

DUARTE ÁVILA, VALENTINA, "Comentarios a la Sentencia SP4463-2020 del 11 de noviembre de 2020 (53151) de la Corte Suprema de Justicia. Falencias en la incorporación de la prueba de referencia y el déficit probatorio en procesos de delitos sexuales en el Sistema Acusatorio en Colombia", *Nuevo Foro Penal*, 98, (2022)

Comentarios a la Sentencia SP4463-2020 del 11 de noviembre de 2020 (53151) de la Corte Suprema de Justicia. Falencias en la incorporación de la prueba de referencia y el déficit probatorio en procesos de delitos sexuales en el Sistema Acusatorio en Colombia*

*Commentary to Supreme Court of Justice's Judgment SP4463-2020 of November 11, 2020 (53151)
Shortcomings in the incorporation of the reference test and the evidentiary deficit in cases of sexual offences in the accusatory system in Colombia.*

VALENTINA DUARTE ÁVILA**

* El presente comentario jurisprudencial se enmarca en la investigación realizada en el Semillero de Derecho Penal "Carlos Eduardo Mejía Escobar" de la Universidad del Rosario en el segundo semestre del 2021, bajo la dirección de María Camila Correa Flórez.

** Estudiante de Decimo semestre de Jurisprudencia del Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario. Miembro del Semillero de Derecho Penal "Carlos Eduardo Mejía Escobar". Correo: valentina.duarte@urosario.edu.co.

1. Introducción

En el presente Comentario Jurisprudencial, se analizará la Sentencia SP4463-2020 del 11 de noviembre de 2020 (rad. 53151) de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (en adelante, “la CSJ”, “la Corte Suprema” o “la Sala Penal”). En la que la Corte Suprema analizó el recurso de Casación impuesto por la defensa de JONIER DE JESUS JIMÉNEZ MARÍN, basado en el argumento que supone que en la segunda instancia del proceso que lo involucra, se evidenció un falso raciocinio a consecuencia de la valoración de forma indebida de una prueba de referencia introducida incorrectamente por el Fiscal delegado al caso y que resultó ser fundamento para su condena emitida por el ad-quem del proceso, donde el mencionado ignoró las reglas probatorias que exige la ley.

En ese sentido, este escrito tiene como fin realizar una crítica respecto al proceder de la Fiscalía frente a la carga que recae sobre el mismo, que implica desvirtuar la presunción de inocencia, a través de la práctica y aducción en debida forma de medios de conocimientos en el proceso. A su vez, otro objetivo de la investigación es el análisis de las pruebas en delitos sexuales, en especial la prueba de referencia y la debilidad probatoria que se refleja en los procesos seguidos por este tipo de punibles.

2. Estructura

El texto seguirá la siguiente estructura: en primer lugar, se hace un resumen de la sentencia en estudio; en segundo lugar, se presenta una breve descripción del principio de unidad de la prueba y el deber del juez de valorar las pruebas en su conjunto desarrollando un análisis respectivo de los conceptos mencionados con el caso en estudio. Luego, se examina las pruebas en procesos seguidos por delitos sexuales y finalmente la figura de la prueba de referencia, su valor probatorio y la inobservancia por las partes del proceso penal respecto a los requisitos de la misma que desencadenan la debilidad probatoria ante la prueba de referencia en delitos sexuales. Por último, se abordarán las conclusiones del presente texto.

3. Resumen de la providencia

Jonier de Jesús Jiménez Marín fue condenado el 19 de septiembre de 2017 en primera instancia por el Juzgado Penal del Circuito de Roldanillo (Valle). Dicho juzgado tomó las siguientes decisiones: (i) lo condenó por el acto sexual abusivo del que fue objeto la menor I.J. y, en consecuencia, le impuso las penas de prisión

e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 144 meses; (ii) lo absolvió por el supuesto acto sexual de que fue víctima su otra hija con iniciales M.J; y (iii) consideró improcedentes la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria. La autoridad en mención, lo condenó como autor del delito de acto sexual abusivo con menor de 14 años, decisión apelada por la defensa y el apoderado judicial de las víctimas. El 17 de abril del 2018 se profirió fallo de segunda instancia, por el Tribunal Superior de Buga. En el que el cuerpo colegiado, emitió condena por el acto sexual abusivo contra M.J.D.L, frente al que el ad-quo había absuelto al procesado.

Sobre los hechos jurídicamente relevantes que conllevaron a la imputación de cargos, cabe resaltar los siguientes:

JONIER DE JESÚS JIMÉNEZ MARÍN y Aura Marcela de los Ríos García procrearon dos hijas. Nunca convivieron bajo el mismo techo y las menores siempre estuvieron bajo el cuidado de su madre, en el municipio de Toro (Valle del Cauca).

El 3 de noviembre de 2014, en horas de la tarde, cuando las niñas tenían 7 y 5 años de edad, JIMÉNEZ MARÍN fue por ellas a su lugar habitual de residencia. Las llevó a su apartamento, donde tocó libidinosamente la vagina de la menor I.J. Del mismo modo, se resalta que el procesado también fue acusado por realizar actos semejantes en el cuerpo de su otra hija, M.J., cuando esta se encontraba en el baño de su apartamento.

La decisión de primera instancia fue apelada por la defensa y por el apoderado judicial de las víctimas, lo que activó la competencia del Tribunal Superior de Buga. Dicha corporación confirmó la condena por el abuso que recayó en la niña I.J. y revocó la absolución en lo que concierne al delito del que supuestamente fue víctima M.J. Por tanto, incrementó ambas penas a 192 meses. Esta decisión fue recurrida en sede de casación por el defensor de JIMÉNEZ MARÍN.

La Corte frente a la demanda de casación, destaca las siguientes situaciones:

- i. Frente al abuso sexual de que fue víctima la niña I.J., el procesado fue condenado en ambas instancias;
- ii. Fue absuelto en primera instancia por el delito del que supuestamente fue víctima M.J.D.L.R., por el cual fue condenado por primera vez por el Tribunal;
- iii. En su demanda, el censor solo cuestionó la condena por este último delito bajo el argumento de que su condena fue sustentada en prueba de referencia; y
- iv. Aunque los argumentos expuestos en la demanda y en el escrito de

sustentación solo se refieren a la condena por el delito que supuestamente afectó a M.J., en la parte final del último escrito pidió, sin más, la absolución por los dos abusos que le fueron acusados a su defendido.

Luego de lo anterior, la Corte reduce el debate en este caso a tres aspectos, en lo que concierne al delito por el que el Juzgado dispuso la absolución y el Tribunal la condena:

- i. Si la Fiscalía agotó los trámites dispuestos en el ordenamiento jurídico para incorporar la declaración de la niña M.J. a título de prueba de referencia;
- ii. Los efectos de la estipulación celebrada por las partes en torno a esa declaración; y
- iii. Si, suprimida esa declaración, las pruebas restantes son suficientes para demostrar más allá de duda razonable que el procesado realizó la referida acción sobre su hija menor.

Con miras a resolver los problemas planteados por la corporación, la Corte Suprema estableció que la admisión de prueba de referencia generalmente trae como consecuencia, la afectación del derecho a la confrontación de la contraparte. Por lo que resulta imperativo que la admisión de estas declaraciones se someta al escrutinio judicial, para efectuar los derechos y garantías que le confiere la ley tanto a las partes como al proceso penal.

Por su importancia para la solución de este asunto, la Corte consideró que se debe diferenciar la prueba de referencia, propiamente dicha, de los medios de conocimiento utilizados para demostrar su existencia y contenido. Ante ello, surge un nuevo asunto probatorio: demostrar que dicha declaración existió y que su contenido es el que alega la parte; todo bajo el entendido de que la relevancia de este punto está supeditada a que la prueba de referencia haya sido solicitada por la parte interesada, previo cumplimiento de los requisitos atrás descritos y decretada por el juez.

En sede de Casación se consideró que lo único que se tiene al respecto en el acervo probatorio es una estipulación; cuya ambigüedad es notoria, al punto que ha sido interpretada de diferentes maneras por las partes e intervinientes, así como por los juzgadores.

En efecto, el juzgado de primera instancia entendió que esta estipulación es ilegal porque implica la aceptación de responsabilidad del procesado frente al supuesto delito de que fue víctima M.J.D.L.R. En un sentido semejante se pronunció el Ministerio Público. Mientras que la Fiscalía dio por sentado que la prueba de

referencia se incorporó de manera regular, con la mera lectura de la declaración y la indicación de la estipulación de la misma por las partes.

Por un lado, se resalta que las estipulaciones probatorias son acuerdos que realizan Fiscalía y defensa para aceptar como probados uno o más hechos, mientras que la prueba de referencia es aquella declaración rendida por fuera de juicio oral, que por circunstancias excepcionales no pudo practicarse en juicio. Razón por lo que la Corte afirma que la estipulación de las partes no tiene efectos prácticos, pues se entiende que dichas estipulaciones son respecto a hechos y no sobre pruebas, como se pretendió en el proceso.

Por lo que en todo caso, la Corte determina que como la Fiscalía no solicitó la incorporación de esa declaración como prueba de referencia, el juez no la decretó y no se hicieron efectivas las garantías de confrontación, dicha declaración no fue incorporada al proceso. Por lo que se concluye que fue valorada de manera inequívoca por el ad-quem.

Con fundamento en todo lo anterior, la Corte Suprema resolvió casar parcialmente el fallo emitido por el Tribunal Superior de Buga el 17 de abril de 2018. En orden a que recobre vigencia la sentencia proferida el 19 de septiembre de 2017 por el Juzgado Penal del Circuito de Roldanillo (Valle), donde se condenó a JONIER DE JESÚS JIMÉNEZ MARÍN por el abuso sexual que afectó a la menor I.J. y se le absolvió por el otro delito incluido en la acusación.

4. El Principio de Unidad de la Prueba

En el ordenamiento jurídico colombiano, el principio de la unidad de la prueba es definido como aquel que implica que todas las pruebas del proceso forman una unidad y por consiguiente el juez debe apreciarlas en conjunto, esto es, de manera integral¹. La razón de ser de tal principio es que la evaluación individual o separada de los medios de conocimiento no es suficiente para establecer la verdad de los hechos y se requiere, además de ella, efectuar la confrontación de tales medios para establecer sus concordancias y divergencias, para así lograr conclusiones fundadas y claras sobre aquella verdad².

Ahora bien, en el caso en contra de JIMENEZ MARÍN, procesado por el punible de acto sexual abusivo con menor de 14 años en modalidad de concurso homogéneo, se debe tener en cuenta que el acervo probatorio aducido por ambas partes del

1 Corte Constitucional, Sentencia T-274 (M.P.: Juan Carlos Henao Pérez, 2012)

2 Corte Constitucional, Sentencia C-830 (M.P.: Jaime Araujo Rentería, 2002)

proceso, tuvo que ser valorado por sus falladores de manera conjunta para dar materialidad al principio de unidad probatoria. Así pues, los medios de conocimiento tales como el testimonio de la menor I.J.D.L, el dictamen del médico legista, el testimonio de procesado y su sobrino, el testimonio de la denunciante, etc., debían ser valorados por el ad-quem al momento de emitir la condena en contra de JIMENEZ MARÍN. Para determinar si dicho acervo probatorio era suficiente, para desvirtuar la presunción de inocencia de la cual el procesado es titular, tal como lo sustenta el artículo 29 de la Constitución Política. Sin embargo, frente a la condena proferida por el Tribunal de Buga por acto sexual abusivo en contra de la menor M.J.D.L, es notorio un error de derecho, derivado de que este cuerpo colegiado valoró la declaración rendida por la menor en la fase de investigación, aducida como prueba de referencia al juicio oral, con la mera lectura del Fiscal, ignorando el trámite que estipula el Código Penal para la introducción de la prueba de referencia (analizada posteriormente). Por tal razón, en dicho caso se atentó contra las debidas garantías que la ley le confiere al procesado y al proceso penal en sí mismo.

En ese sentido, al suprimir la declaración rendida por la menor fuera del juicio oral, se ratifica que en el proceso contra JIMENEZ MARÍN no fue posible tener convicción racional más allá de toda duda razonable que se requiere para atribuir responsabilidad penal en contra del procesado. Pues si bien es cierto que en los casos de concurso y participación, la misma prueba que sirve para demostrar el cuerpo de uno de los delitos, puede utilizarse de base para los otros, y así también, el medio de convicción que es útil para demostrar la autoría o responsabilidad respecto de uno de los partícipes, puede ser útil para probar la de los demás copartícipes³, al materializar el principio de unidad de la prueba y evaluar el demás acervo probatorio dentro del proceso de M.J.D.L, este resulta exiguo para declarar a JIMENEZ MARÍN como responsable del delito de acto sexual abusivo en contra de la menor.

Por lo tanto, es importante recalcar que el principio de unidad de la prueba previsto tanto en el Código General del Proceso como el Código de Procedimiento Penal, comprende que las pruebas además de ser apreciadas en su conjunto, se deben valorar de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial. Esto es subordinados a las garantías fundamentales de las partes y del proceso en sí mismo.

Por lo que al analizar las actuaciones procesales en el caso en contra de JIMENEZ MARÍN se evidencia que al emitir sentencia condenatoria, el ad-quem del proceso apoyado en la valoración de una prueba de referencia indebidamente

3 Corte Constitucional. Sentencia C-357. (M.P.: José Gregorio Hernández Galindo,1999)

introducida y en contravía de la prohibición que establece el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal, materializa una vulneración a las garantías fundamentales del procesado, en especial la de su derecho al debido proceso y su derecho de contradicción respecto a la prueba que funge como sustento de condena, sin ser objeto de la debida refutación por la defensa.

5. Pruebas en delitos sexuales

Los delitos sexuales se encuentran en nuestra legislación nacional en la Ley 599 de 2000 en el capítulo denominado delitos contra la libertad, integridad y formación sexual⁴, siendo estos algunos de los bienes jurídicos tutelados que tales punibles protegen. En consecuencia, en este capítulo se efectuará el análisis sobre el aspecto probatorio que conlleva este tipo de punibles en nuestro Sistema Penal Acusatorio.

Al Procedimiento Penal Colombiano lo rige el principio de libertad probatoria que tal como dispone el artículo 373 del CPP significa que:

“Los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos⁵.”

En ese sentido, el único limitante, en principio, para la elección de los medios de conocimiento que sustenten la teoría del caso para cada parte del proceso, es que los mismos no atenten contra los derechos humanos. Sin embargo, en materia de delitos sexuales gracias al grado de complejidad probatoria de los mencionados, surgen, eventualmente, una serie de eventos que dificultan la recolección de evidencias para la investigación de tal hecho delictivo, por ejemplo: (I) Grave impacto emocional de la víctima que genera imposibilidad de que la misma denuncie de manera inmediata, afectando directamente la recolección de evidencias, (II) Que la víctima acuda ante las autoridades carentes de experticia en materia de delitos sexuales y por dicha razón no se determine información detallada sobre lo ocurrido; (III) Que el único elemento probatorio con que se cuente sea la declaración de la víctima y se dude de su fiabilidad⁶.

Al día de hoy, las situaciones citadas anteriormente se presentan recurrentemente

4 Ley 599 de 2000. Por la cual se expide el Código Penal. 24 de julio del 2000. DO No.44.097.

5 Ibíd. Artículo 373

6 MARÍA ANGÉLICA PATRÓN PÉREZ. *Pruebas en delitos sexuales en el contexto del precedente Judicial: una aproximación desde el estudio de casos*. (Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2020)

en los procesos materia de delitos sexuales, en especial, la que implica que como único medio de prueba para la teoría del caso, sea la declaración de la víctima.

Otra problemática que se presenta, es que en casos contra menores de edad estos se retracten de rendir testimonio en juicio oral y solo se cuente con declaración anterior a juicio; para ello la ley estipula la aplicación de lo que dispone el artículo 438 de nuestra legislación penal, que es introducir declaración obtenida en fase de investigación. Sin embargo, dicho precepto al ser excepcional posee un trámite taxativo en la ley que de no seguirse correctamente, podrá materializar un déficit probatorio para la desvirtuación de toda duda razonable a favor del procesado, tal como es el caso seguido contra JIMENEZ MARÍN sobre el supuesto acto sexual abusivo contra la menor M.J.D.L.

En ese sentido, con el fin de examinar a detalle el precepto legal mencionado en párrafo anterior, se estudiará lo correspondiente a la prueba en nuestro Sistema de Enjuiciamiento Criminal.

Se debe partir del postulado que plantea que solo se estimará como prueba, aquella que haya sido practicada en forma oral, pública, concentrada y sometida a contradicción ante el juez de conocimiento⁷. Por su parte, sostiene el jurista Jordi Nieva que los medios de prueba:

[S]on todas aquellas actuaciones procesales que pueden realizarse en averiguación de un hecho, y que arrojan un resultado que será objeto de valoración⁸.

En consecuencia, los medios de conocimiento mencionados taxativamente en nuestro código son la prueba testimonial, la pericial, documental, prueba de inspección, los elementos materiales probatorios, evidencia física y gracias a la libertad probatoria, cualquier medio que no esté en contravía de nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, en este pasaje enfocaremos nuestra investigación en la prueba testimonial, pericial, documental y la prueba de referencia, en lo respectivo a delitos sexuales.

En primer lugar, tratándose de la prueba testimonial, según Eduardo Jauchen, esta es aquella en la que el testigo figura como titular del instrumento, encaminando su función a la descripción a través de sus sentidos de lo que ha percibido de

7 Ley 906 de 2004. *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*. 1 de septiembre de 2004. DO No.45.658. Artículo 16

8 JORDI NIEVA FENOLL. *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*. (Buenos Aires: Editorial B de F, 2012)232.

un suceso o circunstancia determinada⁹. Siguiendo las voces de Gilberto Martínez esta es *“el relato que un tercero hace ante el juez sobre los hechos o circunstancias relacionadas directa o indirectamente con el delito que se investiga”*¹⁰. Por lo que, ante tal disposición, se puede afirmar que el juez como director del proceso¹¹, es quien posee el deber de valorar las pruebas practicadas por las partes y determinar así su fuerza probatoria, eso, de acuerdo a los principios, garantías y prerrogativas que la legislación determina, tal como lo estipula el Código de Procedimiento Penal¹². Sumado a esto, la prueba testimonial resalta por su prevalencia e importancia en algunos delitos, que quedan supeditados a este tipo de medio de conocimiento por no efectuarse señal alguna del punible, como generalmente ocurre en los delitos sexuales, que son objeto de nuestro análisis.

En la apreciación probatoria del testimonio en procesos de delitos sexuales, se ha afirmado que la declaración de la víctima, en caso de menores, poseen importante grado de confiabilidad para la reconstrucción de los hechos y determinación de responsabilidad del procesado¹³. Por lo que se infiere que en materia de estos punibles, es vital que se practique el testimonio de la víctima para el establecimiento de la verdad, fin del proceso penal. De manera que en el caso de JIMENEZ MARÍN, la omisión por parte de la Fiscalía en la introducción en debida forma de la declaración de la menor, guía a la absolución en sede de casación para el procesado.

Pues si bien es cierto, la jurisprudencia proferida por la Corte Suprema de Justicia ha determinado que el testimonio es suficiente para condenar, del mismo modo dicha Colegiatura limita tal afirmación a que este supere *“el baremo de criterios objetivos”*¹⁴, en los que indudablemente, se ubican las garantías del procesado, tales como el derecho a la defensa y los dictámenes para el buen ejercicio del proceso penal,

9 EDUARDO M. JAUCHEN. *Tratado de la Prueba Penal en el Sistema acusatorio adversarial*. (Argentina: Editorial Rubinzal-Culzoni, 2017)

10 GILBERTO MARTÍNEZ RAVE. *Procedimiento Penal Colombiano*. (Bogotá: Editorial Temis, 2006)408.

11 Corte Constitucional. Sentencia C-086-16. (M.P Jorge Iván Palacio Palacio, 2016)

12 *“Para apreciar el testimonio, el juez tendrá en cuenta los principios técnico científicos sobre la percepción y la memoria y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad”*. En: Ley 906 de 2004. DO No. 45.658. Artículo 404.

13 MARÍA ANGÉLICA PATRÓN PÉREZ. *Pruebas en delitos sexuales en el contexto del precedente Judicial: una aproximación desde el estudio de casos*. (Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2020).43.

14 Corte Suprema de Justicia. Sentencia 41948 (M.P Eyder Patiño Cabrera, 2017)

prerrogativa que se desconoce en fase de segunda instancia en el proceso contra JIMENEZ MARÍN, donde se valora por el Tribunal de Buga, una prueba que además de mal introducida, atenta contra el derecho de defensa y contradicción del procesado.

Por lo que es posible afirmar que la valoración de la declaración practicada por fuera del juicio oral de la menor M.J.D.L, que resultó determinante al sustento de la condena de JIMENEZ MARÍN, además, resulta violatoria del ordenamiento jurídico, en el sentido de que *“la sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia¹⁵”*, y es precisamente dicha prohibición la que se materializa en el proceso que nos incumbe.

En capítulo posterior, examinaremos a fondo la declaración rendida por fuera de juicio oral en el caso de JIMENEZ MARÍN y el incumplimiento de los requisitos para denominarse como tal medio de conocimiento.

Por otro lado, en lo respectivo a la prueba documental y la prueba pericial, la Corte Suprema de Justicia sostiene que la primera:

[E]stá necesariamente ligada al testigo de acreditación, pues a través de éste es que aquella se incorpora al juicio y que el testigo es, quien se encargará de afirmar en la audiencia pública que un documento es lo que la parte dice que es¹⁶.

Así mismo, nuestro Código Penal en su artículo 294 afirma que *“el documento es toda expresión conocida, recogida por escrito o por cualquier otro medio mecánico o técnicamente impreso, que incorpore datos o hechos que poseen capacidad probatoria”*. En ese sentido, el documento es aquel que por cualquier medio impreso simbolice algo. Sin embargo, no todo documento comporta la calidad de prueba documental, pues como ya se ha mencionado, es prueba lo que se práctica en juicio oral, por lo que se entiende que en el proceso penal para que un documento adquiera calidad de prueba documental deberá ser incorporado por un testimonio que acredite el contenido del documento.

Por dicha razón, en algunos casos, los documentos se rigen por las reglas de la prueba testimonial o prueba pericial. Por ejemplo, como lo ha dispuesto la Corte Suprema de Justicia:

[E]n los documentos expedidos por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, al ser conceptos técnicos que versan sobre un área del conocimiento específico se someten a las directrices de las pruebas periciales, pues estos, no poseen la naturaleza de prueba documental¹⁷.

15 Ley 906 de 2004. DO No.45.658. Artículo 381

16 Corte Suprema de Justicia. Sentencia 46279. (M.P.: Eyder Patiño Cabrera, 2015)

17 Corte Suprema de Justicia. Sentencia 43194. (M.P.: Patricia Salazar Cuellar, 2016)

Dichos documentos expedidos por el Instituto de Medicina Legal, son los presentados con frecuencia en los procesos penales por delitos sexuales y como ya se mencionó estos poseen naturaleza de prueba pericial y no de prueba documental.

Por lo que se deduce que la prueba documental en los procesos seguidos por este tipo de punibles, no es comúnmente utilizada por las partes. Sin embargo, considera esta ponente, que en materia de pruebas documentales existe un vacío jurídico en cuanto a la naturaleza de las mismas, pues al definir nuestro ordeamiento jurídico de manera imprecisa las reglas de tal medio de conocimiento, da cabida a confusiones y falencias procesales que afectan de manera directa a la teoría del caso de la víctima o el procesado.

En segundo lugar, con el fin de analizar la prueba pericial en los procesos de delitos sexuales, se trae a colación lo que dispone nuestro Código de Procedimiento Penal en su artículo 405 que establece que *“la prueba pericial es procedente cuando sea necesario efectuar valoraciones que requieran conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados”*; es decir que a este medio de conocimiento lo rige el principio de necesidad, pues debe acreditarse la necesidad de que se ponga a conocimiento del juez, valoración distinta a la de su experticia para dar sustento claridad y cierto grado de convicción a la teoría del caso de la parte interesada.

No obstante, a este medio de prueba le son aplicables las reglas de la prueba testimonial, pues el perito tendrá que explicar en juicio oral el contenido de su valoración y, adicionalmente, el concepto de este deberá quedar plasmado en un documento denominado informe pericial; el cual de manera detallada explicará el proceder del perito y la valoración rendida en cada caso en particular. Cabe resaltar que, dicho informe está sujeto a las garantías de la defensa, pues la contraparte podrá disponer del mismo para ejercer su derecho a contradicción, incluso, refutarlo con un contra-informe.

En nuestro Sistema Acusatorio, la base de opinión pericial no es admisible como evidencia, a menos que el perito, autor de la misma, declare en juicio oral y sea sometido al interrogatorio y al contrainterrogatorio. Lo anterior, en consonancia con lo estipulado en el artículo 415 del Código de Procedimiento Penal.

En virtud de lo mencionado, la prueba pericial sin duda representa gran importancia probatoria para el sustento de la teoría del caso como parte de un proceso, específicamente en los seguidos por delitos sexuales, pues en dicho escenario se pone a conocimiento de las partes y el juez, valoraciones objetivas que le permiten precisar al director de proceso sobre el hecho conflictivo, por ejemplo, un peritazgo que determine las señales en el cuerpo de la víctima de un delito sexual,

permite acreditar ante estrados que tipo de marcas tiene la víctima, si hay rastros de semen en su cuerpo, entre otros hallazgos que favorecen probatoriamente a la teoría del caso de la víctima, ya que pone evidencia de que se materializó un daño producto de un acto sexual.

A pesar de ello, tal como lo ha dicho la doctrina, entre más detallada y concreta sea la pericia, más influencia tendrá en la decisión del juez¹⁸, quien sujeto a las reglas de la sana crítica, determina la fuerza probatoria que otorgará a este medio de prueba en cada caso en concreto.¹⁹

Ahora bien, en el caso de la menor M.J.D.L la Fiscalía en audiencia preparatoria no solicitó la prueba pericial para la introducción del dictamen del médico legista respecto a la menor en mención. En este caso, el ente acusador optó por solo presentar testimonio de esta en juicio oral como sustento de su pretensión, sin prever cualquier situación excepcional, por ejemplo, el retracto de la menor, tal como ocurrió en el caso de M.J.D.L. A esto, se le suma la negligente introducción por la Fiscalía de la declaración anterior a juicio como prueba de referencia, que dirigió la materialización de la insuficiencia probatoria para desvirtuar toda duda razonable que fundamentó la absolución en sede de casación a favor de JIMENEZ MARÍN por el acto sexual abusivo contra M.J.D.L.

Finalmente, surge a modo de interrogante lo siguiente: ¿Por qué el ente acusador no solicitó, en el escenario pertinente, prueba pericial del médico legista, autor del dictamen a M.J.D.L?

Pues la misma Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia afirma que el dictamen sexológico no exonera de la edificación de un programa metodológico y la búsqueda de una mejor evidencia²⁰ y se debe reconocer que en materia de delitos sexuales son pocos los medios de conocimientos a los que se pueden acudir en nombre de la acreditación de tales hechos delictivos. Por lo que, en estos casos, la directriz de la búsqueda de la mejor evidencia es aún más indispensable dadas las dificultades mencionadas al inicio de este apartado. Por lo que se denota que en los procesos seguidos por delitos sexuales, se debe buscar que se practiquen todas las pruebas que permitan corroborar la teoría del caso que como víctima se alega.

En relación, tanto la prueba pericial como la testimonial tienen significativo grado de transcendencia frente a los procesos objeto de nuestro análisis. A partir de esto,

18 MARÍA ANGÉLICA PATRÓN PÉREZ. *Pruebas en delitos sexuales en el contexto del precedente Judicial: una aproximación desde el estudio de casos*. (Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2020), 58.

19 Corte Suprema de Justicia. Sentencia 39559. (M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca, 2013)

20 Corte Suprema de Justicia. Sentencia 47423. (M.P Patricia Salazar Cuellar, 2018)

se concluye que el ente acusador encargado del proceso seguido contra JIMÉNEZ MARÍN no actuó con la debida diligencia que se exige para tales procesos, pues este con el fin de corroborar su teoría del caso solo se limitó a la solicitud del testimonio de la menor, sin percartarse de escenarios excepcionales, como los que se presentaron en el caso, pudiendo haber optado por otros medios de conocimiento en el momento oportuno, que dieran mayor sustento probatorio frente a lo ocurrido con la menor.

6. La prueba de referencia

Esta institución surge al interior del sistema jurídico del common law. En Colombia solo aparece por primera vez en el proyecto que se presentó a consideración de la Comisión Permanente Constitucional que sirvió de base para sus trabajos y, con posterioridad, luego para la expedición de la Ley 906 de 2004, todo ello con base en la normativa prevista en el Código de Procedimiento Penal de Puerto Rico que es de tendencia anglosajona²¹

Dentro del procedimiento anglosajón se ha conceptualizado tal medio de conocimiento como una declaración diversa a la que hace el deponente en tal vista y que se ofrece para ratificar lo afirmado²².

A su vez, en la legislación colombiana la prueba de referencia se regula en nuestro Código de Procedimiento Penal en su artículo 437, como aquella:

declaración realizada fuera del juicio oral, utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio.

En nuestro ordenamiento, tal medio de prueba es excepcional, pues al ser un sistema basado en las garantías de contradicción y al solo considerar como prueba aquello practicado en juicio oral, para la admisión de declaración anterior al juicio como prueba de referencia deberán cumplirse requisitos taxativos²³, de los

21 PEDRO ORIOL AVELLA FRANCO. *Estructura del Proceso Penal Acusatorio*. (Bogotá: Fiscalía General de la Nación, 2007), 38 y ss.

22 NANCY JEANET DEL PILAR MARTÍNEZ MÉNDEZ “La prueba de referencia y su afectación a los derechos de contradicción y confrontación”, En revista *Cuadernos de Derecho Penal*, N°18, (Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2017), 58.

23 “Únicamente es admisible la prueba de referencia cuando el declarante: I) Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación; II) Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar; III) Padece de una grave

cuales enfocaremos nuestro análisis en el quinto criterio que implica la admisión de la prueba de referencia en los casos seguidos por delitos contra la integridad y formación sexual en menores de edad y personas de especial protección legal.

Tratándose de delitos sexuales, la Ley 1652 de 2013 introdujo la excepción mencionada en párrafo anterior, que permite en consideración del principio *pro infans*, introducir en juicio oral declaración anterior que haya rendido el menor de edad que tiene calidad de probable víctima de delitos sexuales, para evitar todo tipo de re victimización²⁴. No obstante, la incorporación de este medio de prueba al proceso, dispone dar seguimiento de un trámite que como lo afirma la Corte Suprema de Justicia, implica lo siguiente:

“(i) el descubrimiento de la prueba, en los términos establecidos en la Ley 906 de 2004;

(ii) la explicación de la pertinencia de la declaración que constituye prueba de referencia;

(iii) la enunciación y demostración de la causal excepcional de admisibilidad; y

(iv) la indicación de los medios a través de los cuales se demostrará la existencia y contenido de la declaración que constituye prueba de referencia.²⁵”

En el caso de M.J.D.L la Fiscalía ante el escenario de retracto a rendir testimonio en juicio oral por la menor, pretendió introducir declaración rendida anteriormente en fase de investigación, con la mera indicación al juez que dicha declaración había sido estipulada con la defensa, pasando por alto esta delegada, la solicitud debida de la incorporación de este medio de prueba, la justificación de este y demás criterios que se exigen para el procedimiento de la incorporación de la prueba de referencia; que a pesar de dar protección en estos escenarios a la prevalencia del interés superior que acobija a los infantes, no puede bajo ninguna circunstancia suprimir las garantías del procesado.

En ese sentido, sin duda alguna la Fiscalía desconoció la carga que posee para el procedimiento de la incorporación de la prueba de referencia y además de ello de la imposición legal que abarca para el ente acusador mayor esfuerzo investigativo

enfermedad que le impide declarar; IV) Ha fallecido. V) Es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo Código. También se aceptará la prueba de referencia cuando las declaraciones se hallen registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos.” Ley 906 de 2004. Artículo 438.

24 Corte Suprema de Justicia. Sentencia 43257. (M.P.: Patricia Salazar Cuellar, 2018)

25 Corte Suprema de Justicia. Sentencia 52045. (M.P.: José Francisco Acuña Vizcaya, 2020)

en los casos de menores víctimas para garantizar la verdad, justicia, reparación y demás derechos fundamentales de los infantes²⁶. Pues en este caso, el Fiscal que investigaba el supuesto acto sexual contra la menor M.J.D.L no consideró las demás alternativas que le ofrece la legislación para llevar a conocimiento del juez la declaración de M.J.D.L rendida antes de juicio.

De manera que, es relevante hacer alusión que la Corte Suprema de Justicia ha considerado que en escenarios de delitos sexuales a la Fiscalía, con miras de lograr la condena de los responsables de estos punibles en favor de los derechos de las víctimas y sin atentar contra las garantías de la defensa del procesado, se le han otorgado las siguientes alternativas, para que declaración de la menor pueda ser incorporada como prueba al proceso²⁷.

- i. Presentación del testimonio de la víctima, como prueba anticipada, ante Juez de Control de Garantías, en donde se busca evitar la pérdida de este medio de conocimiento. De acuerdo a lo anterior, la prueba anticipada asegura la introducción al proceso de la declaración de la menor, ofertando oportunidad también, de que se realice el interrogatorio y contra interrogatorio respectivo. Materializando así, el principio de inmediación, las garantías tanto del procesado como de la víctima y favoreciendo a la estructuración de la verdad procesal de manera eficaz.
- ii. Puede optar el ente acusador, por presentar el testimonio de la menor en juicio oral y en dado caso que esta en pleno escenario se retracte de los señalamientos realizados frente a su presunto agresor, incorporar sus manifestaciones previas como testigo adjunto. Sin embargo, esta alternativa no es aplicable en el caso que nos concierne en el presente comentario.
- iii. Finalmente, la Fiscalía tiene como opción llevar declaración anterior como prueba de referencia a juicio, aun si fue solicitada en preparatoria la practica del testimonio de la mencionada en juicio (situación que se evidenció en el caso de M.J.D.L), pues el fin de este instrumento es la no re victimización de la menor, la prevalencia del principio *pro infans* y que ante tal evento traumático, la disponibilidad en juicio del menor resulta relativa, por lo tanto con la prueba de referencia se busca

26 Corte Constitucional. Auto 009. (M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva, 2015)

27 Corte Suprema de Justicia. Sentencia 52045, cit.

garantizar de algún modo la introducción de la versión ofrecida por la menor respecto a lo ocurrido. No obstante, este medio tiene carácter excepcional y por ello unas disposiciones legales que lo rigen.

Uno de los límites que le impone la ley a la prueba de referencia, esta consagrado en el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal, que implica la imposibilidad de sustentar exclusivamente una condena bajo una prueba de referencia. En ese sentido, al optar el ente acusador en estos casos de presentar al testigo en juicio y que por situación imprevista este se retracte, antes de solicitar declaración anterior como prueba de referencia deberá valorar si existen medios de conocimiento que corroboren o acrediten el contenido de dichas declaraciones, además verificar si cuenta con otros medios de prueba que den mayor sustento a la teoría del caso, pues como ya se mencionó la prueba de referencia no podrá ser fundamento de condena.

La reciente Jurisprudencia ha mencionado que la excepcional prueba de referencia, adquiere importancia en las conductas punibles que constituyen violencia contra las mujeres. Además que en estos casos, por lo general, la pretensión probatoria de la Fiscalía incluye declaraciones de mujeres o de menores en contra del acusado con algún grado de parentesco y generalmente cuando ostentan tales vínculos, estos no comparecen al juicio. Por lo que en ese sentido la Fiscalía puede anticipar la necesidad de incorporar al proceso declaración anterior a juicio, para asegurar dichos testimonios en su fundamento probatorio²⁸.

Aún en conocimiento de lo anterior, en el caso de la menor M.J.D.L el ente acusador elige como mecanismo para la introducción de declaración anterior, la prueba de referencia, teniendo la posibilidad de preveer la constitución de duda a favor del procesado. Ya que dicha declaración, era el único medio probatorio que sustentaría la pretensión frente al acto sexual abusivo en contra de M.J.D.L, en suma, al ser menor de edad es probable que se retracte de rendir testimonio. Por lo que se ilustra, que la teoría del caso de la Fiscalía no ofrece ningún grado de certeza que conduzca a la responsabilidad penal de JIMENEZ MARÍN.

A su vez, la mencionada delegada aduce de manera errónea la prueba de referencia, pues pretende introducir la misma: (I) Desconociendo los parámetros de la solicitud para admisión de la prueba por parte del juez, (II) No espera decisión de la autoridad para dar introducción, (III) Ignora que se debe establecer un medio para efectuar la garantía al derecho a la confrontación a favor de JIMENEZ MARÍN. Por lo

28 Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Sentencia 1100160000152017000990. (M.P.: José Joaquín Urbano Martínez, 2021)

que este delegado que tiene el deber de acreditar la acusación con pruebas válidas y debidamente aducidas al juicio oral, es quien contribuye en la decisión de absolución de quien él mismo acusó como presunto responsable del punible.

En fin, en el caso mencionado gracias a la inobservancia de los parámetros jurídicos establecidos para el proceso penal por parte del ente acusador, se materializa una vulneración al esfuerzo que recae en la Fiscalía de la búsqueda de mejor evidencia para la colaboración al establecimiento de la verdad y, a su vez, se genera afectación a los derechos de los infantes, en virtud de la deficiente introducción de la prueba de referencia.

Se suma a la negligencia de la Fiscalía que, en el proceso la prueba de referencia no tenía mayor corroboración. El medio idóneo para garantizar la introducción de la declaración era haber solicitado de manera oportuna, prueba anticipada, pues a esta le constaba que no se tenía otro medio de conocimiento que sustentara el acto sexual abusivo contra M.J.D.L. Por lo que es evidente que ante la fatal estrategia probatoria de la Fiscalía, se dirigió al proceso a enmarcar mayor duda frente a lo ocurrido, a desproteger a la víctima y a que, a razón de ello, se absolviera a JIMENEZ MARÍN por el acto sexual abusivo contra su propia hija.

7. Conclusiones

En el caso objeto de estudio, se manifestó que la Fiscalía no valoró de manera correcta las problemáticas y el déficit probatorio que se presenta en los procesos seguidos por delitos sexuales, más aún, en los casos contra menores de edad. En dicho escenario, esta conocía de la realidad existente en el caso de M.J.D.L, ya que tal delegado era quien tenía las herramientas para determinar que el único medio de conocimiento que daría mayor fundamento al supuesto acto sexual abusivo contra la menor, era la declaración rendida por ella. Por lo que el fin de la diligencia del fiscal debía ser asegurar el testimonio de la menor en el proceso que le correspondía.

El delegado de Fiscalía efectuó incumplimiento al deber de mayor esfuerzo que se le exige de buscar mejor evidencia para fortalecer su teoría del caso en procesos de delitos sexuales, por lo que era aún más ostensible por su parte valorar que la incorporación de la declaración de la menor, era indispensable para la determinación de responsabilidad penal del procesado.

De ahí que es posible afirmar, que el ente acusador no detentó rigurosidad en cuanto a la elección del medio de prueba para introducir declaración de M.J.D.L al proceso. Puesto que, al haber optado por la prueba de referencia, debió dar seguimiento al trámite legal que implica la misma, esto es: realizar el debido

descubrimiento de la prueba de referencia, explicar su pertinencia, demostrar la acreditación de la excepcionalidad en el caso en concreto y descubrir los medios de conocimiento que corroboraran el contenido de la prueba.

Pero en este caso, la Fiscalía desconoce en su totalidad el procedimiento mencionado, desencadenando una nulidad frente a la prueba de referencia, que trajo como consecuencia que, al efectuar la evaluación a fondo del demás acervo probatorio perteneciente al proceso, prevaleciera la duda razonable en nombre de JIMENEZ MARIN, ya que este resultaba insuficiente para demostrar el acto sexual abusivo contra la menor.

Por su parte, es importante referirse a que la reciente Jurisprudencia de la Corte Constitucional, en sentencia T-351 de 2021, ha puntualizado que en Colombia son pocas las investigaciones sobre delitos sexuales que culminen en una sentencia condenatoria, ya que la misma Fiscalía reportó que entre los años 2017 y 2018, el 90% de las denuncias por este tipo de punibles se encontraban en fase indagatoria, es decir, priman las cifras de sindicados sobre la de condenados.

A su turno, la Procuraduría General de la Nación se pronunció afirmando que era inexistente el avance procesal en procesos seguidos contra delitos sexuales en el país y que no se aplica en el sistema la prevalencia en casos de menores de edad, por lo que se indica una infectividad de la justicia frente a tales punibles.

Asimismo, en sentencia del Tribunal Superior de Bogotá del pasado 8 de Octubre del 2021 en el proceso con radicado 11001600001520170009901, se hace un llamado a la Fiscalía a que imponga medidas correctivas a sus funcionarios para que ejerzan sus competencias en debida forma, en especial, a lo que respecta al trámite de la prueba de referencia, por razón de que se ha evidenciado en distintos procesos la deficiente estrategia probatoria de algunos delegados de la Fiscalía, que incumplen con el régimen que la ley impone a la práctica de la prueba de referencia y que, gracias a ello, conducen a los jueces a decisiones incompatibles con el proceso penal y que intensifican la violencia de género.²⁹

Por lo que se concluye que, en el caso que nos compete se ejemplifica la negligencia por parte del ente acusador en el proceso penal, a raíz de la equívoca introducción de la prueba de referencia, no logró desvirtuarse la duda razonable a favor de JIMENEZ MARÍN, que terminó generando desprotección a los derechos de los menores, afectación a las garantías que rigen al proceso penal e incremento en la desconfianza de las víctimas de delitos sexuales respecto a la eficacia de nuestro Sistema Acusatorio. Pues, si quien tiene la carga de acusar e investigar la

29 Ibíd.

comisión de tales hechos delictivos, es el mismo quien dirige al proceso a la decisión de absolución de los responsables, resulta erróneo creer que con sentencia de un proceso penal se imparta justicia y aún más se restablezca el bien jurídico que a la víctima de un delito sexual se le ha transgredido.