Fichas jurisprudencia nacional

Número	SP 3332 2016 RD 43866
Autoridad	Corte Suprema de Justicia
Fecha	16 de marzo del 2016
Magistrada/o ponente	Patricia Salazar Cuéllar
Etiquetas	Acceso carnal abusivo con menor de 14 años Entrevista de NNA víctimas de violencia sexual Informes de Policía Judicial Prueba de referencia

Sinopsis

Demanda de casación, contra sentencia condenatoria contra LFGS por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, alegando que la primera instancia y el Tribunal incurrieron en una violación indirecta de la ley, específicamente en un error de derecho por falso juicio de convicción porque, dentro de las pruebas, se encontraba un informe de policía judicial y asumieron erróneamente que ese informe correspondía con la entrevista del menor. En este tipo de actuaciones los investigadores tienen la obligación de documentar de manera suficiente la entrevista para que las partes puedan conocer con exactitud lo expresado por el testigo y, adicionalmente, en su informe deben indicar como se realizó la entrevista. Con esto, el investigador cumplió con el informe, pero no con el deber de documentar la entrevista, durante todo el desarrollo del proceso lo que sucedió es que se usó el informe de policía judicial y se valoró erróneamente como la entrevista.

Adicionalmente, en este caso, para la defensa, procede lo dispuesto en la sentencia C-392 del 2000 en donde se dispuso que los informes de policía judicial no constituyen prueba. Para él, si los falladores no hubieran tenido en cuenta, de manera errónea, la entrevista, no se habría presentado la condena porque la otra prueba era insuficiente para demostrar la culpabilidad del agresor.

Por último, plantea que la no comparecencia de los menores como testigos en el juicio oral limita las posibilidades de contradicción e inmediación. Si bien es cierto que el derecho del menor prevalece, no puede considerarse este como una equivalencia a la condena del acusado porque de esa manera la judicialización pierde legitimidad.

Principales elementos jurídicos

La Corte recoge las consideraciones acerca del derecho del acusado a confrontar los testigos, el derecho a la defensa (art. 29 CN), el derecho a presentar y controvertir pruebas (T-1099 de 2003), el derecho a la confrontación que implica la posibilidad de que comparezcan los testigos, controlar el interrogatorio y confrontar personalmente a los testigos de cargo.

"Adicionalmente, la confrontación es una metodología de depuración de la evidencia, en la medida en que permite ejercer un control al interrogatorio con el objetivo de introducir preguntas que inciden negativamente el relato del testigo; la posibilidad de impugnar la credibilidad y darle más herramientas al juez para valorar la prueba; el registro de la audiencia permite conocer de manera fidedigna lo sucedido en la audiencia; la inmediación con el juez permite favorecer la valoración del testimonio".

El derecho a la confrontación, también es un criterio para establecer que una declaración es prueba de referencia, es decir, la que se rindió fuera del juicio oral, cuando esta se aporta como medio de prueba. Entre las reglas de la prueba de referencia se ha establecido que "c*uando se trata de*

declaraciones de menores de edad, víctimas de delitos, debe establecerse cómo se armonizan sus derechos con las garantías debidas al procesado".

Para la sala, la demostración de una existencia y contenido de una declaración anterior al juicio oral se rige por las siguientes reglas:

> *(i) se trata de un problema probatorio y, en consecuencia, está regido por el principio de libertad probatoria que inspira toda la actuación penal; (ii) La Ley 906 de 2004, en sus artículos 206 y 146, establece la obligación de documentar de la mejor manera posible las actuaciones de la Fiscalía y la Policía Judicial, lo que fue reiterado en la Ley 1652 de 2013; (iii) la Fiscalía tiene la obligación de procurar el mejor registro posible de las entrevistas o declaraciones juradas, principalmente cuando tienen clara vocación de ser incorporadas en el juicio oral a título de prueba de referencia, para facilitar el ejercicio de los derechos del acusado, reducir los debates frente a este aspecto y brindarle mejores elementos al juez para la valoración del medio de conocimiento, y (iv) en cada caso debe evaluarse si se demostró o no la existencia y contenido de la declaración anterior al juicio oral que pretende aducirse como prueba de referencia, según las reglas generales y específicas de valoración probatoria.*

La armonización de los derechos de los niños que comparecen a la actuación penal en calidad de víctimas de delitos sexuales, con las garantías judiciales mínimas de los procesados.

"A través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia se ha generado un consenso respecto a la necesidad de evitar que, en los casos de violencia sexual, los niños sean revictimizados, especialmente en los interrogatorios que versan sobre los mismos hechos y, esto especialmente si son llevados como testigos al juicio oral donde se verán enfrentados a preguntas con el objetivo de desacreditarlos y no necesariamente serían realizadas por una persona profesional que pueda garantizar plenamente sus derechos".

"A través de tratados internacionales ratificados por Colombia, así como fallos internacionales, se ha determinado que la armonización de los derechos de los menores de edad cuando se ven inmersos en un proceso penal por ser víctimas de hechos delictivos, así como los derechos de la persona que se investiga, deben armonizarse evitando que los menores sean objetos de revictimización; adicionalmente, garantizar en la mayor porción posible los derechos del acusado; asimismo, hay que limitar el valor de las declaraciones donde el acusado no tuvo la oportunidad de ejercer su derecho de confrontación; por otro lado, evitar que el menor y el acusado se encuentren frente a frente, pero brindar herramientas para que se pueda generar el contrainterrogatorio; acudir a la grabación de la declaración es una forma de garantizar su derecho a la defensa; cuando la declaración del menor deba adelantarse, deben garantizarse los derechos del procesado en la mayor proporción posible evitando que el menor pueda ser víctima de revictimización o de un nuevo hecho victimizante.

"El principio de armonización concreta impide que se busque la efectividad de un derecho mediante el sacrificio o restricción de otro. De conformidad con este principio, el intérprete debe resolver las posiciones entre bienes jurídicos, de forma que se maximice la efectividad de cada una de ellas. La colisión de derechos no debe, por lo tanto, resolverse mediante una ponderación superficial o una prelación abstracta de uno de los bienes jurídicos en conflicto. Esta ponderación exige tener en cuenta los diversos bienes e intereses en juego y propender su armonización en la situación

concreta, como momento previo y necesario a cualquier jerarquización o prevalencia de una norma constitucional sobre otra. El principio de armonización concreta implica la mutua delimitación de los bienes contrapuestos, mediante la concordancia práctica de las respectivas normas constitucionales, de modo que se asegure su máxima efectividad¨.

Para armonizar los derechos, se plantea varias reglas:

1. Posibilidad de uso de la prueba anticipada. "Frente a los menores de edad la prueba anticipada existe con la finalidad de evitar que se altere el medio probatorio o que se pueda generar un nuevo hecho victimizante. En estos casos la prueba anticipada puede reportar beneficios como si se le da a la defensa de ejercer la confrontación, con los límites necesarios para proteger la integridad del menor y, con esto, la prueba no tendrá el carácter de prueba de referencia; la intervención del juez dota de solemnidad el acto y, además, permite resolver las controversias que se susciten sobre la forma del interrogatorio; la existencia de un registro judicial adecuado que permite al juez conocer de manera fidedigna la respuesta que da el menor"
2. Prevenir la revictimización de menores de 18 años. El artículo 150 establece reglas generales para la recepción de testimonio de menores, entre las que se destacan *ï. Los niños, niñas y adolescentes pueden ser citados como testigos en los procesos penales; ii. Su declaración sólo podrá ser tomada por el defensor de familia, a partir del cuestionario remitido previamente por el fiscal o el juez; iii. la defensa podrá realizar el interrogatorio, siempre y cuando no contravenga el interés superior del menor; iv. El NNA no tendrá contacto directo con el acusado; v. A discreción del juez, es posible obviar la presencia física del NNA mediante la utilización de medios tecnológicos¨*
3. Declaración de NNA víctimas de violencia sexual: (Ley 1652 del 2013) El legislador dio categoría de elemento probatorio a la entrevista que se realiza en actos preparatorios al juicio oral, pero estas entrevistas son introducidas como pruebas de referencia, "porque se trata de declaraciones, de contenido incriminatorio, que, además, se reciben con la vocación de ser utilizadas en actuación penal; el carácter testimonial no se afecta por el hecho de que se le denomine elemento material probatorio, para efectos de su regulación e la fase de investigación; son declaraciones realizadas por fuera del juicio oral; se presentan en el juicio como medio de prueba; pueden impedir o limitar el ejercicio del derecho a la confrontación, especialmente en lo concerniente al control del interrogatorio y la posibilidad de interrogar o hacer interrogar al testigo de cargo; los anteriores aspectos no depende de la edad del testigo, sin perjuicio de las medidas que deben tomarse para proteger a los niños y otras personas."

La fiscalía, para tomar la decisión del manejo de los testigos debe tener en cuenta:

1. La necesidad de usar el testimonio del menor para sustentar la teoría del caso.
2. Analizar las consecuencias que se tienen con este tipo de decisiones, por ejemplo, si decide presentar un testimonio anterior de un menor de edad, debe tener en cuenta la prohibición del artículo 381 de la Ley 906 del 2004.
3. Optar, cuando lo considere necesario, puede acudir a la figura de prueba anticipada que le permite levantar la restricción del artículo 381 de la ley 906 DEL 2004.
4. La fiscalía debe tomar las medidas adecuadas para que las entrevistas realizadas a las personas menores de edad sean debidamente documentadas.

Sentencias relacionadas	C 537 de 2006 C 177 de 2014 T 078 de 2010	Corte Suprema de Justicia de la Sala Penal. Rad 44056	CSJ SP 118 de mayo de 2011 RAD. 33651; CSJ SP 10 de marzo de 2010 RAD 32868;

	T 117 del 2013	del 28 de octubre del 2015.	CSJ SP 19 de agosto de 2009 RAD 31959; CSJ 30 de marzo de 2006 RAD 24468.
Referencia bibliográfica	Corte Suprema de Justicia (16 de marzo del 2016). Sentencia SP 3332-2016. M.P.: Patricia Salazar Cuéllar		