay en ese escrito»; y procedió a leer los apartes de lo que recordaba haberle dicho al galeno. Sin embargo, seguidamente, la testigo manifestó que la verdad era que *«con él (el procesado) no pasó absolutamente nada»*

En la decisión mayoritaria se tergiversa el dicho de la niña, pues, resulta obvio, el que haya manifestado que **sí le dijo al médico que el procesado** «*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»,* lo único que prueba es que rindió una declaración anterior en ese específico sentido, en tanto, el que una persona cuente lo que en otra oportunidad narró, no significa que ese relato irremediablemente sea cierto o que busque ratificarlo, menos aún, cuando se declara que eso que se dijo con anterioridad no es verdad.

Por lo demás, sobra mencionar, si se dijera que de verdad la menor ratificó lo dicho en atestaciones precedentes, ninguna razón habría para que se discuta lo que ahora se discute, o mejor, habría que expurgar del examen esas declaraciones anteriores, simplemente, porque no se verifica ninguna retractación.

El contrasentido lógico del argumento es evidente y no requiere de mayor explicación.

Entiendo, de la forma en que la Sala mayoritaria asumió el estudio del antecedente jurisprudencial y de lo efectivamente referido por la menor en el juicio -pese a su evidente, ostensible y objetiva disonancia con lo afirmado en la decisión- que, de alguna manera, en este caso primó una especie de ánimo justiciero de la Corte, vista la magnitud de los hechos denunciados.

Sin embargo, ello desconoce mínimos de debido proceso y derecho de defensa, consustanciales a la labor judicial y a la legitimidad que de ella debe dimanar, sin pasar por alto, de igual manera, que finalmente, por la vía del caso concreto, la Sala termina por desnaturalizar su función esencial de unificación de la jurisprudencia, hasta extremos que afectan grandemente los principios de igualdad y seguridad jurídica.

De los señores Magistrados,



DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

Magistrado

Fecha *Ut supra*.