

INTERVENCIÓN FISCALIA CASACIÓN NÚMERO INTERNO 61224

Daniela Franco Deossa <daniela.franco@fiscalia.gov.co>

Mar 05/07/2022 11:15

Para:

- Lizeth Tatiana Tibaduiza Mogollon <lizethtm@cortesuprema.gov.co>

Buenos días,

Al presente adjunto intervención escrita por parte del Fiscal Tercero Delegado ante la Corte.

Atentamente,

DANIELA FRANCO DEOSSA

ASISTENTE DE FISCAL III

Fiscalía Tercera Delegada ante la Corte Suprema de Justicia

Avenida Calle 24 N° 52 – 01, Bloque H, Piso 2. (Ciudad Salitre), Nivel Central, Bogotá D.C

Teléfono (60) (1) 570 20 00 ext 13980



Cuidemos del medio ambiente. Por favor no imprima este e-mail si no es necesario.

NOTA CONFIDENCIAL DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN: Este mensaje (incluyendo cualquier anexo) contiene información confidencial y se encuentra protegido por la Ley. Sólo puede ser utilizada por la persona o compañía a la cual está dirigido. Si usted no es el receptor autorizado, o por error recibe este mensaje, favor borrarlo inmediatamente. Cualquier retención difusión, distribución, copia o toma cualquier acción basado en ella, se encuentra estrictamente prohibido.

NOTA CONFIDENCIAL DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN: Este mensaje (incluyendo cualquier anexo) contiene información confidencial y se encuentra protegido por la Ley. Sólo puede ser utilizada por la persona o compañía a la cual está dirigido. Si usted no es el receptor autorizado, o por error recibe este mensaje, favor borrarlo inmediatamente. Cualquier retención difusión, distribución, copia o toma cualquier acción basado en ella, se encuentra estrictamente prohibido. **NOTA CONFIDENCIAL DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN:** Este mensaje (incluyendo cualquier anexo) contiene información confidencial y se encuentra protegido por la

Ley. Sólo puede ser utilizada por la persona o compañía a la cual está dirigido. Si usted no es el receptor autorizado, o por error recibe este mensaje, favor borrarlo inmediatamente. Cualquier retención difusión, distribución, copia o toma cualquier acción basado en ella, se encuentra estrictamente prohibido.



Bogotá D.C, 05 de julio de 2022

Doctor
DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN
Magistrado Sustanciador
Sala De Casación Penal
Honorable Corte Suprema De Justicia

Radicado No **61224**
50-683-61-05619-2013-80143
Procesado: **IVÁN RENÉ GONZÁLEZ GUALTEROS**
Delito: Acceso Carnal Abusivo con menor de 14 años, agravado.

JAVIER FERNANDO CÁRDENAS PÉREZ, Fiscal Tercero delegado ante la Corte Suprema de Justicia, actuando en representación del ente acusador, realizo la intervención, respecto “de la demanda de casación”, en los siguientes términos.

HECHOS

Los hechos sucedieron en el departamento del Meta, perímetro urbano del municipio de San Juan de Arama, el 24 de diciembre de 2013, en hora sin precisar; se tiene establecido que la Sra. **UBENCE REINOSO CARRILLO**, alrededor de las 18:00 horas, llevó a su hija menor de edad, la adolescente **D. P. C. R.**, nacida el 04/11/2001 (con poco más de 12 años, para la fecha de los hechos), a un salón de belleza a que la peinaran; por razones que se desconocen, la Sra. **Ubence Reinoso Carrillo** tuvo que abandonar el salón de belleza y dejó a la adolescente sola, mientras la peinaban; alrededor de las 19:00 horas, la Sra. **Ubence Reinoso Carrillo** regresó al salón de belleza a recoger a la adolescente, pero allí le dijeron que había acabado de salir. En efecto, la adolescente **D. P. C. R.**, había salido para la casa, pero en el trayecto, pasó por el frente de una taberna, donde estaba la Sra. **Rosa Matilde Romero Gualteros** libando licor, esta persona era conocida de la menor, quien invitó a la adolescente a que siguiera; la adolescente aceptó la invitación e ingresó al establecimiento; en el interior de la taberna estaba y se encontró con su exnovio, el Sr. **Iván René González Gualteros** (sobrino de la Sra. **Rosa Matilde Romero Gualteros**, en compañía de otras personas), le ofrecieron licor a la adolescente, esta ingirió (tal vez tres o cuatro tragos), con los que se sintió mal, se mareó; el señor Sr. **Iván René González Gualteros**, aprovechando el estado de la adolescente, la invitó a salir de la taberna; la menor aceptó, se subieron a un mototaxi y por petición de **Iván René González Gualteros**, los llevó al barrio “La Esperanza”; allí ingresaron a un inmueble, al que **Iván René González Gualteros** tenía llaves; en el interior del inmueble (en una habitación), el

mencionado señor desvistió a la adolescente, se desviste él y procedió a acceder carnalmente a la adolescente –vía vaginal–. Una vez realizado su acto libidinoso, **Iván René González Gualteros**, decide acercarse a la adolescente a la casa donde esta residía; para tal fin toman un mototaxi y alrededor de las 21:00 horas la deja, aproximadamente, a una cuadra del lugar de donde residía la adolescente. La adolescente llega a la casa donde vivía, con síntomas de embriaguez, vomita, se baña y luego se acuesta. Por último, se resalta que, como consecuencia del acceso carnal abusivo con menor de 14 años, la adolescente fue contagiada con una enfermedad de transmisión sexual (sífilis). De otra parte, se ha de indicar que el Sr. **Iván René González Gualteros**, además de ser conocido y exnovio de la adolescente, también era excuñado de ésta, por ello la adolescente depositó su confianza, para aceptarle unas copas y enseguida salir con él.

1. RESUMEN DE ACTIVIDADES ADELANTADAS EN EL PRESENTE PROCESO.

1.1. El 02/11/2014, la FGN adelantó audiencias concentradas ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Mesetas –Departamento del Meta–, quien declaró legal la captura, verificó la imputación donde no hubo allanamiento, y se decretó medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario.

1.2. La Fiscal 48 Seccional de la unidad de consolidación Territorial, con sede en San Juan de Arama, presentó escrito de acusación y lo radicó ante los juzgados penales del circuito con funciones de conocimiento, el 23/12/2014, correspondiendo el caso al Juzgado Penal del Circuito de Granada (Meta).

1.3. Ante el Juzgado Penal del Circuito de Granada se realizaron las siguientes audiencias: acusación el 20/02/2015; preparatoria el 23/06/2015. inicio a la audiencia de juicio oral el 02/09/2015; sesiones de juicio oral el 23/11/2015 el 29/02/2016, el 25/05/2016.

1.4. El Juzgado de Conocimiento el 06/07/2016 realizó las siguientes actuaciones:

-Anunció sentido del fallo condenatorio, enseguida se corrió traslado a las partes en los términos del art. 447 del CPP.

-Emitió fallo de primer grado, mediante el cual el Sr. **Iván René González Gualteros**, fue declarado autor penalmente responsable, en modalidad dolosa, del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, agravado, de conformidad con el art. 208 y 211.3 y 5 del CP. Condenándolo a la pena principal de 230 meses de prisión y a la accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un lapso de 10 años. Se le denegaron los mecanismos sustitutivos de la pena de prisión, de suspensión de la ejecución de la pena y/o sustitución de la pena de prisión por prisión domiciliaria.

-La defensa técnica del procesado interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primer grado; el recurso fue sustentado oportunamente, considerando que en juicio tan sólo se habían presentado pruebas de referencia, por lo que a la luz del Art. 381 del CPP, debía ser absuelto el aherrojado.

1.5. El 09/12/2021, la Sala de Decisión penal del tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, presidida por la MG. **Sonia Stella Real Miranda**, emitió sentencia de segundo grado, confirmando integralmente la sentencia de primera instancia. Inconforme con la sentencia, la defensa técnica del procesado, de manera oportuna, interpuso y sustentó recurso extraordinario de casación.

2. DE LA DEMANDA DE CASACIÓN.

El casacionista no precisa qué normas de carácter sustancial fueron las que se quebrantaron ni la trascendencia de esa transgresión; sin embargo, es claro en afirmar que, bajo el ropaje de la causal tercera, del Art. 181 del CPP, presenta demanda de casación, acusando la sentencia de segundo grado, de haber sido emitida **con manifiesto desconocimiento de las reglas de PRODUCCIÓN y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia**. Bajo esta égida el casacionista precisó el cargo, manifestando que el vicio consistió en una supuesta violación indirecta de la ley sustancial, por error de derecho, consistente en falso juicio de legalidad de las pruebas, que las instancias tuvieron en cuenta, para impartir condena a su prohijado.

En desarrollo del cargo, el casacionista sostiene que los juzgadores (en ambas instancias) valoraron, como prueba de referencia, las manifestaciones que la menor **D.P.C.R** había dado a diferentes personas, así: a la Dra. **Diana Sofia Garzón Romero** (médico de la IPS SALUD LLANOS); a la Dra. **Yeny Triana Bertrán** (sicóloga del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses); a la Dra. **Yina Lorena Medina Alcántara** (Médico del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses); a la Dra. **María Sofia Arboleda Morillo** (sicóloga de la Comisaría de San Juan de Arama); al investigador judicial, **David Ramírez Clavijo** (adscrito al Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación, sede Granada); y a la Sra. **Ubence Reinoso Carrillo** (progenitora de la adolescente **D.P.C.R**). Sostiene el censor que, –a su juicio– esas manifestaciones de la adolescente **D.P.C.R**, no pueden ser valoradas como prueba de referencia, porque no fueron producidas, conforme a las prescripciones legales: peticionadas, controvertidas y admitidas, como prueba de referencia.

Se resalta que el casacionista, no desconoce que las manifestaciones realizadas por la adolescente **D.P.C.R**, obran en la audiencia de juicio oral; es decir, se hallan incorporadas. Precisa que su inconformidad estriba en que se les dio valor suasorio a dichas entrevistas, sin que los jueces pudieran hacerlo, porque dichas

manifestaciones no fueron obtenidas con apego a las reglas de producción y aducción de la prueba de referencia; en el entendido que no fueron solicitadas ni admitidas mediante auto, como prueba de referencia, por el juez de conocimiento; por lo que considera que tampoco pueden ser tenidas en cuenta como pruebas de referencia.

En la misma dirección (violación indirecta de la ley sustancial, por error de derecho, en la modalidad de falso juicio de legalidad), el casacionista ataca la prueba de referencia incorporada con el investigador del C.T.I., de la Fiscalía, **David Ramírez Clavijo**, considerando que esta prueba (de referencia), contiene una supuesta ilegalidad adicional, consistente en que la entrevista de la adolescente D.P.C.R., fue recibida sin que el defensor de familia hubiese revisado el cuestionario que se le iba a realizar a la menor, tal como lo ordena el literal “d”, Art. 2º, de la Ley 1652/2013.¹

2.1. RESPUESTA A LOS CARGOS

No desconoce este delegado que el censor presentó y desarrollo un sólo cargo (violación indirecta de la ley sustancial, por error de derecho, en la modalidad de falso juicio de identidad); sin embargo, atendiendo a que, en el mismo cargo, el censor expuso dos temas, este delegado responderá a cada uno de ellos, por separado.

2.1.1. Supuesta ilegalidad de la entrevista recibida a la adolescente D.P.C.R, por parte del investigador del C.T.I. David Ramírez Clavijo, por cuanto el cuestionario que respondió la menor no fue, previamente, revisado y avalado por el defensor de familia.

Se considera que el **tema de la supuesta ilegalidad de la entrevista rendida por la adolescente D.P.C.R**, al investigador **Ramírez Clavijo**, que fue incorporada en juicio, debe ser abordado aparte y primeramente, en atención a que, de ser considerada ilegal, se prescindirá del tema de la solicitud de incorporación, como prueba de referencia.

Desde ya, este delegado debe decir que no le asiste razón al casacionista, en el sentido que la entrevista que rindió la adolescente al investigador **Ramírez Clavijo**, es ilegal, por el sólo hecho de que el defensor de familia no haya revisado y

¹ Diario Oficial No. 48.849 de 12 de julio de 2013. Ley 1652, Artículo 2º. Adiciónese un artículo nuevo a la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, numerado 206 A, el cual quedará así:

Artículo 206 A. Entrevista forense a niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, relacionados con violencia sexual. Sin perjuicio del procedimiento establecido en los artículos 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, y 200 de la Ley 1098 de 2006, por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia, cuando la víctima dentro de un proceso por los delitos tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo código sea una persona menor de edad, se llevará a cabo una entrevista grabada o fijada por cualquier medio audiovisual o técnico en los términos del numeral 1º del artículo 146 de la Ley 906 de 2004, para cuyos casos se seguirá el siguiente procedimiento:

d) <sic> La entrevista forense de niños, niñas o adolescentes víctimas de violencia sexual será realizada por personal del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación, entrenado en entrevista forense en niños, niñas y adolescentes, previa revisión del cuestionario por parte del Defensor de Familia, sin perjuicio de su presencia en la diligencia. (La subraya no es original).

FISCALIA TERCERA DELEGADA ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
UNIDAD DE FISCALIAS DELEGADAS ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Avenida Calle 24 No 52 - 01, Bloque H, Piso 2, Bogotá D.C
Daniela.franco@fiscalia.gov.co
5702000 ext 13980
www.fiscalia.gov.co

aprobado el cuestionario del investigador ni tampoco haya asistido a la diligencia de entrevista de la adolescente, como lo entiende el demandante. Las razones para considerar legal y legítima la entrevista rendida por la adolescente, son múltiples, así:

-Este delegado fiscal considera que la defensa (material y técnica) no tienen interés legítimo para reclamar en beneficio propio, la supuesta violación de derechos de la adolescente, por parte del investigador **Ramírez Clavijo**.

Como se sabe, la teleología de la disposición (Art. 206 A del CPP, Adicionado por el Art. 2º de la ley 1652 de 2013), no es una garantía adicional del debido proceso del presunto responsable. Lo que busca el legislador con la disposición en comento no era poner trabas a los adolescentes para el acceso a la justicia o al derecho a un recurso judicial efectivo, en garantía de los investigados, cuando las víctimas de delitos graves son menores de edad.

Todo lo contrario, lo que pretende el legislador es una garantía o protección de los principios de interés superior de los niños niñas y adolescentes; la prevalencia de los derechos de estos, sobre los de las personas mayores de edad; la protección integral de los menores; entre otros derechos; cuando las víctimas de delitos graves son menores de edad.

Así las cosas, no logra entenderse cómo el censor no sólo alega derechos que son propios de quien no representa -la adolescente **D.P.C.R.**-; sino que, lo que es más dicente, pretende obtener provecho o beneficio de la supuesta vulneración de un derecho de la adolescente, víctima de un delito grave (acceso carnal abusivo con menor de 14 años).

Llama la atención que el casacionista no haya indicado la trascendencia de la supuesta irregularidad y como ésta afecta derechos o garantías de su representado.

Bajo la anterior perspectiva, en un caso "*mutatis mutandis*", en el que la defensa técnica del acriminado, al amparo de la causal tercera del artículo 181 del CPP, presentó demanda de casación, *alegando supuestamente violación indirecta de la ley sustancial, por error de derecho, en la modalidad de falso juicio de legalidad*, porque la entrevista recibida a una menor no había sido realizada con la presencia de la defensa técnica del acusado, de la víctima, del delegado de la Fiscalía ni del ministerio público; la Corte Suprema, le respondió que *no basta con enunciar que el abordaje a la menor no se formalizó en el modo que el defensor consideraba procedente, sino que también le competía traer argumentos que apunten a la falta de idoneidad en la labor ejecutada, que carecía de fundamentación científica o, en general, que existían errores objetivos y que estos eran verificables* (SP5492-2019, Rad. No 49156).

En la misma providencia, la Corte, consideró que frente al desconocimiento de los requisitos formales en la recepción de la declaración de los menores, la jurisprudencia de la Sala tenía establecido que, *tal formalidad constituye una garantía consagrada en favor de los menores y, en consecuencia, el defensor del*

procesado no está legitimado para reclamar su cumplimiento porque su interés se extiende a procurar la revocatoria o la modificación de la decisión que lo afecta y nada lo habilita para agenciar derechos de terceros.

Asimismo, la Alta Corporación, consideró que las formalidades previstas en la Ley 1098 de 2006 para la recepción de los testimonios de los menores, es un asunto que atañe a la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes, y su incumplimiento no apareja la afectación de las garantías del procesado, por lo que éste y su defensor carecen de interés para invocar la ilegalidad del procedimiento.²

Así se considera que, la supuesta ilegalidad en la recepción de la entrevista de la menor **D.P.C.R.**, por parte del investigador **Ramírez Clavijo**, no afectó derechos del procesado y que la defensa técnica carece de interés legítimo para reclamarla.

También sostiene el censor que la Corte Constitucional (Sentencia C-177-2014), determinó que, tratándose de investigación de conductas delictivas graves (trata de personas; tráfico de niños, niñas y adolescentes; uso de menores de edad en la comisión de delitos; delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales; entre otros), es obligatoria la participación del Defensor de Familia, *so pena* de que sean consideradas inexistentes.

Esta tesis del censor no es cierta, pues, aunque la Alta Corporación manifestó que la intervención del defensor de familia en las entrevistas de menores se hace imperativa, es en virtud del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, no como garantía del acriminado.

Recuérdese que la demanda fue presentada en procura de una mayor protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, solicitándole a la Corte Constitucional declarar inexecutable parte de la norma (*contenida en el literal “d” del Art. 206 A del CPP, Adicionado por el Art. 2° de la ley 1652/2013,*); *en especial para que la entrevista forense no fuera ...realizada por personal del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación, entrenado en entrevista forense en niños, niñas y adolescentes..., sino por Psicólogos.*

La demanda no prosperó, pues la Corte Constitucional declaró executable la norma sin condicionamiento alguno; de tal manera que no es verdad que sólo tiene validez

² Al margen de lo anterior, es oportuno destacar que frente al desconocimiento de los requisitos formales –que no es el caso– en la recepción de la declaración de los menores, la jurisprudencia de la Sala tiene sentado que (CSJ. AP882-2015, 25 feb. 2015, rad. 43874)

«...lo cierto es que tal formalidad constituye una garantía consagrada a favor de los menores –niños, niñas y adolescentes– y, en consecuencia, el defensor del procesado no está legitimado para reclamar su cumplimiento porque su interés se extiende a procurar la revocatoria o la modificación de la decisión que lo afecta y nada lo habilita para agenciar derechos de terceros.»

En el mismo sentido ha señalado que (CSJ AP1943-2017, 22 mar. 2017, rad. 46523):

«(...) las formalidades previstas en la Ley 1098 de 2006 (Ley de Infancia y Adolescencia) para la recepción de los testimonios de los menores, es un asunto que atañe a la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes, y su incumplimiento no apareja la afectación de las garantías del procesado, por lo que éste carece de interés para invocar la ilegalidad del procedimiento.»

la entrevista cuando el cuestionario que debe resolver el menor es previamente revisado y aprobado por el defensor de familia, como lo entiende el censor.

Con lo dicho es suficiente para entender que: no es verdad que sea ilegal la entrevista que el investigador **Ramírez Clavijo**, le recibió a la adolescente **D.P.C.R.** Sin embargo, no está por demás recordar que, para la época de los hechos (24/12/2013), el municipio de San Juan de Arama no contaba con Defensoría de Familia,³ oficina que de conformidad con lo previsto en el Art. 82.3 de la ley 1098 era la encargada de “emitir los conceptos ordenados por la ley, en las actuaciones judiciales o administrativas”. Para la fecha de los hechos, el municipio de San Juan de Arama sólo contaba con una Comisaría de Familia⁴, que no estaba facultada para revisar y aprobar el cuestionario que el investigador realizara, en entrevistas, a los niños, niñas y adolescentes, cuando éstos eran víctimas, de entre otros delitos, los lesivos o atentatorios contra la libertad, integridad y formación sexuales.

Adicionalmente, se tiene que la misma ley (Lit. “d”, del Art. 2º de la Ley 1652/2013), *estableció que las entidades competentes tenían un plazo de un año, para entrenar al personal en entrevista forense; y, para la fecha de la entrevista que nos concita, había transcurrido, poco más de 6 meses de haber entrado en vigor la ley 1652 de 2013.*

Conforme a lo anterior, se tiene que el aludido investigador estaba en imposibilidad de hacer revisar y aprobar los cuestionarios, por parte del defensor de familia, pues, se necesitaba entrevistar a la menor de manera inmediata, en el municipio de San Juan de Arama, no había defensor de familia y tampoco había transcurrido el plazo otorgado por la ley, para que las entidades designaran y prepararan el personal para realizar entrevistas forenses a menores, cuando estos eran víctimas de delitos graves.

En resumen, este reproche no tiene vocación de prosperidad.

2.1.2. Con relación al supuesto error de derecho, en la modalidad falso juicio de legalidad, derivado del desconocimiento de las reglas de PRODUCCIÓN y apreciación de la prueba de referencia.

De conformidad con el cargo elevado por el censor, se tiene que ningún reparo le asiste respecto del valor probatorio que las instancias dieron a las manifestaciones que la adolescente **D.P.C.R** hizo a diferentes personas, por fuera de la audiencia de juicio oral, y que fueron incorporadas en audiencia. Por lo tanto, este delegado no

³ Ley 1098/2006, **ART. 79. DEFENSORÍAS DE FAMILIA.** Son dependencias del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de naturaleza multidisciplinaria, encargadas de prevenir, garantizar y restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Las Defensorías de Familia contarán con equipos técnicos interdisciplinarios integrados, por lo menos, por un psicólogo, un trabajador social y un nutricionista.

Los conceptos emitidos por cualquiera de los integrantes del equipo técnico tendrán el carácter de dictamen pericial.

⁴ Ley 1098 de 2006, **ART. 83. COMISARIAS DE FAMILIA.** Son entidades distritales o municipales o intermunicipales de carácter administrativo e interdisciplinario, que forman parte del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, cuya misión es prevenir, garantizar, restablecer y reparar los derechos de los miembros de la familia conculcados por situaciones de violencia intrafamiliar y las demás establecidas por la ley.

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar como entidad coordinadora del Sistema Nacional de Bienestar Familiar será el encargado de dictar la línea técnica a las Comisarías de Familia en todo el país.

se ocupará del valor suasorio que las instancias le dieron a la prueba de referencia, toda vez que las sentencias gozan de la doble presunción de acierto y de legalidad, y sobre este punto no es objeto de censura.

La queja tampoco está encaminada a acreditar falso juicio de convicción, como lo hizo la anterior defensa técnica del aquí procesado, al sostener que el proceso contaba sólo con prueba de referencia, por lo que demandaba un fallo absolutorio.

En tal sentido, este delegado no se ocupará, de cuáles son las pruebas directas, sino que simplemente se ocupará de establecer si las pruebas de referencia fueron o no producidas legalmente, que es la inconformidad de la defensa técnica actual, del procesado.

En el presente caso, sostiene el censor, que la jurisprudencia de la Corte ha establecido una pluralidad de reglas, para la admisión y valoración de la prueba de referencia, entre las que destaca las siguientes: a.- *que la prueba de referencia es la excepción y no la regla general*; b.- *que las causales de procedencia de la prueba de referencia son taxativas*; c.- *que para ser admitida la prueba de referencia la parte interesada debe haber hecho el descubrimiento oportunamente, del documento que la contiene*; d.- *que en la audiencia preparatoria, la parte interesada, debe realizar la "aducción" de la prueba de referencia*; e.- *que en la audiencia preparatoria, la parte interesada, debe solicitar que se decrete la declaración que se pretende incorporar como prueba de referencia, así como los medios que utilizará para demostrar la existencia y contenido de la misma*; f.- *que se sustente válidamente la circunstancia excepcional de admisibilidad de prueba de referencia de acuerdo con las causales establecidas en el artículo 438 del CPP*; g.- *que "en el juicio oral la declaración sea incorporada, según los medios de prueba que para tales efectos haya elegido la parte*; y h.- *que en el juicio oral, al margen de la labor de autenticación que corresponda a la prueba, la declaración anterior debe ser incorporada a través de su lectura para que pueda ser valorada por el juez..."*.

Acorde con lo expuesto por el censor, este delegado no desconoce que la ley 906 de 2004 fue concebida sobre la base del derecho fundamental de confrontación, consagrado, entre otros preceptos, en el Lit. "f", Núm. 2º, del Art. 8 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, que señala que *toda persona inculpada de un delito tiene derecho a interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos*.

Tampoco es ajeno a reconocer que, en la misma dirección, el Lit. "e", Núm. 3º del Art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que, durante el proceso penal, toda persona acusada de un delito tiene, entre otros derechos, *el de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y a que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo*.

Sin embargo, el derecho de confrontación no es absoluto, pues debe ser modulado con otros derechos, también de raigambre constitucional, como el derecho de

protección judicial o derecho a un recurso judicial efectivo (Art. 25 C.A.S.D.H), que establece que *toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la amparen contra actos que violen sus derechos fundamentales, reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención.*

De la mano de este derecho a un recurso judicial efectivo y de acceso a la justicia, también están el principio de justicia material (Art. 228 CN), que proclama que en las decisiones judiciales debe prevalecer el derecho sustancial sobre el formal.

Esta tensión entre derechos fundamentales (de concentración, intermediación y confrontación, vs justicia material y recurso efectivo) llevó al legislador a instituir la prueba de referencia, bajo el supuesto que únicamente tenía cabida de forma excepcional no general, que sólo es admisible cuando el testigo no estuviera disponible para comparecer y declarar en juicio (por pérdida de memoria, o por haber sido víctima de desaparición forzosa o secuestro, o eventos similares, o por enfermedad grave que le impide declarar).

En los anteriores eventos la parte interesada no sólo debía solicitar la prueba de referencia, sino también acreditar (por lo menos sumariamente) la causal que invocaba, que necesariamente conduce a acreditar que el testigo está en imposibilidad de declarar en juicio.

Esta postura, sobre la prueba de referencia, en el sentido que sólo tiene cabida cuando el testigo no está disponible para declarar en juicio, tuvo que ser ampliada o quizá mejorada, para no desconocer otros preceptos, también establecidos en tratados internacionales de derechos humanos, ratificados por Colombia, como los Arts. 24.1. del PIDCP⁵ y el Art. 19 de la CASDH,⁶ que prevén que *todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia, de la sociedad y el Estado.*

El Legislador Colombiano, preocupado por la vulnerabilidad de derechos de los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos graves, que eran revictimizados al tener que confrontar a su agresor en audiencia de juicio oral, adoptó mecanismos de protección del menor mediante la ley 1652 de 2013 (Art. 1^o7, y 3^o8).

⁵ **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.** Art. 24.1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.

⁶ Convención Americana Sobre Derechos Humanos: Artículo 19. **Derechos del Niño:** Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

⁷ Ley 1652 **ARTÍCULO 1º.** Adiciónese el artículo 275 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, con el siguiente párrafo:

También se entenderá por material probatorio la entrevista forense realizada a niños, niñas y/o adolescentes víctimas de los delitos descritos en el artículo 206A de este mismo Código. (la subraya es un agregado).

⁸ **ARTÍCULO 3º.** Adiciónese al artículo 438 de la Ley 906 de 2004, un literal del siguiente tenor:

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.

Con la entrada en vigor de la ley 1652 de 2013, se estableció que en aquellos delitos graves (como trata de personas, tráfico de niños niñas y adolescentes, uso de menores de edad en la comisión de delitos y de delitos atentatorios contra la libertad, integridad y formación sexuales, entre otros) en los que la víctima sea un menor de edad, el menor no está obligado a declarar en juicio.

Lo anterior para significar que con el advenimiento de la Ley 1652 de 2013, no sólo se legalizó el **principio Pro Infans**, sino que cambió la regla respecto de la prueba de referencia. En el sentido que ya no hay necesidad de acreditar que el testigo no está disponible para declarar en juicio, sino que es suficiente que el menor sea víctima de un delito grave como el que nos ocupa -acceso carnal abusivo con menor de 14 años-, para que sea admitida la prueba de referencia. Sólo de manera excepcional, se puede y debe llevar al menor a declarar en juicio.

Este cambio de paradigma, sobre la prueba de referencia, ha hecho que la solicitud y decreto de la prueba de referencia sea mucho más fácil o menos exigente, pues en los casos en que se investiga un delito grave con víctima menor de edad (como el que nos ocupa), los fiscales –en la audiencia preparatoria– piden como prueba las manifestaciones por el menor, estén o no estén compendiadas en un documento. La defensa técnica, que conoce la dinámica pues no se opone a que las entrevistas y demás manifestaciones del menor sean decretadas como prueba, pues entienden que con la ley 1652 de 2013, el menor –en lo posible– no debe declarar en juicio. Los jueces, también concededores de la ley, decretan como pruebas las entrevistas y demás manifestaciones que el menor ha realizado por fuera de la audiencia de juicio oral, pues consideran que llevar el menor a declarar en juicio, puede resultar un despropósito.

Si ello es así, como en efecto lo es, entonces la pregunta es: ¿qué parafernalia es necesaria en la audiencia preparatoria para entender que las entrevistas y demás manifestaciones hechas por el menor fuera de la audiencia de juicio oral sean tenidas como prueba de referencia? A juicio de este delegado ninguna. Basta que se pidan como prueba, las manifestaciones que el menor haga fuera de la audiencia de juicio oral, a quién le hizo dicha manifestación y con quién se incorporarán.

Así las cosas, entiende este delegado que, en el caso que nos ocupa, las manifestaciones de la menor, víctima del acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado, sí fueron solicitadas por la fiscalía y decretadas por el juez de conocimiento. Así se tiene que el fiscal que adelantó la audiencia preparatoria solicitó como prueba a la Sra. **Ubence Reinoso Carrillo**, madre de la menor víctima, de quien dijo que dará cuenta de las condiciones y circunstancias que acompañaron el relato de la menor, con quien además se puede incorporar el testimonio de la niña, con quien se incorporaría la Noticia criminal;⁹ también solicitó como testigo a **Silvia Vásquez Roldán**, Comisaria de Familia de San Juan de Arama, de quien adujo que fue quien envió la denuncia a la fiscalía, con quien se incorporará la denuncia que envió a la fiscalía y el informe ejecutivo de 26/12/2013;¹⁰

⁹ Récord 00°06'30" ss., audiencia preparatoria, 23/06/2015.

¹⁰ Récord 00°07'27" ss., audiencia preparatoria, 23/06/2015.

igualmente, solicitó el testimonio de **Sofía Arboleda Murillo**, de quien manifestó que era sicóloga de la Comisaría de San Juan de Arama, quien conocía de antes la situación de la niña víctima, pues la había atendido con anterioridad a los hechos que nos ocupan, y que informaría sobre el tratamiento previo que había hecho a la menor víctima, con quien también se incorporaría el informe psicológico del 27/12/2012;¹¹ de igual manera solicitó el testimonio de **Jenny Triana Beltrán**, de quien manifestó que era Profesional Forense (sicóloga) del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, que corroborará lo informado por la menor, y con quien se incorporará el informe pericial forense GNPPFDSE432-2014;¹² también solicitó el testimonio de **Juan Pablo García Bernal**, médico del hospital de San Juan de Arama, con quien se incorporarían las manifestaciones de la adolescente, la valoración médica y el informe sexológico de 27/12/2013;¹³ igualmente solicitó el testimonio de **Yina Lorena Medina Alcántara**, de quien dijo que era médico del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, que daría cuenta de las manifestaciones que le hiciera la menor sobre los hechos que nos ocupan, y con quien se incorporaría el informe pericial de 03/01/2014 y 28/11/2014;¹⁴ en el mismo sentido solicitó el testimonio de **Diana Sofía Garzón Romero**, médico de la IPS SALUD LLANOS, de quien dijo que daría cuenta de las manifestaciones hechas por la menor y con quien se incorporaría la valoración realizada a la menor D.P.C.R.;¹⁵ de igual modo, solicitó el testimonio de **Ángela Cárdenas**, de quien manifestó que era bacterióloga del Hospital Local de San Juan de Arama, de quien manifestó que realizó el examen de Serología;¹⁶ y, por último, peticionó el testimonio del investigador del C.T.I. **David Ramírez Clavijo**, de quien dijo que es experto en realizar entrevistas a menores, conforme a los protocolos SATAC, con quien se incorporaría el informe de investigador de campo, la entrevista forense con protocolo SATAC tomada a la menor víctima, el CD contentivo de la grabación de la entrevista.¹⁷

La defensa técnica, en la audiencia preparatoria, no sólo manifestó que el descubrimiento hecho por la fiscalía había sido completo, sino que además no se opuso a las pruebas solicitadas por el delegado del ente acusador.

El juez decretó todas las pruebas solicitadas por el delegado del ente acusador, agregando el juez que con los testimonios de la Fiscalía se autorizaba la incorporación de oficios y comunicaciones y demás elementos de prueba en los que hubiesen participado.

Finalmente, a récord 00°27'20" ss., tanto el fiscal como el juez dejaron claro que el testimonio de la menor no se solicitaba por razones de orden legal, esto es que la ley eximía a los menores de declarar en audiencia de juicio oral.

¹¹ Récord 00°08'10" ss., audiencia preparatoria, 23/06/2015.

¹¹ Récord 00°08'10" ss., audiencia preparatoria, 23/06/2015.

¹² Récord 00°08'55" ss., audiencia preparatoria, 23/06/2015.

¹³ Récord 00°09'45" ss., audiencia preparatoria, 23/06/2015.

¹⁴ Récord 00°10'20" ss., audiencia preparatoria, 23/06/2015.

¹⁵ Récord 00°11'15" ss., audiencia preparatoria, 23/06/2015.

¹⁶ Récord 00°12'00" ss., audiencia preparatoria, 23/06/2015.

¹⁷ Récord 00°12'30" ss., audiencia preparatoria, 23/06/2015.

Lo anterior no deja duda de que, contrario a lo expresado por el censor, las manifestaciones hechas por la menor, por fuera de la audiencia de juicio oral, no sólo fueron peticionadas como pruebas, por el delegado del ente acusador, sino que además fueron admitidas.

Por lo tanto, no es cierto que se presente violación indirecta de la ley sustancial, por error de derecho, derivado de falso juicio de legalidad.

3. SOLICITUD

De conformidad con lo manifestado se solicita, a la honorable sala de casación penal NO CASAR el fallo recurrido de manera extraordinaria.

Atentamente me suscribo,



JAVIER FERNANDO CÁRDENAS PÉREZ

Fiscal Tercero Delegado ante la Corte Suprema de Justicia