



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellín

SALA PENAL DE DECISIÓN

PROCESO: 05001 60 00206 2018 12740
DELITO: Concurso homogéneo y sucesivo de acceso carnal abusivo con menor de 14 años en concurso heterogéneo, homogéneo y sucesivo con actos sexuales con menor de 14 años agravado.
PROCESADO: GABRIEL HUGO MARTINEZ ESTRADA
PROCEDENCIA: Juzgado Segundo Penal del Circuito de Bello
OBJETO: Recurso de apelación contra auto que admitió como prueba de referencia la entrevista de la menor víctima, en desarrollo del juicio oral.
DECISIÓN: CONFIRMA
AUTO: 39
APROBADO POR ACTA: 105
M. PONENTE: Rafael M Delgado Ortiz

Medellín, veintiuno (21) de junio de dos mil veintiuno

ASUNTO A TRATAR

Corresponde a la Sala desatar la apelación interpuesta por la defensora de **GABRIEL HUGO MARTÍNEZ ESTRADA**, en contra del auto del cuatro (4) de marzo de dos mil veintiuno, proferido por la Juez Segunda Penal del Circuito de Bello, Antioquia, mediante el cual admitió la incorporación al juicio de prueba de referencia, consistente en la entrevista rendida por la menor M.D.L.A.P.C..

ANTECEDENTES

Conforme a la narración de los hechos jurídicamente relevantes plasmada en el escrito de acusación, se tiene

que del mes de noviembre del año 2017 a marzo de 2018, en el Barrio Guasimalito del municipio de Bello, Antioquia, concretamente en el lugar donde residía **GABRIEL HUGO MARTÍNEZ ESTRADA**, con su compañera permanente y los hijos de ésta, entre ellos la menor M.D.L.A.P.C. (de 13 años de edad), aquel aprovechó los momentos en que se quedaba solo con la adolescente e incluso cuando su compañera se quedaba dormida, para pasarse a la cama de la niña.

Se afirma que en múltiples ocasiones le realizó tocamientos de contenido erótico sexual a la menor, consistentes en tocar sus senos y vagina por debajo de la ropa, darle besos en la boca e incluso accederla sexualmente, mínimo en dos oportunidades, - una en el mes de noviembre de 2017 y otra en febrero de 2018- mediante la penetración de su miembro viril por la vagina de la menor, acciones que se desarrollaron acompañadas de la exhibición de películas pornográficas y el constante contacto a través de la red social Facebook, mediante la remisión de mensajes de contenido sexual en los que le realizaba invitaciones o narraciones eróticas.

Se consigna que los anteriores hechos fueron conocidos, toda vez que Magda Lorena Cuellar Muñoz, madre de la menor, el 31 de marzo de 2018, tomó el celular de su compañero **MARTÍNEZ ESTRADA**, y observó la conversación que éste sostenía con su hija en la red social WhatsApp, por lo que le preguntó a la menor y aquella le contó sobre las conductas sexuales de las que venía siendo víctima.

ACTUACIÓN PROCESAL

Por tales hechos, el siete (07) de octubre de dos mil diecinueve ante el Juzgado Tercero Penal Municipal de Bello,

Antioquia, se legalizó la captura de **GABRIEL HUGO MARTINEZ ESTRADA**, que se materializó en virtud de orden expedida por ese despacho. Se le formuló imputación por un concurso homogéneo y sucesivo de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, agravado, en concurso heterogéneo con actos sexuales con menor de catorce años, agravado, en concurso homogéneo y sucesivo (artículos 31, 208, 209 y 211 numeral 5 del C.P.), sin que el aprehendido aceptara su responsabilidad por tales conductas.

El siete (7) de ese mes y año, a petición de la delegación de la Fiscalía, se le impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario, decisión contra la cual el defensor interpuso recurso de apelación, resuelto en diligencia del veinticuatro (24) de octubre de dos mil diecinueve, por el Juez Primero Penal del Circuito de Bello, Antioquia, confirmando la decisión.

El escrito de acusación data del dos (2) de enero de dos mil veinte. En él se señaló a **GABRIEL HUGO MARTINEZ ESTRADA** como presunto responsable de los delitos que le fueron imputados. El asunto correspondió por reparto al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Bello, que llevó a cabo audiencia de acusación el veinticinco (25) de febrero de dos mil veinte.

La audiencia preparatoria se realizó en sesiones del veintiséis (26) de mayo y dos (2) de junio de dos mil veinte.

Se dio inicio al juicio oral el tres (03) y cuatro (4) de marzo de dos mil veintiuno, fecha última en la que, a solicitud de la Fiscalía, se admitió la entrevista de la menor como prueba de referencia, decisión contra la cual la defensora interpuso recurso de

apelación, sin embargo, la juez lo desestimó por considerar que se trataba de una orden, por lo que la profesional del derecho instauró el recurso de queja.

En providencia del veintiséis (26) de marzo de dos mil veintiuno, esta Sala de Decisión, declaró procedente el recurso de queja y ordenó dar trámite al recurso de apelación interpuesto, mismo que fue sustentado por la defensora ante el juzgado de primera instancia en diligencia del tres (3) de mayo del año que transcurre.

DECISIÓN RECURRIDA

En audiencia de continuación de juicio oral, realizada el cuatro (4) de marzo de 2021, la Juez Segunda Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bello, previa solicitud que elevara el delegado de la Fiscalía, decretó como prueba de referencia, la incorporación de la entrevista forense rendida por la menor M.D.L.A.P.C., el 2 de abril de 2018, como presunta víctima, recepcionada por la investigadora LUCELLY VÉLEZ MUÑOZ.

Indicó la Juez que, si bien la norma invocada por el delegado de la fiscalía no es la que resuelve con acierto la solicitud, su pretensión apuntaba a las consideraciones que la Administración de Justicia debe tener presente cuando se trata de sujetos de especial protección, como en este caso, donde la presunta víctima es una menor, cuyos criterios de valoración son distintos a cuando se trata de una persona adulta.

Consideró que se debía, en el asunto, realizar una discriminación positiva, en atención al contenido de la

sentencia T-184 de 2018, toda vez que, la madre y abuela de la menor, quienes se acogieron a la prerrogativa constitucional del artículo 33 de la Constitución, no tienen la calidad de víctimas, no son sujetos de especial protección, ni están haciendo concesiones de derechos propios.

Adujo que, sin embargo, respecto a la niña, se trata de una presunta víctima de un delito sexual, de quien, surge evidente, existe una condición de especial protección a efectos de calificar su condición volitiva, en relación a una decisión libre, pero además la relación con ese grupo familiar, de dependencia emocional y económica, por el nexo que se reflejó con el postulado victimario y especialmente con la madre, compañera permanente de quien puede sufrir un perjuicio por la intervención de ésta.

Concluyó que existen elementos de juicio que permiten inferir, de forma fundada, que la decisión de aquella no es libre, por lo tanto, conforme a la obligación adquirida por Colombia en materia de prevención en la comisión de delitos en contra de los menores de edad, el Estado debe implementar la regla jurisprudencial para habilitar la incorporación de la entrevista de la menor testigo, como prueba de referencia.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con dicha determinación, la defensora interpuso y sustentó el recurso de apelación, tras considerar que el delegado de la Fiscalía no cumplió con la carga argumentativa y probatoria para solicitar el ingreso como prueba de referencia de la entrevista rendida por la menor, quien hizo uso del derecho constitucional consagrado en el artículo 33 de la Constitución Política.

Lo anterior, dijo, por cuanto el delegado del ente acusador se fundamentó en lo dispuesto en el artículo 206 A del Código de Procedimiento Penal, y cuando la titular del despacho le dio la oportunidad de aclarar su solicitud, solo indicó de manera adicional, que debía tenerse en cuenta que al momento en que la menor fue interrogada en el juicio oral, se apreció asustada, presionada y estaba acompañada.

Por ello, se encuentra en desacuerdo con la decisión de la A quo, como quiera que se vulneran los derechos de su defendido, en tanto pese a que no se desconoce la gravedad del delito que se está judicializando, la Fiscalía tiene la obligación de cumplir con el debido proceso probatorio, en tanto hay reglas claramente definidas que no pueden ser vulneradas, es decir, el hecho de estar frente a un delito sexual en el que la víctima es una menor, no exime del cumplimiento de los requisitos establecidos.

En punto a la actitud de la menor al ser interrogada en el juicio oral, sostiene que se encontraba asustada por la misma declaración y pese a que el delegado de la Fiscalía refirió que aquella estaba acompañada, la menor hizo alusión y mostró que estaba sola.

Es decir, iba a testificar, pero al momento en que le pusieron de presente la garantía descrita en el artículo 33 de la Constitución, dijo que iba a hacer uso de ese derecho atendiendo que el enjuiciado era su padrastro, quien llevaba más de ocho (8) años viviendo con su madre, y a pesar de su insistencia en ello y que no estaba siendo presionada, se le exhortó por la judicatura a que declarara y ante el interrogatorio del fiscal, insistió en hacer uso de la garantía indicada.

Expuso que incluso en el contrainterrogatorio le preguntó si estaba siendo forzada o bajo qué supuestos estaba tomando esa decisión y refirió categóricamente que no lo estaba, que tenía 16 o 17 años y estaba en la posibilidad de tomar esa decisión. La juez le preguntó por qué y ella respondió: *Por la familia*.

Solicitó tener en cuenta la providencia con radicado 50587 de 2020, en la cual la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia estudia este tipo de problema jurídico, cuando la víctima hace uso del derecho a no declarar contra sus parientes, y allí se analiza qué pasa con las versiones que se rindieron antes, condicionando la admisibilidad de la prueba de referencia a que se acredite por la Fiscalía que ese consentimiento no es libre y se encuentra viciado.

Afirmó que, en el caso concreto, la fiscalía no probó que la adolescente fuera presionada o su consentimiento estuviera viciado para permitirse la incorporación de la entrevista como prueba de referencia, y ello tampoco se infiere del comportamiento desplegado por la menor en la audiencia, donde categóricamente refirió que no fue forzada, no siendo suficiente que se notara asustada ante el estrado judicial, en tanto ello podía obedecer a otra causa.

Por ello, dice, aunque no desconoce que este tipo de delitos se deben analizar con perspectiva de género, también lo es que los derechos de las víctimas deben armonizarse con los del acusado, no pudiendo tomarse una decisión con fundamento en una especulación del acusador consistente en que la menor estaba siendo presionada por su madre pues ello comportaría una vulneración al debido proceso.

Por lo expuesto consideró, se debe revocar la decisión de primera instancia y, además operar la sanción legal de exclusión de ese medio de conocimiento, en tanto ya se practicó, pese a que interpuso el recurso de apelación.

Lo anterior porque, insiste, no se acreditó que la víctima hubiese sido sometida u orientada a no declarar en el juicio oral, por lo que no se podía incorporar la entrevista forense. Luego entonces, no se cumplieron los parámetros descritos en el literal b) del artículo 438 del C.P.P., lo que deviene en una prueba ilegal, al punto que se vio obligada a renunciar a algunos testimonios cuando ejercieron el derecho a no declarar, vulnerándose igualmente el derecho de confrontación.

PRONUNCIAMIENTO DE LOS NO RECURRENTES

DELEGADO DE LA FISCALÍA

El delegado de la Fiscalía como no recurrente, solicitó confirmar la decisión de primera instancia, manifestando que, en decisión emitida por otra Sala de Decisión de este tribunal, se abordó el asunto, llegando a la conclusión que era procedente que dicha entrevista ingresara, siempre y cuando se cumpliera con el descubrimiento en la audiencia preparatoria para no sorprender a la defensa.

Aunado a ello, adujo, debe tenerse en cuenta que se trata de la entrevista rendida por una menor de 18 años, víctima de un delito sexual, que para el momento de su declaración en

juicio tenía 16 años, habilitando la posibilidad de acudir a ese medio de prueba excepcional.

Adicionalmente afirmó, la menor en el juicio no solo estaba presionada sino "*libretiada*" por la forma en que se expresaba frente a las preguntas que se le hicieron, y aunque la defensa alega que se debe probar esa circunstancia, lo cierto es que la fiscalía desde el principio del juicio detectó esa situación, y lo dio a conocer, incluso, dijo, está el escrito de la madre, donde plasmó que desistía del proceso, por lo que no se le puede exigir una prueba de esa situación, cuando pese a que la progenitora denunció, la menor rindió entrevista, se capturó al enjuiciado y ahora ya no quieren continuar con el proceso.

Entonces consideró, que si quien tomó la vocería es la madre, no se puede decir que la menor de manera autónoma y libre haya decidido no declarar, en tanto la regla de la experiencia indica que hay una presión de la progenitora para que la adolescente no testificara en contra de su compañero permanente.

Por ello concluyó, en este caso, la menor tiene una protección constitucional reforzada por su estado de indefensión, se está frente a un delito sexual, con una madre indolente que le da prevalencia a la relación sentimental que tiene con el procesado a la relación con su hija, acogiéndose tanto la progenitora como la abuela a su garantía fundamental a no declarar, debiendo darse prevalencia a los derechos fundamentales de la menor.

Estimó entonces que procede la incorporación de la entrevista forense como prueba de referencia admisible, en tanto se está frente a una disponibilidad relativa de la testigo.

CONSIDERACIONES

Esta Sala tiene competencia, en los términos establecidos en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, para conocer y desatar el asunto sometido a estudio, como quiera que se trata de un auto proferido en audiencia por la Juez Segunda Penal del Circuito de Bello, Antioquia, despacho adscrito a este distrito judicial, respecto al cual, ya se indicó al desatar el recurso de queja, procedía el recurso de apelación, pues aún en tratándose del decreto de la prueba, tiene como presupuesto el desconocimiento de una prerrogativa constitucional que puede repercutir en aspectos sustanciales del proceso.

Es límite de nuestra intervención, de acuerdo con las técnicas del recurso de apelación, el tema propuesto por la impugnante.

De conformidad con el planteamiento de la recurrente, el problema jurídico a resolver consiste en determinar si resulta admisible la entrevista de la menor como prueba de referencia, teniendo en cuenta que esta se acogió a su derecho constitucional a no declarar en contra de GABRIEL HUGO MARTÍNEZ ESTRADA, por ser el compañero permanente de su madre.

Para resolver tal cuestión, lo primero que debemos indicar, es que conforme al parágrafo del artículo 275 de la Ley 906 de 2004, adicionado por el artículo 1º de la Ley 1652 de 2013, las entrevistas de los menores víctimas de delitos sexuales constituyen elemento material probatorio, lo que implica que pueden ser incorporadas a juicio a través del profesional que lo examinó y, en este orden, apreciadas en conjunto con los demás elementos de juicio.

Del mismo modo, el parágrafo 1º del artículo 206 A *ibid.*, establece que en atención a la protección de la dignidad de los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales, la entrevista forense será un elemento material probatorio **al cual se accederá siempre y cuando sea estrictamente necesario** y no afecte los derechos de la víctima menor de edad, lo anterior en aplicación de los criterios del artículo 27 del Código de Procedimiento Penal.

Por su parte, el artículo 438 *ibidem*, establece que solo es admisible la prueba de referencia, cuando el declarante:

- a) Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación;
- b) Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar;
- c) Padece de una grave enfermedad que le impide declarar;
- d) Ha fallecido.
- e) <Literal adicionado por el artículo 3 de la Ley 1652 de 2013. El nuevo texto es el siguiente:> **Es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal**, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo Código.

Así las cosas, si bien es cierto las entrevistas constituyen prueba de referencia, puesto que la manifestación anterior no se lleva al juicio por su autor sino por un tercero, también lo es que su admisibilidad está avalada por el legislador, entre otras circunstancias, cuando se trata de víctimas menores de edad de delitos contra la integridad, libertad y formación sexual, conforme a lo establecido en el literal e) del artículo 438 de la Ley 906 de 2004.

Ahora bien, la discusión que plantea la recurrente tiene que ver en concreto con la admisibilidad de esa entrevista, cuando el menor se acoge al artículo 33 de la Constitución Política que a su letra dice:

ARTICULO 33. Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

Para resolver tal cuestión, en tanto se está frente a una tensión, entre los derechos de la menor y el procesado, acudiremos a lo expuesto por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, respecto a la prueba de referencia:

En el proceso con radicado 54816 del 2 de diciembre de 2020, M.P. PATRICIA SALAZAR CUELLAR, respecto a la prueba de referencia en el caso especial de los niños se analizó:

“La admisibilidad de la prueba de referencia es excepcional (art. 379), por virtud de lo cual **se limita a las hipótesis en las que el testigo no se encuentre disponible para declarar en juicio**, como son las descritas en el artículo 438.

Esa naturaleza excepcional obedece, básicamente, a que la declaración foránea lesiona el derecho a la confrontación del testigo¹ y el principio de inmediación, los que constituyen garantías procesales fundamentales (arts. 250-4 constitucional, y 8-lit. k, 15, 16, 379 y 402 del C.P.P.). Es esa la razón, también, por la que el artículo 381 dispone que *«la sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia»*.

El procedimiento para la admisión de una prueba de referencia abarca las siguientes etapas: (i) el descubrimiento de la misma; (ii) la explicación de la pertinencia de la declaración anterior; (iii) la enunciación y demostración de la causal de su admisibilidad excepcional; 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 (SP14844-2015, oct. 28, rad. 44056; SP4103-2020, oct. 21, rad. 56919; entre otras).

Cuando la víctima del delito es un niño o niña, la Sala ha puesto de presente la necesidad de brindarles la protección especial dispuesta en el ordenamiento jurídico (especialmente, en la Constitución Política y los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por Colombia). Sin embargo, ha aclarado que ello no puede hacerse a través de la eliminación de las garantías mínimas del procesado, entre otras cosas porque las mismas también están

¹ En la SP1664-2018, may. 16, rad. 48284, se indicó que el derecho a la confrontación, incluye: *«(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 objeciones a las preguntas y/o las respuestas); (iii) el derecho a asegurar 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»*.

previstas en normas con fuerza constitucional (SP2709-2018, jul. 11, rad. 50637; SP934-2020, may. 20, rad. 52045; SP4103-2020, oct. 21, rad. 56919, entre otras).

Sobre esa base, ha resaltado que el ordenamiento jurídico le brinda a la Fiscalía diversas posibilidades para presentar en el juicio oral la declaración de un niño o niña que comparece en calidad de víctima de delitos sexuales u otras conductas graves, a saber: (i) hacer uso de la prueba anticipada; (ii) solicitar la declaración anterior como prueba de referencia; y (iii) presentar al niño como testigo en el juicio oral (SP2709-2018, jul. 11, rad. 50637; SP934-2020, may. 20, rad. 52045; SP4103-2020, oct. 21, rad. 56919, entre otras).

Por último, se ha admitido la posibilidad de que se incorporen como prueba de referencia las declaraciones anteriores aun cuando la Fiscalía presenta al niño o niña como testigo en el juicio oral, pero advirtiendo que ello solo es posible en casos excepcionales como, **por ejemplo, cuando la edad de la supuesta víctima, su condición mental u otra situación equivalente den lugar a que su disponibilidad como testigo sea relativa** (SP2709-2018, jul. 11, rad. 50637; SP934-2020, may. 20, rad. 52045; SP4103-2020, oct. 21, rad. 56919, entre otras).” (negritas propias)

En providencia con radicado 56919 del 21 de octubre de 2020, la misma corporación reiteró su jurisprudencia en torno a las posibilidades que el ordenamiento jurídico le otorga a la Fiscalía respecto al testimonio de niños que comparecen a la actuación penal en calidad de víctimas de delitos sexuales, refiriendo el trámite que debe agotarse frente a cada una de esas modalidades, para garantizar el debido proceso. Dijo:

“De tiempo atrás esta Corporación ha resaltado que el derecho a la confrontación constituye uno de los pilares del sistema de enjuiciamiento criminal regulado en la Ley 906 de 2004, por constituir una garantía judicial mínima del procesado y por su importancia para la depuración de la prueba testimonial (CSJAP, 30 sep 2015, Rad. 46153; CSJSP, 11 jul 2018, Rad. 50637; CSJSP, 20 may 2020, Rad. 52045, entre muchas otras).

Igualmente, tiene dicho que el derecho a la confrontación tiene varios elementos estructurales, entre los que se destacan la posibilidad de controlar el interrogatorio y de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo, con las prerrogativas del contrainterrogatorio y, en general, con las posibilidades dispuestas en el ordenamiento jurídico para la impugnación de los testigos (CSJSP, 20 ago 2014, Rad. 43749; CSJAP, 30 sep 2015, Rad. 46153; CSJSP, 25 ene 2017, Rad. 44950; CSJAP, 5 jun 2019, Rad. 55337; entre muchas otras).

Lo anterior permite entender por qué la norma rectora prevista en el artículo 16 de la Ley 906 de 2004 establece que “en el juicio

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...”.

Por vía de excepción, el ordenamiento jurídico permite la incorporación de prueba de referencia, entendida esta como las declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, que se presentan en este escenario como medio de prueba de uno o varios aspectos relevantes del debate, cuando no es posible su práctica en el juicio (CSJSP, 30 sep 2015, Rad. 46153, entre muchas otras). Cabe recordar que el concepto está definido en el artículo 437, mientras que en el artículo 438 se establece su prohibición como regla general y se precisan las causales de admisión excepcional.

En la misma línea, la Sala ha aclarado que los documentos que contienen declaraciones deben someterse a las reglas de la prueba testimonial (CSJAP, 30 sep 2015, Rad. 46153; CSJAP, 7 mar 2018, Radicado 51882; entre otras). Bajo ese mismo criterio, precisó que la prueba pericial no puede ser utilizada para la incorporación subrepticia de declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, para lo que resulta determinante establecer si con esa actuación (la incorporación como prueba) se afecta el derecho a la confrontación (CSJSP, 11 jul 2018, Rad. 50637, entre otras).

Como la admisión de prueba de referencia generalmente entraña la afectación del derecho a la confrontación, pues el procesado y su defensor no tienen la oportunidad de controlar el interrogatorio y/o interrogar al testigo, resulta imperioso que **la admisión de estas declaraciones se sometan al escrutinio judicial, con las respectivas garantías para las partes**. Bajo esta lógica, la Sala se ha referido reiteradamente al procedimiento para la admisión de prueba de referencia, el cual abarca 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. El escenario natural para debatir estos temas es la audiencia preparatoria (cuando para ese momento se ha configurado la respectiva causal de admisibilidad) y, excepcionalmente, el juicio oral** (CSJSP, 28 oct 2015, Rad. 44056; CSJSP, 20 mayo 2020, Rad. 52045; entre otras).

Cuando la víctima del delito es un niño, la Sala ha puesto de presente la necesidad de brindarles la protección especial dispuesta en el ordenamiento jurídico (especialmente, en la Constitución Política y los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por Colombia). Sin embargo, **ha aclarado que ello no puede hacerse a través de la eliminación de las garantías mínimas del procesado, entre otras cosas porque las mismas también están previstas en la Constitución Política y en diversos tratados sobre derechos humanos suscritos por Colombia** (CSJSP, 11 jul 2018, Rad. 50637; CSJSP, 20 mayo 2020, Rad. 52045; entre otras).

Sobre esa base, ha resaltado que el ordenamiento jurídico le brinda a la Fiscalía diversas posibilidades para presentar en el juicio oral la declaración de un niño que comparece en calidad de víctima de delitos sexuales u otras conductas graves, a saber: (i) hacer uso de

la prueba anticipada; **(ii) solicitar la declaración anterior como prueba de referencia;** y **(iii) presentar al niño como testigo en el juicio oral (CSJSP, 11 jul 2018, Rad. 50637; CSJSP, 20 mayo 2020, Rad. 52045; entre otras).**

Para tomar esa decisión, el fiscal debe considerar las particularidades del caso y, principalmente, tener en cuenta los requisitos legales y las consecuencias de optar por una de estas opciones. Por tanto, **(i) si decide presentar la declaración anterior como prueba de referencia, debe agotar el trámite relacionado en precedencia, así como considerar la restricción prevista en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004;** **(ii) de optar por presentar al niño como testigo en el juicio, debe considerar, entre otras cosas, la posibilidad de que este se retracte o cambie la versión, y tener presente los requisitos para que, ante esa eventualidad, la versión anterior pueda ser incorporada como "testimonio adjunto", a los que se hará alusión más adelante;** y **(iii) si se inclina por la práctica de una prueba anticipada, debe ceñirse a la expresa reglamentación prevista en el ordenamiento procesal penal.**

Debe resaltarse que tanto la Corte Constitucional (T-008 de 2020) como esta Corporación (CSJSP, 11 jul 2018, Rad. 50637, entre otras), se han referido reiteradamente a las bondades que en este tipo de casos podría tener la prueba anticipada, en la medida en que evita una nueva victimización en el ámbito judicial, le permite a la defensa el ejercicio del derecho a la confrontación, garantiza un adecuado registro de la declaración, etcétera." – negrilla propia -

De conformidad con los apartes de las providencias transcritas, considera la Sala que es precisamente la protección especial ordenada por la carta magna a los menores de edad, la que permite la incorporación en juicio de la entrevista forense como prueba de referencia cuando los menores son víctimas de delitos sexuales, bastando con acreditar la minoría de edad y que se esté frente a uno de los tipos penales previstos en el literal e) del artículo 438 de la Ley 906 de 2004.

Por supuesto, se debe cumplir con el procedimiento para la admisión de prueba de referencia, el cual comporta las siguientes fases:

(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.

Frente a ello, no queda duda que el fiscal del caso descubrió en la oportunidad procesal pertinente la entrevista rendida por la menor, en tanto ninguna objeción al respecto se presentó por la defensa en el trámite de la audiencia preparatoria.

En punto a la explicación de la pertinencia de la declaración anterior, si bien en la audiencia de juicio oral se limitó a indicar que realizaba la petición de admisión de la entrevista rendida por la menor ante el CTI, conforme a lo dispuesto en el artículo 206 A de la Ley 906 de 2004, a introducirse con la investigadora Lucelly Vélez Muñoz, dada la negativa de la adolescente a declarar con fundamento en el artículo 33 de la Constitución Nacional, lo cierto es que no queda duda alguna de la pertinencia de la aludida declaración previa como quiera que se trata, justamente, de la versión de la presunta víctima de las agresiones sexuales; ciertamente, a juicio de la Sala, esa declaración, que fue admitida para ser practicada en juicio contenía la esencial información que ahora se procura introducir por la delegación de la Fiscalía General de la Nación para dar cuenta sobre lo acontecido.

En punto a la enunciación y demostración de la causal de admisibilidad, advierte la Sala que en efecto, pese a que

el representante del ente acusador no aludió al literal e) del artículo 438 de la Ley 906 de 2004, es claro que la adolescente es menor de dieciocho (18) años y presunta víctima de un delito contra la libertad, integridad y formación sexual, explicándose por el delegado fiscal que requería tal elemento en tanto la menor se negó a declarar en juicio amparada en el artículo 33 de la Constitución y ello, ante las circunstancias en que se presentó el ejercicio de tal derecho, permitían introducir la entrevista.

Finalmente, en lo atinente a la indicación de los medios a través de los cuales se demostraría la existencia y contenido de la declaración, el fiscal precisó que se haría con la declaración de la investigadora Lucelly Vélez Muñoz, quien recepcionó la entrevista a la menor.

En ese orden, la Corte ha precisado respecto al debido proceso probatorio, que la prueba debe ser:

“ (i) ... 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.”

Y,

“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.”²

² CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153. Recientemente, SP del 12 de agosto de 2020, Radicado 53127. En esta se dijo: “Recuérdese que las pruebas de referencia son admisibles sólo en hipótesis de indisponibilidad del testigo (art. 438 C.P.P.) y si bien es cierto la jurisprudencia ha flexibilizado esa regla en tratándose de víctimas menores de edad permitiendo la incorporación de sus deposiciones anteriores aun cuando concurren al proceso, lo cierto es que esta posibilidad debe sujetarse al cumplimiento de los pasos debidos para la admisión de esa modalidad probatoria, como se reiteró en la sentencia SP934-2020, mayo 20, rad. 52045...”

No se discute la importancia del planteamiento de la recurrente, quien cuestionó la admisibilidad de la prueba de referencia en este caso, por considerar que dadas las falencias argumentativas del delegado de la fiscalía y no acreditarse que la menor hubiere estado presionada para acogerse a su derecho constitucional a no declarar en contra de su padrastro, dicha admisibilidad vendría en ilegal, solicitando la exclusión de la prueba, por no cumplir con los parámetros dispuestos por el legislador y vía jurisprudencial, en tanto para su incorporación al juicio oral, se exige que se acredite la causal de admisión excepcional de dicha prueba.

Empero, en ello hemos de dar razón a la Jueza de Primera Instancia, creemos que cuando la jovencita procuró ejercer su derecho a no declarar contra su padrastro, esta manifestación no estuvo precedida de una libertad en la voluntad de aquella; baste observar su explicación cuando se le preguntó el por qué lo hacía: *-Por la familia-* quedando, en nuestro criterio, en evidencia, que sí había presión indebida para tal manifestación y tal situación, cómo no, encaja dentro de la tesis que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, desarrolló en la providencia con radicado 50587 de 2020, pues si bien allí se trataba de una víctima mayor de edad de un delito sexual, tal razonamiento es igualmente aquí aplicable y debía acreditarse, para la introducción de la entrevista, que *“al hacer uso de su derecho a no declarar contra los parientes”* el consentimiento de la víctima se encontraba viciado, por lo que la situación encajaba en uno de las causales excepcionales de admisibilidad de la prueba de referencia descritas en el aludido artículo 438.

A diferencia de lo que estima la defensa, dentro del desarrollo de la prueba testimonial fallida sí se logró advertir la afectación en la voluntad de la menor para hacer uso de su derecho

constitucional a no declarar en contra de sus parientes y ello habilitaba a la delegación de la FGN para deprecar de la juez la introducción, como prueba de referencia, de la entrevista que le había sido recibida a la adolescente.

Precisamente, en la aludida providencia se efectuó el siguiente análisis:

5. El derecho a no declarar en juicio y la posibilidad de admitir como prueba de referencia la declaración anterior del testigo cuando no se hace ejercicio libre de aquel privilegio constitucional

(...)

Ahora, según lo puede advertir la Sala, con alguna deficiencia en su postulación por parte de la fiscal y en la conducción del procedimiento a cargo de la juez de conocimiento, aquella declaración anterior de Blanca Liliana Peñuela Gutiérrez, se reitera, fue admitida e introducida a la actuación por el investigador judicial John Hamilton Londoño Jurado, tras el proceso de incorporación que supuso descubrimiento del medio de prueba por parte de la Fiscalía, la sustentación de su pertinencia, la invocación de la situación habilitante en los términos del artículo 438 de la Ley 906 de 2004 y la posibilidad efectiva de oposición a dicha determinación por parte de la defensa del acusado (CD-1 audiencia de juicio oral, min. 00:18:50).

Cabe destacar, para su análisis, que la circunstancia en la que se fundamentó la admisión de la prueba de referencia de Blanca Liliana Peñuela Gutiérrez es la prevista, como cláusula residual incluyente, en el **literal b) del artículo 438 de la Ley 906 de 2004**, referida a que corresponde al testigo que *«es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar»*. De dicho aspecto, que toca con la legalidad de la prueba, se ocupará la Sala a continuación.

5.1. Delimitación del problema

El problema central se contrae a la viabilidad legal de valorar como prueba de referencia la denuncia formulada por la víctima – obviamente por fuera del juicio oral-, a pesar de que en este último escenario manifestó su intención de hacer uso del privilegio consagrado en el artículo 33 de la Constitución Política.

Ese interrogante general debe ser desagregado en los más específicos, pues de ello dependen varios aspectos relevantes para el desarrollo jurisprudencial, entre ellos: (i) para mantener la disciplina del precedente, el análisis debe reducirse a las reglas orientadas a la solución del caso (CSJSP, 52227 de 2020, entre otras); y (ii) a mayor especificidad, la argumentación será más entendible y, por tanto, aplicable al universo de casos que guarden analogía fáctica, y rebatible por los demás actores del sistema penal.

Aclarado lo anterior, la Sala advierte que frente al primer aspecto (la posible afectación del derecho de la testigo-víctima a no declarar en contra de su compañero sentimental), existen dos líneas de discusión perfectamente delimitables, a saber: (i) la verificación de si la víctima que invoca el privilegio actuó con plena libertad o si, por el contrario, su manifestación es producto de amenazas o cualquier tipo de presión ilegal; y (ii) si la persona que en su momento decidió con plena libertad renunciar a ese derecho y, por tanto, formular la denuncia penal que dio lugar a la acusación y al encarcelamiento preventivo, puede, **si actúa con esa misma libertad**, «retomar» el derecho previsto en el artículo 33 de la Constitución Política durante su intervención en el juicio oral.

Estas situaciones no solo son diferentes sino que, además, se excluyen entre sí, porque si la invocación del referido privilegio obedece a amenazas o presiones ilegales ejercidas sobre la víctima, pierde relevancia el estudio de la segunda hipótesis, habida cuenta de que la discusión sobre la misma solo será relevante cuando el titular del derecho obra con libertad.

Lo contrario implicaría el contrasentido de desproteger múltiples derechos de las víctimas (acceso a la administración de justicia, autonomía de la voluntad, etc.), con el pretexto de proteger un derecho (a no declarar en contra de sus parientes) que ha invocado por las presiones de que ha sido objeto. Ello, sin duda, podría dar lugar a una nueva victimización en el ámbito judicial, totalmente ajena a las obligaciones contraídas por Colombia en materia de erradicación de toda forma de violencia en contra de las mujeres.

Lo expuesto en precedencia también determina el segundo bloque de análisis, atinente a la posible vulneración de los derechos del procesado con la utilización, como prueba de referencia, de una declaración rendida por fuera del juicio oral. Ello por cuanto en ese ámbito debe resolverse si la indisponibilidad del testigo encaja en alguno de los supuestos de admisión excepcional de prueba de referencia.

Desde ya puede anticiparse que si la no disponibilidad del testigo es producto de las amenazas u otro tipo de presiones ilegales, es claro que se está ante uno de los eventos previstos en el artículo 438 de la Ley 906 de 2004, concretamente en su literal b, que, bajo la modalidad de cláusula abierta, regula los eventos en que la imposibilidad de escuchar la declaración del testigo obedece a que ha sido víctima de delitos que impiden que la prueba se practique de la forma regular, esto es, en el juicio oral y con la posibilidad de realizar el interrogatorio cruzado, o cuando ello obedece a «eventos similares». Este tema será retomado más adelante”

Si bien, como se indicó, que el caso que allí se analizó estaba referido a una víctima mayor de edad y la causal de admisibilidad como prueba de referencia se analizó por los cauces del literal b) del artículo 438 del C.P., por ende la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, exige para su configuración que se acredite que

en ejercicio del derecho consagrado en el artículo 33 de la Constitución Política, el consentimiento de la víctima estuvo viciado, para que encaje en "*un evento similar*" y pueda admitirse esa declaración anterior como prueba de referencia, de la misma forma podemos aplicar la regla cuando se trate de menores que, como en este caso, habiendo sido llamados a declarar en juicio oral y por ende no se había pedido la introducción de la entrevista como prueba de referencia en la audiencia preparatoria, al momento de su presencia en el estrado, súbitamente deciden hacer uso del derecho a no declarar contra sus parientes, debiendo entonces indagarse por las causas de su decisión y establecer si tal circunstancia tiene cabida en las previsiones del literal b del artículo 438 de la ley 906 de 2004.

Para la Sala, precisamente en virtud de la protección constitucional reforzada de los menores de edad, que no puede privilegiarse el derecho de la presunta menor víctima en este caso a no declarar en juicio en contra de su padrastro sobre los derechos que le asisten a la justicia, la verdad y la reparación; porque sin lugar a dudas, ello comportaría una nueva victimización y desconocería las obligaciones contraídas por Colombia en materia de supresión de toda forma de violencia en contra de los niños, niñas y adolescentes.

Por ello, aunque no se desconoce que la prevalencia de los derechos de los menores no significa que puedan eliminarse las garantías debidas al procesado, no se advierte, en este caso, vulneración alguna a los derechos del enjuiciado como el debido proceso o contradicción, como lo reclama la recurrente, porque precisamente estamos frente a una causal de admisión excepcional de la prueba de referencia, contenida en el literal e) de la norma en cita y consideramos además que se cumplió con la carga argumentativa de su admisión excepcional ante la no disponibilidad de la deponente.

Lo anterior, lleva a concluir que, en este caso, no se están eliminando las garantías mínimas del procesado, menos cuando en la valoración de dicho medio probatorio y para emitir una sentencia condenatoria existe la limitante dispuesta en el artículo 381: *“la sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia”*, la cual deberá analizar la juez de primera instancia en su momento.

Finalmente debe indicarse, que pese a que la defensora aduce que se vulnera el derecho de contradicción y confrontación, por cuanto renunció a la práctica de algunos testimonios dada la manifestación de la madre, la abuela y la menor de no declarar en juicio, lo cierto es que al verificar el trasegar de la audiencia de juicio oral, encontramos que al haberse admitido la prueba de referencia, misma que se practicó previo a resolver el recurso de apelación, no debió renunciar a la prueba testimonial que deprecia, sin embargo lo hizo aún cuando no se había emitido la decisión resolviendo el recurso de apelación por parte de esta corporación y por ello no encontramos afectación alguna al debido proceso probatorio; su estrategia para el asunto en particular permitía advertir que podían serle necesarios tales testimonios.

Por ello, con el respeto que merecen las alegaciones de la recurrente y bajo el entendido que el tema no deja de ser controversial, la Sala, asumiendo la interpretación que sobre el punto ha desarrollado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, no puede atender los reclamos de la apelante y habrá de confirmarse por ello la providencia objeto del recurso.

En consecuencia, el TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, Sala de Decisión Penal, en uso de las facultades que la ley y la constitución le otorgan

RESUELVE

PRIMERO: Confirmar la decisión emitida el cuatro (4) de marzo de dos mil veintiuno, proferido por la Juez Segunda Penal del Circuito de Bello, Antioquia, mediante el cual admitió la incorporación al juicio de prueba de referencia, consistente en la entrevista rendida por la menor M.D.L.A.P.C.

SEGUNDO: En contra de esta determinación no procede ningún recurso.

Esta decisión se notifica en este estrado judicial y su lectura ha sido delegada al magistrado ponente.


CÚMPLASE



RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ
Magistrado



JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ
Magistrado



MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS

Magistrado

(Con Salvamento de Voto)