

RV: RV: Accion de tutela Luis Erney Rivera Molina

John Alexander Ruiz Beltran <Johnrb@cortesuprema.gov.co>

Mar 29/11/2022 15:12

Para: Recepcionprocesospenal <recepctionprocesospenal@cortesuprema.gov.co>; faberborja47@hotmail.com <faberborja47@hotmail.com>

CC: Secretaria General Corte Suprema <secretariag@cortesuprema.ramajudicial.gov.co>

1 archivos adjuntos (779 KB)

RV: Accion de tutela Luis Erney Rivera Molina;

CESG N° 2080

Señores

Secretaría de la Sala de Casación Penal
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Ref: Traslado N° 858 de tutelas contra los Tribunales Superiores de Distrito Judicial.

Accionante: Luis Herney Rivera Molina, a través de apoderado

Accionado: Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Buga

Para los fines pertinentes, se reenvía el correo electrónico que contiene adjunta la acción de tutela citada en la referencia.

Comunicación del traslado

Doctor

FABER BORJA RIVERA

Mediante el presente, se comunica que para los fines pertinentes la acción constitucional se remitió a la Secretaría de la Sala de Casación Penal, cuyo correo electrónico es

notitutelapenal@cortesuprema.gov.co, solicitándole que a futuro tratándose del asunto se dirija única y directamente al e-mail señalado, en aras de la celeridad y para evitar traumatismos.

Lo anterior en razón a que, el reparto y demás gestiones de los procesos ordinarios y de tutela se realizan a través de las Secretarías de cada Sala Especializada, esta oficina maneja los asuntos de Sala Plena y temas administrativos.

John Alexander Ruiz Beltrán
Auxiliar Judicial 03
Secretaría General
(571) 562 20 00 ext. 1218
Calle 12 N.º 7-65, Bogotá, Colombia.

De: Secretaria General Corte Suprema <secretariag@cortesuprema.ramajudicial.gov.co>

Enviado: martes, 29 de noviembre de 2022 12:35 p. m.

Para: John Alexander Ruiz Beltran <Johnrb@cortesuprema.gov.co>

Cc: Carlos Orlando Hernandez Chiquiza <carloshc@cortesuprema.gov.co>; Ibett Cecilia Guerrero Rodríguez <ibettgr@cortesuprema.gov.co>

Asunto: RV: RV: Accion de tutela Luis Erney Rivera Molina

Buenos días

5. Remito acción de tutela de FABER BORJA RIVERA, contra LA SALA DE DECISIÓN PENAL DEL TSDJ DE BUGA.

Muchas gracias y que tenga un feliz día.

Cordialmente,



María Camila Galindo Arias
Escribiente Nominado
Secretaría General
(571) 562 20 00 ext. 1206
Calle 12 N° 7 - 65
Bogotá, Colombia.

De: FABER BORJA RIVERA <faberborja47@hotmail.com>

Enviado: martes, 29 de noviembre de 2022 11:41 a. m.

Para: Secretaria General Corte Suprema <secretariag@cortesuprema.ramajudicial.gov.co>

Asunto: RV: RV: Accion de tutela Luis Erney Rivera Molina

De: postmaster@outlook.com <postmaster@outlook.com>

Enviado: martes, 29 de noviembre de 2022 9:04 a. m.

Para: relatoriatutelas@cortesuprema.gov.co <relatoriatutelas@cortesuprema.gov.co>

Asunto: Undeliverable: RV: Accion de tutela Luis Erney Rivera Molina

No se pudo entregar a estos destinatarios o grupos:

relatoriutelas@cortesuprema.gov.co (relatoriutelas@cortesuprema.gov.co)

El dominio del destinatario ha rechazado su mensaje. Esto se debe a que la dirección de correo electrónico del destinatario no está incluida en el directorio del dominio. Puede que no esté bien escrita o que no exista. Siga las indicaciones siguientes que sean necesarias para intentar solucionar el problema:

1. Vuelva a enviar el mensaje: elimine y vuelva a escribir la dirección antes de volver a enviar el mensaje. Si su programa de correo le muestra una sugerencia automática, no la seleccione, escriba la dirección de correo electrónico completa.
2. Borre la Lista de Autocompletar del programa de correo según los pasos indicados en [este artículo](#). A continuación, vuelva a enviar el mensaje.

Si es administrador de correo

El bloqueo perimetral basado en directorios está habilitado en la organización del destinatario y no se ha encontrado el destinatario en el directorio. Si el remitente usa la dirección de correo electrónico correcta, pero sigue teniendo este problema, póngase en contacto con el administrador de correo del destinatario y avise a ambos del problema. Para solucionarlo, tienen que volver a sincronizar los directorios locales y en la nube.

Información de diagnóstico para los administradores:

Generando servidor: MW4PR16MB4631.namprd16.prod.outlook.com

relatoriutelas@cortesuprema.gov.co

Remote Server returned '550 5.4.1 Recipient address rejected: Access denied. AS(201806281)
[SN1NAM02FT0009.eop-nam02.prod.protection.outlook.com]'

Encabezados de mensajes originales:

ARC-Seal: i=1; a=rsa-sha256; s=arcselector9901; d=microsoft.com; cv=none;

b=Ix0GiDQsGDYEq8VTf1YLIIiqf/Y46xZ6QY/mDRMlwQqgZrmFdReykWfwP+x98aBUWZ0cpG4QaduD3dC7Bxi4C8c4zrZnA6PwnR+Az
oM51kw1BvaUkxtT0SBVhMLw1KbZUe0tTPznCa+67aDNVS1Vukp08MuZxRXUq0TF3mR96CSHfjnFGo+bqumKtqsRGM5BJQ7nCg9ahRR
iaJdsWlyWlezt7fCUdmm6HbjgNg4iJ1i1qbQR+mZ16VAk5Q5Gziyu3DRof2mSsfP8Kk1p181FhiE724Z6BkFCVj7qSNjNx41U3kfDNFM
K9h+1TSw3g7R0oR9BXUba+7LSuflU2bKMrxnbw==

ARC-Message-Signature: i=1; a=rsa-sha256; c=relaxed/relaxed; d=microsoft.com;
s=arcselector9901;

h=From:Date:Subject:Message-ID:Content-Type:MIME-Version:X-MS-Exchange-AntiSpam-MessageData-
ChunkCount:X-MS-Exchange-AntiSpam-MessageData-0:X-MS-Exchange-AntiSpam-MessageData-1;
bh=Y183etifDS7auyX9fYrlWXE+1DPCCQdZKkpGgjV315w=;

b=nYvPMHi/sKaK3jr2RW5A1bLwwhYHVcrAab+GVcY1NshhKNeATmxC5fgM1BuOC/05Q8Y00UnI8eMPUJDxx0IAq/R65E7BvzCAGR/y
3uCYjMFP4i9IuryYwFqjPRahIZi88vbAJTsSifdFN+311Ep5Z1PkzK75r2YzykGre7TYtjEpQ8/10XU66le18vzVsdz9jBFChJFME0
w9H1VzhhCB53AMS9VCEeM8MCXR1GV2/NCmog+NKdQ/fY/oC22Srr2+dNXQ8S10bKUi3GuTN1GOXmTszi9r7xvdiyI61h2UdFBydE1t
gEWnGN71oXAb7G/elynmvp1pLG7PL910whf6Tg==

ARC-Authentication-Results: i=1; mx.microsoft.com 1; spf=none; dmarc=none;
dkim=none; arc=none

DKIM-Signature: v=1; a=rsa-sha256; c=relaxed/relaxed; d=hotmail.com;
s=selector1;

h=From:Date:Subject:Message-ID:Content-Type:MIME-Version:X-MS-Exchange-SenderADCheck;
bh=Y183etifDS7auyX9fYrlWXE+1DPCCQdZKkpGgjV315w=;

b=hxiP8ekyKQIot91QLoLxuF2z+82L5+Mde8irMZj+EbsZkV0n6Kp3Wpf2VCp4QD/uUn8ZutZvtCrCV8ub75LWVPqVtgYSFNxVmW6gUvQNb+mKoAPKL6JYYCf2SJcsmznMne/XBX45nig2YeXq9h9GW4gvFT71c07Tw1T0ncS1DyRdDpY3FFEG2Wgu6VeeZ16oRcqADLgPy960kyor5E48B4ZbMC/1Fjh22W5102qejtpezL1dyWv8P6G3+031xm8t/93ep1rgE0fYg02x0TXAs4D5FzNR6WvEIx9P7u6wbBziFnc+fGXgk0UKu1MYVa/UmDFYwdGedBFQ4+F0+jCXg==

Received: from BN6PR1601MB1345.namprd16.prod.outlook.com (2603:10b6:404:b0::15) by MW4PR1601MB4631.namprd16.prod.outlook.com (2603:10b6:303:186::10) with Microsoft SMTP Server (version=TLS1_2, cipher=TLS_ECDHE_RSA_WITH_AES_256_GCM_SHA384) id 15.20.5857.23; Tue, 29 Nov 2022 14:04:45 +0000

Received: from BN6PR1601MB1345.namprd16.prod.outlook.com ([fe80::281a:8097:6b19:382]) by BN6PR1601MB1345.namprd16.prod.outlook.com ([fe80::281a:8097:6b19:382%9]) with mapi id 15.20.5857.023; Tue, 29 Nov 2022 14:04:45 +0000

From: FABER BORJA RIVERA <faberborja47@hotmail.com>

To: "relatoriatutelas@cortesuprema.gov.co"

<relatoriatutelas@cortesuprema.gov.co>

Subject: RV: Accion de tutela Luis Erney Rivera Molina

Thread-Topic: Accion de tutela Luis Erney Rivera Molina

Thread-Index: AQHZA2m9EIWUVCLsB0m1ExmSKfsXja5V7syFgAABHHE=

Date: Tue, 29 Nov 2022 14:04:45 +0000

Message-ID: <BN6PR1601MB1345E7F51FF6EDF6D6762E85CA129@BN6PR1601MB1345.namprd16.prod.outlook.com>

References: <CA02Z8qeRBodPy3AK10i+e4e-nLm-DKD-rnpwf-ZNq8kQiCdWVw@mail.gmail.com>

<BN6PR1601MB1345EF243A86EE6E19BDACF0CA129@BN6PR1601MB1345.namprd16.prod.outlook.com>

In-Reply-To: <BN6PR1601MB1345EF243A86EE6E19BDACF0CA129@BN6PR1601MB1345.namprd16.prod.outlook.com>

Accept-Language: es-CO, en-US

Content-Language: es-CO

X-MS-Has-Attach: yes

X-MS-TNEF-Correlator:

msip_labels:

x-ms-exchange-messagesentrepresentingtype: 1

x-tmn: [q9801SU7v/Agi93DjVx1Y/FVBePjPzFEar1KM7dKu8Apc5GjYbH818QViNxQNF1L]

x-ms-publictraffictype: Email

x-ms-traffictypediagnostic: BN6PR1601MB1345:EE_|MW4PR1601MB4631:EE_

x-ms-office365-filtering-correlation-id: 987ab0d4-bfdd-46aa-3da8-08dad212ab9f

x-microsoft-antispam: BCL:0;

x-microsoft-antispam-message-info:

NfQX4mLk7oA8k836pUs1ld1DwtHly3rbB+h1GEFW6qAtFevvvkBTlkSWsX0HGtnjy5A6CMsInT8cZAGhveKiY0g07wCuGaqANYR+FNGUznrDm+9Z7xe6AX0c4KHY7pRmQZaGyP8AQtZNBa95vFoYkYQ23MjqY3jDvJQ59qghi0QAIIn4Cw5RoL1k17ZxfH0C3Xp6gKn2P P+Lx/+tKfea1Ks8ysSRtzx5DFn8UYs4mPswxARyGK1510JF51p5fIdxKhKUmjeSoDB8/Qucn+stQ4ePF4dq7MBGbSAMA9xrq1VKx E5u0hTeMRm0vsgUdt9rdCBSdM2KHa0UzCNW3SGjJcE1z7/3f1wR66+OPiB7v7m9000AU5IUVJEGDubzNLiDmys5c+LIUu8RYjJ1Vjc Vgxoqgj47E0Tvas6DYJ/YbxCEFgZR7Qpad5w/P0FA+UN3+uu9i5BPXw5Nd/he1M4rSuzqbXysIdtUly81fr5z8+v0N9i6cjVlp0j iYpjfu+2SUBGJsa2yFDHbL7gsMX85yQXAeKmMuzp9+b8o=

x-ms-exchange-antispam-messagedata-chunkcount: 1

x-ms-exchange-antispam-messagedata-0: =?iso-8859-1?Q?

9VHbHVW21T3RVnmVeDj5VaVtBkyZrm13CHhsHLoURu89qR3W3R3CZIGsx?=

=?iso-8859-1?Q?YwWnUTpaQGZXUyQseISwC4mKNBnmdjtDbwK7WSYFjeM/T1PgCdngcwHL9u?=

=?iso-8859-1?Q?ciJci0C1+pt3gY/PZyD+n0vCNCIL14zXe0R8YkItxExq+xaSSYsPwzzjCr?=

=?iso-8859-1?Q?z2fbnX41pk19B1t+KLx994RM9S0zP/sbUKhwBFeMVLhEODmMrVmR/GmAuR?=

=?iso-8859-1?Q?TMHdTjJK6CeFEB5NVJzkb/qaU6cBZG63yilVvseItRv9MhF0xFDS33hD6e?=

=?iso-8859-1?Q?ucc30SabUoCxyj7efNrj5B2d9KbCBjgsoyu7KkDNAQwn4x6xJCCetv6Xx?=

=?iso-8859-1?Q?CaQydjL9/VcjdeD1T/0C1k18qb6t49TFKgtUXUHU44wuwijEm5dgP/0zJ9?=

=?iso-8859-1?Q?/extjtZP6MDXoTZC0VLba80cZQz/u91Lr/6X4Q9v7F31cFQL/Au6Z+0eTG?=

=?iso-8859-1?Q?61sEjcbMmNWFpDtE1XQ/qemt+kFr4VKVv8vDp3XAFw58MdPH4L0ckjeAGX?=

=?iso-8859-1?Q?E5gz04TFRNJL1uxE1RYYasWITx571LHq1c5ktMnVAc1GwJEN7UxSYI0T?=

=?iso-8859-1?Q?L1Uwy1i5aiauUHKcAn78++2zhTgZ8/fc/rqkqIq50Algsh3mFdve6JY3ZR?=

=?iso-8859-1?Q?g/iBp6dVf1Lfm/P7/ZK0+dm0FeHzxAytCCmeYDafp+DTajXGnQWoDI3es?=

=?iso-8859-1?Q?FP+CoTNucMDk40Gw3Uytx0AHhe5M8+8Yr5BT7kHX9wqvNC/915Q1KBSgyE?=

=?iso-8859-1?Q?iUu9saudMHujV07p4ZADLRh1yAyKXF56oMqxScis7Bhh9q2t0d7Se4D8Fk?=

=?iso-8859-1?Q?mtSS/nYe008a5J/Kis06HDFkM2rZ1kIBoXqgedJH5XZi40VXYg2PoBtav2?=

=?iso-8859-1?Q?Szvh/IUp1qwdF0xr43jdtPfHS3IpSAoTfwne4sKeeSy9kJJQElXsvy/xI?=

=?iso-8859-1?Q?XAIwUBFDZraV8Tjcox5oL2DqTCkueVo+0JHCYzhr/S+F3Sk8fft3zZIELI?=

=?iso-8859-1?Q?x6Y7F0gt1jiGwT1i3w17oZMsZEWGbQxnGhj+3kr3iYnf1qdfFDSSB1kUjy?=

=?iso-8859-1?Q?9eVm1cJT4nQgLjNkwG7qFii3upg4oCsysyL8/va2K0/2YhtCYV0hthtmI73?=

=?iso-8859-1?Q?rJE/PZgvHSWUcMBjXgtbOnXJ6J6v2pHKA+E6xywHeg0o1k2DYP0qH5S70y?=

=?iso-8859-1?Q?5QUL/GBud00NeTMBytWmE7yJHnm0mKxrFGLBWjOh20524eYtzs059h+iVq?=

=?iso-8859-1?Q?0PLTtvWh6FeEoQIR0Md2QK+CvgrGaNh1vFPkmNCs8genQIayWIOYyTtqJ0?=

=?iso-8859-1?Q?698/BzbQ23A0ejL/50r61K7VdhcNNJXeofR9VqnyyU/HVZ4rhqSsIH0B/?=

=?iso-8859-1?Q?UbKhdGAz+08IWXBenz7ERDPjE2dA=3D=3D?=

Content-Type: multipart/mixed;

boundary="005_BN6PR1601MB1345E7F51FF6EDF6D6762E85CA129BN6PR1601MB1345_"

MIME-Version: 1.0
X-OriginatorOrg: sct-15-20-4755-11-msonline-outlook-5ce7b.templateTenant
X-MS-Exchange-CrossTenant-AuthAs: Internal
X-MS-Exchange-CrossTenant-AuthSource: BN6PR1601MB1345.namprd16.prod.outlook.com
X-MS-Exchange-CrossTenant-RMS-PersistedConsumerOrg: 00000000-0000-0000-0000-000000000000
X-MS-Exchange-CrossTenant-Network-Message-Id: 987ab0d4-bfdd-46aa-3da8-08dad212ab9f
X-MS-Exchange-CrossTenant-originalarrivaltime: 29 Nov 2022 14:04:45.6774
(UTC)
X-MS-Exchange-CrossTenant-fromentityheader: Hosted
X-MS-Exchange-CrossTenant-id: 84df9e7f-e9f6-40af-b435-aaaaaaaaaaaa
X-MS-Exchange-CrossTenant-rms-persistedconsumerorg: 00000000-0000-0000-0000-000000000000
X-MS-Exchange-Transport-CrossTenantHeadersStamped: MW4PR16MB4631

FABER BORJA RIVERA

Abogado

Universidad Libre de Colombia

Señor

JUEZ CONSTITUCIONAL -REPARTO-

E. S. D.

FABER BORJA RIVERA, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía No.10.095.901 de Pereira, abogado con T.P. No 27.546 del C.S.J, en ejercicio del poder que me ha conferido el señor **LUIS ERNEY RIVERA MOLINA**, persona natural, mayor de edad y de esta vecindad, identificado con la cédula de ciudadanía número C.C. 16.802.214 expedida en la Victoria (Valle del Cauca) quien se encuentra vinculado a juicio oral en el JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO DE CARTAGO VALLE, POR EL DELITO DE ACCESO CARNAL ABUSIVO CONTRA MENOR DE 14 AÑOS, Víctima: AVRT., Radicación: 761476000170201680045, (ac 421/22) a Ustedes con todo respeto manifiesto que interpongo **ACCION DE TUTELA contra la SALA DE DECISION PENAL DEL H. TRIBUNAL SUPERIOR DE BUGA (V)**, por violación al DERECHO FUNDAMENTAL DEL DEBIDO PROCESO, VIA DE HECHO POR ACTUAR AL MARGEN DEL PROCEDIMIENTO ESTABLECIDO, AL RESOLVER EL RECURSO DE APELACION MEDIANTE PROVIDENCIA DEL 3 DE NOVIEMBRE DE 2022 y demás derechos fundamentales relacionados con el anterior y habidos los siguientes

HECHOS :

1.- El señor **LUIS ERNEY RIVERA MOLINA**, fue imputado injustamente del delito de **ABUSO CARNAL VIOLENTO**, contra su hija menor **AVRT.**

2. Practicadas unas entrevistas por el investigador de la defensa, hemos establecido que el hecho indilgado a mi cliente no existió, ya que la menor (Hija de Luis Erney Rivera) AVRT., inventó semejante mentira, al decir que mi poderdante maltrata de obra y palabra a su mamá y porque ya cuando tenía 12 años quería una moto, se la pidió a Luis Erney, su padre, quien se la prometió, pero no le cumplió y se compró una moto grande para él; frustrada en su deseo de moto, mintió, pero ahora, ya más madura ha comprendido su error y ha querido enmendarlo, ejerciendo el derecho que le concede el art. 33 de la C.P. decidió no declarar contra su padre, mi poderdante.

FABER BORJA RIVERA

Abogado

Universidad Libre de Colombia

3.- En sesión de juicio oral, dentro de este proceso, realizada el día 10 de octubre hogaño, el fiscal del caso, que vino al juicio sin haber hecho una investigación juiciosa como era su deber ya que él es el gerente de la acusación y solo se apoyó en lo INVESTIGADO por la COMISARIA DE FAMILIA DE LA VICTORIA (Valle), ANTE ESA FALTA DE INVESTIGACION que he mencionado, solicito el ingreso de entrevistas que sobre los hechos materia del juzgamiento, había rendido la menor víctima, ante la Comisaria de Familia DE LA VICTORIA, VALLE, entrevistas donde, por demás, se violaron todos los protocolos legales que existen para la declaración de menores víctimas de violencia sexual.

4.-El suso dicho fiscal, sustento su petición apoyándose en el artículo 438 literal b de la Ley 906 de 2004, afirmando que en este caso se dan los requisitos para el ingreso en calidad de prueba de referencia las manifestaciones de la menor, ante los funcionarios de la COMISARIA DE FAMILIA, que como lo he indicado han violado todos los protocolos que exige la ley para que un menor declare en casos de violencia sexual. Aquí caben las preguntas porque el fiscal que se ve tan acucioso no investigó y realizó las entrevistas que ahora quiere, con apego a la ley.? ¿Porque se fue a juicio sin haber investigado nada? Porque no gerenció, como es su deber legal, la investigación?

5.-El Doctor JULIO CESAR VALENCIA en su calidad de defensor del señor LUIS HERNEY RIVERA MOLINA, se opuso al pedido del Fiscal considerando que en este caso NO SE DEMOSTRÓ que la menor AVRT Y SU MADRE hayan sido coaccionadas o amenazadas para no declarar al amparo del artículo 33 de la C.P., que permita el ingreso en calidad de pruebas de referencia de las DECLARACIONES MENCIONAONADAS QUE SOBRE LOS HECHOS MATERIA DE JUZGAMIENTO RINDIÓ AVRT ANTE LOS MENCIONADOS FUNCIONARIOS.

6.-Asi mismo el distinguido profesional de la defensa argumentó que no se acreditó por la Fiscalía los presupuestos exigidos en el artículo 438 literal b de la ley 906 de 2004, que permita el ingreso de estas manifestaciones en calidad de prueba de referencia, además en la audiencia preparatoria los testigos con los cuales se va a ingresar las declaraciones anteriores rendidas por la víctima, no fueron convocada para ingresar este tipo de prueba.

7.- Igualmente el togado sostuvo que no es cierto que la víctima al momento de rendir su declaración estuviera bajo el mandato, u orientación de su padre ya que hoy en día vive con su pareja, teniendo una vida propia que nada le impedía en no declarar contra su

FABER BORJA RIVERA

Abogado

Universidad Libre de Colombia

padre y no existe prueba que la madre de AVRT asistiera al juicio bajo amenaza o presión para testificar.

8.- De otro lado el Doctor JULIO CESAR VALENCIA, en ejercicio de su defensa, expuso en la audiencia que, con respecto AL DERECHO DE DEFENSA, AL DERECHO DE CONTRADICCION Y LAS REGLAS DEL JUICIO ORAL Y PUBLICO, NO PUEDEN DECRETARSE LAS PRETENDIDAS PRUEBAS DE REFERENCIA.

9.-El Ministerio Publico intervino de forma sesgada afirmando, **SIN ESTAR ACREDITADO EN EL PROCESO**, que cuando la víctima haga uso de su derecho a no declarar previsto en el artículo 33 superior, MOTIVADA POR AMENAZAS O PRESIONES, SE PUEDE SOLICITAR EL INGRESO AL JUICIO EN CALIDAD DE PRUEBA DE REFERENCIA LA MANIFESTACIONES ANTERIORES.

10.- EL MINISTERIO PUBLICO FALTA A LA VERDAD, CON TREMENDA MANIFESTACION, MINTIENDO DE FORMA ALEVOSA, YENDO EN CONTRAVIA DE TODO LO PROBADO EN ESTE JUICIO. ¿DONDE ESTA LA PRUEBA DE LAS AMENAZAS, PRESIONES O DEPENDENCIA ECONOMICA?

-
11.- La juez del caso considero que no era posible decretar en calidad de prueba de referencia las declaraciones solicitadas por la fiscalía, sin haberse acreditado las amenazas, las presiones o la dependencia económica.

12. El fiscal en forma amañada, tratando de salvar su pobre trabajo, trató de disuadir a la menor para que declarara en contra de su padre, quien fue clara en afirmar su deseo de no declarar, manteniendo en firme su negativa, además el fiscal al no sustentar los requisitos de pertinencia, conduencia y utilidad para el decreto de estas pruebas de referencia.

13.-La Fiscalía apeló y correspondió el asunto a la HONORABLE ,SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BUGA, VALLE.

14.-Dicho despacho señaló: *"Corresponde establecer si es procedente decretar en calidad de prueba referencia en favor de la Fiscalía, las manifestaciones anteriores que sobre los hechos materia de juzgamiento realizó la menor víctima A.V.R.T. ante los profesionales donde fue examinada*

FABER BORJA RIVERA

Abogado

Universidad Libre de Colombia

médica y psicológicamente, Cristian David Aguilar Holguín, Cindy Jhoana Flores (sic) Valencia y Sandra Patricia Ochoa, teniendo en cuenta que en juicio oral no desea declarar haciendo uso de la excepción contemplada en el artículo 33 superior."

15.-La referida Sala, en contravía del derecho fundamental del DEBIDO PROCESO, y en flagrante vía de hecho, cayendo en el **DEFECTO PROCEDIMENTAL, EL CUAL OCURRE CUANDO LA AUTORIDAD JUDICIAL ACTUA AL MARGEN DEL PROCEDIMIENTO ESTABLECIDO, (lo explicaré más adelante) señalo que la "Fiscalía acreditó los referidos presupuestos para incorporación en calidad de prueba de referencia de las manifestaciones que realizo la menor en los sucesos" en que fue víctima....En consecuencia se extenderá la protección constitucional a las declaraciones anteriores que sobre los hechos materia de juzgamiento narro la menor víctima ante los referidos profesionales...."**

-

16. Posteriormente el ad quem, afirma gratuitamente que "Este marco factico, permite comprender de manera razonable (¿?) que la voluntad de la víctima al momento de acogerse a la excepción de no declarar en contra de su padre, estuvo sujeto al temor engendrado por RIVERA MOLINA de hacerle daño a su madre...."

17.-**VIA DE HECHO POR ACTUAR AL MARGEN DEL PROCEDIMIENTO ESTABLECIDO, LA SALA PENAL DEL H, TRIBUNAL SUPERIOR DE BUGA , AL RESOLVER EL RECURSO DE APELACION PROVIDENCIA DEL 3 DE NOVIEMBRE DE 2022**

El artículo 150 de la Ley 1098 de 2006 contempla lo siguiente:

ARTÍCULO 150. 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.

Excepcionalmente, el juez podrá intervenir en el interrogatorio del niño, la niña o el adolescente para conseguir que este responda a la pregunta que se le ha formulado o que lo haga de manera clara y precisa. Dicho interrogatorio se llevará a cabo fuera del recinto de la audiencia y en presencia del Defensor de Familia, siempre respetando sus derechos prevalentes.

FABER BORJA RIVERA

Abogado

Universidad Libre de Colombia

El mismo procedimiento se adoptará para las declaraciones y entrevistas que deban ser rendidas ante la Policía Judicial y la Fiscalía durante las etapas de indagación o investigación.

A discreción del juez, los testimonios podrán practicarse a través de comunicación de audio video, caso en el cual no será necesaria la presencia física del niño, la niña o el adolescente.

En tal virtud la petición de prueba de referencia elevada por la Fiscalía General de la Nación a través de su delegado, debió estar acompañada para efectos del descubrimiento de las entrevistas realizadas por los diferentes profesionales, acompañadas del cuestionario enviado previamente por el Fiscal o por el Juez.

Este hecho tan importante no tuvo ocurrencia; ni los elementos fueron mencionados en la petición, y mucho menos se dio traslado a la defensa ni al juzgado durante el trámite de la Solicitud del cuestionario enviado previamente por el FISCAL O JUEZ a los profesionales que atendieron a la menor para efectos de realizarle las entrevistas en las etapas de INDAGACIÓN. En tal virtud se considera que la decisión adoptada por la Sala Penal del Tribunal está viciada, habida cuenta que se tomó contrariando los postulados del artículo 150 de la Ley 1098 de 2006 y en consecuencia con vulneración del artículo 29 de la Constitución Nacional, toda vez que se admitió la práctica de testimonios de referencia con elementos que fueron adquiridos ILEGALMENTE.

DERECHO

VÍA DE HECHO - Configuración La vía de hecho dentro de un proceso judicial se configura cuando la decisión transgrede el ordenamiento jurídico de manera ostensible, por lo tanto, no es acorde a la naturaleza del asunto y el sentido del proceso queda distorsionado a tal punto que afecta las garantías constitucionales de alguna de las partes procesales. Para que se configure la vía de hecho en una providencia judicial debe demostrarse, entre otros, al menos que ocurrió alguna de las siguientes situaciones: a) defecto orgánico, que se presenta cuando el juez carece de competencia; **b) defecto procedural, el cual ocurre cuando la autoridad judicial actuó al margen del procedimiento establecido;** c) defecto fáctico, esto es, cuando el juez no tuvo en cuenta el material probatorio obrante en el expediente para proferir decisión; d) defecto material o

FABER BORJA RIVERA

Abogado

Universidad Libre de Colombia

sustantivo, el cual se origina en el evento en que se decida con fundamento en normas inexistentes o inconstitucionales, en contravía de ellas, o existe una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión; e) error inducido, cuando la autoridad judicial es víctima de engaño por terceros y el mismo lo condujo a tomar una decisión que afecta derechos fundamentales; f) decisión sin motivación; g) desconocimiento del precedente judicial y h) violación directa de la Constitución Política. NOTA DE RELATORIA: Corte Constitucional, sentencia T-518 de 1995.

PETICIONES:

Que se ordene a la HONORABLE SALA DE DECISION PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BUGA VALLE, REVOCAR LA PROVIDENCIA QUE RESOLVIÓ EL RECURSO DE APELACION interpuesto por la FISCALIA EN ESTE ASUNTO EL DIA 3 DE NOVIEMBRE HOGAÑO Y EN SU LUGAR NEGAR LO SOLICITADO POR LA CITADA FISCALIA,

DERECHOS FUNDAMENTALES VIOLADOS**EL DEBIDO PROCESO**

EL DEBIDO PROCESO ha sido considerado como el derecho de todo acusado a gozar de un debido proceso a la luz de los principios generales del derecho, a un juicio justo y en igualdad de armas, así como del derecho de defensa.

El derecho a un debido proceso en materia penal se encuentra tutelado en nuestra constitución política, art 29, en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, el numeral 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El mismo debe entenderse como el conjunto de garantías o derechos previstos en los citados ordenamientos jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo que tiene el carácter de inculpado en una actuación judicial penal (o administrativa), para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia.

El respeto al derecho fundamental de gozar de un debido proceso, le impone a quien asume la dirección de la actuación judicial penal, la obligación de observar, en todos sus actos, el procedimiento previamente establecido en la ley o en los reglamentos, con el fin de preservar las garantías -derechos y obligaciones- de

quienes se encuentran incursos en una relación jurídica, en todos aquellos casos en que la actuación conduce a la creación, modificación o extinción de un derecho o a la imposición de una sanción.

En este sentido, el derecho al debido proceso se muestra como desarrollo del principio de legalidad, pues representa un límite al ejercicio del poder público, y en particular, al ejercicio del ius puniendo del Estado. **En virtud del citado derecho, las autoridades estatales no podrán actuar en forma omnímoda, sino dentro del marco jurídico definido democráticamente, respetando las formas propias de cada juicio y asegurando la efectividad de aquellos mandatos que garantizan a las personas el ejercicio pleno de sus derechos.**

Para garantizar el debido proceso, los derechos mínimos que deben ser respetados en todo proceso penal son:

- Derecho a un tribunal imparcial e independiente.
- Derecho a un tribunal competente establecido con anterioridad a los hechos.
- Derecho a una citación formal y oportuna a proceso.
- **Derecho a ofrecer pruebas y presentar argumentos.**
- **Derecho a contradecir los planteamientos y a las pruebas ofrecidas por la contraria.**
- **Igualdad frente a la ley y frente al tribunal.**
- Derecho a asistencia legal y, en su caso, intérprete.
- Derecho a una resolución del proceso en un plazo razonable.
- Derecho a una resolución motivada y fundada.
- Derecho a recurrir el fallo.

El **principio de contradicción** debe garantizarse, de tal manera que se permita en el desarrollo del proceso penal, **tomar medidas para equiparar en el mayor grado que se pueda, las posibilidades para que la defensa presente el caso desde una posición que no sea manifiestamente desventajosa frente a la Fiscalía.**

Con ello, **se proyecta la satisfacción del principio de igualdad de medios o igualdad de armas, cuyo desarrollo implica una ampliación tanto de las garantías para preparar una defensa técnica estratégica, como de la carga de la Fiscalía para sustentar probatoriamente la acusación, cumpliéndose así con el debido proceso.** Solo así se puede afirmar que una persona ha sido juzgada en el marco de un proceso justo.

JURAMENTO

Manifiesto señor Juez, bajo la gravedad del juramento, que NO he interpuesto otra acción de tutela por los mismos hechos y derechos aquí relacionados, contra LA SALA DE DECISION DE LA H, TRIBUNAL SUPERIOR DE BUGA VALLE.

NOTIFICACIONES

La parte accionante recibirá Notificaciones en la calle 20 No 8-16 Of 302 Pereira, tel 3206164886 Of 205 de Pereira Risaralda. Correo electrónico faberborja47 @ Hotmail.com.

Mi mandante:

La parte accionada recibirá Notificaciones en la calle e 7 No. 14-32 Oficina 218 de la ciudad de Buga (Valle), telefax 2367525, email sspenbuga@cendoj.ramajudicial.gov.co

Del señor Juez atentamente,


FABER BORJA RIVERA

C.C. No. 10.095.901,
T.P. No 27.546 del C.S.J

 <p>RAMA JUDICIAL REPÚBLICA DE COLOMBIA</p> <p>JUSTICIA PENAL BUGA</p>	<p>AUTO INTERLOCUTORIO SEGUNDA INSTANCIA</p>	 <p>ERES EXCELENCIA RESPONSABILIDAD ÉTICA SUPERACIÓN</p>
<p>Código: GSP-FT-45</p>	<p>Versión: 1</p>	<p>Fecha de aprobación: 22/05/2012</p>

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUGA
SALA DE DECISIÓN PENAL**

JUAN CARLOS SANTACRUZ LÓPEZ
Magistrado Ponente

RADICACIÓN 76147-6000-170-2016-80045-00-(AC-421-22)
ACUSADO LUIS HERNEY RIVERA MOLINA
DELITO ACCESO CARNAL VIOLENTO AGRAVADO

Buga, Valle, jueves tres (3) de noviembre del año dos mil veintidós 2022.

Aprobado según Acta. 405

1. OBJETO DEL PROVEÍDO

Corresponde a esta Instancia Colegiada, resolver el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía General de la Nación, en contra de lo decidido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cartago, en audiencia de juicio oral y público celebrada el día 10 de octubre de 2.022, mediante la cual negó el ingreso en calidad de prueba de referencia de unas entrevistas que rindió la víctima A.V.R.T. ante los profesionales Sandra Patricia Ochoa Hernández, Cristian David Aguilar Holguín y Cindy Johana Flórez Valencia, dado que la ofendida hizo uso del art. 33 de la Constitución Política, esto es, de no declarar en contra de su padre - acusado **LUIS HERNEY RIVERA MOLINA**.

¡Comprometidos con la calidad!
Calle 7 No. 14-32, Oficina 218 - Telefax 2367525
sspenbuga@cendoj.ramajudicial.gov.co



2. ANTECEDENTES

En audiencia de formulación de imputación realizada el día 4 de abril del año 2018, a instancias del Juzgado Tercero Penal Municipal con función de Control de Garantías de Cartago, Valle, la Fiscalía expuso los siguientes hechos jurídicamente relevantes:

*“Se tiene que este señor LUIS HERNEY RIVERA MOLINA, a la menor A.V.R.T. cuando cumplía, cuando tenía 9 años de edad, empezó a tocarle el cuerpo, le tapó la boca, le quitó la ropa y la violó, penetrándola por la vagina, en primera vez iba a denunciarlo junto con su mamá, pero él le pidió perdón y a pesar de eso no aceptó su error, porque ya cuando cumple 12 años la niña, vuelve a tocarla, la coge y hace nuevamente estos abusos, amenazándola, diciéndole que le hacía algo a la mamá y como estaba en embarazo para ese tiempo, le podía hacer algo al bebé, que él es de los hombres que amenaza y hace lo que sea, que su progenitora tuvo conocimiento de esto y que después de esa ocasión, esas dos oportunidades, lo hizo varias veces como cinco, siendo la última el 8 de agosto del 2016, atendiendo estas manifestaciones de abuso realizada por la menor a través de la valoración psicológica efectuada por la Comisaría de Familia de la Victoria (...)”.*¹

Con este marco fáctico, la Fiscalía le imputó a **LUIS HERNEY RIVERA MOLINA**, la posible comisión del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado, en concurso homogéneo y sucesivo previsto en los artículos 208, 212, 211 numerales 2 y 5 del Código Penal.²

Presentado el escrito de acusación por la Fiscalía, correspondió el conocimiento de este proceso por reparto del 01 de junio de 2018, al Juzgado Primero Penal del Circuito de Cartago, Valle, llevándose a cabo la verbalización de este acto el día 26 de noviembre de 2018, escenario en el que el ente persecutor expuso los siguientes hechos de relevancia penal:

“El señor LUIS HERNEY RIVERA MOLINA, por si mismo, cuando la menor A.V.R.T. contaba con tan solo 9 años de edad, empezó a tocarle su cuerpo, hizo que le tocara su pene, le mostró fotos de personas haciendo el amor y le decía que así quería él hacerlo con ella y la penetró por vía vaginal, esa primera vez la niña le contó a su progenitora e iban a denunciarlo,

¹ Récord (21:14)

² Récord (23:55)

pero les pidió perdón y le dieron una oportunidad, por lo que volvió a realizar dichos comportamientos hasta cuando A.V.R.T. cumplió 12 años de edad, donde vuelve a abusar de ella en cinco oportunidades, siendo la última vez el 8 de agosto del año 2016, LUIS HERNEY RIVERA MOLINA, conocía que estaba atentando contra la libertad e integridad y formación sexual de la menor A.V.R.T. su propia hija y quiso su realización, LUIS HERNEY RIVERA MOLINA, lesionó el bien jurídicamente tutelado de la libertad, integridad y formación sexual de su pequeña hija, sin justa causa para ello, LUIS HERNEY RIVERA MOLINA tenía la capacidad de comprender que estaba atentando contra esos bienes jurídicos tutelados de la menor y se determinó de acuerdo con esa comprensión, LUIS HERNEY RIVERA MOLINA era consciente que al realizar esos actos libidinosos era delito y por lo tanto le era exigible no realizarlos".³

En este acto procedió la Fiscalía a readecuar la imputación jurídica que fue atribuida al procesado en la audiencia preliminar de cargos, procediendo a acusar a **LUIS HERNEY RIVERA MOLINA**, por la presunta comisión del delito de acceso carnal violento, debido a que la menor manifestó en la valoración psicológica que cuando tenía 9 años, su padre le tapó la boca mientras la accedía, además porque al ser valorada médica en el hospital Nuestra Señora de los Santos de la Victoria el 9 de agosto del 2016, informó: *"desde los 9 años mi papá me toca los brazos, senos y la vagina, a veces me coge a la fuerza, me desnuda y me mete su pene en mi vagina ...".⁴*

Ante esta situación, la atribución jurídica quedó determinada en la presunta comisión del delito de acceso carnal violento agravado, por cometerse en contra de una menor de 14 años, ser el acusado el padre de la víctima y tener una posición que le daba autoridad sobre la niña, actos desplegados en concurso homogéneo y sucesivo y previstos en los artículos 205, 211 numerales 2, 4 y 5 y 31 del Código Penal.⁵

Para el día 15 de junio del año 2019, en audiencia pública la defensa solicitó al Juez Primero Penal del Circuito de Cartago, Valle, la preclusión de la presente actuación, petición que fue negada y enseguida el Juzgador se declaró impedido para continuar conociendo de este proceso.

³ Récord (7:22)

⁴ Récord (09:24)

⁵ Récord (10:05)

Ante la declaratoria de impedimento del Juez Primero Penal del Circuito de Cartago, asumió el conocimiento el Juzgado Segundo Penal del Circuito de dicha localidad, procediendo a celebrar la audiencia preparatoria el día 7 de octubre del año 2020.

En sesión de juicio oral y público de fecha 10 de octubre de 2022, la Fiscalía solicitó el ingreso de entrevistas que sobre los hechos materia de juzgamiento, había rendido la menor víctima ante los profesionales Sandra Patricia Ochoa Hernández, Cristian David Aguilar Holguín y Cindy Johana Flórez Valencia, dado que la ofendida hizo uso de la excepción de declarar en contra de su padre y victimario **RIVERA MOLINA**, prevista en el canon 33 de la Constitución Política en la pasada audiencia de juicio oral y público que se celebró el día 23 de febrero del citado año.

Con sustento en el artículo 438 literal b de la Ley 906 de 2004, lo delineado en la jurisprudencia bajo el radicado 50587-2020 y C-144 del 3 de marzo del año 2010, indicó el ente persecutor que en este caso, se dan los requisitos para el ingreso en calidad de prueba de referencia de las manifestaciones otorgadas por la menor víctima, ante los referidos profesionales donde fue valorada, en tanto que es evidente que existe una serie de secuelas de violencia intrafamiliar, que incidieron que la declarante se acogiera a esa excepción de declarar en este caso, y hasta su progenitora, se retractó en su testimonio de los hechos denunciados.

Por lo tanto, para la Fiscalía al no existir una decisión libre y voluntaria por parte de la víctima para acogerse a la referida prerrogativa de no testificar en contra de su padre, es posible ingresar en calidad de prueba de referencia las manifestaciones que hizo con anterioridad sobre los abusos sexuales a que fue sometida por su progenitor, además, fue la misma ofendida que puso en conocimiento estos sucesos de que fue víctima.⁶

La defensa se opuso al pedido de la Fiscalía, al estimar que en este caso no se demostró que la ofendida y su madre hayan sido coaccionadas o amenazadas para no declarar al amparo del artículo 33 de la Constitución

⁶ Récord (04:54)

Política, que permita el ingreso en calidad de prueba de referencia de las declaraciones anteriores que sobre los hechos materia de juzgamiento rindió la menor ante los mencionados profesionales.

Por otra parte, expuso el defensor que no se acreditó por su contraparte los presupuestos exigidos en el artículo 438 literal b de la Ley 906 de 2004, que permita el ingreso de estas manifestaciones en calidad de prueba de referencia, además, en la audiencia preparatoria los testigos con los cuales se va a ingresar las declaraciones anteriores rendidas por la víctima, no fueron convocados para ingresar este tipo de prueba.

Que no es cierto que la víctima al momento de rendir su declaración estuviera bajo el mandato, jerarquía u orientación de su padre, debido a que hoy en día vive aislada de sus padres y tiene una vida propia de pareja, que nada le impedía en no declarar en contra de su progenitor, y no existe prueba que la madre de la ofendida asistiera al juicio bajo amenazas o presión para testificar.

Por último, expresó el profesional del derecho que, en respeto al debido proceso, el derecho de contradicción y las reglas del juicio oral y público, no pueden decretarse las pretendidas pruebas de referencia.⁷

Por su parte el Ministerio Público, consideró que la petición elevada por la Fiscalía es procedente, debido a que estaba en la imposibilidad de adivinar desde la audiencia preparatoria que esta situación iba a suceder, por ello no pudo solicitar en su momento el decreto en calidad de prueba de referencia las manifestaciones anteriores rendidas por la menor ofendida, ante los aludidos profesionales donde fue examinada.

Estimó el delegado de la sociedad que la referencia jurisprudencial que trajo a colación la Fiscalía encuadra en esta situación, en tanto que la Corte ha dicho que cuando la víctima haga uso de su derecho a no declarar previsto en el artículo 33 superior, motivada por amenazas o presiones, se puede

⁷ Récord (21:07)

solicitar el ingreso al juicio en calidad de prueba de referencia las manifestaciones anteriores.

Adujo que la jurisprudencia también ha señalado que en el evento en que no se demuestre ningún tipo de coacción de la víctima para negarse a declarar al amparo de la referida excepción, se puede estudiar su viabilidad a través de las secuelas que ha dejado el maltrato, la dependencia económica entre víctima y victimario o su relación de equilibrio y sometimiento.⁸

3. DECISIÓN IMPUGNADA

Clausurada la intervención de las partes, la Juez consideró básicamente que no era posible decretar en calidad de prueba de referencia las manifestaciones anteriores de la víctima ante los profesionales Cristian David Aguilar, Cindy Jhoana Flores Valencia y Sandra Patricia Ochoa, debido a que la solicitud de la Fiscalía fue sustentada de forma muy genérica, sin acreditar que efectivamente la testigo y víctima, hubiera sido objeto de amenazas o presiones para negarse a declarar al amparo del artículo 33 de la Carta Política.

Que al analizar el acta contentiva donde se dejó plasmado lo que sucedió en la pasada audiencia de juicio oral y público, escenario en que la víctima manifestó su deseo de no declarar, se advierte que su manifestación fue clara, al punto que a pesar de que el Fiscal intentó disuadirla para testificar, ella mantuvo en firme su negativa, lo que indica que no existió presión en la ofendida para expresar su deseo de no declarar.

Aunado a lo anterior, la Fiscalía no sustentó los requisitos de pertinencia, conducción y utilidad, para el decreto de estas pruebas de referencia, además en esta etapa procesal solo son admisibles aquellos elementos de acreditación sobrevenientes.⁹

4. RECURSO

4.1. Recurrente - Fiscalía.

⁸ Récord (21:07)

⁹ Récord (27:08)

Se apartó de los argumentos de la a quo, al considerar que, sí demostró la pertinencia de estos elementos de prueba, tanto en la audiencia preparatoria como en la presente petición, al mencionar que se expondrán los hechos de que fue víctima la menor.

Insiste, que sí probó las presiones que conllevaron a la víctima a hacer uso de la prerrogativa de no declarar, y ello se infiere de la violencia intrafamiliar que venía siendo sometida la menor y su mamá de parte del acusado, al punto que la progenitora de la niña al momento de rendir su testimonio se retractó de los sucesos que percibió en este caso, situación que conforme a la sentencia C-144, se está ante la indisponibilidad de un testigo, lo que habilita el ingreso en calidad de prueba de referencia de las manifestaciones anteriores que haya rendido.

Consideró que es viable el ingreso de manifestaciones anteriores rendidas por el testigo, cuando es el mismo como en este caso, quien da a conocer los hechos de que fue víctima, a efectos de garantizar la tutela de sus derechos en el ámbito penal, según el precedente jurisprudencial.

Solicita se revoque la decisión de primera instancia y en consecuencia, se decrete en calidad de prueba de referencia las manifestaciones que rindió la víctima ante los citados profesionales donde fue examinada.¹⁰

4.2. No Recurrentes.

4.2.1. Defensa.

Manifestó que, ante la exposición genérica y gaseosa de la Fiscalía, no se lograron definir los requisitos establecidos en el artículo 438 de la Ley 906 de 2004, para decretar en calidad de prueba de referencia, las manifestaciones anteriores que sobre los hechos materia de investigación rindió la menor víctima.

¹⁰ Récord (33:12)

Luego de hacer una disertación apartada del tema materia de debate, expuso el defensor, que la Fiscalía no sustentó la pertinencia de estos elementos suasorios, como tampoco cumplió con su deber de revelación, lo que impide su decreto.

Respecto de las amenazas o constreñimiento de la víctima para no declarar, aduce que la Fiscalía no demostró esta situación, como tampoco las condiciones actuales en que vivían la víctima y su madre, pero él si sabe, pues, al momento de presentarse en el juicio, la ofendida era mayor de edad y no tenía ningún tipo de dependencia económica, sujeción o jerarquía de parte de su progenitor, debido a que no convivían bajo el mismo techo, lo que permite inferir, que su deseo de no declarar, lo fue sin ningún tipo de vicio en su consentimiento.

Además, que decretar como medio de prueba entrevistas que rindió la víctima, por fuera del juicio oral, donde no se le puso de presente la prerrogativa establecida en el artículo 33 de la Constitución, devendría en un medio ilegal.

Por lo expuesto, solicita se confirme en su integridad la decisión objeto de apelación.

4.2.2. Ministerio Público.

Consideró que la petición de la Fiscalía se ajusta a las reglas jurisprudenciales contenidas en los radicados 58668 del 6 de abril de 2022, donde se expone el caso de la prueba de referencia frente a la prerrogativa del artículo 33 superior, destacándose en este caso, que la indisponibilidad de la testigo y víctima en no declarar al amparo del referido derecho constitucional, obedeció a las consecuencias que trajo consigo el delito, por lo que es viable el decreto de los medios de acreditación que aquí se peticionan por el ente acusador, de conformidad con lo establecido en el artículo 438 literal B de la Ley 906 de 2004.¹¹

¹¹ Récord (1:03:03)

4.2.3. Representante de víctimas.

Adujo que se oponía a la petición de la Fiscalía, porque desde que entrevistó a la víctima de tiempo atrás y antes de iniciar el juicio oral, le manifestó que no quería declarar y que se acogería a la prerrogativa establecida en el artículo 33 de la Constitución Política, afirmando que su patrocinada nunca ha sido amenazada o sobornada para adoptar esta determinación, como tampoco su madre.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1. Competencia para decidir.

Esta Sala es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto en contra de la decisión adoptada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cartago, por mandato del artículo 34, numeral primero de la Ley 906 de 2004.

5.2. Problema jurídico a resolver.

Corresponde establecer si es procedente decretar en calidad de prueba de referencia en favor de la Fiscalía, las manifestaciones anteriores que sobre los hechos materia de juzgamiento realizó la menor víctima A.V.R.T. ante los profesionales donde fue examinada médica y psicológicamente, Cristian David Aguilar Holguín, Cindy Jhoana Flores Valencia y Sandra Patricia Ochoa, teniendo en cuenta que en juicio oral no desea declarar haciendo uso de la excepción contemplada en el artículo 33 superior.

5.3. Solución de la controversia.

5.3.1. Contexto de la discusión.

En el sub exámine, la Fiscalía pretende el decreto en calidad de prueba de referencia, las manifestaciones que sobre los hechos materia de juzgamiento

realizó la víctima A.V.R.T. ante los referidos profesionales, dado que en la audiencia de juicio oral y público de fecha 23 de febrero del corriente año, manifestó su deseo de no declarar en esta actuación en contra de su victimario y progenitor **RIVERA MOLINA**, al amparo de la cláusula de excepción, prevista en el artículo 33 de la Constitución Política.

Como soporte de su petición, expresó la Fiscalía, que por ser la menor quien reveló los hechos de que fue víctima ante la Institución Educativa, entre otras entidades, padecer actos de violencia por parte de su padre, sumadas las secuelas del maltrato, como lo ha expresado la jurisprudencia en la decisión 50587-2020, las declaraciones anteriores que rindió sobre los hechos, deben ser decretadas e incorporadas como prueba de referencia, en tanto que se configura la hipótesis prevista en el artículo 438 literal b de la Ley 906 de 2004, esto es, la indisponibilidad de la declarante. Postura que fue compartida por el Ministerio Público.

Por su parte, la defensa se opuso a esta petición, en tanto que no se demostró por la Fiscalía que la víctima hubiera sido objeto de amenazas o presiones por parte de su progenitor que la conllevaran a negarse a declarar en contra de éste, al amparo de la referida prerrogativa; coerción que se requiere probar, para habilitar el decreto de la prueba de referencia en mención, según la tesis jurisprudencial que cita el ente acusador.

Señaló que la Fiscalía, no sustentó la pertinencia de estos elementos de prueba, como tampoco fueron objeto de descubrimiento, además de considerarlos ilegales, por cuanto al momento de indagar a la menor sobre los presuntos hechos de que fue víctima, no se le colocó de presente la excepción de declarar en contra de su padre prevista en el artículo 33 superior.

Por último, sostuvo que la víctima al momento de rendir su testimonio ya era mayor de edad y no convivía con su padre, lo que muestra que para el momento de manifestar que no era su deseo de testificar en contra de su progenitor, no existían presiones económicas, relación de desequilibrio o

sometimiento por parte del victimario, que la motivaran a tomar esta determinación.

El representante de víctimas, adujo que A.V.R.T. desde antes del inicio del juicio oral y público, le anunció su intención de no declarar en contra de su padre **RIVERA MOLINA**; aclarando que nunca ha sido amenazada o coaccionada para actuar de esa manera, por lo que el deseo de no testificar en este caso, fue una manifestación libre, voluntaria y en esa medida, no puede ser decretada la prueba referencia en cita, como lo enseña la jurisprudencia traída a colación por la Fiscalía.

La Juez resolvió negar el decreto de esta prueba, porque la Fiscalía no demostró su pertinencia, conduencia y utilidad, además porque no demostró la amenaza sobre la víctima, con el fin de no declarar en contra de su padre.

5.3.2. Análisis de la Sala.

De acuerdo con este marco de discusión y con el fin de dar solución a la temática propuesta, y que es el punto de discusión, se tomará como referente la sentencia traída a colación por la Fiscalía para sustentar su petición.

En efecto, se ha señalado en cuanto al decreto en calidad de prueba de referencia, respecto de las manifestaciones anteriores que ha rendido el testigo y víctima, cuando hace uso del derecho que le asiste según el canon 33 de la Carta Política, que es procedente su admisión siempre que se acredite lo siguiente:

La Fiscalía tiene la obligación de brindarle una protección amplia y suficiente a las mujeres víctimas de violencia de género, lo que se acentúa cuando se trata de maltratos graves y/o sistemáticos.

Entre esas obligaciones, se destaca el deber de constatar que la víctima no está siendo amenazada o de alguna manera presionada para que no rinda declaración.

Igualmente, debe indagar por el contexto en el que se presenta la violencia de género y, además, constatar el daño físico y psicológico sufrido por la víctima.

Bajo ese contexto, cuando se avizoren riesgos para la prueba, debe tomar las medidas necesarias, entre ellas, la posibilidad de acudir a la prueba anticipada (CSJSP, 11 jul 2019, Rad. 50637, entre otras).

*Si en el proceso se **prueba** que la víctima invoca el privilegio consagrado en el artículo 33 de la Constitución Política, no por una expresión libre de la autonomía de la voluntad sino a raíz de las amenazas u otro tipo de presiones ilegales a que ha sido sometida, orientadas expresamente a evitar que rinda testimonio, sus declaraciones anteriores podrán ser incorporadas como prueba de referencia.*

*Lo anterior porque: (i) si la declaración anterior se pretende introducir como medio de prueba, por la imposibilidad de su práctica en el juicio, dicha declaración constituye prueba de referencia, a la luz de lo establecido en el artículo 437 de la Ley 906 de 2004 (CSJAP, 30 sep 2015, Rad. 43156, entre muchas otras); (ii) ese evento de no disponibilidad del testigo hace parte de las excepciones a la prohibición general de admisibilidad de prueba de referencia, en la medida en que encaja en los eventos similares de que trata el literal b del artículo 438 *idem*, atinente a la indisponibilidad del testigo por actuaciones ilegales que impiden que su testimonio sea escuchado en el juicio oral; y (iii) si esas acciones intimidatorias son realizadas directa o indirectamente por el procesado, este no podría invocar la vulneración del derecho a la confrontación, ya que es su propia conducta la que impide que la versión de la víctima se reciba en el juicio, según las reglas del interrogatorio cruzado.*

Si no logra demostrarse que el procesado (u otra persona) realizó acciones expresamente dirigidas a que la víctima rindiera su testimonio, pero se infiere que la invocación del privilegio previsto en el artículo 33 superior no es producto de una decisión libre, sino de las secuelas del maltrato, de las presiones derivadas de la dependencia económica u alguna otra expresión de la relación de desequilibrio y sometimiento, sus declaraciones anteriores también pueden incorporarse como prueba de referencia. Ello, por cuanto el evento encaja en la cláusula abierta prevista en el literal b del artículo 438 de la Ley 906 de 2004, en la medida en que la no disponibilidad del testigo es consecuencia del delito mismo, sin perjuicio de la obligación de ajustar, en la mayor medida posible, el ordenamiento interno a las obligaciones adquiridas por Colombia en materia de prevención, sanción y erradicación de la violencia contra las mujeres.

No sobra reiterar la importancia de que la Fiscalía asuma sus obligaciones frente a las víctimas, en este caso de violencia de género, no solo porque esa es su obligación constitucional y legal, sino además porque ello permitiría tomar, a tiempo, las medidas orientadas a preservar la prueba, bien porque deba optarse por su práctica anticipada o porque se adopten

las medidas que resulten necesarias para que el testigo, que tiene a la vez la calidad de víctima, pueda comparecer a rendir su testimonio con total libertad y rodeado de todas las garantías.

Finalmente, solo cuando la víctima manifieste libremente su intención de acogerse al privilegio previsto en el artículo 33 de la Constitución Política, son pertinentes los otros debates mencionados a lo largo de este proveído, entre los que se destaca el atinente a las consecuencias derivadas de que en un momento determinado de la actuación, rodeada de todas las garantías, haya decidido renunciar a dicho privilegio, con el propósito inequívoco de descartar la despenalización del supuesto agresor.¹²

Además de lo anterior, se debe destacar que la prueba de referencia es definida en el artículo 437 de la Ley 906 de 2004, como:

Toda declaración realizada fuera del juicio oral y que es 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.

Conforme con la definición legal, es criterio de la Corte que esta especie de prueba debe cumplir con las siguientes condiciones: **i)** que se trate de una declaración; **ii)** que haya sido rendida por fuera del juicio oral; **iii)** que se utilice o se pretenda utilizar como medio de prueba; y, **iv)** que verse sobre uno o varios aspectos del tema de prueba.¹³

Además, su admisión excepcional está sometida a las particulares situaciones contempladas en el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal¹⁴, lo cual obedece a los riesgos propios de la valoración probatoria producidos por: **i)** la ausencia de inmediación objetiva y subjetiva; **ii)** la imposibilidad de confrontar al testigo; y **iii)** la falta de análisis por parte del juez de los procesos de percepción, rememoración y sinceridad del deponente.¹⁵

¹² CSPJ-SP3274-2020- 50587, del 2 de setiembre del 2020, M.P. Patricia Salazar Cuellar.

¹³ Cfr. CSJ SP5798-2016, 4 may. 2016, rad. 41667; CSJ AP5785-2015, 30 sep. 2015, rad. 46153; CSJ SP14844-2015, 28 oct. 2015, rad. 44056, entre otras.

¹⁴ Cuando el declarante: a) manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y se corrobora pericialmente dicha afirmación; b) es víctima de secuestro, desaparición forzada o evento similar; c) padece de una grave enfermedad que le impide declarar; d) ha fallecido; y e) 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.

¹⁵ Cfr. CSJ. SP. de 2 de Julio de 2014, Rad. 34131.

En cuanto a la incorporación de la prueba de referencia, se debe garantizar por el peticionario los siguientes pasos:

i) deben ser objeto de descubrimiento la declaración anterior y los medios que se pretenden utilizar en el juicio oral para demostrar su existencia y contenido; ii) en la audiencia preparatoria la parte interesada debe solicitar el decreto de la declaración que pretende incorporar como prueba de referencia y los medios que utilizará para demostrar su existencia y contenido; iii) se debe acreditar la circunstancia excepcional de admisibilidad de prueba de referencia, en los términos previstos por el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal; 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.¹⁶

Adicionalmente, si la circunstancia excepcional de admisibilidad es sobreviniente, esto es, luego de surtirse la audiencia preparatoria (escenario natural para debatir dicha temática) o en el desarrollo del juicio oral, el interesado debe justificar ante el funcionario judicial la totalidad de los citados presupuestos, a fin de que resuelva su petición probatoria.

Conforme con los anteriores criterios de interpretación, se tiene que la Fiscalía acreditó los referidos presupuestos para incorporación en calidad de prueba de referencia de las manifestaciones que realizó la menor frente a los sucesos de que fue víctima, en tanto que al acogerse esta deponente a la garantía de no incriminación, con el fin de no declarar en el juicio adelantado contra su padre, se presenta sin duda alguna una circunstancia excepcional de admisibilidad sobreviniente, que habilita el pedido al ente persecutor para que se decrete este medio de conocimiento.

De lo que se puede observar en la actuación, es que la Fiscalía motivó la pertinencia de estos medios de prueba, cuando expresó que los profesionales Sandra Patricia Ochoa, Cristian David Aguilar Holguín y Cindy Johana Flores, obtuvieron la exposición de la menor sobre los hechos materia de investigación, escenario donde fue narrado el abuso sexual al que fue sometida y quedaron plasmados en los informes médicos legales y psicológicos que éstos elaboraron.

¹⁶ CSJ-SP931-2020, 55406, del 20 de mayo de 2020, M.P. Hugo Quintero Bernate.

Igualmente, se detalla con claridad que desde los albores del escrito de acusación, su verbalización y en desarrollo de la audiencia preparatoria la Fiscalía, descubrió, enunció y justificó la pertinencia, conductencia y utilidad, del tema que en el juicio oral y público van a exponer los referidos profesionales, que no es otra cosa, que explicar las conclusiones a las que llegaron en sus respectivos informes, donde quedaron plasmadas las valoraciones, resultados y hallazgos en la examinada víctima, lo que indica que las versiones que rindió la menor y que necesariamente se dejaron impresas en estos instrumentos, son conocidas por las partes, cumpliéndose de esta forma con el deber de revelación.

Sumado a lo anterior, se establece que los elementos de acreditación a decretar, ostenta vocación de prueba de referencia, debido a que se trata de declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, se pretenden utilizar como medio de prueba y versan sobre los temas objeto de prueba. Además, se demostró por la Fiscalía, que las declaraciones serían introducidas en el juicio oral por los profesionales que previamente están convocados a rendir sus respectivas declaraciones Cristian David Aguilar, Cindy Jhoana Flores Valencia y Sandra Patricia Ochoa.

En lo atinente a la sustentación de la circunstancia excepcional de admisibilidad de los medios de persuasión en calidad de prueba de referencia, acorde con lo establecido en el artículo 438 b de la Ley 906 de 2004, es evidente que la Fiscalía probó los presupuestos jurisprudenciales que señalan la indisponibilidad del testigo, cuando se acogen a la prerrogativa de no declarar prevista en el artículo 33 de la Carta superior, veamos por qué:

Cuando la Sala inicia el estudio de los hechos jurídicamente relevantes dados a conocer en las audiencias de formulación de imputación y acusación, sumado a los medios cognoscitivos presentados hasta este momento en la actuación, en especial la declaración que se incorporó con la testigo y madre de la víctima Yamilander Tola Ortiz, permiten advertir que la convivencia sostenida entre la menor A.V.R.T. con su padre **LUIS**

HERNEY RIVERA MOLINA, estuvo marcada por un fenómeno sistemático de violencia.

En efecto, se indicó por la Fiscalía en los referidos actos, que la menor A.V.R.T. desde los 9 años fue abusada sexualmente por su padre, sin que en esta primera ocasión fuera aquel denunciado ante el perdón que pidió a ella y a su madre, aceptando la niña y progenitora esta solicitud de indulgencia.

No obstante, **RIVERA MOLINA** cuando A.V.R.T. tenía ya 12 años de edad, presuntamente vuelve y abusa de su hija, amenazándola con el argumento de que le haría daño a la madre, situación que fue ratificada por la progenitora de la ofendida en la declaración que sobre los hechos materia de investigación rindió ante la Comisaría de Familia de la Victoria, Valle, de fecha 11 de agosto del año 2016, en la cual afirmó entre otras cosas, que su pupila no había contado lo que le estaba aconteciendo, porque siempre era con temor de que el papá las matara.

Lo expuesto permite inferir que la víctima ha denotado un profundo sentimiento de temor frente a su padre **RIVERA MOLINA**, según lo narrado por la madre en la declaración, debido a que siempre ha sido A.V.R.T. que a pesar de los presuntos abusos a que ha sido sometida por éste, es quien ha promovido ante su progenitora que no lo denuncie y que lo perdonen, con el fin de que no le haga daño.

Este marco fáctico, permite comprender de manera razonable que la voluntad de la víctima al momento de acogerse a la excepción de no declarar en contra de su padre, estuvo sujeta al temor engendrado por **RIVERA MOLINA** de hacerle daño a su madre, si contaba los presuntos abusos que estaba padeciendo, lo que motivó que inicialmente no fuera denunciado y perdonado, situación que, de paso, explica las razones que tuvo Yamilander Tola Ortiz en retractarse de los sucesos que narró ante la Comisaría de Familia del municipio de la Victoria, Valle, en la audiencia de juicio oral y

público de fecha 16 de noviembre de 2021¹⁷, como también que la ofendida hoy mayor de edad, se negara a rendir testimonio en contra de su agresor.

Esta información resulta suficiente para inferir de manera plausible que, aunque A.V.R.T. manifestó acogerse al principio de no incriminación con el fin de no declarar contra su padre **RIVERA MOLINA**, los evidentes condicionamientos a los que se encontraba sometida por razón de la violencia estructural que sobrellevaba desde temprana edad, conducen a colegir que su decisión no puede catalogarse de que fue espontánea y libre.

Es importante aclarar que, desde una perspectiva de género¹⁸, y en protección del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, ante unos hechos en los cuales un padre abusa sexualmente de su hija, se conjugan tres visibles instancias de subordinación, las culturalmente establecidas por estereotipos, en las que lo masculino domina o es superior a lo femenino, la adultez en contraposición con la niñez y finalmente la de padre a hija; es por esto, que las situaciones de violencia en que viven esta clase de sujetos, deben ser objeto de especial análisis, porque cuando se evidencia un contexto de violencia física, psicológica, sexual, entre otras manifestaciones al interior de la familia, se trastocan los vínculos y las lógicas relaciones entre sus miembros, produciendo efectos de temor o miedo, que se pueden extender por largos períodos de tiempo, si no se cuenta con el apoyo, asesoría y permanente tratamiento y seguimiento por parte de los respectivos profesionales.

En consecuencia, se extenderá la protección constitucional a las declaraciones anteriores que sobre los hechos materia de juzgamiento narró la menor víctima ante los referidos profesionales como lo expuso la Fiscalía, porque tal y como se ha avizorado, corresponde a las entidades del estado, garantizar el libre ejercicio de los derechos de la mujeres presuntas víctimas de delitos sexuales, protección que emana igualmente desde la Convención

¹⁷ Mujeres que viven en situaciones de violencia y sometimiento como comportamiento natural dentro de su convivencia con la pareja, asimilan como normal la sumisión hacia el maltratador, justificando muchas veces las conductas agresivas no solo en contra de ellas, sino hacia sus hijos.

¹⁸ CSJ en sentencia SP3274 Rad. 50587 de 2020, expresó: "... la violencia contra la mujer se sustenta, en la mayoría de casos, en una relación asimétrica de poder caracterizada por prácticas asignadas a través de las estructuras sociales, reforzadas por la dependencia socioeconómica y, de esa manera, convertidas en prejuicios y estereotipos de género."

Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belem do Pará”, en su artículo 5: *Toda mujer podrá ejercer libre y plenamente sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y contará con la total protección de esos derechos consagrados en los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Los Estados Partes reconocen que la violencia contra la mujer impide y anula el ejercicio de esos derechos.*”

En ese sentido, se habilitaría la utilización de los ya citados medios cognoscitivos, como prueba de referencia, conforme lo regulado por el literal *b)* del artículo 438 de la Ley 906 de 2004, por encontrarnos frente a un *evento similar de indisponibilidad del testigo*, lo que, de suyo, determina la desestimación de los argumentos ofrecidos por la defensa, representante de víctimas y la Juez en su decisión.

Siendo así, se revocará en su integridad la providencia objeto de apelación, para en su lugar decretar en calidad de prueba de referencia, las manifestaciones que sobre los hechos materia de juzgamiento, realizó la entonces menor de edad y víctima A.V.R.T. en los informes y pericias que rendirán los profesionales Sandra Patricia Ochoa Hernández (entrevista psicológica de fecha 9 de agosto de 2016), Cristian David Aguilar Holguín (informe pericial integral en la investigación de delito sexual de fecha 9 de agosto de 2016) y Cindy Johana Flórez Valencia (intervención, evaluación y seguimiento).

Las anteriores razones son suficientes para que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, mediante su Sala de Decisión Penal,

6. R E S U E L V A

PRIMERO: Revocar la decisión objeto de apelación, acorde con lo expuesto *ut supra*.

SEGUNDO: Decretar en favor de la Fiscalía y en calidad de prueba de referencia las manifestaciones que sobre los hechos materia de

juzgamiento, realizó la entonces menor de edad y víctima A.V.R.T. informes y pericias que rendirán los profesionales Sandra Patricia Ochoa Hernández (entrevista psicológica de fecha 9 de agosto de 2016), Cristian David Aguilar Holguín (informe pericial integral en la investigación de delito sexual de fecha 9 de agosto de 2016) y Cindy Johana Flórez Valencia (intervención, evaluación y seguimiento).

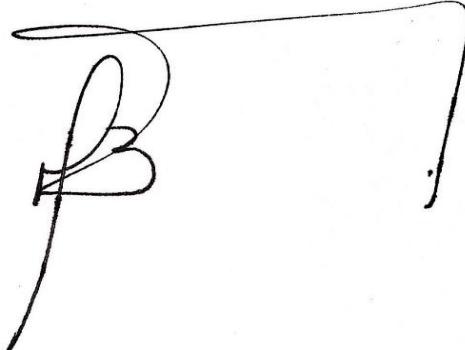
TERCERO: Notifíquese por la secretaría de la Sala Penal de esta Corporación la presente decisión a las partes, por le medio excepcional previsto en el artículo 169 inciso 3 de la Ley 906 de 2004, indicándole contra ella no procede ningún recurso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JUAN CARLOS SANTACRUZ LÓPEZ
76147-6000-170-2016-80045-00-(AC-421-22)


JOSÉ JAIME VALENCIA CASTRO
76147-6000-170-2016-80045-00-(AC-421-22)


MARTHA LILIANA BERTÍN GALLEGOS
76147-6000-170-2016-80045-00-(AC-421-22)

Claudia Patrícia Barbosa Sarria

Secretaria Sala Penal