República de Colombia

Corte Suprema de Justicia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada ponente

SP606-2017

Radicación n° 44950

(Aprobado Acta n° 17)

Bogotá D.C., veinticinco (25) de enero de dos mil diecisiete (2017).

VISTOS

Se resuelve el recurso de casación interpuesto por el defensor de EDGAR ALBERTO RODRÍGUEZ SÁNCHEZ en contra del fallo proferido el 27 de mayo de 2014 por la Sala de Decisión Penal de Descongestión del Tribunal Superior de Manizales. El fallador de segundo grado revocó la sentencia absolutoria emitida el 17 de octubre de 2012 por

el Juzgado Penal del Circuito de Puerto Boyacá, y condenó al procesado en los términos que serán indicados más adelante.

HECHOS

El Tribunal declaró probado lo siguiente:

La señora María Luisa Ayala decidió asumir la crianza de su nieta Kelly Johana Isaza, quien tiene discapacidad auditiva. Para el año 2010 tenían su residencia en el municipio de Puerto Boyacá.

Para esa época, la señora Ayala le había arrendado a EDGAR ALBERTO RODRÍGUEZ SÁNCHEZ una habitación o apartamento. Por las características del inmueble, el inquilino debía utilizar el baño y la zona de ropas de la casa donde residían Kelly Johana y su abuela.

En el segundo semestre de ese año, el procesado se aprovechó de la cercanía derivada de su condición de inquilino y de la limitación auditiva de Kelly Isaza para accederla carnalmente en varias ocasiones, "*unas mediante el empleo de la fuerza física (...) y otras consentidas porque seguramente le había creado ya el violento abusador a la indefensa e ingenua joven el deseo natural de las relaciones sexuales e inclusive un obvio sentimiento hacia él*".

Producto de esas relaciones sexuales, Kelly, quien para ese entonces tenía 21 años de edad, quedó embarazada.

ACTUACIÓN RELEVANTE

El 2 de mayo de 2011 la Fiscalía le imputó a RODRÍGUEZ SÁNCHEZ el delito de acceso carnal violento, consagrado en el artículo 205 del Código Penal. 15 días después adicionó la circunstancia de agravación consagrada en el artículo 211, numeral 6°, ídem, en atención a que Kelly Johana quedó embarazada a raíz de sus encuentros sexuales con el procesado.

El 18 de julio del mismo año formuló acusación bajo los mismos presupuestos fácticos y jurídicos de la imputación.

Una vez agotados los trámites previstos en la Ley 906 de 2004, el 17 de octubre de 2012 el Juzgado Penal del Circuito de Puerto Boyacá emitió sentencia absolutoria.

El fallo fue apelado por la Fiscalía, y a la postre revocado por la Sala Penal de Descongestión del Tribunal Superior de Manizales, mediante proveído del 27 de mayo de 2014, que condenó al procesado a la pena de 19 años de prisión, tras hallarlo penalmente responsable del delito de acceso carnal violento, previsto en los artículos 205 y 2011, numeral 6°, del Código Penal.

El fallador de segundo grado consideró improcedente la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

El defensor del procesado interpuso el recurso extraordinario de casación. La demanda fue admitida el 28 de abril del presente año. La audiencia de sustentación se llevó a cabo el pasado 29 de agosto.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Bajo la égida de la causal de casación consagrada en el artículo 181, numeral 3°, de la Ley 906 de 2004, el apoderado judicial de RODRÍGUEZ SÁNCHEZ plantea que la sentencia condenatoria emitida por el Tribunal es producto de un error de hecho, en la modalidad de falso juicio de existencia por omisión.

Sostiene que el Tribunal: (i) no valoró lo que manifestó Kelly Johana Isaza en el juicio oral, en el sentido de que todas las relaciones sexuales que tuvo con el procesado fueron consentidas; (ii) fundamentó el fallo en una declaración anterior de la joven Isaza, que tiene el carácter de prueba de referencia y fue incorporada de manera irregular, como quiera que no se hizo a través de la testigo sino de terceros; (iii) no tuvo en cuenta que en el juicio oral la testigo no se retractó de lo expuesto con antelación, sino que aclaró lo que quiso expresar en esa oportunidad; (iv) confundió los conceptos de traducción e interpretación, y

dejó de considerar que sólo en el juicio oral Kelly Johana estuvo asistida por intérpretes verdaderamente calificados; (v) omitió valorar que las dificultades de Kelly para entender y hacerse entender refuerzan la idea de que su declaración anterior sólo podía incorporarse a través de ella; y (vi) desconoció la prohibición de fundamentar la condena exclusivamente en prueba de referencia, consagrada en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004.

Basado en lo anterior, solicita a la Corte casar el fallo impugnado y emitir uno de reemplazo, de carácter absolutorio. Igualmente, ordenar la cancelación de la orden de captura emitida en contra de su representado.

SUSTENTACIÓN

En la audiencia de sustentación únicamente intervinieron el defensor del procesado y la representante del Ministerio Público. El delegado de la Fiscalía y el representante de la víctima fueron debidamente citados, pero decidieron no comparecer por diversas razones. Lo mismo sucedió con el procesado y con la ciudadana Kelly Johana Isaza.

El defensor de Rodríguez Sánchez reiteró lo expuesto en la demanda de casación. Por su parte, la delegada del Ministerio Público solicitó a la Sala no casar la demanda, por las siguientes razones:

En Kelly Johana Isaza concurren dos circunstancias que activan para el Estado la obligación de brindarle una protección reforzada, en los términos del artículo 13 de la Constitución Política: (i) es mujer víctima de violencia sexual, y (ii) tiene una discapacidad auditiva.

Aunque no se trata de un delito cometido en desarrollo del conflicto armado, deben aplicarse las reglas desarrolladas por la Corte Penal Internacional sobre la imposibilidad de inferir el consentimiento para la relación sexual del silencio o de algún gesto, palabra o conducta de la víctima que no hayan sido expresados libremente.

El cargo no está llamado a prosperar, porque en este caso sí hubo retractación de la víctima, toda vez que las personas que la asistieron en su declaración inicial aclararon que en esa oportunidad ésta indicó que el procesado la amenazó con un cuchillo y la haló del pelo para lograr someterla y accederla carnalmente.

Las personas con limitaciones auditivas se pueden expresar a través de su lenguaje natural, que tiene gramática propia. No en todos los casos estas personas requieren de un intérprete, toda vez que pueden representar su realidad de otra manera.

Durante el juicio oral la víctima suministró datos que permiten corroborar su declaración inicial. Por ejemplo, se refirió a que el acusado ponía el cuchillo en la cama, la

halaba del cabello y a que en una oportunidad ella le propinó una cachetada.

Aun si se admitiera que Kelly sentía amor o cariño por el procesado, y que le escribió una nota invitándolo a bailar, ello no descarta la existencia del acceso carnal violento, pues incluso en el ámbito de relaciones sentimentales estables pueden ocurrir eventos de abuso sexual.

El Tribunal sí consideró lo que la víctima dijo en el juicio oral. Lo que se presenta en este caso es una disparidad de criterios sobre la valoración que debe dársele a las declaraciones rendidas por la víctima antes y durante el debate probatorio ante el juez de conocimiento.

CONSIDERACIONES

En este caso es evidente que las partes, los intervinientes y el juez le dieron un tratamiento inadecuado a las declaraciones anteriores al juicio oral, lo que hizo que el proceso fuera caótico, al punto que, por ejemplo, la Fiscalía optó por no presentar en el juicio oral a la testigo de cargo (Kelly Isaza), a pesar de que estaba disponible, y a cambio decidió incluir como "*elemento material probatorio*" la declaración que ésta rindió por fuera del juicio oral, sin que mediara una causal excepcional de admisión de prueba de referencia. Sumado a ello, la defensa presentó como testigo a la joven Isaza, lo que dio lugar a que la Fiscalía se

limitara a contrainterrogar a la testigo en cuya declaración fundamentó la acusación.

A estas irregularidades se sumaron otras, que serán analizadas en otro apartado. Basta por ahora resaltar que prácticamente todas las declaraciones rendidas por los testigos por fuera del juicio oral fueron incorporadas como prueba, en contravía de lo dispuesto en el Código de Procedimiento Penal.

Ante este panorama procesal, para la solución de este asunto resulta imperioso hacer un recuento de la jurisprudencia atinente a los posibles usos de las declaraciones rendidas por fuera del juicio oral. Igualmente, se harán algunas aclaraciones sobre varios de esos precedentes.

De otro lado, la Sala analizará la incidencia de la discapacidad auditiva en el ámbito del proceso penal.

1. El uso de declaraciones anteriores al juicio oral

Por resultar trascendente para la solución de este caso, la Sala establecerá la diferencia entre la utilización de declaraciones anteriores para ***facilitar el interrogatorio cruzado de testigos*** (refrescamiento de memoria e impugnación de la credibilidad de los testigos), y los usos de esas declaraciones como ***medio de prueba*** (prueba de

referencia y declaraciones anteriores inconsistentes con lo declarado en juicio).

Previamente, se hace necesario recordar tres ideas centralés para el entendimiento de esta temática.

En primer término, en el sistema procesal regulado en la Ley 906 de 2004, las declaraciones anteriores al juicio oral no son prueba. Sólo en casos excepcionales podrán ser incorporadas en esa calidad en el juicio oral, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en la ley y desarrollados por la jurisprudencia.

Las entrevistas y declaraciones juradas que obtienen las partes son actos preparatorios del debate. Para esos efectos, el artículo 347 faculta al fiscal para tomar declaraciones juradas si ello "*resultare conveniente para la preparación del juicio*", y los artículos 271 y 272 le otorgan una posibilidad equivalente al defensor.

En esa misma línea, el artículo 16 (norma rectora) establece que "*en el juico únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada y sujeta a* ***confrontación***[1] *y contradicción...*".

[1] Según se indicará más adelante, el derecho a la confrontación puede verse total o parcialmente afectado cuando la presencia del testigo en el juicio oral es reemplazada por las declaraciones rendidas por fuera de ese escenario.

La misma orientación tiene el artículo 402, en cuanto establece que el testigo "*únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir*", y el artículo 403, que regula los temas sobre los que puede versar la impugnación de la credibilidad de los testigos y las herramientas jurídicas que pueden utilizarse para tales efectos. Ello en consonancia con lo establecido en los artículos 392 y siguientes sobre el interrogatorio cruzado de testigos, especialmente en lo que atañe al contrainterrogatorio, como elemento estructural de derecho a la confrontación.

De otro lado, debe tenerse presente que una declaración anterior no pierde su carácter (testimonial), porque haya sido documentada de cualquier manera (CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153), ni, obviamente, porque las partes o el juez la denominen "*prueba documental*", "*elemento material probatorio*" o de cualquier otra forma.

Cuando se pretende ingresar una declaración anterior al juicio oral, como medio de prueba, deben considerarse todos los aspectos constitucionales y legales que resulten relevantes: la afectación del derecho a controlar el interrogatorio e interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo (como elementos estructurales del derecho a la confrontación), las reglas sobre admisión de prueba de referencia, entre otros.

En todo caso, estos temas no pueden eludirse, bajo el sofisma de que no se trata de una declaración sino de un medio de conocimiento de diversa naturaleza, como si el cambio de denominación fuera suficiente para superar los aspectos constitucionales y legales atinentes a la prueba testimonial.

Finalmente, esta Corporación ha resaltado que en materia de prueba testimonial tiene especial relevancia el derecho a la confrontación, que tiene entre sus elementos estructurales: (i) la posibilidad de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo; (ii) la oportunidad de controlar el interrogatorio (por ejemplo, a través de las oposiciones a las preguntas y/o las respuestas); (iii) el derecho a lograr la comparecencia de los testigos al juicio, incluso por medios coercitivos; y (iv) la posibilidad de estar frente a frente con los testigos de cargo (CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153; CSJ SP, 28 Sep. 2015, Rad. 44056, CSJ SP, 4 May. 2016, Rad. 41.667, CSJ SP, 31 Agost. 2016, Rad.43916, entre otras).

Igualmente, se ha resaltado la importancia del derecho a la confrontación para establecer si una declaración anterior al juicio oral constituye o no prueba de referencia (CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153, CSJ SP, 16 Mar. 2016, Radicado 43866, entre otras).

1.1. La utilización de declaraciones anteriores al juicio oral para facilitar el interrogatorio cruzado de testigos

El ordenamiento procesal penal consagra expresamente la posibilidad de utilizar las declaraciones anteriores al juicio oral, bien para refrescar la memoria del testigo, ora para impugnar su credibilidad.

1.1.1. Refrescamiento de memoria

El artículo 392 de la Ley 906 de 2004, que consagra las reglas sobre el interrogatorio, dispone que "*el juez podrá autorizar al testigo para consultar documentos necesarios que ayuden a su memoria. En este caso, durante el interrogatorio se permitirá a las demás partes el examen de los mismos*".

En el mismo sentido, el artículo 399, que trata del testimonio de policía judicial, establece que "*el juez podrá autorizarlo para consultar su informe y notas relativas al mismo, como recurso para recordar*". .

La misma lógica gobierna lo establecido en el artículo 417, numeral 8, en cuanto establece que "*el perito tiene, en todo caso, derecho de consultar documentos, notas escritas y publicaciones con la finalidad de fundamentar y aclarar su respuesta*".

Mirado a la luz de las garantías judiciales del acusado, el uso de declaraciones anteriores para el refrescamiento de memoria no resulta problemático porque

(i) la declaración anterior se utiliza exclusivamente con la finalidad de refrescar la memoria del testigo, y, por tanto, ***no es incorporada como prueba***, ni físicamente ni a través de lectura (debe ser mental); (ii) la defensa (y la Fiscalía, cuando sea el caso) tiene derecho a examinar los documentos utilizados para refrescar la memoria del testigo, y (iii) el juez debe constatar que se cumplan los requisitos básicos para utilizar un documento con el fin de refrescar la memoria del testigo.

El análisis sistemático de las normas que regulan la prueba testimonial, permite concluir que el uso de documentos para el refrescamiento de la memoria del testigo está sometido a reglas como las siguientes (i) debe verificarse que el testigo tiene conocimiento personal y directo del hecho o circunstancia sobre el que se le indaga (Art. 402); (ii) a través del interrogatorio debe establecerse que el testigo tiene dificultad para rememorar (Art. 392); (iii) una vez establecido que con un determinado documento puede favorecerse su rememoración, se le debe poner de presente para su reconocimiento y posterior lectura u observación (que debe ser mental), no sin antes ponerlo de presente a la contraparte (ídem); y (iv) la necesidad de refrescar la memoria del testigo puede surgir durante el interrogatorio en el juicio oral, por lo que no puede exigirse que una solicitud en tal sentido se haya realizado

en la audiencia preparatoria, además que es una posibilidad que opera por ministerio de la ley.

Son varios los aspectos que atañen al uso de documentos para el refrescamiento de la memoria del testigo, que serán desarrollados por la jurisprudencia en la medida en que la casuística haga necesario un pronunciamiento. Por ahora, basta con considerar que en esta forma de utilización de declaraciones anteriores al juicio, "*la presentación del escrito en corte no es para probar la verdad de las declaraciones contenidas en el escrito. Eso sería prueba de referencia cuya admisión habría que considerarla bajo la regla (...), el escrito se presenta para ser examinado por la parte adversa, para inspeccionarlo y usarlo en el contrainterrogatorio del testigo...*"[2].

Según lo expuesto en precedencia, es claro que el escrito utilizado para refrescar la memoria del testigo le debe ser exhibido a la otra parte para que tenga conocimiento y control de las herramientas utilizadas para facilitar los procesos de rememoración del declarante, pero también para brindarle la oportunidad de que lo utilice durante el contrainterrogatorio, según las reglas de impugnación de la credibilidad que serán analizadas en el siguiente numeral.

[2] Chiesa Aponte, Luis. Reglas de Evidencia de Puerto Rico. Luiggi Abraham Ed. San Juan: 2009.

1.1.2. Impugnación de la credibilidad del testigo

Recientemente esta Corporación analizó la utilización de declaraciones anteriores al juicio oral con el propósito de impugnar la credibilidad de los testigos (CSJ SP, 31 Agost. 2016, Rad. 43916).

Se aclaró que esta posibilidad constituye una de las principales herramientas para ejercer el derecho a la confrontación. Desde esta perspectiva, se le diferenció con la admisión de declaraciones anteriores a título de prueba de referencia:

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

presentados por su antagonista y/o para restarle credibilidad al relato. Así, antes que limitar el derecho a la confrontación (como sí sucede con la prueba de referencia), la utilización de declaraciones anteriores al juicio oral para fines de impugnación facilita el ejercicio de este derecho.

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

Además, se hizo alusión a la reglamentación legal del uso de declaraciones anteriores al juicio oral con fines de impugnación:

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

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

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

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

Igualmente, se resaltó que la utilización de declaraciones anteriores con fines de impugnación no tiene que ser solicitada en la audiencia preparatoria:

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

De otro lado, se establecieron algunos parámetros para evitar que la utilización de declaraciones anteriores con fines de impugnación se traduzca en la incorporación de las mismas para otros fines, lo que podría afectar el debido proceso probatorio:

> *Por tanto, la parte que pretende utilizar una declaración anterior con el propósito de impugnar la credibilidad del testigo debe demostrar que ese uso resulta legítimo en cuanto necesario para los fines previstos en los artículos 391 y 403 atrás referidos, lo que en el argot judicial suele ser denominado como "**sentar las bases**"*[3].

[3] En varios apartados de este fallo se hace alusión a este concepto, pero en diferentes contextos.

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

Para evitar que bajo el ropaje de la impugnación de credibilidad, intencionalmente o por error, las partes utilicen las declaraciones anteriores para fines diferentes, por fuera de la reglamentación dispuesta para tales efectos (verbigracia, para la admisibilidad de prueba de referencia), para el ejercicio de la prerrogativa regulada en los artículos 393 y 403 atrás citados la parte debe: (i) a través del contrainterrogatorio, mostrar la existencia de la contradicción u omisión (sin perjuicio de otras formas de impugnación); (ii) darle la oportunidad al testigo de que acepte la existencia de la contradicción u omisión (si el testigo lo acepta, se habrá demostrado el punto de impugnación, por lo que no será necesario incorporar el punto concreto de la declaración anterior), (iii) si el testigo no acepta el aspecto concreto de impugnación, la parte podrá pedirle que lea en voz alta el apartado respectivo de la declaración, previa identificación de la misma[4], sin perjuicio de que esa lectura la pueda realizar el fiscal o el defensor, según el caso; y (iv) la incorporación del apartado de la declaración sobre el que recayó la impugnación se hace mediante la lectura, mas no con la incorporación del documento (cuando se trate de declaraciones documentadas), para evitar que ingresen al juicio oral declaraciones anteriores, por fuera de la reglamentación prevista para cada uno de los usos posibles de las mismas.

[4] Esto es, que la reconozca como la declaración que rindió antes del juicio, bien porque allí esta su firma, ora por cualquier otra razón que le permita identificarla.

1.2. Eventos en que las declaraciones anteriores al juicio oral pueden ser incorporadas como medios de prueba

1.2.1. Aspectos generales

Según lo indicado en precedencia, el sistema procesal penal regulado en la Ley 906 de 2004 se estructura sobre la idea de que sólo pueden ser valoradas las pruebas practicadas en el juicio oral, con inmediación, contradicción, confrontación y publicidad (art. 16).

Los usos de declaraciones anteriores, orientados a refrescar la memoria del testigo o a impugnar su credibilidad, no constituyen excepciones a esta regla, por las razones indicadas en el acápite anterior: son herramientas para facilitar el interrogatorio y/o la impugnación de la credibilidad del testigo o de su relato.

Las verdaderas excepciones a la regla general consagrada en el artículo 16 de la Ley 906 de 2004 están materializadas en los eventos de admisión de declaraciones anteriores como **medios de prueba** (CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153), como es el caso de la prueba anticipada, la prueba de referencia y las declaraciones anteriores inconsistentes con lo que el testigo declara en juicio. Por resultar pertinente para la solución de este caso, sólo se analizarán las últimas dos modalidades de incorporación de

declaraciones anteriores al juicio oral como medios de prueba.

1.2.2. Prueba de referencia

Esta Corporación ha emitido un sinnúmero de pronunciamientos sobre esta temática.

Sobre el concepto de prueba de referencia, según lo reglado en el artículo 437 de la Ley 906 de 2004, ha resaltado que se trata de: (i) declaraciones, (ii) rendidas por fuera del juicio oral, (iii) presentadas en este escenario como medio de prueba, (iv) de uno o varios aspectos del tema de prueba, (iv) cuando no es posible su práctica en el juicio (CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153; CSJ SP, 6 Mar. 2008, Rad. 27477; CSJ SP, 16 Marz. 2016, Rad. 43866, entre otras).

También ha hecho hincapié en la estrecha relación entre el concepto de prueba de referencia y el ejercicio del derecho a la confrontación (CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153; CSJ SP, 16 Mar. 2016, Rad. 43866, entre otras), al punto que la posibilidad o no de su ejercicio constituye uno de los principales parámetros para establecer en qué eventos una declaración anterior al juicio oral encaja en la definición del artículo 437.

En los pronunciamientos atrás citados se estableció la necesidad de diferenciar la prueba de referencia (la declaración rendida por fuera del juicio oral, que se

presenta en este escenario como medio de prueba...), de los medios de conocimiento utilizados para demostrar la existencia y contenido de la declaración anterior. A manera de ejemplo, se dejó sentado que si una persona rindió una entrevista ante los funcionarios de policía judicial, la existencia y el contenido de esa declaración puede demostrarse con el documento donde fue plasmada o registrada (audio, video, escrito, etcétera) y/o con la declaración de quien la haya escuchado y, en general, de quien tenga "conocimiento personal y directo" de esa situación.

En la decisión CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153 se estableció el procedimiento para la incorporación de una declaración anterior al juicio oral a título de prueba de referencia. En esencia, se dijo que: (i) deben ser objeto de descubrimiento la declaración anterior y los medios que se pretenden utilizar en el juicio oral para demostrar su existencia y contenido; (ii) en la audiencia preparatoria la parte debe solicitar que se decrete la declaración que pretende incorporar como prueba de referencia, así como los medios que utilizará para demostrar la existencia y contenido de la misma; (iii) se debe acreditar la circunstancia excepcional de admisibilidad de prueba de referencia (artículo 438); y (iv) en el juicio oral la declaración anterior debe ser incorporada, según los medios de prueba que para tales efectos haya elegido la parte. Si la circunstancia excepcional de admisibilidad de prueba de referencia es sobreviniente, en el respectivo

estadio procesal deben acreditarse los presupuestos de su admisibilidad y el juez decidirá lo que considere procedente.

Además, se han establecido otras reglas en esta materia. Por ejemplo, se dejó sentado que las "*declaraciones anónimas*" no son admisibles como prueba de referencia (CSJ SP, 4 May. 2016, Rad. 41.667), y se han delimitado las ***reglas especiales de admisibilidad de declaraciones anteriores de niños*** que comparecen a la actuación penal en calidad de víctimas (CSJ SP, 18 May. 2011, Rad. 33651; CSJ SP, 10 Mar. 2010, Rad. 32868; CSJ SP, 19 Agos. 2009, Rad. 31959; CSJ SP, 30 Mar. 2006, Rad. 24468; CSJ SP, 28 de octubre de 2015, Rad. 44056; CSJ SP, 16 Marz. 2016, Rad. 43866, entre otras).

A lo anterior debe sumarse que el artículo 438 de la Ley 906 de 2004 dispone que la admisión de la prueba de referencia es excepcional y sólo procede en los eventos allí regulados. Frente a este tema, la Sala ha emitido varios pronunciamientos, principalmente sobre la interpretación del literal b de dicha norma, concretamente sobre los eventos que pueden catalogarse como "similares" a los allí previstos (CSJ AP, 22 May. 2013, Rad. 41106; CSJ SP, 14 Dic. 2011, Rad. 34703; CSJ AP, 27 Jun. 2012, Rad. 34867; CSJ AP, 18 Abr. 2012, Rad. 38051, entre otras).

A la luz de lo anterior, para la solución del presente caso la Sala debe resolver cuáles son las consecuencias jurídicas de que la Fiscalía opte por no presentar en el

juicio oral al testigo de cargo (en el que se soporta en buena medida la acusación), cuando no existen dudas sobre su disponibilidad, y en su lugar decida incorporar como prueba una declaración rendida por éste por fuera del juicio oral, sin que se haya presentado oposición por la defensa ni algún control por parte del juez.

En primer término, debe reiterarse que si la declaración anterior se presenta en el juicio oral como medio de prueba, debe considerarse prueba de referencia, bien porque encaja en la definición del artículo 437 de la Ley 906 de 2004, ora porque la parte contra la que se aduce el testimonio se ve privada de la oportunidad de ejercer el derecho a la confrontación.

Si el testigo está disponible, es obvio que no concurre ninguna de las circunstancias excepcionales de admisión de prueba de referencia consagradas en el artículo 438 en cita.

Por tanto, admitir, bajo esas condiciones, una declaración anterior al juicio oral como medio de prueba, no sólo trasgrede el artículo 438 de la Ley 906, sino, además, el artículo 16 ídem, norma rectora que establece que "***únicamente*** *se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de*

conocimiento", y, en general, las normas que regulan la prueba testimonial[5].

Esa clase de actuaciones, entendibles únicamente a la luz del ya superado principio de permanencia de la prueba, socava el sistema procesal penal implementado con el Acto Legislativo 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004, e impide el desarrollo de garantías judiciales tan importantes como el derecho a la confrontación, previsto en los artículos 8 y 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, respectivamente, así como en las normas rectoras del nuevo estatuto procesal penal, según lo indicado a lo largo de este proveído.

Por su trascendencia, estos yerros no se subsanan por la actitud pasiva de la defensa, ni por la fallas del juez en su rol de director del proceso.

1.2.3. Declaraciones anteriores incompatibles con lo declarado por el testigo en el juicio oral

Es frecuente que personas que han rendido declaraciones por fuera del juicio oral no puedan comparecer a este escenario, por muerte, enfermedad grave o por cualquiera de los eventos regulados en el artículo 438 de la Ley 906 de 2004. Esa realidad fue considerada por el

[5] Se hace énfasis en el tratamiento especial que tienen las declaraciones rendidas por los niños, especialmente los que comparecen a la actuación penal en calidad de víctimas de abuso sexual u otros delitos graves.

legislador en la reglamentación de la prueba de referencia, en los términos indicados en el anterior apartado, donde se procura un ***punto de equilibrio*** entre los derechos del procesado y los derechos de la víctima y la sociedad a una justicia pronta y eficaz.

Según se indicó en precedencia, en los artículos 437 y siguientes de la Ley 906 de 2004 se establecen las reglas para que una declaración anterior al juicio oral pueda ser presentada **como medio de prueba**, cuando el testigo no está disponible.

Conforme lo expuesto en los acápites anteriores, las partes tienen la potestad de recibir entrevistas y declaraciones juradas, como actos preparatorios del juicio oral (artículos 271, 272, 347, entre otros). En la práctica judicial suele ocurrir que los testigos, durante el juicio oral, declaren en un sentido diverso a lo expresado en sus versiones anteriores o nieguen haber hecho esas manifestaciones.

Esos comportamientos pueden tener múltiples explicaciones, que van desde la decisión del testigo de no perpetrar una mentira, hasta los cambios de versiones propiciados por amenazas, miedo, sobornos, etcétera.

Es obvio que el cambio de versión que realiza el testigo puede afectar e incluso impedir que la parte que solicitó la prueba pueda demostrar su teoría del caso, precisamente

porque la misma se fundamentó, en todo o en parte, en lo expuesto por el declarante durante los actos preparatorios del juicio oral.

Los presupuestos fácticos son diferentes a los que activan el debate sobre prueba de referencia, porque no se trata de un testigo ***no disponible***, sino de un declarante que comparece al juicio oral y cambia su versión (respecto de lo que había dicho con antelación).

Si se aplica a plenitud la regla general de que sólo pueden valorarse como prueba las declaraciones rendidas durante el juicio oral (salvo lo expuesto en materia de prueba de referencia), el juez únicamente podría considerar lo que el testigo dijo en este escenario, con las consecuencias ya indicadas.

Sin embargo, una decisión en tal sentido puede afectar la recta y eficaz administración de justicia, ante la posibilidad de que el relato rendido por fuera del juicio oral sea veraz y el testigo lo haya cambiado por amenazas, miedo, sobornos, etcétera. Con esto no se quiere decir que la primera versión de los testigos necesariamente sea la que dé cuenta de la manera cómo ocurrieron los hechos; lo que se quiere resaltar es la importancia de que el fallador pueda evaluar la versión anterior, cuando el testigo la modifica o se retracta durante el juicio oral.

De otro lado, admitir, como medio de prueba, todas las declaraciones anteriores al juicio oral, sin que medien circunstancias que lo justifiquen y sin cumplir los requisitos que permitan lograr un ***punto de equilibrio*** entre los derechos de los procesados y la rectitud y eficacia de la administración de justicia, puede desquiciar el modelo procesal, según se resaltó en otro apartado de este fallo.

En el derecho comparado, tanto en los sistemas "mixtos" como en los de marcada tendencia acusatoria, se han establecido reglas orientadas a facilitar la incorporación de declaraciones anteriores incompatibles con lo declarado en juicio, siempre y cuando se salvaguarden los derechos del procesado.

En España, por ejemplo, el artículo 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone:

> *Cuando la declaración del testigo en el juicio oral no sea conforme en lo sustancial con la prestada en el sumario, podrá pedirse la lectura de ésta por cualquiera de las partes. Después de leída, el presidente invitará al testigo a que explique la diferencia o contradicción que entre sus declaraciones se observe.*

En Puerto Rico, el ordenamiento jurídico regula de forma armonizada lo atinente a la prueba de referencia y la posibilidad de utilizar declaraciones anteriores al juicio oral incompatibles con lo declarado en ese escenario. En el artículo 801 se define la prueba de referencia, así:

Se adoptan las siguientes definiciones relativas a la prueba de referencia:

a) Declaración: es (a) una declaración oral o escrita; o (b) conducta no verbalizada de persona, si su intención es que se tome como una aseveración.

b) Declarante: es la persona que hace la declaración

c) Prueba de referencia: es una declaración que no sea la que la persona declarante hace en el juicio o vista que se ofrece en evidencia para probar la verdad de lo aseverado.

En el artículo 802 ídem se dispone que

No empece lo dispuesto en la Regla 801, no se considerará prueba de referencia una declaración anterior si la persona declarante testifica en el juicio o vista ***sujeta a contrainterrogatorio*** *en relación con la declaración anterior, y ésta hubiera sido admisible de ser hecha por la persona declarante en el juicio o vista, y*

a) ***Es inconsistente con el testimonio prestado en el juicio*** *o vista y fue dada bajo la gravedad de juramento sujeta a perjurio.*
(...)[6].

Aunque en principio estas declaraciones encajan en la definición de prueba de referencia, la razón principal para excluirla de dicha categoría es que el testigo está disponible en el juicio oral para ser contrainterrogado frente a lo

[6] Negrillas fuera del texto origina

expuesto en dicho escenario. Sobre el particular, valen las anotaciones que reiteradamente ha hecho esta Corporación en torno a la relación entre prueba de referencia y derecho a la confrontación.

En las Reglas de Evidencia de Puerto Rico se consagran una serie de requisitos, orientados a evitar que cualquier declaración anterior al juicio oral y bajo cualquier circunstancia puedan ser incorporados como prueba, en el contexto del artículo 802, literal a: (i) es indispensable que la declaración anterior sea inconsistente con lo declarado en juicio (retractación o cambio de versión); (ii) debe tratarse de declaraciones rendidas bajo la gravedad del juramento; (iii) el testigo debe estar disponible para ser contrainterrogado, con lo que se garantiza el ejercicio del derecho a la confrontación; y (iv) la declaración anterior ingresa como medio de prueba, lo que tiene como consecuencia que el juzgador tendrá ante sí las dos versiones.

No puede confundirse la utilización de declaraciones anteriores con fines de impugnación, con la incorporación de una declaración anterior al juicio oral **como medio de prueba**. En el primer evento, la finalidad de la parte adversa (la que no solicitó la práctica de la prueba testimonial[7]), es mostrar que existen contradicciones que le restan verosimilitud al relato o credibilidad al testigo. En el

[7] Ello sin que pueda descartarse la posibilidad de que la parte que presenta al testigo se vea compelida a impugnar su credibilidad. Ello puede suceder, por ejemplo, si durante el interrogatorio el fiscal o el defensor se percatan de que han sido engañados por el testigo.

segundo, la parte que solicitó la práctica de la prueba y que se enfrenta a la situación de que éste cambió su versión, pretende que la versión anterior ingrese como **medio de prueba**, para que el juez la valore como tal al momento de decidir sobre la responsabilidad penal.

Sobre esta importante diferencia, la doctrina puertorriqueña aclara:

> *Estas son las declaraciones más importantes (se hace alusión a la Regla 802, literal a), pues* ***más allá de su uso para impugnar*** *al testigo bajo la Regla 608 (B), se permite usar tales declaraciones como* ***prueba sustantiva*** *sin que sea aplicable la regla de exclusión de prueba de referencia...*[8]

Las diferentes finalidades que se persiguen con estos usos de declaraciones anteriores inconsistentes con lo declarado en juicio (para impugnar credibilidad o como "prueba sustantiva"), determinan los requisitos que deben reunir las mismas para que puedan ser utilizadas en uno u otro sentido.

En efecto, mientras la Regla 802 establece que debe tratarse de declaraciones rendidas bajo la gravedad de juramento (para que puedan ser utilizadas como prueba sustantiva), la Regla 608, en su literal B, numeral 4, precisa que "*la credibilidad de una persona puede* ***impugnarse*** *por cualquier parte, incluyendo a la que llama*

[8] Chiesa Aponte, Luis. Reglas de Evidencia de Puerto Rico. Luiggi Abraham Ed. San Juan: 2009.

dicha persona testigo a declarar", para lo que pueden incluirse aspectos como los siguientes: *"declaraciones anteriores de la persona testigo..."* (no se requiere que sean declaraciones rendidas bajo juramento).

En este último sentido se advierte una marcada semejanza con lo regulado en el artículo 403 de la Ley 906 de 2004, en cuanto en este se precisa que la impugnación de la credibilidad del testigo puede hacerse con "*manifestaciones anteriores del testigo, incluidas aquellas hechas a terceros, o en entrevistas, exposiciones, declaraciones juradas o interrogatorios en audiencias ante el juez de control de garantías*".

Con el propósito de resaltar la frecuencia con la ocurre la retractación de los testigos en el juicio oral y la forma como los ordenamientos jurídicos tratan de armonizar los intereses en juego, valga anotar que las Reglas Federales de Evidencia de los Estados Unidos regulan el tema de forma semejante a como lo hizo el legislador puertorriqueño, con la diferencia de que se incluye un requisito adicional para que esas declaraciones sean admitidas como prueba: que hayan sido rendidas "*en una vista u otro procedimiento, sea civil, penal, legislativo o administrativo*[9]".

Por su parte, esta Corporación ha emitido diversos pronunciamientos sobre la posibilidad de admitir, como

[9] Ídem.

prueba, declaraciones anteriores de los testigos, cuando estos se retractan o cambian su versión en el juicio oral.

Lo primero que debe aclararse es que en el contexto de la Ley 600 de 2000 el debate sobre la admisibilidad de estas declaraciones es prácticamente inexistente, porque en virtud del principio de permanencia de la prueba las plurales versiones de un testigo conforman una unidad, de tal manera que las inconsistencias de las mismas sólo son relevantes de cara a su valoración.

En el contexto de la Ley 906 de 2004, antes de afrontar la valoración de las declaraciones emitidas por un testigo antes del juicio oral, cuando son contradictorias con lo expresado en este escenario, debe resolverse sobre su **admisibilidad**, bajo el entendido de que en este régimen procesal no impera el principio de permanencia de la prueba.

La Sala ha emitido diversos pronunciamientos sobre la admisibilidad de declaraciones anteriores al juicio oral, básicamente en dos sentidos: (i) aceptar como medio de prueba todas las declaraciones anteriores rendidas por el testigo que comparece al juicio oral, sin otro requisito que la autenticación del documento que las contiene; y (ii) aceptar como medio de prueba las declaraciones anteriores cuando son inconsistentes con lo declarado en el juicio, siempre y cuando se reúnan ciertos requisitos, a los que se hará alusión más adelante.

La primera línea de pensamiento fue expresada en la decisión CSJ SP, 8 Nov. 2007, Rad. 26411, donde se hizo énfasis en la posibilidad de valorar las declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, siempre y cuando hayan sido recaudadas legalmente y los documentos que las contienen fueran debidamente autenticados:

> *Los medios del conocimiento obtenidos en actos de indagación y de investigación técnica o científica, como experticias, diagnósticos, entrevistas, reconocimientos, declaraciones de eventuales testigos, interrogatorios a indiciados, informes de investigación de campo, actas de reconocimiento fotográfico, huellas, manchas, residuos, vestigios, armas, dineros, mensajes de datos, textos manuscritos, mecanografiados, grabaciones fono típicas, videos, etc. (art. 275 literal h) son evidencia probatoria del proceso cuando son presentados ante el juez en la audiencia de juicio oral por el sujeto procesal a través del testigo de acreditación (fuente indirecta del conocimiento de los hechos) que es el responsable de la recolección, aseguramiento y custodia de la evidencia.*
>
> *La validez de la prueba así obtenida está supeditada a que se reciba y recaude en el marco de la legalidad (artículos 276 al 281); en tales condiciones, son pruebas del proceso y por ende, apreciables de conformidad con el artículo 273 ib.; por manera que su apreciación se regula de conformidad con los criterios establecidos en la ley para cada prueba legalmente establecida, porque de principio "Toda prueba pertinente es admisible..." (Artículo 376 ib.) y apreciable (art. 380 ib.) según los criterios establecidos en el respectivo capítulo.*
>
> *Además de ello, si el órgano de indagación e investigación comparece a la audiencia de juicio oral como "testigo de*

acreditación", certifica idoneidad en la materia de la experticia técnica o científica y se somete a la contradicción -interrogatorio y contrainterrogatorio- de los sujetos procesales (el debate que refiere el censor), ***su testimonio es prueba del proceso, tanto como los medios de conocimiento que aporte*** *(documentos, entrevistas, reconocimientos, actas, videos, etc.), sencillamente porque entran al juicio oral por el umbral de la legalidad cuando el juez del conocimiento así lo declara*[10].

En ese orden, el testimonio (de oídas) que rinde deberá ser apreciado y controvertido como prueba testimonial (artículos 383 a 404); los dictámenes periciales que suministre el experto y su dictamen se apreciarán bajo las reglas de contemplación jurídica y material de esas experticias (artículos 405 al 423 ib.); los documentos que suministre –entre los que caben los textos manuscritos, las grabaciones magnetofónicas, los discos de todas las especies, los videos, las fotografías, cualquier otro objeto similar... art. 424- se apreciarán como tal a la luz de los artículos 425 al 434; las pruebas de referencia (practicadas por fuera de la audiencia de juicio oral y que son utilizadas para probar o excluir uno o varios elementos del delito...) se valorarán a la luz de los artículos 438 al 441 ib.

A la luz de los desarrollos jurisprudenciales relacionados en la primera parte de este apartado, esta jurisprudencia sobre el uso de declaraciones anteriores al juicio oral no puede mantenerse vigente, por las siguientes razones:

Primero, porque contraviene lo expuesto en los apartados anteriores, en el sentido de que, por regla

[10]En el mismo sentido, sentencia del 21/02/2007, Rad. núm. 25920.

general, las declaraciones anteriores son actos preparatorios del juicio oral y no deben ser incorporadas como prueba. Es por ello que la admisión de prueba de referencia es excepcional (artículo 438), y que la prueba anticipada deba ser repetida en el juicio cuando el testigo está disponible (artículo 284).

Segundo, porque contraviene lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 906 de 2004, norma rectora que establece que únicamente puede estimarse como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, con inmediación, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción. En el mismo sentido, se trasgreden las normas que regulan el interrogatorio cruzado de testigos y, en general, la prueba testimonial.

Tercero, porque asimila las declaraciones de testigos a elementos materiales probatorios, como un arma o una huella, y a partir de ello plantea como único requisito de admisibilidad de las mismas la autenticación de los documentos que las contienen, en detrimento de las normas constitucionales y legales que regulan la prueba testimonial.

Y, cuarto, porque permite la incorporación, como prueba, de declaraciones anteriores al juicio oral, por fuera de la reglamentación de la prueba de referencia y sin establecer requisitos que permitan armonizar esta posibilidad con los derechos del procesado.

La otra línea argumentativa está consagrada en la decisión CSJ SP, 09 Nov. 2006, Rad. 25738. En esa oportunidad la Sala analizó el caso de un testigo de cargo que había declarado ante la Fiscalía antes del juicio oral y durante este escenario se retractó de lo inicialmente expuesto.

La Corte hizo hincapié en que la prohibición de utilizar como prueba las declaraciones anteriores al juicio oral, a que alude el artículo 347 de la Ley 906 de 2004, se centra en la imposibilidad de las partes de ejercer el derecho a contrainterrogar al testigo.

Bajo esa premisa, se estableció que la admisibilidad de esas declaraciones está sujeta principalmente a dos requisitos: (i) que la declaración anterior sea inconsistente con lo declarado en juicio, y (ii) que la parte contra la que se aduce el testimonio tenga la oportunidad de ejercer el contrainterrogatorio.

A la luz del desarrollo jurisprudencial del derecho a la confrontación, de la prueba de referencia y, en general, de los usos de declaraciones anteriores al juicio oral, relacionados en otros apartados de este fallo, el anterior precedente debe precisarse en los siguientes sentidos:

La retractación de los testigos en el juicio oral es un fenómeno frecuente en la práctica judicial colombiana, como también parece serlo en otras latitudes, al punto que

diversos ordenamientos jurídicos han regulado expresamente la posibilidad de incorporar como prueba las declaraciones anteriores inconsistentes con lo declarado en juicio.

La retractación o cambio de versión de un testigo, que puede obedecer a amenazas, sobornos, miedo, el propósito de no perpetrar una mentira, entre otros, puede generar graves consecuencias para la recta y eficaz administración de justicia.

Ante esta realidad, la admisión excepcional de declaraciones anteriores inconsistente con lo declarado en juicio es ajustada al ordenamiento jurídico, siempre y cuando se garanticen los derechos del procesado, especialmente los de contradicción y confrontación.

En ese sentido debe interpretarse el artículo 347 de la Ley 906 de 2004, 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*". Visto de otra manera, 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.

La anterior interpretación permite desarrollar lo establecido en el artículo 10 de la Ley 906 de 2004 (norma rectora), que establece que "*la actuación procesal se desarrollará teniendo en cuenta el respeto de los derechos fundamentales de las personas que intervienen en ella y a la necesidad de lograr eficacia en el ejercicio de la justicia*", bajo la idea de la prevalencia del derecho sustancial.

De esta manera se logra un punto de equilibrio adecuado entre los derechos del procesado (puede ejercer a cabalidad los derechos de confrontación y contradicción) y las necesidades de la administración de justicia frente al fenómeno recurrente de la retractación de testigos, que ha sido enfrentado de manera semejante en otros ordenamientos jurídicos, inclusive en aquellos que tienen una amplia trayectoria en la sistemática procesal acusatoria, según se señaló párrafos atrás.

La posibilidad de ingresar como prueba las declaraciones anteriores al juicio oral **está supeditada** a que el testigo se haya **retractado o cambiado la versión**, pues de otra forma no existiría ninguna razón que lo justifique, sin perjuicio de las reglas sobre prueba de referencia. Este aspecto tendrá que ser demostrado por la parte durante el interrogatorio.

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. Si el testigo no está disponible para el contrainterrogatorio, la declaración anterior quedará sometida a las reglas de la prueba de referencia.

En tal sentido, la disponibilidad del testigo no puede asociarse únicamente a su presencia física en el juicio oral. Así, por ejemplo, no puede hablarse de un testigo disponible para el contrainterrogatorio cuando, a pesar de estar presente en el juicio oral, se niega a contestar las preguntas, incluso frente a las amonestaciones que le haga el juez.

Mirado desde la perspectiva de la parte que solicita la práctica de la prueba, no es aceptable decir que el testigo está disponible cuando se niega rotundamente a contestar el interrogatorio directo, así el juez le advierta sobre las consecuencias jurídicas de su proceder, porque ante esa situación no es posible la práctica de la prueba.

En el derecho comparado, ese tipo de situaciones se tiene como una de las causales de no disponibilidad del testigo, a la par de su fallecimiento o de una enfermedad que le impida declarar. Por ejemplo, en Puerto Rico la Regla 806 dispone:

> *(A) Definición: No disponible como testigo incluye situaciones en que la persona declarante:*
>
> *(...)*

(2) insiste en no testificar en relación con el asunto u objeto de su declaración a pesar de una orden del Tribunal para que lo haga.

(...)

(4) al momento del juicio o vista, ha fallecido o está imposibilitada de comparecer a testificar por razón de enfermedad o impedimento mental o físico...[11]

Desde la perspectiva de la parte contra la que se aduce el testimonio, es claro que no existe ninguna posibilidad de ejercer el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo (elemento estructural del derecho a la confrontación), cuando el testigo se niega a responder las preguntas.

Ante esa situación, la declaración anterior del testigo tiene el carácter de prueba de referencia, según lo indicado a lo largo de este proveído.

La declaración anterior debe ser incorporada a través de lectura, para que pueda ser valorada por el juez. De esta manera, éste tendrá ante sí las dos versiones: (i) la rendida por el testigo por fuera del juicio oral, y (ii) la entregada en este escenario.

La incorporación de la declaración anterior debe hacerse por solicitud de la respectiva parte, mas no por

[11] Reglas de Evidencia de Puerto Rico.

iniciativa del juez, pues esta facultad oficiosa le está vedada en la sistemática procesal regulada en la Ley 906 de 2004.

El hecho de que un testigo haya entregado dos versiones diferentes frente a un mismo aspecto, obliga a analizar el asunto con especial cuidado, bajo el entendido de que: (i) no puede asumirse a priori que la primera o la última versión merece especial credibilidad bajo el único criterio del factor temporal; (ii) el juez no está obligado a elegir una de las versiones como fundamento de su decisión; es posible que concluya que ninguna de ellas merece credibilidad; (iii) ante la concurrencia de versiones antagónicas, el juez tiene la obligación de motivar suficientemente por qué le otorga mayor credibilidad a una de ellas u opta por negarles poder suasorio a todas; (iv) ese análisis debe hacerse a la luz de la sana crítica, lo que no se suple con comentarios genéricos y ambiguos sino con la explicación del raciocinio que lleva al juez a tomar la decisión, pues sólo de esa manera la misma puede ser controlada por las partes e intervinientes a través de los recursos; (v) la parte que ofrece el testimonio tiene la carga de suministrarle al juez la información necesaria para que éste pueda decidir si alguna de las versiones entregadas por el testigo merece credibilidad, sin perjuicio de las potestades que tiene la parte adversa para impugnar la credibilidad del testigo; (vi) la prueba de corroboración juega un papel determinante cuando se presentan esas situaciones; entre otros aspectos.

2. La incidencia de la situación de discapacidad auditiva en el ámbito del proceso penal

De tiempo atrás la Corte Constitucional ha analizado las diversas formas de discriminación de las personas con discapacidad auditiva en atención a esa limitación, y ha hecho énfasis en que esas prácticas son manifiestamente contrarias a la Constitución Política.

Se ha referido, entre otros aspectos, al lenguaje como factor de discriminación (C-458 de 2015) y, especialmente, a lo errado que resulta asimilar una forma de comunicación diferente a la incapacidad para desempeñarse adecuadamente en los diferentes ámbitos sociales (C-401 de 1999 y C-065 de 2003, entre otras), o a la imposibilidad de desempeñar, como cualquier otro, cargos de alta responsabilidad (C-983 de 2002 y C-076 de 2006).

Por su parte, esta Corporación ha analizado la incidencia que tiene en la actuación penal la imitación auditiva de quienes comparecen a este escenario en calidad de procesados o víctimas.

En la decisión CSJ SP, 03 Nov. 2009, radicado 26789, se hizo un amplio recorrido por el tratamiento que históricamente han recibido las personas en situación de discapacidad auditiva, que va desde considerarlos incapaces hasta aceptar que con su forma diversa de

comunicación pueden desarrollar, igual que cualquier otra persona, los diferentes roles sociales.

A partir de esa realidad, se concluyó que la situación de discapacidad auditiva no implica que el sujeto activo sea inimputable, ni que pueda reconocérsele de forma automática una circunstancia de menor punibilidad.

En esa misma línea de pensamiento, en la decisión CJS SP, 06 May. 2009, Rad. 24055, se analizó un caso que tiene un nivel importante de analogía fáctica con el que ahora ocupa la atención de la Sala, pues en esa oportunidad los falladores de instancia sobredimensionaron la limitación de la supuesta víctima para oír y hablar, al punto que la asimilaron con su estado de indefensión. La Sala se refirió a la improcedencia de hacer esa equiparación, entre otras cosas porque

> *[i]nstrumentos internacionales como la Declaración de los Derechos de los Impedidos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la resolución 3447 (XXX) de 9 de diciembre de 1975 (que cobija a "toda persona incapacitada de subvenir por sí misma, en su totalidad o en parte, a las necesidades de una vida individual o social normal a consecuencia de una deficiencia, congénita o no, de sus facultades físicas o mentales"), remite en su parágrafo 4 al parágrafo 7 de la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental, proclamada por la Asamblea General de la ONU en la resolución 2856 (XXVI) de 20 de diciembre de 1971, según el cual la determinación de la incapacidad de un individuo para ejercer efectivamente un derecho en concreto "deberá basarse en una evaluación de su capacidad social por expertos calificados".*

Adicionalmente, la Declaración de los Derechos de los Impedidos, a pesar de que en su parágrafo 10 consagra que estas personas deberán ser protegidas "contra todo trato discriminatorio, abusivo o degradante", también establece que tienen derecho a que se les respete la dignidad inherente a su condición humana (§ 3), así como a disfrutar los mismos derechos fundamentales que los demás asociados de idéntica edad, "cualquiera sea el origen, la naturaleza o la gravedad de sus trastornos y deficiencias" (§ 4).

Por su parte, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Incapacidad, suscrita el 7 de 1999 en Guatemala (y que cubre a quienes presentan cualquier "deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria"), consagra en su artículo 7 una cláusula de interpretación, avalada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional[12], de acuerdo con la cual las medidas que se adopten para proteger e integrar a la sociedad a los discapacitados no pueden restringirles el disfrute de los derechos reconocidos por el derecho internacional consuetudinario o por los instrumentos internacionales que obliguen a los Estados partes.

En este orden de ideas, si un "[a]specto esencial de la dignidad humana es la conducta en su expresión de voluntad, entendida como la capacidad y posibilidad concreta en un momento dado de elegir [...] entre actuar o no hacerlo"[13], tal como lo ha reconocido la Sala en el

---

[12] Corte Constitucional, sentencia C-401 de 2003: "*El artículo séptimo de la Convención establece una cláusula de interpretación que impide que se restrinja o permita que los Estados parte limiten el disfrute de los derechos de las personas con discapacidad reconocidos por el derecho internacional consuetudinario o los instrumentos internacionales por los cuales un Estado parte está obligado, lo que resulta acorde con la prevalencia de los tratados internacionales que sobre derechos humanos han sido ratificados por el Estado Colombiano –artículo 93 C. P.–*".

[13] Auto de 25 de noviembre de 2008, radicación 30546.

análisis del delito de acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir, ***sería tan discriminatorio como contrario al ordenamiento jurídico asumir la ausencia de juicio y de aquiescencia en el sujeto pasivo de la referida conducta tan solo por el hecho de presentar una limitación física, como lo sería una de índole auditiva o de lenguaje***[14]*, sin que se haya establecido por parte de un perito, y de conformidad con las circunstancias particulares de cada caso, una pérdida en las habilidades de comunicación que no le permita integrarse a la sociedad y de la cual pudiera derivarse razonablemente que, en tanto portador del bien jurídico objeto de protección, carecía de la capacidad mental para disponer del mismo.*

Lo anterior no implica descartar que la limitación para oír y hablar pueda ser relevante en el contexto penal, según las particularidades de los innumerables casos sometidos a decisión judicial. Lo que se quiere resaltar es que esas situaciones deben analizarse con extremo cuidado, porque existe el riesgo de que la intención de darle un tratamiento privilegiado a quienes se encuentran en esa condición, o en otras análogas, pueda dar lugar a un trato discriminatorio y por tanto inaceptable desde la perspectiva constitucional.

3. La solución del caso

Para acometer esta tarea la Sala hará una relación del trámite que se le impartió a la prueba testimonial desde la audiencia preparatoria, y luego analizará los errores en que incurrieron las partes, los intervinientes y los falladores de primer y segundo grado.

[14] Negrillas fuera del texto original.

3.1. El trámite que se le impartió a la prueba testimonial

En la audiencia preparatoria la Fiscalía solicitó los testimonios de Kelly Johana Isaza, de su madre biológica y de su abuela. También solicitó que se decretaran, ***como elementos materiales probatorios***, las declaraciones que estas personas rindieron por fuera del juicio oral.

Durante el juicio oral la Fiscalía incorporó como elementos materiales probatorios las declaraciones anteriores de estas testigos, así: (i) la primera versión de Kelly Johana Isaza, que fue grabada en audio y video, a través del funcionario que hizo las veces de policía judicial; (ii) la segunda versión de ésta, a través de la psicóloga que la atendió; (iii) las declaraciones de la madre biológica y de la abuela de Kelly, durante las declaraciones que éstas rindieron ante el juez de conocimiento.

La Fiscalía desistió de presentar en el juicio oral a la testigo de cargo (Kelly Isaza), a pesar de que no existían dudas sobre su disponibilidad, al punto que fue la defensa quien la presentó en esa calidad.

La defensa solicitó la incorporación de otra declaración rendida por Kelly Johana por fuera del juicio oral, favorable al procesado. El juez accedió a esta petición, que se materializó a través de la fonoaudióloga Viviana

García, que hizo las veces de intérprete en esa oportunidad.

La defensa presentó a Kelly Isaza como testigo. La Fiscalía, a través del contrainterrogatorio, impugnó su credibilidad frente a algunos aspectos. El Juez y el Ministerio Público hicieron múltiples preguntas orientadas a contrastar lo que la testigo manifestó en el juicio oral con lo que había dicho en su primera entrevista.

3.2. Los errores en el proceso de incorporación de la prueba y valoración de la prueba

Si la testigo Kelly Isaza estaba disponible para declarar, no existían razones que justificaran la decisión que tomó la Fiscalía, y que avaló el juez, de reemplazar el testimonio de esta ciudadana en el juicio oral por una declaración rendida con antelación, frente a la cual la defensa no tuvo ninguna oportunidad de controlar el interrogatorio (altamente sugestivo por demás), ni de hacer uso del derecho a contrainterrogar a la declarante.

Esta declaración constituye prueba de referencia, según lo previsto en el artículo 347 de la Ley 906 de 2004, toda vez que: (i) fue rendida por fuera del juicio oral; (ii) se presentó como medio de prueba; (iii) del tema central de debate (si las relaciones sexuales fueron consentidas o mediante violencia); y (iv) de esa forma se le privó a la

defensa de la oportunidad de ejercer el derecho a la confrontación.

No existe discusión sobre la disponibilidad de la testigo, por lo que no se vislumbra la concurrencia de alguna de las causales excepcionales de admisibilidad de prueba de referencia, previstas en el artículo 438 de la Ley 906 de 2004, ni se avizoran razones aceptables para que la Fiscalía haya decidido omitir la práctica del testimonio que **sirvió de fundamento principal a la acusación**.

Aunque la Fiscalía solicitó incorporar la declaración anterior de Kelly Isaza como un ***elemento material probatorio***, esa denominación no cambia la realidad de que se estaba incorporando una prueba testimonial en contravía de las previsiones constitucionales y legales, según se indicó en la parte inicial de este fallo.

Si el acusador tenía conocimiento de que la testigo había cambiado su versión (recuérdese que antes del juicio rindió una declaración a instancias de la defensa, donde expresó que las relaciones sexuales fueron consentidas), debió presentar a Kelly Isaza como testigo en el juicio oral, y en el evento de que esta se hubiese retractado de lo que dijo en la primera oportunidad, pudo incorporar durante el interrogatorio la declaración anterior, en los términos atrás indicados, bien para que la defensa tuviera la oportunidad de ejercer el derecho a la confrontación, ora para que el juez pudiera valorar ambas versiones.

Con su actuación irregular la Fiscalía (avalada por el juez) generó una situación inentendible, pues finalmente fue la defensa quien presentó en el juicio oral a la ***testigo de cargo***, y la Fiscalía se limitó a hacer algunas preguntas, a modo de contrainterrogatorio, orientadas a restar su credibilidad. De hecho, cuando se le recriminó porque estaba haciendo preguntas sugestivas, planteó que estaba facultada para ello porque estaba haciendo uso del contrainterrogatorio[15].

En consecuencia, al valorar la declaración rendida por Kelly Johana Isaza por fuera del juicio oral, el Tribunal incurrió en un error de derecho, en la modalidad de falso juicio de legalidad, cuya trascendencia de cara a la violación indirecta de la ley sustancial será analizada más adelante.

El uso indebido de las declaraciones anteriores al juicio oral se materializó, además, durante el testimonio de la señora María Luisa Ayala Suárez, abuela y madre de crianza de Kelly Johana.

La Fiscalía, sin que mediara alguna razón que lo justificara, solicitó que se admitieran como ***elementos materiales probatorios*** la denuncia que en su momento formuló esta testigo, y la ampliación de la misma, a lo que accedió el juez de conocimiento. Es más, esas declaraciones

[15] Minutos 1:40 y 7:00, tercer registro, pruebas de la defensa.

fueron leídas[16] y de esa manera incorporadas al registro antes de que el juez decidiera admitirlas como prueba[17], bajo el entendido de que esa admisión no se hizo a título de prueba de referencia (lo que hubiera sido improcedente porque la testigo estaba disponible para declarar en el juicio), ni en calidad de declaración anterior inconsistente con lo declarado en el juicio (ni una palabra se mencionó sobre el particular), pues, se insiste, el juez trató esas declaraciones como "*evidencias físicas*".

De nuevo, debe resaltarse que el hecho de que una declaración rendida por fuera del juicio oral sea denominada elemento material probatorio (o prueba documental) no implica que pueda incorporarse como prueba en contravía de las normas constitucionales y legales atinentes a la prueba testimonial.

Así, las declaraciones que la testigo Ayala Suárez rindió por fuera del juicio oral también fueron incorporadas como prueba con violación de las reglas que rigen la prueba testimonial, según lo explicado a lo largo de este fallo.

En consecuencia, el Tribunal, al utilizar esas declaraciones para fundamentar la condena, incurrió en un error de derecho por falso juicio de ilegalidad, cuyos efectos serán estudiados a continuación.

---

[16] Minuto 15:45 y minuto 24:20, respectivamente.
[17] Minuto 40:19

3.3. La trascendencia de los errores

Las equivocaciones atrás analizadas llevaron al Tribunal a revocar el fallo absolutorio proferido por el Juzgado y, en consecuencia, dieron lugar a una sentencia condenatoria claramente improcedente.

En efecto, el sustento principal de la condena es la primera declaración rendida por Kelly Johana Isaza, en la que supuestamente manifestó que uno o varias de las relaciones sexuales que tuvo con el procesado fueron producto de la violencia que éste ejerció sobre ella.

El Tribunal, al igual que la Procuradora Delegada para la Casación Penal, hicieron hincapié en que en este caso lo determinante es establecer cuál de las tres versiones entregadas por Kelly Johana Isaza da cuenta de la realidad, y a partir de esa premisa orientaron su disertación a explicar por qué la que rindió bajo la dirección del patrullero de la Policía que hizo las veces de investigador, donde según las intérpretes Martha Ossa y Viviana García dijo que en una o varias ocasiones había sido violentada por el procesado, es más creíble.

De esta forma, eludieron un problema jurídico previo y determinante, atinente a la admisibilidad de las declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, bajo el entendido de que las mismas, en principio, sólo constituyen actos preparatorios del debate y que su ingreso como

prueba es excepcional y sometido a las reglas analizadas a lo largo del presente fallo.

Si se suprimen, como corresponde, las declaraciones rendidas por Kelly Johana Isaza antes del juicio oral, sólo subsiste la versión entregada por ésta ante el juez de conocimiento, a través de dos intérpretes, en la que insistió, durante el interrogatorio directo y el contrainterrogatorio, en que las relaciones sexuales con el procesado fueron consentidas y en el cariño o afecto que sentía hacía éste.

La testigo se mantuvo en esta postura, incluso ante los desaforados interrogatorios que realizaron el juez y el delegado del Ministerio Público.

Ante este panorama, no resulta pertinente lo que plantea la delegada del Ministerio Público en el sentido de que en este caso deben aplicarse las reglas desarrolladas por la Corte Penal Internacional en torno a la imposibilidad de tomar el silencio u otras conductas de la víctima como falta de oposición al acceso carnal.

El debate en este caso se circunscribe a la coexistencia de declaraciones disímiles de Kelly Johana Isaza sobre las circunstancias que rodearon sus encuentros sexuales con el procesado, pues durante una entrevista dirigida por el investigador de la Fiscalía relató, según lo que entendieron las intérpretes, que uno o varios de ellos

fueron mediante violencia y dio a entender que otros fueron consentidos, mientras que en el juicio oral expresó con vehemencia que nunca fue violentada y que accedió libremente a dichas relaciones, lo que coincide con la declaración que rindió antes del juicio oral a instancias de la defensa.

Según lo indicado hasta ahora, antes de analizar todas las versiones entregadas por la testigo de cargo, era necesario resolver sobre la admisibilidad de las rendidas por fuera del juicio oral (a instancias de la Fiscalía, la primera, y de la defensa, la segunda), aspecto que, se insiste, no fue analizado por el Tribunal, ni incluido por la representante del Ministerio Público en su disertación, bajo la idea errada de que en el régimen procesal establecido en la Ley 906 de 2004 las entrevistas y/o declaraciones juradas recibidas a los testigos por fuera del debate ante el juez de conocimiento se incorporan automáticamente como medio de prueba, tal y como ocurría en los sistemas procesales precedentes, regidos por el principio de permanencia de la prueba.

De otro, lado, al juicio oral no compareció ningún testigo que haya presenciado la violencia supuestamente ejercida por el procesado para lograr acceder carnalmente a Kelly Johana. La madre biológica de ésta manifestó que luego de enterarse del embarazo le reclamó a Rodríguez Sánchez, e hizo hincapié en que los desacuerdos se generaron porque éste se mostró reacio a ayudar

económicamente a la futura madre. La abuela de Kelly hizo alusión a las mismas circunstancias.

En todo caso, estas testigos no presenciaron los hechos. Su conocimiento de los mismos proviene de lo que supuestamente les manifestó Kelly, aunque todo indica que no se los expresó a ellas directamente sino a través de una hermana, quien no fue citada como testigo al juicio oral.

Por demás, el patrullero Mayorga sólo se refirió a los actos de investigación que practicó, y la educadora especial Martha Sánchez, así como la fonoaudióloga Viviana García, hicieron énfasis en su interpretación de las señas que hizo Kelly Johana durante su entrevista, y se refirieron a algunos rasgos de la personalidad de ésta.

Así, se demostró que Edgar Alberto Rodríguez Sánchez y Kelly Alberto Rodríguez Sánchez, ambos mayores de edad, sostuvieron diversas relaciones sexuales y engendraron una hija.

Sobre el tema central de debate (si las relaciones fueron consentidas o mediante violencia), sólo se practicó legalmente el testimonio de Kelly Isaza, quien de forma insistente planteó que nunca hubo violencia y que accedió libremente a los encuentros sexuales con el procesado. Los demás testigos aportaron los datos atrás indicados.

Incluso si se aceptara, en gracia de discusión, que la Fiscalía logró impugnar la credibilidad de Kelly Johana durante el contrainterrogatorio, ello sólo podría menguar la credibilidad del relato que ésta hizo en el juicio, pero bajo ninguna circunstancia equivale a que sus declaraciones anteriores hayan sido incorporadas legalmente como prueba.

En síntesis, si se suprime la primera entrevista rendida por Kelly Johana Isaza, por haber sido incorporada como prueba en contravía de las disposiciones constitucionales y legales que rigen la prueba testimonial, no existen medios probatorios que permitan predicar, más allá de duda razonable, que EDGAR ALBERTO RODRÍGUEZ SÁNCHEZ ejerció violencia sobre la ciudadana en mención para lograr accederla carnalmente.

En consecuencia, se casará el fallo impugnado y se absolverá al procesado por el cargo incluido en la acusación. Se ordenará la cancelación de la orden de captura emitida en su contra.

4. Cuestiones finales

Aunque no son determinantes para la decisión que debe adoptar la Sala, como quiera que lo expuesto hasta ahora es suficiente para casar el fallo impugnado, no pueden pasar desapercibidos dos aspectos de la actuación del Juzgado y el Tribunal, que dan cuenta de prácticas

indebidas desde la perspectiva constitucional y legal: (i) la manera como se abordó la imitación auditiva de Kelly Johana Isaza, (ii) los argumentos expuestos por el Tribunal para concluir que la primera entrevista rendida por la ciudadana Isaza merece mayor credibilidad que sus otros relatos.

4.1. **La manera como se abordó la limitación auditiva de Kelly Johana Isaza**

En la primera parte de este apartado se dejó en claro que una persona en situación de discapacidad para oír y hablar no puede ser considerada, sin más, como incapaz para decidir el curso de su vida, en los ámbitos profesional, personal, social, familiar, etcétera. Estas personas están en plano de igualdad con los demás, incluso para desempeñar los cargos más importantes, tal y como lo resaltó la Corte Constitucional y esta Corporación en las sentencias atrás relacionadas.

Igualmente se resaltó que tratar a las personas no oyentes como desvalidos, sólo en atención a esa limitación física, antes que una forma de protección, puede dar lugar a discriminaciones contrarias a la Constitución Política.

En el presente caso, desde la audiencia preparatoria la defensa solicitó la práctica de algunas pruebas orientadas a demostrar la plena capacidad mental de Kelly Johana

Isaza, las que fueron negadas bajo el argumento de que ***ese aspecto no estaba en discusión***.

Sin embargo, durante la práctica probatoria la Fiscalía pretendió retomar este tema, y el delegado del Ministerio Público, cuya intervención a lo largo de la actuación penal fue notoriamente desbordada, incluyó preguntas que hicieron evidente sus prejuicios frente a las personas con esta clase de limitación, sin que el juez tomara ningún correctivo.

En efecto, durante el contrainterrogatorio al procesado la fiscal insinuó que éste se "*aprovechó*" de Kelly, no sólo por sus limitaciones para hablar sino además por la diferencia de edad. La defensa se opuso, bajo el argumento de que desde la audiencia preparatoria se dejó sentado que no se discutiría la capacidad mental de esta joven[18].

Por su parte, el delegado del Ministerio Público formuló preguntas desconsideradas, discriminatorias e irrespetuosas para con la joven Isaza, que la Sala se abstiene de trascribir para no reiterar una situación de esa magnitud, y que dan cuenta de sus prejuicios en torno a la capacidad mental de los no oyentes[19], y el fastidio que a él le causan los sonidos que emiten las personas que afrontan esa limitación, lo que le impide entender por qué una persona con capacidad para oír y hablar puede entablar

[18] Minuto 54:24, testimonio del acusado.
[19] Minutos 17:15 y 19:15, último registro del debate probatorio.

una relación sentimental con quien no puede hacerlo[20]. Todo ello sin que el juez le hiciera, por lo menos, un llamado de atención.

En esa misma línea, el Tribunal, para sustentar la condena, hizo reiterado énfasis en que el procesado no sólo ejerció violencia sobre la víctima para accederla carnalmente, sino que, además, se aprovechó de su limitación auditiva, pero no explicó exactamente en qué consistió ese aprovechamiento:

> (...)
> *Es por todo lo anterior que el Tribunal no puede otorgar credibilidad a las retractaciones tan particulares, absurdas y mendaces de la propia víctima discapacitad@.*
>
> (...)
>
> *EDGAR ALBERTO RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, prevalido de su condición de inquilino de la casa habitada por la señora María Luisa Ayala y su nieta Kelly Johana Isaza de 21 años de edad, discapacitada por ser sordomuda.*
>
> (...)
>
> *[c]omo se ha logrado demostrar probatoriamente, más allá de duda razonable en los términos del artículo 381 C.P.P. de 2004, fue violentada sexualmente valiéndose el agresor preciso (sic) de su discapacidad o condición de sordomuda...*

[20] Minutos 8:00 y 9:30 ídem.

No se descarta que la limitación de una persona para oír y hablar pueda ser aprovechada por otro para realizar una conducta punible. Lo que se quiere resaltar es que el fallador tiene la obligación de explicar, en cada caso en particular, de qué manera esa situación incidió en la comisión del delito. Cuando no se hacen esas precisiones, queda la impresión de que el Juez sobredimensiona los efectos de la condición de no oyente, lo que, se insiste, antes que proteger a esa población, puede constituir una forma inaceptable de discriminación.

En el mismo sentido, para descartar la credibilidad del testimonio del procesado, el Tribunal manifestó:

> *[l]o único a lo que le da importancia el juez de la causa es a la retractación de la víctima y al testimonio del acusado, obviamente negando éste los contundentes cargos de la entrevista de Kelly Johana, sin dejar de aprovechar el agresor sexual el hecho de haber renunciado a guardar silencio para presentarse como la persona que fue conquistada, seducida e invitada o provocada a tener sexo, según él, por parte de la discapacitada auditiva que se viene de citar, no obstante ser él mucho mayor que ella (casi dobla su edad), tenía una compañera permanente para la época de los acontecimientos, lo cual pone en evidencia su experiencia y, como si fuera poco, que él sí es persona sana de todos sus sentidos ya que no padece discapacidad alguna.*

El juez debe tener especial cuidado cuando analiza aspectos como la diferencia de edad entre dos adultos que han sostenido relaciones sexuales, la mayor experiencia

sexual o la situación de discapacidad de una de ellas, entre muchos otros, porque si bien es cierto los mismos pueden ser relevantes en un determinado caso (lo que debe ser suficientemente explicado), también lo es que con esta clase de discursos se puede incursionar en el terreno de los reproches morales, e incluso se pueden hacer discriminaciones contrarias a los principios y valores que inspiran el sistema jurídico y a los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Se advierte que el fallador no explicó por qué es relevante que para el momento de los hechos Rodríguez Sánchez tuviera 36 años y Kelly Johana 21. Tampoco expuso razones sobre la trascendencia del vínculo sentimental del procesado con otra mujer, ni de su mayor experiencia sexual. En la misma línea, no justificó la constante alusión a la limitación auditiva de Kelly.

De otro lado, debe destacarse lo inconveniente que resulta predicar que el acusado "*se aprovechó*" de su derecho a ser escuchado en juicio. Esta es una potestad constitucional y legal, que constituye una garantía mínima en un Estado democrático, por lo que el juez: (i) no puede afrontar estas versiones bajo la idea a priori de que no son creíbles por provenir de la persona que resiste la pretensión punitiva estatal, y (ii) su función es analizar las teorías propuestas por la Fiscalía y la defensa, y establecer si la incluida en la acusación fue probada más allá de duda razonable.

Según se indicará en el siguiente apartado, estas conclusiones del Tribunal hacen parte de una serie de reflexiones manifiestamente contrarias a la sana crítica, que expuso como fundamento de su conclusión de que la primera versión de la joven Isaza, rendida ante el policial que hizo las veces de investigador, dan cuenta de lo que realmente ocurrió.

4.2. **El análisis que hizo el Tribunal de las diferentes versiones suministradas por la Kelly Johana Isaza**

Como quiera que las declaraciones rendidas por Kelly Johana por fuera del juicio oral fueron incorporadas como prueba con manifiesto desconocimiento de las reglas que rigen la prueba testimonial, por lo que no podían ser valoradas, según se indicó en precedencia, en este apartado se analizarán algunos de los argumentos expuestos por el Tribunal para privilegiar una de las versiones suministradas por esta testigo, con el único propósito de afianzar los criterios básicos que debe considerar el juez al momento de afrontar las declaraciones contradictorias de un testigo, según lo expuesto en la parte final del numeral 1.2.3.

En este caso existía una notoria limitación para comprender la versión de Kelly Johana, bien porque ésta no tenía suficiente formación en el sistema estandarizado de señas, ora porque las personas que hicieron las veces de

intérpretes, principalmente quienes intervinieron en las declaraciones anteriores al juicio oral (Martha Ossa y Viviana García) expresaron que su formación en esta área es precaria.

En la primera versión suministrada por Kelly, en la que se fundamentó sustancialmente la condena, la fonoaudióloga García asumió la mayor parte de la interpretación, como bien puede observarse en el respectivo video. Esta persona también tuvo a cargo la interpretación de la entrevista que la víctima rindió a instancias de la defensa, donde expresó que todas las relaciones sexuales fueron consentidas (según la interpretación que se hizo de sus señas).

Al referirse a la primera versión, el Tribunal resaltó que aunque estas profesionales en principio tuvieron problemas para comprender las señas de Kelly,

> *[f]inalmente lograron entender con claridad la versión ofrecida en su lenguaje no verbal sobre los hechos de abuso sexual que padeció mediante violencia....*
>
> *(...)*
>
> *La fonoaudióloga Viviana García Suárez (...) explicó que el procedimiento para realizar esa diligencia fue el lenguaje de señas básico que Kelly Johana Utilizaba, que las preguntas que no entendía le eran explicadas con dibujos o escribiéndole la palabra o palabras esenciales del interrogante...*

(...)

Resulta incontrovertible la credibilidad que brota de aquellas atestaciones de las profesionales mencionadas Martha Ossa y Viviana García, pues dando por descontada su experiencia en el lenguaje de señas básico como el que maneja Kelly y que sin duda lograron finalmente comprenderle sus manifestaciones....

Más adelante, cuando se refirió a la segunda entrevista rendida por Kelly Isaza, en la que manifestó que las relaciones sexuales fueron consentidas, el Tribunal dijo:

Otro aspecto que llama poderosamente la atención de esta Magistratura es la entrevista sui generis o bien particular que a instancias de la defensa le practicó la fonoaudióloga Viviana Marcela García a la joven Kelly Johana, donde ésta aparece retractándose en buena parte de los cargos ofrecidos en la ya mencionada entrevista del 6 de abril de 2011 (...) causa mayor perplejidad que a ese acto no concurrió un experto en lenguaje de señas...

Allí supuestamente expresó Kelly Johana, al menos así se consigna, que sostuvo relaciones con el procesado porque a ella le gustaba y simplemente lo permitió, que las relaciones con él siempre fueron las mejores, pero sólo de "amigos" y que ella lo denunció por rabia, porque no respondía económicamente. Es decir, estas respuestas que se dice realizó la víctima de los hechos son muy similares a las que contiene su testimonio en el juicio oral...

Lo que no se entiende por esta instancia es cómo pudo lograr la profesional citada que la joven discapacitada comprendiera las tantas preguntas formuladas y las respondiera con tanta claridad y coherencia como aparece en el escrito en el

documento, cuando quiera que se conoce en el proceso la dificultad que tiene Kelly para entender y hacerse entender por cualquier persona, aun una fonoaudióloga, quien se sabe no es perito en un lenguaje de señas...

Es notorio que el Tribunal trasgredió el principio lógico de no contradicción, porque siendo evidente que en la entrevista inicial la labor de intérprete fue realizada principalmente por Viviana García, concluyó que ésta y Martha Ossa lograron entender y hacerse entender de Kelly, e hizo énfasis en que esa primera declaración es creíble por "*la multiplicidad de detalles que indica con sus señas*", al tiempo que resaltó la idoneidad de estas profesionales.

Sin embargo, al evaluar la segunda entrevista (favorable al procesado), cuestiona la idoneidad de la fonoaudióloga García por su falta de formación en el sistema de comunicación por señas y porque no es creíble que haya podido entender tantos detalles del relato de Kelly, de quien resalta sus dificultades para entender y hacerse entender.

Del mismo nivel es lo que plantea para tratar de explicar la concurrencia de relaciones sexuales consentidas y propiciadas mediante violencia (según los hechos declarados en el fallo):

Resumiendo, la verdad histórica o procesal que se ha logrado obtener del análisis conjunto de los medios de conocimiento

incorporados al juicio oral, ajustado a una correcta apreciación de los postulados de la sana crítica, a saber, las reglas de la lógica, la experiencia común y los dictados científicos, pusieron en evidencia que el procesado EDGAR ALBERTO RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, prevalido de su condición de inquilino de la casa habitada por la señora (...) se aprovechó de esta situación para someter a ésta (Kelly) a acceso carnal (a tal punto que le produjo embarazo), en varias oportunidades, unas mediante el empleo de la fuerza física porque inicialmente ella se negó, y otras consentidas porque seguramente ***le había creado ya el violento abusador a la indefensa e ingenua joven el deseo natural de las relaciones sexuales e inclusive un obvio sentimiento hacia él***...

Lo expuesto por el Tribunal tendría sentido a la luz de una supuesta máxima de la experiencia, implícita por demás, según la cual casi siempre que una mujer es accedida carnal y violentamente por un hombre, desarrolla por éste un "***obvio sentimiento***", que puede motivarla a sostener con él otras relaciones sexuales.

No se requieren mayores esfuerzos para concluir que un enunciado de esa naturaleza es inadmisible como máxima de la experiencia, bien porque no se trata de un fenómeno de observación cotidiana, que permita establecer la forma como generalmente ocurren ese tipo de asuntos, ora porque se expone, con pretensión de universalidad, que las mujeres cuando son violadas desarrollan un "*obvio sentimiento*" por su agresor, en virtud del cual acceden a tener con él otras relaciones sexuales, lo que es a todas luces inadmisible.

No se descarta que en casos excepcionales estos fenómenos se presenten, pero sólo podrán tenerse como fundamento de la sentencia cuando hayan sido debidamente probados

En la misma línea argumentativa el Tribunal afirma que

> *[l]o que se presenta en el caso sometido a examen es otro evento más de los tantos que según enseña la praxis judicial ocurren cuando la parte de la defensa logra convencer, de alguna hábil manera, a los testigos de cargo de que retiren sus incriminaciones, o sencillamente éstos deciden hacerlo por consideraciones altruistas al ver al procesado agresor privado de la libertad (...) sólo que es este también un asunto más donde el intento protervo resultó fallido...*

No se avizora ningún dato que permita establecer con precisión la frecuencia de la retractación de los testigos en los juicios penales, ni se conocen estudios sobre las razones por las cuales cambian su versión (por lo menos nada de ello fue mencionado por el Tribunal).

Así, lo que plantea el fallador de segundo grado es su opinión sobre estos temas, o quizás las reglas que deduce de sus experiencias aisladas, lo que no puede tenerse como máxima de la experiencia (por las razones atrás indicadas), ni como una expresión del conocimiento científico (por la

ausencia de estudios sobre la materia, debidamente incorporados durante el debate probatorio).

Estos argumentos, ambiguos y genéricos, no pueden suplir la obligación del juez de explorar los datos objetivos, y por ende contrastables, que le permitan establecer en cada caso en particular, ante el fenómeno de concurrencia de declaraciones antagónicas de un testigo, si existen verdaderas razones para darle credibilidad a alguna de ellas o si todas deben ser descartadas, según se indicó en la primera parte de este fallo.

Por tanto, encuentra la Sala que al resolver sobre la credibilidad de las diferentes versiones suministradas por Kelly Johana Isaza, el Tribunal incurrió reiteradamente en un error de hecho, en la modalidad de falso raciocinio.

Según se advirtió en la primera parte de este acápite, estos errores del Tribunal no determinan la decisión que en esta oportunidad debe tomar la Sala, porque las declaraciones rendidas por esta ciudadana por fuera del juicio oral no son admisibles como prueba, según se indicó en el numeral 3. Sin embargo, su estudio resulta útil para afianzar los criterios que debe tener en cuenta el juez al valorar las declaraciones contradictorias de un testigo, según lo establecido en la primera parte de este fallo.

Finalmente, frente a las falencias argumentativas del fallo impugnado, debe resaltarse que allí se declaró probado

que Kelly Isaza y Rodríguez Sánchez sostuvieron varias relaciones sexuales, unas mediante violencia y otras consentidas, y se incluyó la circunstancia de agravación prevista en el artículo 211, numeral 6, del Código Penal, pero no se dedicó una sola línea a explicar por qué se concluye (implícitamente) que el embarazo fue producto del supuesto acceso carnal violento y no de las relaciones a las que esta joven accedió voluntariamente.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero: Casar el fallo impugnado, por el cargo propuesto por el demandante, y, en consecuencia, absolver a EDGAR ALBERTO RODRÍGUEZ SÁNCHEZ por el delito de acceso carnal violento, agravado, consagrado en los artículos 205 y 2011, numeral 6°, del Código Penal.

Segundo: Ordenar la cancelación de la orden de captura emitida en contra de RODRÍGUEZ SÁNCHEZ. En el evento de que éste haya sido privado de su libertad, se dispondrá su libertad inmediata.

Contra la presente decisión no proceden recursos.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Aclaro Voto

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

aclaro voto

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

26 ENE 2017

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Aclaración de voto

Rad. 44950

Acta n° 17 del 25 de enero de 2017

1. Los suscritos Magistrados, con el habitual respeto por las decisiones mayoritarias, procedo a consignar las razones del disentimiento que nos llevaron a aclarar el voto sobre la tesis del valor probatorio del testimonio adjunto o complementario adoptada en el fallo proferido por esta Sala.

2. Si bien estamos de acuerdo con la decisión de casar la sentencia ante el estado de incertidumbre generado que impide obtener conocimiento más allá de duda razonable de la responsabilidad de **ÉDGAR ALBERTO RODRÍGUEZ SÁNCHEZ** en los delitos por los que fue acusado, nuestra postura obedece al criterio jurisprudencial, adoptado en el radicado de la referencia, porque se permitió la incorporación y se le da mérito probatorio a la declaración rendida antes e incorporada en el juicio oral, a pesar que el testigo está disponible y rinde testimonio en la audiencia pública,

ofreciendo en sus intervenciones información contradictoria, con lo cual desborda los únicos usos de *lege data* admitidos: 1) refrescar la memoria del testigo (artículo 392-d); y 2) impugnar credibilidad ante la evidencia de contradicciones contenidas en el testimonio (artículos 347, 393-b y 403).

3. Seguidamente se da cuenta de los principales argumentos de la decisión mayoritaria, con las que estamos en desacuerdo:

3.1. En el siguiente párrafo, a mi juicio, se establece una clasificación indebida, no sustentable jurídicamente, del testimonio rendido antes del juicio oral, al señalarse, que corresponden a:

> "Por resultar trascendente para la solución de este caso, la Sala establecerá la diferencia entre la utilización de declaraciones anteriores para ***facilitar el interrogatorio cruzado de testigos*** (refrescamiento de memoria e impugnación de la credibilidad de los testigos), y los usos de esas declaraciones como ***medio de prueba*** (prueba de referencia y declaraciones anteriores inconsistentes con lo declarado en juicio)".

3.2. Conforme a la decisión mayoritaria de la Sala estos son los eventos en los cuales las declaraciones anteriores al juicio oral pueden ser incorporadas como medios de prueba, directas, no de referencia ni anticipadas:

> Las verdaderas excepciones a la regla general consagrada en el artículo 16 de la Ley 906 de 2004

están materializadas en los eventos de admisión de declaraciones anteriores como **medios de prueba** (CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153), como es el caso de la prueba anticipada, la prueba de referencia y las declaraciones anteriores inconsistentes con lo que el testigo declara en juicio (subraya fuera de texto). (...).

3.3. La decisión adoptada con el criterio mayoritario sostiene que las declaraciones anteriores e incompatibles con lo declarado en el juicio por el declarante, se integran y forman parte de la prueba obtenida en el juicio y pueden servir de fundamento para condenar. Los siguientes son los argumentos que invocaron:

"Los presupuestos fácticos son diferentes a los que activan el debate sobre prueba de referencia, porque no se trata de un testigo ***no disponible***, sino de un declarante que comparece al juicio oral y cambia su versión (respecto de lo que había dicho con antelación).

Si se aplica a plenitud la regla general de que sólo pueden valorarse como prueba las declaraciones rendidas durante el juicio oral (salvo lo expuesto en materia de prueba de referencia), el juez únicamente podría considerar lo que el testigo dijo en este escenario, con las consecuencias ya indicadas.

Sin embargo, una decisión en tal sentido puede afectar la recta y eficaz administración de justicia, ante la posibilidad de que el relato rendido por fuera del juicio oral sea veraz y el testigo lo haya cambiado por amenazas, miedo, sobornos, etcétera. Con esto no se quiere decir que la primera versión de los testigos necesariamente sea la que dé cuenta de la manera cómo ocurrieron los hechos; lo que se quiere resaltar es la importancia de que el fallador

pueda evaluar la versión anterior, cuando el testigo la modifica o se retracta durante el juicio oral.

De otro lado, admitir, como medio de prueba, todas las declaraciones anteriores al juicio oral, sin que medien circunstancias que lo justifiquen y sin cumplir los requisitos que permitan lograr un ***punto de equilibrio*** entre los derechos de los procesados y la rectitud y eficacia de la administración de justicia, puede desquiciar el modelo procesal, según se resaltó en otro apartado de este fallo.

(...).

No puede confundirse la utilización de declaraciones anteriores con fines de impugnación, con la incorporación de una declaración anterior al juicio oral **como medio de prueba**. En el primer evento, la finalidad de la parte adversa (la que no solicitó la práctica de la prueba testimonial[1]), es mostrar que existen contradicciones que le restan verosimilitud al relato o credibilidad al testigo. En el segundo, la parte que solicitó la práctica de la prueba y que se enfrenta a la situación de que éste cambió su versión, pretende que la versión anterior ingrese como **medio de prueba**, para que el juez la valore como tal al momento de decidir sobre la responsabilidad penal.

(...).

Ante esta realidad, la admisión excepcional de declaraciones anteriores inconsistente con lo declarado en juicio es ajustada al ordenamiento jurídico, siempre y cuando se garanticen los derechos del procesado, especialmente los de contradicción y confrontación.

En ese sentido debe interpretarse el artículo 347 de la Ley 906 de 2004, en cuanto establece que una declaración anterior al juicio oral "*no puede*

[1] Ello sin que pueda descartarse la posibilidad de que la parte que presenta al testigo se vea compelida a impugnar su credibilidad. Ello puede suceder, por ejemplo, si durante el interrogatorio el fiscal o el defensor se percatan de que han sido engañados por el testigo.

> *tomarse como una prueba por no haber sido practicada con sujeción al interrogatorio de las partes*". Visto de otra manera, 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.

4. El nuevo criterio mayoritario de la Sala, resulta imposible jurídicamente de compartir, porque:

i) Le da valor probatorio al testimonio adjunto o complementario cuando el órgano de prueba está disponible, supuesto que corresponde a una prueba de referencia inadmisible (artículo 438 y 440 del C de P.P.).

ii) Contraviene lo dispuesto en el artículo 437 del C de P.P. sobre las informaciones obtenidas fuera del juicio oral y que definen la naturaleza y alcance de la prueba de referencia.

iii) Socaba los principios del debido proceso de la prueba relacionados con la publicidad, contradicción e inmediación (artículos 377, 378 y 379 del C de P.P.).

iv) La nueva postura jurisprudencial incorpora como principio la permanencia de la prueba en la Ley 906 de 2004, regla excluida por incompatible con los postulados de

la Ley 906 de 2004, dados los supuestos de los artículos 15, 16, 17 y 381 del C de P.P.

El artículo 381 no permite condenar con base en pruebas no "debatidas en el juicio", los demás textos legales citados que corresponden a normas rectoras, solamente le dan la categoría de prueba a la que se práctica ante el juez de conocimiento, en audiencia del juicio oral, de forma concentrada, pública, oral, sujeta a contradicción, admitiéndose únicamente como excepción la prueba anticipada. Ni siquiera se permite la comisión para la práctica de la prueba.

El testimonio adjunto como se concibió en la decisión de la que aclaró el voto, viola no solo el rito para la solicitud, decreto, práctica y aducción de la prueba sino también las normas rectoras de los artículos 15, 16 y 17 del C.P.P., las que a decir del artículo 26 ídem son obligatorias y prevalentes sobre cualquier otra disposición y aún de la jurisprudencia, pues éstas tienen que ser fundamento de la interpretación.

v) Se desatiende el artículo 360 del C de P.P. que impone tener como ilegal los medios que se practican con "violación de los requisitos formales previstos en este Código", uno de ellos que no puede asumirse como prueba de referencia lo declarado antes del juicio si el testigo está disponible para declarar; mucho menos como prueba directa, si el órgano de prueba concurre al juicio a testimoniar.

En la hipótesis sobre la que se construyó el nuevo criterio jurisprudencial la declaración anterior al juicio es prueba de referencia inadmisible porque el órgano de prueba está disponible y lo único que puede servir de fundamento probatorio a la sentencia para la decisión es lo declarado en el juicio oral.

A nuestro entender, solamente se debe admitir que lo declarado antes del juicio sirva como prueba de referencia admisible (no como prueba directa, complementaria, adjunta o integrada con lo detectado en el debate oral), si el testigo adopta en el juicio una postura de silencio y se abstiene de narrar o responder el interrogatorio (caso en el cual el testigo no está disponible), porque si lo hace (responde), por más contradictorio que sea su relato con lo expresado antes, con esta última solamente será posible cuestionar su credibilidad.

vi) Con la lógica que se ha construido por la mayoría de la Sala la tesis del testimonio adjunto, se debe preguntar si ha de entenderse que las que rinde antes del juicio oral el procesado pueden servir de fundamento para condenar, así éste se niegue a declarar en el juicio.

vii) El artículo 347 de la Ley 906 de 2004 establece que las "declaraciones juradas" de los "testigos llamados a juicio" solo pueden tener **"efectos de impugnar credibilidad"**, el criterio mayoritario de la Sala se opone abiertamente a esta regulación sin ofrecer razones de

inconstitucionalidad para desatenderla, amén que los criterios de inconveniencia por una supuesta eficacia de la justicia la descarta los enunciados que estamos presentando.

El único argumento que se ofrecen para apoyar la creación del testimonio adjunto o complementario es el supuesto "punto de equilibrio", para que en el caso se haga justicia, la que se ve amenazada porque se encuentran en contradicción sustancial lo expuesto antes y durante el juicio por el testigo.

Qué justicia se administra, si el supuesto de la solución ofrecida con el testimonio adjunto son las contradicciones del declarante, cómo se sabe en cuál se dijo la verdad.

Pero acaso la carga de llevar al proceso la prueba que dé certeza no es de la Fiscalía?, existe en Colombia algún proceso penal diferente a los que terminan por preacuerdo, allanamiento o principio de oportunidad, que no registren contradicciones sustanciales en lo narrado por el mismo testigo o con las demás pruebas?.

Las contradicciones se deben resolver con la sana crítica, solucionar ese problema con el testimonio adjunto, es hacer justicia de cualquier manera, ésta debe ser administrada con sujeción a garantías como las del debido proceso probatorio.

Si el testimonio adjunto se necesita para superar contradicciones del declarante y rescatar una supuesta eficacia de la justicia, como se afirma en la providencia de la que aclaró el voto, entonces con ese mismo propósito y argumento se deben crear líneas jurisprudenciales para no absolver los casos con base en el in dubio pro reo o deficiencia probatoria por inactividad de la Fiscalía para probar la teoría del caso, pues con estas también se pone en riesgo la eficacia de la justicia del asunto sub judice, porque la verdad real no se logró conocer.

viii) Sobre el valor probatorio de las exposiciones (entre las cuales se incluyen las declaraciones juradas de quienes son llamados a testimoniar en el juicio), a decir del artículo 347 del C de P.P., **"la información contenida en ellas no puede tomarse como una prueba por no haber sido practicada con sujeción al contrainterrogatorio de las partes".**

ix. Las declaraciones antes del juicio solo pueden alcanzar la categoría de prueba cuando se reciben en las condiciones en que lo permite el artículo 274 del C de P.P. adquieren así la naturaleza de prueba anticipada, supuestos que jamás los cumple el testimonio adjunto o complementario.

x. A diferencia de otros países, en Colombia hay regulación expresa sobre la materia, se adoptó un régimen opuesto a los países que admiten tener como prueba de cargo o de descargo la rendida antes del juicio oral así el

testigo concurra a declarar, por ello apoyarse en tales criterios foráneas, como el de España y Puerto Rico, resulta equivocado.

xi. Si el juez no puede suplir las deficiencias de la Fiscalía porque se afecta la imparcialidad y la regla de igualdad de armas, no se entiende como la jurisprudencia deba crear reglas para superar la incapacidad de la fiscalía o los cuerpos de investigación de obtener la prueba para sustentar los cargos y superar los problemas propios de valoración de las informaciones dadas por los testigos conforme a las reglas de la sana crítica, que es lo que finamente se invoca como sustento del supuesto principio de equilibrio para darle valor probatorio al testimonio adjunto o complementario.

xii. Otras consideraciones que se avienen y soportan los cuestionamientos que hacemos a la decisión asumida para validar el testimonio adjunto o complementario, son las siguientes:

En efecto, la Corte acude a legislación comparada, como la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España, así como al sistema de Puerto Rico para propugnar que las declaraciones previas inconsistentes con lo declarado en juicio sean tenidas como prueba sustantiva y el juez pueda considerar y decidir con base en la intervención procesal, como la procesal del testigo, postura que en mi concepto en Colombia constituye una afrenta contra los principios de inmediación, concentración, publicidad, debido proceso,

que conllevan a que solo se tengan como pruebas las que hayan sido prácticas en presencia del juez, al tiempo que desnaturaliza el ejercicio del contradictorio como fundante del sistema acusatorio.

Desde el artículo 15° de la Ley 906 de 2004 se garantiza a las partes conocer y controvertir las pruebas, además de intervenir en su formación, lo cual se traduce en la posibilidad de interrogar, contrainterrogar, objetar, formular objeciones, etc. Ese poder sobre la prueba es lo que permitirá tranzar una confrontación dialéctica para defender cada postura. No se olvide que el proceso envuelve una tesis y una antítesis que han de estar robustecidas para ofrecer al juez argumentos para su síntesis.

El ejercicio de la confrontación no se satisface con la posibilidad *a posteriori* de cuestionar las declaraciones previas inconsistentes con lo narrado en juicio, por eso se ha de privilegiar la refutación de la prueba en juicio, y para ello será necesario clarificar la disponibilidad del testigo para contrastarlo en relación con algún tema de relevancia jurídica respecto a la conducta investigada o la responsabilidad penal.

Pero esa disponibilidad del testigo no puede ser confundida con su simple comparecencia a la audiencia de juicio oral, aquella existirá cuando ofrezca respuestas a las preguntas o contrainterrogatorios, independientemente de lo que diga y no habrá disposición cuando guarde silencio sobre el tema, caso éste último en que es viable admitir lo

declarado fuera de juicio oral, pero como testimonio de referencia, no como prueba directa, pero únicamente en cuanto a la conducta de guardar silencio, excepción ésta que no opera cuando se responde el interrogatorio.

No se trata que una vez se haya superado el ejercicio de impugnar la credibilidad del testigo para desacreditarlo por algún factor, tendencia a mentir, tener interés, etc., se considere esa declaración anterior como parte de su atestación, ni es que se sustituya la declaración del testigo. En este caso la prueba de referencia solamente es viable cuando el testigo no esté disponible en el juicio, se niegue a declarar sobre todo o una parte de los hechos y es sobre ello que opera la referencia.

En este sentido la Corte debería rectificar posturas como la planteada en CSJ SP, 8 nov. 2007, rad. 26411, que permitió el uso de declaraciones anteriores sin otro requisito que la autenticación del documento que las contiene (fuente indirecta del conocimiento de los hechos) de la cual se entendió que la misma complementaba el testimonio.

A su turno, debería revalidar la inicial tesis emitida en CSJ SP 9 nov. 2006, rad 25738, cuando enfatizó que para hacer valer declaraciones anteriores se deben garantizar los derechos de contradicción y confrontación, precisando los usos de las declaraciones previas: En primer lugar, para refrescar la memoria del testigo cuando no recuerda en el juicio algún tema específico, el cual se desprende de lo

normado en el literal d) del artículo 392 de la Ley 906 de 2004 que al fijar las reglas del interrogatorio indica que «*el juez podrá autorizar al testigo para consultar documentos necesarios que ayuden a su memoria. En este caso, durante el interrogatorio, se permitirá a las demás partes el examen de los mismos*», casos en los cuales no surge cuestionamiento porque es sólo para que el deponente recuerde algún tema a fin de exponerlo en la audiencia, y si así lo hace el juez valorará lo dicho en ese acto procesal, ya que entre los criterios de apreciación del testimonio contemplado en el artículo 404 del estatuto adjetivo en comento se indica que se tendrá en cuenta esos procesos de rememoración.

En segundo lugar, en cuanto al uso de las declaraciones previas para impugnar la credibilidad del testigo la Corporación encontró que según lo dispuesto en el artículo 393 de la Ley 906 de 2004 en las reglas del contrainterrogatorio cuya finalidad es la de refutar, en todo o en parte, lo que el testigo ha contestado, se autoriza acudir a *'cualquier declaración que hubiese hecho el testigo sobre los hechos en entrevista, en declaración jurada durante la investigación o en la propia audiencia del juicio oral'.*

Así mismo, el artículo 403 ídem permite su utilización para cuestionar la credibilidad del testigo[2], y el artículo 347

---

[2] Artículo 403. **Impugnación de la credibilidad del testigo.**
La impugnación tiene como única finalidad cuestionar ante el juez la credibilidad del testimonio con relación a los siguientes aspectos:
1. Naturaleza inverosímil o increíble del testimonio.
2. Capacidad del testigo para percibir, recordar o comunicar cualquier asunto sobre la declaración.
3. Existencia de cualquier tipo de prejuicio, interés u otro motivo de parcialidad por parte del testigo.

señala que para poder hacerlas valer en juicio para efectos de esa impugnación *«deben ser leídas durante el contrainterrogatorio. No obstante, la información contenida en ellas no puede tomarse como una prueba por no haber sido practicada con sujeción al contrainterrogatorio de las partes»*. (subrayas ajenas al texto).

Con base en lo anterior la Corte destacó que la normatividad no permite introducir la declaración previa como prueba autónoma e independiente, sino que solamente se trata de debilitar la credibilidad de las afirmaciones del testigo, sin que ello dé vía para que el juzgador pase por alto lo narrado en juicio y detenga su análisis sólo en esa entrevista o exposición previa del declarante, por eso en palabras de la Sala:

> *Por lo tanto, en el caso de que en el juicio oral un testigo modifique o se retracte de anteriores manifestaciones, la parte interesada podrá impugnar su credibilidad, leyendo o haciéndole leer en voz alta el contenido de su inicial declaración. Si el testigo acepta haber rendido esa declaración, se le invitará a que explique la diferencia o contradicción que se observa con lo dicho en el juicio oral. Véase cómo el contenido de las declaraciones previas se aportan al debate a través de las preguntas formuladas al testigo y sobre ese interrogatorio subsiguiente a la lectura realizada las partes podrán contrainterrogar, refutando*

---

4. Manifestaciones anteriores del testigo, incluidas aquellas hechas a terceros, o en entrevistas, exposiciones, declaraciones juradas o interrogatorios en audiencias ante el juez de control de garantías.
5. Carácter o patrón de conducta del testigo en cuanto a la mendacidad.
6. Contradicciones en el contenido de la declaración'.

en todo o en parte lo que el testigo dijo entonces y explica ahora, actos con los cuales se satisfacen los principios de inmediación, publicidad y contradicción de la prueba en su integridad.

Si se cumplen tales exigencias, el juez puede valorar con inmediación la rectificación o contradicción producida, teniendo en cuenta los propios datos y razones aducidas por el testigo en el juicio oral. Se supera de esta forma la interpretación exegética que se pretende dar al artículo 347 del Código de Procedimiento Penal, pues lo realmente importante es que las informaciones recogidas en la etapa de investigación, ya por la Fiscalía o ya por la defensa, accedan al debate procesal público ante el juez de conocimiento, cumpliendo así la triple exigencia constitucional de publicidad, inmediación y contradicción de acuerdo con el artículo 250, numeral 4° de la Carta Política.

No se trata, se reitera, de que la declaración previa entre al juicio como prueba autónoma, sino que el juez pueda valorar en sana crítica todos los elementos que al final de un adecuado interrogatorio y contrainterrogatorio ejercido por las partes, entran a conformar el testimonio recibido en su presencia. Lo declarado en el juicio oral, con inmediación de las manifestaciones contradictorias anteriores que se incorporan a éste, junto con las explicaciones aducidas al respecto, permitirán al juzgador contrastar la mayor veracidad de unas y otras, en una apreciación conjunta con los restantes elementos de juicio incorporados al debate público.

Véase cómo desde la perspectiva de la inmediación, el juez tiene en su presencia al autor del testimonio. Puede por ello valorar su cambiante posición frente a afirmaciones anteriores y también puede valorar lo manifestado al ejercer la última palabra, optando por la que en su convicción considere más fiable. Desde las exigencias de la publicidad ya se ha expuesto cómo el

contenido de las declaraciones previas accede al juicio oral a través del interrogatorio y contrainterrogatorio de las partes. Y frente al derecho de contradicción, queda salvaguardado con el hecho de que se permita a la parte contraria formular al testigo todas las preguntas que desee en relación con los hechos previamente relatados e incorporados al testimonio en el juicio oral a través del procedimiento señalado.

El juez debe tener libertad para valorar todas las posibilidades que se le pueden llevar al conocimiento de un hecho más allá de toda duda razonable, sin tener que desdeñar situaciones conocidas a través de medios procedimentales legales y obligatorios.

Aquí no puede obviarse que en muchos eventos la contradicción del testigo puede llevar a evidenciar la falta de fiabilidad del mismo, y esto permitirá al fallador no basarse en su testimonio para fundar la sentencia, pues el testigo que cambia su declaración y se retracta de lo dicho durante la fase previa se está mostrando como voluble y poco creíble, a menos que el fallador encuentre una razón convincente para explicar el cambio producido.

También habrá casos en que el cambio evidencie un comportamiento doloso del testigo. En tales eventos, el juez se verá precisado a compulsar las copias pertinentes para que se le investigue por el eventual falso testimonio en que pudo incurrir, ya en la audiencia del juicio oral o en la declaración jurada rendida previamente.

En conclusión, las exposiciones previas son simples actos de investigación del delito y sus autores, que no constituyen en sí mismas prueba alguna, pues su finalidad es la de preparar el juicio oral, proporcionando los elementos necesarios a la Fiscalía y a la defensa para la dirección de su debate ante el juez de

conocimiento, por lo que para que puedan hacerse valer en el juicio como impugnación, además de haberse practicado con las formalidades que el ordenamiento procesal establece, debe observarse el procedimiento explicado.

En suma, si se ha dicho que las declaraciones previas no son pruebas por sí mismas, pero que si son recogidas y aseguradas por cualquier medio pueden servir en el juicio para los dos fines citados en precedencia, lo problemático resulta cuando con un mal entendido criterio los operadores judiciales las integran a lo dicho por el testigo en juicio, emulando así anteriores modelos procesales de enjuiciamiento que bajo la unidad de prueba las tomaban como un sólo testimonio, sin reparar en cuántas apariciones o momentos procesales hubiera intervenido el deponente (permanencia de la prueba), interpretación con la cual, insisto, se desconoce que bajo la Ley 906 de 2004 el juez únicamente debe considerar como pruebas al momento de dictar el fallo las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia en el juicio oral, con excepción de la prueba anticipada, las de los menores víctimas de delitos sexuales o el declarante que concurre y guarde silencio, con lo que se desdibuja el ejercicio del contradictorio.

Así las cosas, no estoy de acuerdo con que las declaraciones anteriores al juicio se integren o complementen con el testimonio rendido en el juicio oral, como cuando en la decisión CSJ SP, 8 nov. 2007, rad. 26411, se anotó que:

Es factible apreciar la credibilidad del dicho del renuente a partir del diálogo que ofreció durante el proceso desde el momento del recaudo del elemento material probatorio y evidencia física legalmente aceptado en el juicio (art. 275 ib.); es viable apreciar la versión (incluso la actitud pasiva del testigo en la audiencia de juicio oral y público) y confrontarla con aquella que rindió ante el órgano de indagación e investigación para hacer inferencias absolutamente válidas, puesto que se trata en síntesis de apreciar un medio de conocimiento legítimo, de cara a los criterios de apreciación de cada prueba en concreto (testimonial, documental, etc.).

Por ello, el concepto de prueba testimonial como medio del conocimiento no es de cobertura restrictiva; no se puede entender cómo, si el testigo directo, en la audiencia del juicio oral se retracta o guarda silencio, entonces de nada valen las imputaciones que hizo ante el órgano de investigación o de indagación, las evidencias que suministró y que fueron aportadas legítimamente por el testigo de acreditación que también declara en el proceso.

La esencia del proceso constitucional – penal es acceder al valor justicia, en síntesis, porque se trata de un proceso de búsqueda de la verdad que tiene por finalidad hacer prevalecer el derecho sustancial sobre el derecho formal..., se trata de hacer justicia material en cada caso.

Es palmario que si ante el órgano de indagación e investigación dijo una cosa y en la audiencia de juicio oral y público dijo otra (u optó por no responder absolutamente nada –aquí algún testigo tuvo esa actitud), el testimonio como evidencia del juicio que es, articulado con la evidencia que se suministre al proceso (entrevista, documento, acta, reconocimiento, video, etc.), y con el dicho del órgano de investigación e indagación (Policía Judicial, experto técnico o científico, testigo acreditado, etc.), ofrecen de

hecho un diálogo a partir del cual es legítimo hacer inferencias probatorias a la luz de la contemplación material de la prueba testimonial, documental, etc.. ¡Esa es la esencia del papel del juez!.

Es por ello por lo que los formatos de entrevistas, las actas de reconocimiento fotográfico, las actas de reconocimiento a través de fotografías, los videos relativos a reconocimientos a través de fotografías y en fila de personas (Arts. 205, 206, 252, 253, 275) que fueron aducidos y admitidos por el juez como prueba en la audiencia del juicio oral, son medios de conocimiento susceptibles de apreciación por el juez del caso a través de las reglas que rigen cada medio de convicción en concreto.

De otra parte, es cierto que las entrevistas adquieren valor para efectos de la impugnación de la credibilidad del testimonio a tenor de lo previsto en el numeral 4 del artículo 403 del C. de P.P.; no obstante, cuando se está ante un testigo que rehúsa responder el interrogatorio del fiscal, el interrogatorio de la defensa, el interrogatorio (excepcional) del juez, habrá de predicarse que no fue exitosa la impugnación de la credibilidad del testigo ejercitada por los sujetos procesales en los contrainterrogatorios, sin perjuicio de la facultad de contemplar la prueba legítima, entendida en su contexto de "medio del conocimiento" (elemento material probatorio, evidencia física o cualquier medio técnico o científico que no viole el ordenamiento jurídico), legalmente aportado como prueba en la audiencia de juicio oral y público.

Para dar viabilidad a tal integración se ha argumentado que ante las vicisitudes del testigo de ir al juicio, ser reticente, no responder, negar versiones anteriores, fugarse y las múltiples fallas que pueden afectar su rememoración, o en su comportamiento en juicio, en la

forma de sus respuestas, su personalidad, etc., es confrontar el medio de conocimiento, no solo con la posición del testigo que se retractó, negó, no ratificó o no recordó en juicio de lo dicho previamente, sino también con la versión del testigo de acreditación que lo entrevistó.

Con tal postulado se entremezclan las diferentes posturas que puede asumir un testigo en juicio, pues no es lo mismo, cuando es renuente a declarar, a cuando narra aspectos contradictorios con los vertidos en su declaración previa, por eso, si el testigo está disponible, debe agotarse la impugnación de la credibilidad, porque si no se niega a responder no podría complementarse su testimonio con lo dicho antes.

Por la misma razón no puedo avalar la tesis de la Corte en el presente fallo que para permitir esa introducción de la declaración anterior del testigo cuando difiere de lo narrado en juicio argumenta que ello va de la mano con una recta y eficaz administración de justicia, poniendo como ejemplo que lo relatado fuera de juicio puede ser veraz y el testigo lo haya cambiado por amenazas, miedo, sobornos, etc., porque no se puede pasar por alto que la existencia material y jurídica de la prueba depende de su construcción con sometimiento al debido proceso, ante un juez competente, en un momento procesal determinado y con el cumplimiento de las exigencias que particularmente se exijan para cada medio, con la observancia que el rito demande para las partes e intervinientes.

La jurisprudencia debe hacer interpretaciones que ponderen las garantías, los derechos, las facultades y los deberes de las partes, el punto de equilibrio que se trace no puede ser a cualquier precio y forma, así por ejemplo no hay equilibrio cuando se admite la existencia de una prueba que el ordenamiento jurídico no la tolera como tal.

Por ello, lo que se debe promover desde estas instancias es que se haga un adecuado ejercicio de impugnación de la credibilidad a fin de que el testigo renuente o silente a través de las preguntas retome o ratifique lo dicho inicialmente en su declaración anterior, sin caer en el facilismo de incorporar las entrevistas sin pasar por el tamiz de tal impugnación.

Y si en la declaración en juicio el testigo reconoce lo que dijo con anterioridad o da las explicaciones pertinentes, lo que queda como prueba es lo dicho en juicio, sin que sea viable que agotado el proceso de impugnación de la credibilidad, de todas formas se introduzca la declaración anterior como medio probatorio autónoma o se convierta en una unidad con lo dicho en juicio. Y sólo cuando se esté ante un testigo no disponible, como cuando es renuente a responder en relación con su declaración anterior, guarde silencio, se podrá acudir a ésta pero a manera de prueba de referencia.

En otras palabras, al mediar inconsistencia de la declaración en juicio con la rendida previamente, un buen ejercicio de impugnación de la credibilidad será lo que

habilite la admisión de la declaración anterior respecto del mérito de la prueba, por eso, se debe privilegiar el ejercicio del contradictorio propio del sistema acusatorio a fin de enriquecer la capacidad de las partes para interrogar y contrainterrogar con miras a convencer al juez para otorgarle o no crédito al testigo.

Bajo los supuestos anteriores, para definir si se puede tener como prueba y valorarse en un proceso los testimonios o las entrevistas obtenidas antes del juicio oral, se debe acudir a las regulaciones : **1)** de la prueba de referencia del artículo 438 de la Ley 906 de 2004 y las reglas especiales establecidas por la jurisprudencia y la Ley 1652 de 2013 para cuando los órganos de prueba de tales elementos son menores víctimas de delitos sexuales o de los tipos penales a que se refieren los artículos 138, 139, 141, 188ª, 188c y 188d del Código Penal; **2)** a las normas que regulan el uso de las versiones o declaraciones para refrescar memoria (artículo 392 ejusdem); y **3)** a los textos relacionados con la impugnación de credibilidad)artículo 403 ídem). Solamente tienen la condición de prueba la del numeral 1°, no así las de los numerales 2° y 3°.

Prueba de referencia. La declaración rendida fuera del juicio oral de la que pueda predicarse alguna de las causales establecidas en el artículo 438 del C de P.P., que *«no sea posible practicarla en juicio»* (disponibilidad del órgano de prueba para el acto procesal), es prueba de referencia admisible y por tanto puede introducirse al proceso en la

audiencia al momento de la práctica probatoria con el testigo de acreditación y ser considerada por el juez junto con los demás medios para adoptar la decisión que corresponda, sin que la condena pueda sustentarse exclusivamente en esa clase de pruebas.

Es fundamental en el testimonio como prueba de referencia la no disponibilidad del declarante en el juicio oral, pero esa naturaleza la adquiere también cuando su presencia es física únicamente, porque se niega a través del silencio a ofrecer la información por la que se le pregunta. Un testigo que no se comporte en estas condiciones, sus declaraciones rendidas antes del juicio oral solamente pueden ser utilizadas para impugnar credibilidad o refrescar memoria, jamás pueden ser apreciadas estas como prueba admisible o como como testimonio adjunto, al que se alude también con las denominaciones de testigo de corroboración o complementario, como se acepta sin condicionamientos en la decisión de la que ahora aclaro voto.

Cuando el declarante concurre al juicio oral pero se niega a declarar o contestar el interrogatorio, el testigo no está disponible y por tanto sus declaraciones anteriores únicamente en lo que no declaró podrá ser introducido al juicio oral como prueba de referencia admisible. Esta es una modalidad de esa clase de prueba, el órgano de prueba no está disponible, por tanto no corresponde a lo que se enuncia como testimonio adjunto o complementario.

Las declaraciones anteriores al juicio oral que no cumplen las condiciones de prueba de referencia admisible, porque el testigo sí está disponible material y jurídicamente, no son medios legales, dado que se afecta el control que deben realizar el juez, las partes y los intervinientes (la víctima a través del fiscal), el debido proceso probatorio, el derecho de contradicción y confrontación, la no práctica en juicio oral, concentrado y público, tampoco corresponde a los parámetros de prueba anticipada, amén de que se genera ante un juez diferente al de conocimiento, en una audiencia o acto procesal independiente, sin la presencia de una de las partes y de los intervinientes, bajo supuestos que afectan la juridicidad pues el ordenamiento jurídico las estima como prueba de referencia inadmisible.

El inciso tercero del artículo 347 de la Ley 906 de 2004 cuando establece que la exposición dada antes del juicio oral no puede *«tomarse como una prueba por no haber sido practicada con sujeción al contrainterrogatorio de las partes»*, sólo enuncia una de las afectaciones, más no menciona otras que sin superarse no la habilitan como medio probatorio admisible, como las deficiencias señaladas en el párrafo anterior. Éstos elementos solamente sirven para refrescar memoria o impugnar credibilidad, pero no como prueba de referencia admisible y por ende no pueden ser tenidos en cuenta como fundamento de una decisión junto con los demás medios legamente allegados.

Testimonio adjunto, complementario o de comentario. Dícese de una declaración que en el juicio se

retracta de lo dicho antes en la investigación o cambia la versión. En este caso 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, estás solo estructuran el fundamento de la valoración conforme a las reglas de la sana crítica. Sin embargo, la Sala mayoritaria ahora las autoriza como pruebas directas, autónomas y fundantes de responsabilidad o inocencia.

La situación del testigo que se retracta o cambia la versión, únicamente permite tener las exposiciones anteriores al juicio oral no como prueba sino como medios para impugnar credibilidad. Aquél no corresponde a ninguna de las hipótesis de la prueba de referencia admisible.

Así dejamos expuestas las razones de nuestro disenso.

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER
Magistrado

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA
Magistrado

Fecha ut supra.