



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO

Relatoria

PRUEBA DE REFERENCIA- Causales taxativas para su procedencia.

El máximo Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria, en reiterados pronunciamientos, entre ellos, la sentencia SP3332-2016 de 16 de marzo de 2016, Radicado 43866, M.P. Patricia Salazar Cuellar, ha indicado que para determinar si una declaración anterior al juicio oral, que se lleva al juicio oral, constituye prueba de referencia, deben tenerse en cuenta criterios como los siguientes: (i) establecer cuál es la declaración que podría constituir prueba de referencia (la rendida por fuera del juicio oral); (ii) precisar si la declaración anterior hace parte del tema de prueba (por ejemplo, en los casos de injuria o calumnia) o si está siendo aportada como medio de prueba (sólo en este caso podrá constituir prueba de referencia); (iii) analizar si con la admisión de la declaración anterior, a título de prueba de referencia, se afecta el derecho a la confrontación; (iv) tener en cuenta que el carácter de prueba de referencia de una declaración no depende de la edad del testigo ni de la manera como la legislación denomine un determinado medio de conocimiento; y, (v) cuando se trata de declaraciones de menores de edad, víctimas de delitos, debe establecerse cómo se armonizan sus derechos con las garantías debidas al procesado.

Al respecto de la anterior exposición de la Sala de Casación Penal, evidencia la Sala que, en este caso no se configura ninguna de las causales taxativamente contenidas en el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal para la admisión de las entrevistas de la presunta víctima como prueba de referencia. Ahora, si bien es cierto, el delito en este asunto concierne al bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexuales, de acuerdo con la acusación la fecha de nacimiento de Mónica Rocío Sánchez Acevedo corresponde al 23 de julio de 2000, de manera que para el 26 de febrero de 2019 ya contaba con la mayoría de edad, descartándose la aplicación de la causal contenida en el literal e) del ya mencionado artículo 438 del Código de Procedimiento Penal, lo que se halla de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que considera que la admisión de declaraciones anteriores al juicio oral, a título de prueba de referencia, impide o limita el ejercicio del derecho a la confrontación, porque, generalmente, la otra parte no tiene la oportunidad de controlar el interrogatorio y formularle preguntas al testigo, lesionado o poniendo en peligro el derecho a la confrontación de que gozan las partes, y se esa misma manera puede afectarse el derecho de defensa.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO
SALA ÚNICA**

PATRIMONIO HISTÓRICO Y CULTURAL DE LA NACIÓN
LEY 1128 de 2007

RADICACIÓN:	157593104001201800002 01
JUZGADO:	PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO DE SOGAMOSO
DELITO:	ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS
PROVIDENCIA:	AUTO-Niega prueba de referencia
PROCESADO:	LAUREANO SÁNCHEZ PÉREZ
DECISIÓN:	CONFIRMAR
M. PONENTE:	JORGE ENRIQUE GÓMEZ ÁNGEL Sala Segunda de Decisión



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO

Relatoría

Santa Rosa de Viterbo, jueves, veintisiete (27) de junio de dos mil diecinueve (2019).

1. OBJETO:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía contra el auto de 26 de febrero de 2019, emitido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Sogamoso.

2. ANTECEDENTES:

El Juzgado Primero Penal Municipal de Sogamoso con Función de Control de Garantías mediante proveído de 27 de octubre de 2017 impartió legalidad a la formulación de imputación por el delito de Acceso Carnal Abusivo con Menor de catorce (14) Años previsto en el artículo 208 del Código Penal Agravado en concurso homogéneo y sucesivo con fundamento en el numeral 2 del artículo 211 *ibídem*. Así mismo, se abstuvo de imponer medida de aseguramiento alguna.

El 3 de abril de 2018 se llevó a cabo audiencia de formulación de acusación ante el Juzgado Primero Penal del Circuito de Sogamoso, por el delito de Acceso Carnal Abusivo con Menor de catorce (14) Años establecido en el artículo 208 del Código Penal Agravado conforme al numeral 5 del artículo 211 *ejusdem*.

El 26 de febrero de 2019 encontrándose en trámite la audiencia preparatoria, ante el Juzgado Primero Penal del Circuito de Sogamoso, previa petición de la Fiscalía, en el sentido de ordenarse incorporar en el juicio como prueba de referencia las entrevistas que había rendido la Víctima cuando era menor de edad, la que se negó en razón a que en ese momento era una persona mayor de edad, considerando que debía ir a declarar a la audiencia de juicio oral, para lo cual argumentó (i) Que existían diversos pronunciamientos de la Corte



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO

Relatoría

Suprema de Justicia, entre ellos, uno del 16 de marzo de 2016¹, que señalaba que las versiones rendidas por menores víctimas de delitos sexuales antes del juicio, que se presentaban como pruebas de referencia, para su decreto se debía hacer un ejercicio de ponderación de los principios que se enfrentaban, entre estos, los derechos del menor a no ser revictimizada y el derecho de las partes a la confrontación; (ii) Que se debía recurrir al tenor literal de la norma, y que cuando ésta era clara, no le era permitido al intérprete cambiar o acudir a otras interpretaciones; (iii) Que en este caso el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal establecía que la admisión excepcional de la prueba de referencia era excepcional, siempre se hubiera sido Víctima de delitos contra la libertad, integridad y formación sexual, únicamente cuando el declarante era menor de dieciocho (18) años, (iv) Que la admisibilidad de la prueba de referencia era muy restringida, al punto que la norma señalaba en que casos procedía; v) Que en este proceso la Víctima había rendido la entrevista cuando era menor de dieciocho (18) años y para el momento del decreto probatorio ya era un mayor de edad; vi) Que no se desconocía que debía protegerse a la declarante en su condición de víctima y para ello la norma establecía algunos eventos, como por ejemplo hacer salir al público, no enfrentar a la víctima con el victimario. Sin embargo el *A quo* aclaró que las entrevistas podían ser tomadas para aclarar y refrescar memoria o impugnar credibilidad.

2.1. Recurso de apelación:

2.2.1. La Fiscalía:

Contra la anterior decisión el Ente Acusador interpuso recurso de apelación, argumentando *i)* Que el Código de Procedimiento Penal prevé que se debe acudir a las entrevistas forenses en el caso de los menores y reglamentó de qué manera se debía hacer esa entrevista, que cuando se creó esa reglamentación

¹ SP3332-2016 de 16 de marzo de 2016, Radicado 43866, M.P. Patricia Salazar Cuellar



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO

Relatoría

se estaba protegiendo a un menor víctima de un delito sexual para que no tuviera necesidad de acudir al juicio; *ii*) Que incluso si el menor comparece a juicio se pueden utilizar esas entrevistas de acuerdo con el literal b del artículo 438 del Código de Procedimiento Penal; *iii*) Que en el caso que no comparezca la víctima al juicio, dichas entrevistas no se podrían utilizar como prueba de referencia, por haber adquirido la mayoría de edad.

2.2.2. No recurrentes:

2.2.2.1. El Ministerio Público

Dado el término del traslado, el Agente del Ministerio Público argumentó *i*) Que lo expuesto por la Fiscalía no se refiere al fondo o motivos para adoptar la decisión recurrida; *ii*) Que el apelante se centra en enfatizar la probabilidad que la víctima no comparezca al juicio, pero que siendo ya la joven mayor de edad tendría un deber legal y constitucional de comparecer al proceso; *iii*) Que se debió argumentar cual era el impedimento para que la víctima no pudiera comparecer al juicio, pues al respecto el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal era bastante claro en disponer cuando una persona no puede estar disponible para comparecer al juicio y por lo tanto es admisible la prueba de referencia; *iv*) Que no aplica el literal e artículo 438 del Código de Procedimiento Penal, pues allí se refiere a que el declarante sea menor de edad, pero para esta época la víctima ya cumplió la mayoría de edad; *v*) Que la prueba de referencia es eminentemente excepcional y en el presente caso no se vislumbraba ninguna de las causales para su decreto; solicitando la confirmación de la decisión recurrida.

2.2.2.2. La Defensa

Por su parte la Defensa manifiesta: *i*) Que para la interposición de todo tipo de recursos es necesario que se exponga cual fue la equivocación en que incurrió



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO

Relatoría

la jurisdicción, pero en este caso nos encontramos frente a una oposición de la Fiscalía a una decisión jurídica y legal; *ii)* Que en la eventualidad que siempre mediara la declaración de un menor de edad, se tendría que hablar de prueba de referencia, pero dicha figura es eminentemente excepcional; *iii)* Que nuestro sistema contiene rezagos del sistema norteamericano, y allí se enseñó porque las entrevistas no tienen ningún valor probatorio, porque conllevaba a una repetición de una declaración que podía realizarse de manera directa, que la Corte Suprema de Justicia ha venido indicando que los informes son cartas de navegación de carácter interno de la Fiscalía, que las entrevistas no tienen valor probatorio, no se pueden introducir porque se haría repetitiva una prueba testimonial, se conllevaría al no fin que es que el entrevistador no pueda opinar frente al dicho del entrevistado, que por ello las entrevistas y declaraciones no tienen ninguna capacidad probatoria; como síntesis solicita se mantenga incólume la decisión recurrida.

El Representante de la víctima guardó silencio.

3. CONSIDERACIONES PARA RESOLVER:

3.1. EL ASUNTO:

El objeto del recurso de alzada se circunscribe a la admisión como prueba de referencia de las declaraciones y/o entrevistas rendidas por la víctima quien actualmente ya alcanzó la mayoría de edad.

De acuerdo con el artículo 437 del Código de Procedimiento Penal, prueba de referencia es toda declaración realizada fuera del juicio oral, utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio, su admisión de es de



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO

Relatoría

carácter excepcional, pues su procedencia es taxativa de acuerdo con lo señalado en el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal, cuando el entrevistado se halla en los casos de *i)* Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación; *ii)* Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar; *iii)* Padece de una grave enfermedad que le impide declarar; *iv)* Ha fallecido; *v)* Es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188A, 188C y 188D del mismo Código; y, *vi)* Cuando las declaraciones se hallen registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos.

En el *sub judice*, el Ente Acusador solicitó que se admitiera como prueba de referencia las entrevistas practicadas a Mónica Rocío Sánchez Acevedo presunta víctima del delito de Acceso Carnal Abusivo Agravado con Menor de catorce (14) Años, pedimento que fue negado fundamentalmente porque al momento de dictarse el decreto probatorio, ya era mayor de edad, no cumplido con la exigencia prevista en el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal, pudiendo acudir al juicio oral a rendir testimonio.

El máximo Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria, en reiterados pronunciamientos, entre ellos, la sentencia SP3332-2016 de 16 de marzo de 2016, Radicado 43866, M.P. Patricia Salazar Cuellar, ha indicado que para determinar si una declaración anterior al juicio oral, que se lleva al juicio oral, constituye prueba de referencia, deben tenerse en cuenta criterios como los siguientes: *(i)* establecer cuál es la declaración que podría constituir prueba de referencia (la rendida por fuera del juicio oral); *(ii)* precisar si la declaración anterior hace parte del tema de prueba (por ejemplo, en los casos de injuria o calumnia) o si está siendo aportada como medio de prueba (sólo en este caso podrá constituir prueba de referencia); *(iii)* analizar si con la admisión de la declaración anterior, a título de prueba de referencia, se afecta el derecho a la confrontación; *(iv)* tener en cuenta que el carácter de prueba de referencia de una declaración no depende de la edad del testigo ni de la manera como la legislación denomine un determinado medio de conocimiento; y, *(v)* cuando se trata de declaraciones de menores de edad, víctimas de



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO

Relatoría

delitos, debe establecerse cómo se armonizan sus derechos con las garantías debidas al procesado.

Al respecto de la anterior exposición de la Sala de Casación Penal, evidencia la Sala que, en este caso no se configura ninguna de las causales taxativamente contenidas en el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal para la admisión de las entrevistas de la presunta víctima como prueba de referencia. Ahora, si bien es cierto, el delito en este asunto concierne al bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexuales, de acuerdo con la acusación la fecha de nacimiento de Mónica Rocío Sánchez Acevedo corresponde al 23 de julio de 2000, de manera que para el 26 de febrero de 2019 ya contaba con la mayoría de edad, descartándose la aplicación de la causal contenida en el literal e) del ya mencionado artículo 438 del Código de Procedimiento Penal, lo que se halla de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que considera que la admisión de declaraciones anteriores al juicio oral, a título de prueba de referencia, impide o limita el ejercicio del derecho a la confrontación, porque, generalmente, la otra parte no tiene la oportunidad de controlar el interrogatorio y formularle preguntas al testigo, lesionado o poniendo en peligro el derecho a la confrontación de que gozan las partes, y se esa misma manera puede afectarse el derecho de defensa.

Así las cosas, puede concluir esta Corporación que Mónica Rocío Sánchez Acevedo, en su condición de víctima, no cuenta con ningún impedimento para comparecer en el juicio bajo las ritualidades propias del mismo con el fin de rendir testimonio en el juicio, porque no es procedente, como lo pretendió la Fiscalía que su entrevista fuera incorporada al juicio como prueba de referencia, acto con el cual se podría en peligro el derecho a la confrontación y eventualmente al de defensa y debido proceso.

Se impone entonces, la confirmación de la decisión recurrida.

4. En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión de la Sala Única del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo,

RESUELVE:



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO

Relatoría

4.1. Confirmar la decisión recurrida por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

4.2. Ejecutoriada esta decisión, devuélvase el expediente al juzgado de origen para los fines pertinentes.

4.3. Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Esta decisión queda notificada en estrados.

Notifíquese y cúmplase,

JORGE ENRIQUE GÓMEZ ÁNGEL
Magistrado Ponente

GLORIA INÉS LINARES VILLALBA
Magistrada
Con ausencia justificada

EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA
Magistrado



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO

Relatoria

3560-190066