



1. PROVIDENCIAS DE ESTA CORPORACIÓN

1.1. M.P. POVEDA PERDOMO ALBERTO – Rad. Rad. 110013104047203300194 05 (21-03-13) EJECUCIÓN DE LA PENA – Derechos de las víctimas en esta fase procesal / PRESCRIPCIÓN DE LA PENA – Eventos en que se interrumpe el término prescriptivo: Interpretación del artículo 90 del C.P. – Cuando una persona es beneficiada con subrogados o sustitutos de la pena el término prescriptivo se empieza a contar cuando queda ejecutoriada la providencia que los revoca.

“20. Es por lo dicho que la víctima actualmente tiene en la actuación penal similares prerrogativas o equivalentes derechos a los que se han consolidado alrededor del procesado¹, de modo que inclusive, porque no podría ser de otra manera, en la ejecución de la pena tiene un papel importante que no puede ser soslayado² so pena de la aparición de una causal nulitatoria por violación del debido proceso³.

(...)

22. Y ello es así porque cualquier teoría jurídica que pretenda convertirse en instrumento de convivencia, necesariamente debe cumplir funciones de construcción y de protección⁴, propósitos a partir de los cuales no puede olvidar que

las posibilidades sociales del Derecho Penal y de la pena dependen de las posibilidades de llevar adelante sanciones humanas y efectivas del comportamiento desviado de una forma firme y pública⁵.

23. De la anterior reseña es posible erigir la siguiente tesis: actualmente no es posible en ninguno de los ámbitos del derecho penal -sustantivo, procesal o de la ejecución-, dejar de lado los derechos de las víctimas. Por ello, cuando de aplicar los fenómenos extintivos de la pena, en especial el referido a la prescripción, el intérprete debe buscar aquellas razones de justicia que impidan la aparición de un *fast track* hacia la impunidad⁶.

24. Así las cosas, no es posible aceptar una hermenéutica que desconozca cuestiones problemáticas como las reseñadas, porque conduce a soluciones que se enfrentan al espíritu de la Carta, a las obligaciones internacionales del Estado y a los más elementales criterios de razonabilidad y racionalidad que deben guiar el proceder de los jueces⁷.

(...)

¹ Con razón afirman JOSÉ MARÍA MARDONES y REYES MATE: «Pensar desde el dolor de las víctimas produce una verdadera revolución ética». Cfr. «Introducción», en *La ética ante las víctimas*, Barcelona, Editorial Anthropos, 2003, p. 7.

² Dice ZEE SESSAR que la víctima es «en las ciencias criminales... el descubrimiento más grande, por así decirlo “el favorito” de los últimos años». Citado por CLAUS ROXIN, «La reparación en el sistema de los fines de la pena», en *De los delitos y de las penas*, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 1992, p. 139.

³ Desarrollo específico de lo anotado aparece en los siguientes instrumentos internacionales:

--- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 2°:...

--- Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 8, garantías judiciales:...

⁴ WINFRIED HASSEMER, «Fines de la pena en el derecho penal de orientación científica-social», en *Derecho penal y ciencias sociales*, Barcelona, Universidad Autónoma de Barcelona, 1982, p. 134.

⁵ WINFRIED HASSEMER, «Fines de la pena en el derecho penal de orientación científica-social», ob. cit., p. 139.

⁶ Cfr. *Conjunto de Principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad. Anexo del Informe final del Relator Especial acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos. E/CN.4/Sub2/1997/20/Rev.1*, presentado a la Comisión de Derechos Humanos en 1998. Estos principios fueron actualizados por la experta independiente DIANE ORENTLICHER, de acuerdo con informe E/CN.4/2005/102, presentado a la Comisión de Derechos Humanos. Para más detalles, véase Comisión Colombiana de Juristas (compilación), *Principios internacionales sobre impunidad y reparaciones*, Bogotá, Opciones Gráficas Editores Ltda., 2007. Un desarrollo de lo anterior se puede consultar en Corte Constitucional, sentencia C-454/06.

⁷ Es que el propio legislador determinó como moduladores de la actividad procesal, a los que deben ceñirse todos los servidores judiciales, los criterios de necesidad, ponderación, legalidad y corrección en el comportamiento, para evitar excesos contrarios a la función pública, especialmente a la justicia. Cfr. Ley 906 de 2004, artículo 27.



26. La prescripción de la pena: Este fenómeno extintivo de la sanción penal se produce cuando desde el momento cierto de una sentencia, transcurre un plazo sin que la pena se ejecute⁸. La prescripción de la pena supone la existencia de una sentencia condenatoria firme, en la que se declaró la existencia de un delito con la atribución específica de responsabilidad en cabeza de un autor o partícipe. La legislación vigente tiene previsto que el término mínimo que debe transcurrir para que prescriba la pena es de cinco años, y la consecuencia inmediata de ello es la extinción de la facultad estatal de ejecutar la sanción (extinción de la punibilidad). La doctrina mayoritaria entiende que la prescripción plasma una falta de necesidad preventiva en tanto desaparece por el transcurso del tiempo como razón jurídico- material⁹.

(...)

39. En todo caso el Tribunal Supremo ha advertido la falta de explicitud que se observa en el estatuto punitivo vigente, en materia de fijación de reglas referidas al momento en que empieza a correr el plazo prescriptivo de la pena:

No obstante que el actual Código Penal no fue explícito en señalar desde cuándo empieza a correr el término prescriptivo, basta una interpretación sistemática del mismo, para colegir que es a partir de la ejecutoria de la sentencia, porque hasta que no se produzca ésta, según lo estipulado por el inciso 2° del artículo 86 ibídem, está corriendo el término de prescripción de la acción, y por simple lógica, un mismo lapso no podría transcurrir simultáneamente para la prescripción de la acción y de la pena (negrillas agregadas)¹⁰.

40. Y la Corte Constitucional en la sentencia C-240/94, ha explicado el fenómeno extintivo así:

En la prescripción de la pena el Estado renuncia a su potestad represiva por el transcurso del tiempo, anulando de esta manera el interés de hacer efectiva una condena o sanción legalmente impuesta. De acuerdo con nuestro Ordenamiento Constitucional no hay penas imprescriptibles. Es decir, que a la luz de las normas constitucionales que hoy rigen no puede existir pena alguna, sea cual fuere su índole (criminal, disciplinaria, contravencional, policiva, fiscal, administrativa, tributaria, etc.), que no prescriba.

41. Importa destacar y resulta pertinente señalar que la regulación de la prescripción de la pena aparece consagrada en artículos, capítulo y título precedidos de sustitutos de la pena-prisión domiciliaria (art. 38) y vigilancia electrónica (art. 38A)-, subrogados penales -suspensión condicional de la ejecución de la pena (art. 63), libertad condicional (art. 64) y reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad muy grave (art. 68)-¹¹, y que nada se dice por el legislador de la relación o incidencia de dichas instituciones en la prescripción de la pena.

42. La referida omisión en todo caso no impide al intérprete advertir los efectos de los sustitutos y subrogados para llegar a decisiones que además de justas permitan acrecentar el prestigio de la justicia,

⁸ Desde antaño se dice que «cuando por el transcurso de un cierto número de años se extinguen las acciones civiles y los efectos jurídicos de los actos punibles, la razón de ser de este fenómeno y, al mismo tiempo, su justificación interna, no reside en una fuerza misteriosa del tiempo, creadora o destructora del derecho, sino en que el orden jurídico, que tiene por misión la realización de fines prácticos y no la observancia rigurosa de los principios generales, ha tenido en cuenta el poder de los hechos». Cfr. FRANZ VON LISZT, *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, Valletta Ediciones, 2007, p. 643. Modernamente, desde una postura crítica, se indica que «el fundamento común a toda prescripción es la irracionalidad concreta de la pena, sea la impuesta (prescripción de la pena) o la conminada (prescripción de la acción), no porque antes fuera racional (conforme a cualquier discurso legitimante), sino porque el transcurso del tiempo pone de manifiesto una mayor crisis de racionalidad y, además, lo hace en acto (ejercicio material del poder punitivo)». Cfr. EUGENIO RAÚL ZAFFARONI y otros, *Derecho penal, parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2003, p. 882.

⁹ Cfr. CLAUS ROXIN, *Derecho penal, parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, tomo I. Madrid, Editorial Civitas, 1997, p. 990-991.

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de 9 de octubre de 2001, radicación 18773.

¹¹ El Código Penal de 1936 reguló la condena y libertad condicionales en los artículos 80 a 91; el Código Penal de 1980 en los artículos 68 a 75; y el Código Penal de 2000, que además de consagrar los tradicionales subrogados (condena y libertad condicionales), introdujo las figuras de la prisión domiciliaria y la vigilancia electrónica, todo lo cual aparece en los artículos 38, 30A y 63 a 68A.



todo lo cual se justifica en aras de una hermenéutica que vincule criterios sistemáticos respetuosos del tejido normativo, sin olvidar ni obviar el método de interpretación histórica, porque constituye un anacronismo no ajustar las normas a nuevos tiempos en los que imperan valores y principios constitucionales novísimos.

43. Del mismo modo, a pesar de la distancia temporal que existe entre los códigos penales referenciados -1936, 1980 y 2000-, significativo resulta constatar que las normas prácticamente han sido reproducidas en uno y otro estatuto sin mayores cambios¹², salvo las transformaciones generadas por la interrupción del lapso prescriptivo propias del nuevo sistema procesal acusatorio colombiano¹³, dejándose de lado problemas que han surgido en las últimas décadas, como lo son, por ejemplo, (i) la definición del papel que le corresponde a la víctima en la ejecución de la pena y el compromiso estatal de velar por sus derechos -verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición-, así como (ii) la imprescriptibilidad de algunos delitos¹⁴.

44. El anterior marco conceptual lleva a que se tenga que hacer una nueva evaluación de las reglas que deben guiar las decisiones judiciales de acuerdo con las cuales se decreta la prescripción de la pena, porque la seguridad jurídica hace forzoso establecer exactamente el *dies a quo* o inicial y el *dies ad quem* o final del término de prescripción de la pena.

45. Desde ahora se debe indicar que no es posible de cara a (i) una realidad ostensiblemente diferente, (ii) la necesidad de evitar la impunidad¹⁵, (iii) el imperativo de proteger los derechos de las víctimas, y (iv) la existencia de subrogados, mecanismos sustitutivos y la promoción de medidas alternativas a la pena, que los jueces procedan a afirmar sin más que la prescripción de la sanción punitiva se presenta cuando se hace un simple cotejo entre la fecha de ejecutoria de la sentencia de condena -ocurrida en una fecha determinada en el pasado- y el término transcurrido hasta una fecha presente, actual o retropróxima.

46. De allí que resulte pertinente aseverar que el plazo de prescripción de la pena se puede interrumpir por diferentes hechos o medidas que inciden en la forma como se debe contabilizar dicho término.

47. **Interrupción del plazo de prescripción de la pena:** Al tenor del artículo 90 del Código Penal el término de prescripción de la sanción privativa de la libertad se interrumpirá cuando el sentenciado fuere aprehendido en virtud de la sentencia o fuere puesto a disposición de la autoridad competente para el cumplimiento de la pena.

48. La norma sólo hace referencia a dos hipótesis de carácter objetivo: (1º) cuando el sentenciado fuere aprehendido en virtud de la sentencia; y (2º) cuando fuere puesto a disposición de la autoridad competente para el cumplimiento de la misma. Claramente se advierte que se omitió por el legislador la regulación de otros eventos que debió prever, de modo que corresponde al intérprete señalar aquellas situaciones límites que la normatividad no gobernó expresamente.

¹² Es necesario precisar que en materia de prescripción de la acción penal se observan algunas transformaciones frente a las normas de los códigos penales que rigieron hasta 2004, lo que se explica por la entrada en vigor de un nuevo modelo procesal. Sobre el particular pueden verse las modificaciones: (i) al artículo 83-2 del Código Penal por la Ley 1309 de 2009, artículo 1º, a su vez subrogada por la Ley 1426 de 2010, artículo 1º; (ii) la introducción de un inciso 3º en el citado artículo 83 por la Ley 1154 de 2007, artículo 1º; (iii) la reformulación del inciso 6º del artículo 83 para efectos de la prescripción de la acción respecto de los servidores públicos, dispuesta en la Ley 1474 de 2011, artículo 14; (iv) la modificación el artículo 86, referido a la interrupción de la prescripción de la acción, por la Ley 890 de 2004, artículo 6º; igualmente, y en último lugar, (v) las previsiones de la Ley 906 de 2004, artículos 189, 292 y 531.

¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, providencia de 23 de marzo de 2006, radicación 24300.

¹⁴ Cfr. Corte Constitucional, sentencias C-580/02 y C-370/06; y Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de 21 de septiembre de 2009, radicación 32022.

¹⁵ La jurisprudencia ha establecido que «los Estados están en la obligación de prevenir la impunidad, toda vez que propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares. En tal virtud están obligados a investigar de oficio los graves atropellos en contra de los derechos humanos, sin dilación y en forma seria, imparcial y efectiva». Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-370/06.



49. Se observa que el precepto estudiado hizo exclusiva referencia a dos supuestos que se identifican por un elemento en común: la rebeldía del condenado frente a las decisiones judiciales, de modo que respecto de dicho reo la judicatura no realiza ningún tipo de actos de vigilancia sobre la pena impuesta¹⁶.

50. Según la línea argumentativa expuesta, resulta plausible concluir que solamente cuando el sancionado penalmente repudia el poder estatal -representado en una decisión afflictiva de la libertad que en su contra impone la judicatura-, es que se hace necesario ingresarlo en prisión para que cumpla la pena impuesta, y si ello no es factible, porque (i) resulta imposible localizar al reo para llevarlo a prisión, o (ii) las autoridades estatales no quieren cumplir su función, o (iii) no pueden hacer efectiva la orden judicial, es que se puede predicar que el lapso prescriptivo de la pena transcurre lisa y llanamente entre la ejecutoria de la sentencia y un momento futuro específico, que en todo caso nunca será inferior a los cinco años.

51. De lo anterior se sigue que en aquellos supuestos en los que el condenado está presto a cumplir lo que decide la autoridad, accede libre y voluntariamente a suscribir las obligaciones que el legislador a previsto, no se aplica simple y llanamente la previsión normativa del artículo 90 del Código Penal, porque es necesario modular el alcance de la norma y darle sentido frente a hipótesis no contempladas por ella.

52. Las anteriores consideraciones llevan a esta Sala a entender que el término de prescripción de la pena se interrumpe automáticamente cuando el condenado, vencido en juicio y sometido por las autoridades, previa suscripción de claras y específicas obligaciones recibe, por ejemplo, una concesión o beneficio que (i) le posibilita no ingresar en prisión -se le concede la suspensión condicional de la ejecución de la pena-, (ii) le permite cumplir la pena privativa de libertad por fuera de un centro de reclusión -otorgamiento de la prisión domiciliaria o vigilancia electrónica- o (iii) le autoriza la libertad anticipadamente -subrogado de la libertad condicional-.

53. Como los anteriores beneficios se conceden bajo apremio de específicas obligaciones a cumplir durante un período de prueba, bien puede ocurrir que durante dicho término se incumpla cualquiera de las obligaciones contraídas, momento en el que se activa la facultad jurisdiccional para revocar el sustituto o el subrogado con el propósito de ejecutar efectivamente la pena impuesta, o lo que reste por verificar de la misma.

54. El trámite de la revocatoria, que en todo caso debe respetar las reglas propias del debido proceso y del derecho de defensa, puede surtir dentro del período de prueba o una vez agotado el mismo¹⁷, todo lo cual dependerá de la celeridad que medie entre la ocurrencia del hecho demostrativo del incumplimiento y la orden judicial emitida con el propósito de verificar dicha anomalía.

55. El anterior entendimiento del artículo 66 del Código Penal se desprende de la inexistencia de un mandato expreso que fije el momento o plazo específico en el cual se debe resolver por la judicatura la revocación de alguna medida otorgada a favor del convicto -sustitutivo o subrogado-.

56. Mal haría el intérprete en desconocer la facultad que tienen los jueces de revocar un beneficio, porque no tomó las medidas correctivas antes del vencimiento del período de prueba, dado que bien puede ocurrir -y en efecto ocurre- que es después de vencido dicho plazo que se constata el incumplimiento de los compromisos suscritos por el reo.

(...)

¹⁶ Recuérdese que «no se requiere imprescindiblemente que el condenado se encuentre privado de la libertad para que respecto de él se realicen actos inherentes a la vigilancia del cumplimiento de la sanción impuesta». Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de 4 de mayo de 2005, radicación 23390.

¹⁷ La doctrina alemana considera que «durante el período comprendido entre la firmeza de la suspensión y la condonación total de la pena es posible la revocación... También puede revocarse la suspensión aún habiendo pasado ya el período de prueba». Cfr. HANS-HEINRICH JESCHECK, *Tratado de derecho penal, parte general*, volumen II, Barcelona, Casa Editorial Bosch, 1981, p. 1164-1165.



58. Misma situación se presenta con la reparación de perjuicios: Si se otorga un extenso período de prueba para que la víctima sea resarcida económicamente, cumplido el plazo es cuando el juez puede válidamente decretar el incumplimiento y ordenar que se ejecute efectivamente la pena de prisión.

59. Es por ello que el Tribunal Superior de Bogotá ha precisado que existen algunos supuestos que no contempló el artículo 90 del Código Penal, porque, por ejemplo, no se definió la forma como se debe contabilizar el término prescriptivo cuando se está bajo el resguardo del subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, cuando el condenado goza de libertad condicional o es objeto de extradición, e incumple con las obligaciones impuestas al momento de otorgamiento del subrogado y se éste se le revoca, destacando sobre la primera de las hipótesis referidas:...

(...)

60. Dígase que en el ámbito comparado se ha considerado que cuando a un condenado se le suspende la ejecución de la pena privativa de la libertad y se le exige el cumplimiento de unas específicas obligaciones, a las que no hace honor durante el período de prueba, antes del vencimiento o una vez concluido el mismo - supuesto que se puede presentar por la tradicional lentitud de respuesta que tiene el sistema judicial-, se podrá revocar el subrogado y el reo deberá cumplir la pena inicialmente suspendida¹⁸.

(...)

65. El anterior entendimiento lleva a que, en los casos de personas beneficiadas con subrogados o sustitutos de la pena, solamente se pueda contar el término prescriptivo de la sanción cuando queda ejecutoriada la providencia que los revoca.

Si el mecanismo sustitutivo de la pena es revocado, al día siguiente de la ejecutoria de la providencia que así lo dispuso comienza a contarse el lapso de la prescripción, que será el de lo que reste por cumplirse de la pena, pero en ningún caso será inferior a 5 años, tal como lo ordena sin lugar a equívocos el artículo 89 del C.P.¹⁹.

66. La doctrina refuerza la anterior postura cuando al destacar la iniciación del término para la prescripción de la pena, señala:

Al respecto, el estatuto punitivo solo prevé una consagración muy general, no comprensiva de las diversas hipótesis que puedan presentarse, según la cual “la prescripción de las penas se principiará a contar desde la ejecutoria de la sentencia”. En efecto, tal como está redactada la disposición solo se refiere a quien al momento de proferirse la sentencia no está privado de la libertad, olvidando eventos como los siguientes: ... En segundo lugar, si el condenado se encuentra gozando de un subrogado penal (condena de ejecución condicional o libertad condicional) o de beneficios similares y estos se revocan, el lapso de la prescripción se cuenta a partir del día siguiente de la ejecutoria de la providencia respectiva, a condición de que el sentenciado no sea aprehendido²⁰.

67. Y en cuanto a la interrupción de la prescripción, también enfatizó:

También en este campo las previsiones legales se han quedado cortas, pues el artículo 89 solo contempla dos hipótesis... Y, aunque no precisa los efectos de dicho fenómeno, debe suponerse que el término prescriptivo permanece en suspenso mientras subsista la razón que motivó la interrupción, desaparecida la cual empieza a contarse de nuevo; ahora bien, también se presenta aquí el problema de saber en qué lapso prescribe la ejecución de la pena una vez ocurrida la interrupción, lo cual ha sido respondido en el sentido de que el término prescriptivo prosigue con base en el que se hubiese acumulado antes de la presencia de dicha situación, por ser lo más favorable para el encartado.

¹⁸ RAFAEL ALCÁZER GUIRAO, «La suspensión de la ejecución de la pena para drogodependientes en el nuevo Código Penal», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, fascículo III, tomo XLVIII, Madrid, Ministerio de Justicia e Interior, septiembre-diciembre de 1995, p. 903-904.

¹⁹ MAURO SOLARTE PORTILLA, *Módulo de ejecución de penas y medidas de seguridad* (borrador), ob. cit., p. 136.

²⁰ FERNANDO VELÁSQUEZ V., *Derecho penal. Parte general*, Bogotá, Editorial Temis, 1997, p. 738-739.



Hechas las observaciones anteriores, pueden reducirse a cuatro los casos de interrupción: ... En tercer lugar, si se concede un subrogado penal (condena de ejecución condicional o libertad condicional)²¹.

68. El anterior entendimiento lleva a que todos los beneficios que se conceden a un condenado deban ser interpretados de acuerdo a criterios de justicia, de modo que los mismos no resulten funcionales a la impunidad o al menoscabo de los derechos de las víctimas.

69. Por ello es que el condenado que se compromete libre y voluntariamente a cumplir determinadas obligaciones con el propósito de alcanzar explícitos beneficios ofrecidos por el Estado (subrogados penales, prisión domiciliaria, vigilancia electrónica, etc.), acepta implícitamente unas cargas adicionales a cambio de hacer menos gravosa la ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta por la autoridad judicial.

70. Consecuentemente sabe que no puede dejar de cumplir sus obligaciones so pena de revocatoria de la gracia recibida, pero igualmente es consciente respecto de que sus deberes se difieren en el tiempo durante un período de prueba.

71. El término de prueba debe ser entendido como un plazo prudencial para que el condenado cumpla las obligaciones impuestas consignadas en acta, más el mismo no puede militar en contra de los intereses del Estado y de las víctimas.

72. Las razones anotadas *ut supra* son las que impiden que el tiempo que dura el período de prueba pueda ser utilizado como parte del plazo que se necesita para la prescripción de la pena, porque durante dicho término el condenado se ha comprometido a cumplir libre y voluntariamente unos compromisos adquiridos, los que en caso de quebrantar llevan a la revocatoria de los beneficios recibidos.

73. Resulta contrario a toda lógica jurídica que un condenado además de incumplir las obligaciones impuestas para que disfrute de determinados beneficios, adicionalmente pueda burlarse del Estado, la sociedad y la víctima favoreciéndose de la extinción de la pena²².

Relatoría/consulta/2013/Providencias incluidas en los boletines

1.2. M.P. POVEDA PERDOMO ALBERTO – Rad. 110016000015201101270 02 (17-06-13) INFORMES TÉCNICOS MÉDICO LEGALES – Objeto / ANAMNESIS – No es prueba testimonial directa ni indirecta / TESTIMONIOS DE MENORES RENDIDOS EN CÁMARA GESELL - Requisitos legales: interpretación del artículo 150 de la Ley 1098 de 2006 /DEFENSA – Ilegitimidad para sustentar petición de absolución en violación de derechos de la víctima

“58.- El Informe Técnico Médico Legal Sexológico tiene el carácter de prueba de referencia frente a los hechos: Este Tribunal ya ha establecido que esta clase de testigo -médico forense-, nunca puede ser tenido como directo o indirecto de lo acontecido -ocurrencia de hechos enmarcables en la norma penal-, como quiera que su participación en el proceso tiene relación con su concepto profesional en relación con los vestigios, huellas, rastros y demás señales físicamente determinables que existan en la humanidad de la presunta víctima y, por tanto, no es un testimonio sino un peritazgo.

59.- Por este motivo, la anamnesis no tiene la calidad de relato en la forma de entrevista, ya que forma un aparte importante para dicho reconocimiento científico; por ello se pide a la persona la descripción de los antecedentes mismos que obligan a tal actuación, precisamente con el fin de determinar conforme a su relato la existencia de algún hallazgo en el cuerpo y de allí poder rendir la respectiva peritación sobre lo observado.

(...)

²¹ FERNANDO VELÁSQUEZ V., *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 739-740.

²² «Si no fuese así el asunto, prevalecería en el proceso lo formal sobre lo sustancial, sobre la justicia material, e incluso podrían llegarse a patrocinar formas de deslealtad procesal». Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, providencia de 28 de abril de 2004, radicación 22058.



61.- Frente a aspectos que interesan a este asunto, la valoración que hace el perito al momento de realizar el informe no es sobre lo relatado por la menor de edad, porque lo verdaderamente relevante es el análisis y conclusiones que este médico forense hace con base en lo que directamente percibe,...

62.- Así entonces, en esos casos, las manifestaciones de la víctima ante el médico legista no constituye prueba testimonial directa ni indirecta, por cuanto la información entregada por la ofendida al respectivo perito comporta uno de los elementos de juicio que tiene éste a su alcance para elaborar la experticia.

63.- Desde esa perspectiva, como los hechos registrados en esas circunstancias por el perito no tienen origen en una percepción directa de los mismos, son simplemente el soporte fáctico que le presenta el examinado, cuyo poder de convicción debe ser estudiado y analizado por el juez de acuerdo con las reglas de la experiencia y las leyes de la lógica y de la ciencia, en forma individual y de conjunto -contrastándolo con los restantes elementos de juicio con que se cuenta en el proceso-, para poder determinar si existió o no el hecho delictivo; pero el objeto a valorar por el Juez será su dictamen y no los hechos que consigne en su anamnesis.

68.- Como primer punto el censor especificó que los testimonios rendidos en Cámara Gesell por la víctima y su hermana no debieron tenerse en cuenta, ya que no cumplían con los requisitos previstos en los artículos 150 porque no le fue entregado previamente al Defensor de Familia por parte del Juez o el Fiscal el cuestionario que se le iban a realizar a la menor testigo para que este verificara cuales podían ser practicadas, considerando necesario la exclusión de los testimonios de las menores de edad – la víctima y su hermana- por vulneración de los requisitos formales de su práctica.

69.- El artículo 150 de la Ley 1098/06 señala:

Práctica de testimonios. Los niños, las niñas y los adolescentes podrán ser citados como testigos en los procesos penales que se adelanten contra los adultos. Sus declaraciones solo las podrá tomar el Defensor de Familia con cuestionario enviado previamente por el fiscal o el juez. El defensor sólo formulará las preguntas que no sean contrarias a su interés superior.

70.- Pues bien, contrario a lo manifestado por el defensor, no es cierto que en el *sub examine*, el interrogatorio a las menores de edad se haya realizado con violación de los requisitos formales que exige la norma, porque pese a que fue una omisión del fiscal no haber enviado el cuestionario de las preguntas previamente al defensor de familia, bien se observa que este funcionario estaba en el recinto donde se llevó a cabo el interrogatorio y pudo verificar las preguntas que el fiscal le hizo a cada una de ellas, y si las mismas vulneraron los derechos fundamentales de las interrogadas, aunado a que la declaración de aquellas fue realizada en Cámara Gesell en presencia de la psicóloga del ICBF.

71.- Esta previsión de la Ley 1098/06 parece adecuada para el sistema escrito, pero impracticable para el sistema oral; en efecto, acudiendo a los principios de modulación (artículo 27) se ha adoptado generalizadamente la práctica del interrogatorio a menores sin ese formulario previo y escrito para que lo aplique el defensor de familia, reemplazado estas medidas protectoras por la cámara Gessel, lo que esta Sala encuentra correcto y adecuado al sistema oral.

72.- De igual forma es de destacar que dicha norma apunta a proteger al menor de edad que rinde la declaración, con el fin de que las preguntas no vayan a ocasionar alguna vulneración a sus garantías fundamentales, razón por la cual la presencia del defensor de familia, que es una persona especializada, resulta suficiente porque hace mas tolerable y garantista la actuación e información que la víctima pueda tener del conocimiento del punible.



73.- Igualmente, en el sistema adversarial los derechos de las víctimas así como de los procesados están en igualdad de condiciones, sin que el uno se sobreponga sobre el otro o que la afectación a los derechos o garantías fundamentales de cualquiera de ellos sea prevalente por encima de la afectación de la contraparte; de allí que si ni el defensor de familia ni el juez observaron en las preguntas hechas por la fiscalía alguna situación que afectara las garantías de las interrogadas, mal haría en suponerse que no ponen conocimiento previo el cuestionario a dicho funcionario, resulta un requisito esencial para la practica del interrogatorio, que de no llegar a realizarse conllevaría a una prueba ilegal.

74.- Por otro lado, tampoco observa la Sala que exista nulidad por vulneración al derecho de defensa o al debido proceso, tal y como lo alude el recurrente, dado que no indicó de qué manera esta omisión del fiscal avalada por el juez de instancia afecta los derechos fundamentales de las menores de edad o incluso del procesado; aunado a ello, ha de explicarse que la formalidad de un cuestionario previo es para salvaguardar los derechos de los menores de edad que declaran en un juicio, a fin de que las preguntas no vayan a ir en contravía del interés superior del menor, protección que estuvo asegurada con la presencia del defensor de familia.

77.- Pues bien, frente a este tema tampoco la Sala encuentra el reparo que el defensor pretende edificar, dado que como bien se expresó en el acápite anterior, no explica el recurrente de qué manera este hecho afecta los derechos de su prohijado; pero si en gracia de discusión lo que pretendía el defensor era proteger los derechos de la menores de edad, la Corte ha reiterado que aquella postura aparece casi antagónica, en cuanto, si de tutelar los derechos del niño se trata, lo primordial, es que se sancione al responsable del vejamen sexual; al respecto dijo:

A ese respecto, debe decirse, en primer lugar, que aparece curioso, o cuando menos paradójico, que el defensor del procesado busque sustentar su cargo encaminado a la absolución, aduciendo proteger o pretender hacer valer los derechos del menor, cuando precisamente éste es quien se registra víctima y testigo de incriminación de los hechos delictivos atribuidos a su representado legal.

Si esa es la pretensión básica del profesional del derecho, habría que decir que carece de legitimidad para el efecto o que su postura aparece casi antagónica, en cuanto, si de tutelar los derechos del niño se trata, lo primordial, frente a lo sucedido, es que se sancione al responsable del vejamen sexual y se busque evitar a través de los fines inherentes a la pena, particularmente el de prevención especial, que tales hechos se repitan.

Entonces, por una vía simplemente material de protección de derechos, de entrada se advierte la contradicción que comporta la propuesta argumental de la defensa, en cuanto, supone desproteger bienes valiosísimos de la víctima, en aras de tutelar otros harto discutibles que, paradójicamente, terminan por beneficiar precisamente al causante directo del daño...²³”

Relatoría/consulta/2013/Providencias incluidas en los boletines

LEONEL ROGELÉS MORENO JAIRO JOSÉ AGUDELO PARRA NOHORA LINDA ANGULO GARCÍA
Presidente Vicepresidente Relatora

²³ Cfr. Auto de 9 de diciembre de 2010, radicación N° 35393.