



SALA DE DECISION PENAL

Medellín, primero (1) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

RADICADO	05001-60-00206-2011-79999
PROCESADO	LUIS CARLOS GONZÁLEZ PATIÑO
DELITO	ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS
PROCEDENCIA	JUZGADO 18 PENAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN

Magistrado Ponente
ÓSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ.

Medellín, proyecto aprobado en Sala del veintiuno (21) de febrero de dos mil dieciocho (2018), mediante Acta Nro. 09 leído en la fecha.

1. ASUNTO A DECIDIR

Procede la Sala a desatar el recurso apelación interpuesto por el defensor del señor **LUIS CARLOS GONZÁLEZ PATIÑO**, contra la decisión proferida por el Juez 18 Penal del Circuito con función de conocimiento de Medellín, por medio de la cual se inadmitió la solicitud de este de permitir al procesado interrogar de manera directa a la menor ofendida, en el proceso que se adelanta en su contra por el delito de **ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS**.

2. HECHOS

Tuvieron ocurrencia en las primeras semanas del mes de diciembre del año 2011 en el sector las margaritas del barrio Robledo, al lado de la rivera de la quebrada la Iguaná. Allí vivía la joven L.L.Y.G de 13 años de edad en compañía de su familia y tenía como vecino al señor **LUIS**

CARLOS GONZÁLEZ PATIÑO. Este comenzó a invitar a salir a la menor, quien aceptó la invitación y para reunirse con él, la adolescente se escapaba de su casa a la medianoche, aprovechando que sus padres dormían, hasta la parte de atrás de las viviendas, en un sector despoblado, donde se besaban, acariciaban y sostuvieron relaciones sexuales, hechos que ocurrieron en 3 oportunidades, no obstante, en la última de ellas, la compañera permanente del acusado, los vió salir de la manga y le contó a la mamá de la joven.

3. ACTUACIÓN PROCESAL.

Por los anteriores hechos, el 25 de agosto de 2017, ante el Juez 38° Penal Municipal con Función de control de garantías de esta ciudad, la Fiscalía formuló imputación en contra del señor **LUIS CARLOS GONZÁLEZ PATIÑO** por el delito de **ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS** en concurso homogéneo, imponiéndose -en la misma fecha y por solicitud de la fiscalía- medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario en contra del imputado.

Seguidamente, el Fiscal presentó escrito de acusación, correspondiéndole el conocimiento del asunto al Juzgado 18° Penal del Circuito de Medellín, quien presidió las audiencias de formulación de acusación y preparatoria, no obstante, en ésta última, el defensor del procesado solicitó al despacho que se le permitiera a su cliente interrogar de manera directa a la víctima, pedimento al cual no accedió el funcionario de conocimiento, lo cual motivó a la defensa a interponer recurso de apelación.

4. DECISIÓN IMPUGNADA

Del registro de audio se desprende que el motivo de inconformidad del recurrente radica en la negativa del despacho de permitir a su cliente que realice directamente unas preguntas a la víctima, explicando que, en estos

momentos, ya es mayor de edad. Como sustento jurídico, invoca el artículo 29 de la Constitución, sobre el debido proceso, aduciendo que es de vital importancia que este le pregunte a la niña por los hechos, en especial lo que esta le respondió cuando hablaron sobre la edad de ella. Dice que solo teniendo de frente a la víctima, podría el defensor indagar sobre aspectos puntuales como sobre la forma como se conocieron, la edad y las respuestas de esta.

Afirma el togado que permitir esta actuación traería gran beneficio, pues se colmarían todas las garantías democráticas que cobijan a su cliente, ya que, según lo manifestado por este, la joven nunca le dijo que tenía 14 años, y es precisamente lo que quiere preguntarle él directamente. Dice que esa prerrogativa se encuentra en la ley 906 de 2004, pero no recuerda el artículo exacto, que es importante que se permita al acusado ejercer ese derecho, porque más adelante se verá que esos consentimientos se dieron cuando este le preguntó a la víctima su edad.

5. SUJETOS NO RECURRENTES

La Fiscalía solicitó que se declarara desierto el recurso, ya que como lo dijo el juez, los derechos del procesado están garantizados, y este puede interrogar a la víctima por intermedio de su representante legal en el marco del debido proceso, precisamente cuando se garantiza su derecho a estar asistido por un abogado, sin que se conozca ninguna norma que faculte al acusado realizar el interrogatorio en forma directa.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto contra el auto proferido por el Juzgado 18° Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Medellín, de conformidad con lo establecido en el artículo 34.1 de la Ley 906 de 2004.

Lo primero que debe señalarse es que, a pese de la deficiencia argumentativa de la defensa, la Sala considera que es viable conocer el recurso, en orden a materializar las garantías de los sujetos procesales involucrados, esto es, los derechos de la defensa material, frente a los derechos de los menores que resultan víctimas de delitos de abuso sexual.

Comencemos por señalar, que el derecho del acusado a confrontar a los testigos de cargo, es una garantía procesal que emana directamente del artículo 29 de la Constitución Política al establecer en su inciso 4 que ***“quien sea sindicado tiene derecho (...) a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra...”***.

Así mismo, en torno al sentido y alcance de esta prerrogativa, la Corte Constitucional en la sentencia C-537 de 2006 efectuó un recuento sobre la línea jurisprudencial del tema, considerando entre otros apartes, que esta garantía debe ser respetada en cualquier proceso judicial o administrativo, como quiera que hace parte del núcleo esencial del derecho de defensa. En la misma sentencia, la Corte Constitucional resaltó que el artículo 29 de la Constitución Política debe armonizarse con los Tratados Internacionales sobre derechos humanos suscritos por Colombia, que consagran garantías judiciales mínimas para el acusado en lo concerniente a la práctica de la prueba testimonial.

Tal es el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 8^o¹, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 14², los cuales encuentran desarrollo dentro de nuestro

¹ Artículo 8: Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

f) derecho de la defensa de 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.

² Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo.

ordenamiento jurídico en el literal k) del artículo 8³ de la ley 906 de 2004. Esta norma incorpora varios de los elementos incluidos en los tratados internacionales en mención, entre ellos: (i) el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y, (ii) el derecho a lograr la comparecencia, aun por medios coercitivos, de testigos o peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos.

Por su parte, el artículo 15 del mismo estatuto, que consagra el principio de contradicción, dispone que las partes tendrán derecho a conocer y controvertir las pruebas, así como a intervenir en su formación. Allí se dispone expresamente que estas reglas operan frente a las pruebas practicadas en el juicio y para las que se practiquen en forma anticipada.

En el mismo sentido, el artículo 16 de esa codificación dispone que *“en el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a **confrontación** y contradicción ante el juez de conocimiento...”*. De esta norma cabe destacar que diferencia, por lo menos nominalmente, los derechos de contradicción y confrontación.

La posibilidad de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo a que aluden los tratados internacionales suscritos por Colombia y las normas rectoras atrás relacionadas es uno de los elementos estructurales del denominado derecho a la confrontación. Del mismo también hacen parte la posibilidad de lograr la comparecencia de testigos, la oportunidad de controlar el interrogatorio y **la posibilidad del acusado de tener frente a frente a los testigos de cargo.**

³ **Artículo 8. Defensa.** En desarrollo de la actuación, una vez adquirida la condición de imputado, este tendrá derecho, en plena igualdad respecto del órgano de persecución penal, en lo que aplica a:

k) Tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con inmediación de las pruebas y sin dilaciones injustificadas, en el cual pueda, si así lo desea, por sí mismo o por conducto de su defensor, interrogar en audiencia a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia, de ser necesario aun por medios coercitivos, de testigos o peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos objeto del debate.

En efecto, la posibilidad de estar frente a frente con los testigos de cargo, es -en principio- una consecuencia natural de que las declaraciones se entreguen en el escenario del juicio oral, al que tiene derecho a asistir el acusado y en el que es obligatoria la presencia de la defensa técnica. Tan es así, que cuando el legislador ha querido consagrar excepciones a esta regla, lo ha establecido expresamente, como sucede en varios artículos de la Ley 1098 de 2006 que serán analizados más adelante.

Aunque la confrontación, entendida en los términos anteriores, está consagrada en los tratados internacionales como una garantía para el acusado (sin perjuicio de que el ordenamiento interno disponga que la Fiscalía tiene derecho a su ejercicio), también debe mirarse como una metodología de depuración de la evidencia, en la medida en que: (i) el control al interrogatorio puede evitar la utilización de preguntas que incidan negativamente el relato del testigo (sugestivas, capciosas, confusas, etc.), (ii) la posibilidad de impugnar la credibilidad del deponente le puede dar mejores herramientas al juez para valorar la prueba, (iii) el registro de la audiencia permite conocer de manera fidedigna el contenido del relato, y (iv) la inmediación del juez con el interrogatorio cruzado del testigo puede favorecer la apreciación del testimonio.

Sumado a lo anterior, la declaración en el escenario del juicio está rodeada de circunstancias que favorecen su confiabilidad, entre ellas: (i) la solemnidad de la audiencia, (ii) la dirección del proceso por parte de un juez, y (iii) la imposición del juramento, entendido como una forma de disuadir al testigo de faltar a la verdad.

Lo anterior es relevante, además, porque los derechos de las víctimas y, en general, el interés de la sociedad en una justicia pronta y eficaz, pueden verse favorecidos con la obtención de declaraciones más confiables merced al cumplimiento de los requisitos y procedimientos

orientados a dicho fin. Lo anterior es así no sólo por los factores de mayor confiabilidad asociados a que la contraparte puede ejercer los derechos de contradicción y confrontación, sino además porque el artículo 381 de la Ley 906 de 2004 dispone expresamente que la condena no puede estar fundamentada exclusivamente en prueba de referencia, esto es, en declaraciones frente a las cuales la defensa no haya tenido la oportunidad de ejercer a plenitud la confrontación.

Ahora bien, como dijimos en acápites anteriores, el derecho a la confrontación –al tenor de los tratados internacionales- es prácticamente absoluto y solo cuenta con algunas excepciones, legalmente establecidas por el legislador que deben ser armonizadas al tenor de la Constitución. Una de ellas, hace referencia a los derechos de los menores que comparecen a la actuación penal en calidad de probables víctimas de delitos sexuales.

En efecto, el tema de los menores víctimas de abuso sexual y su participación en los procesos penales, ha sido ampliamente desarrollado en la jurisprudencia nacional, tanto por la Corte Constitucional⁴ como en la Corte Suprema de Justicia⁵. Ambas corporaciones han sido coincidentes en sostener que en estos casos es viable la admisión de declaraciones anteriores al juicio, en orden a evitar que los niños abusados sean revictimizados al comparecer al juicio oral.

Particularmente, en la sentencia C-177 de 2014, que analiza la constitucionalidad de los artículos 1º, 2º y 3º de la Ley 1652 de 2013, el alto tribunal resalta la obligación de considerar el principio *pro infans* en las decisiones que deben tomar los funcionarios judiciales y la obligación de brindar el mayor nivel de protección posible a las víctimas menores de abuso sexual. Bajo tales supuestos, la Constitución y la ley especializada

⁴ Sentencias T-078 de 2010 y T-117 de 2013.

⁵ Sentencias CSJ SP, 18 May. 2011, Rad. 33651; CSJ SP, 10 Mar. 2010, Rad. 32868; CSJ SP, 19 Agos. 2009, Rad. 31959; CSJ SP, 30 Mar. 2006, Rad. 24468.

(1098 de 2006 y 1652 de 2013), imponen a la autoridad judicial tener presentes los derechos de los niños víctimas de delitos sexuales, de modo que se garantice la satisfacción de sus intereses y se evite ponerlos en riesgo frente a eventuales nuevos actos de agresión.

Ahora bien, la búsqueda del equilibrio entre las garantías del procesado, los derechos de las víctimas y el legítimo interés en la eficacia de la administración de justicia, ha dado lugar a la emisión de una serie de reglas por parte del legislador, con las cuales busca armonizar ambos derechos, en orden a lograr su materialización, sin que la existencia de uno, anule el del otro.

Así, en materia de prueba testimonial, existen varias reglas, claramente orientadas a ponderar los aspectos constitucionales en juego. En ese entramado normativo pueden distinguirse las reglas generales, aplicables a cualquier testigo, de las reglas generales aplicables cuando un menor comparece a la actuación penal en calidad de víctima o testigo de cualquier delito, así como las normas específicas para cuando el menor tiene la calidad de posible víctima de un delito sexual o de alguno de los delitos incluidos en la Ley 1652 de 2013.

En relación con la primera, el derecho de los procesados a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo (y los demás componentes del derecho a la confrontación), encuentra desarrollo cuando (i) se establece como regla general que los testigos deben declarar en el juicio oral; (ii) se brindan herramientas para hacer efectiva la impugnación de testigos; (iii) se dispone que, por regla general, la prueba de referencia es inadmisibile (Art. 438); (iv) se limita la declaración de los testigos a lo que les conste directa y personalmente (Art. 402); entre otros. Como puede verse el derecho de confrontación es garantizado al máximo, al punto que su única limitante es el artículo 437 de la ley 906 de 2004, que permite la admisión excepcional de prueba de referencia, sin embargo, esto no representa

ningun desequilibrio, pues se compensa con lo dispuesto en el artículo 381 ídem en el sentido de que la condena no puede basarse exclusivamente en ese tipo de declaraciones.

Sin embargo, tratándose de menores víctimas de delitos sexuales, tanto la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional han emitido varios pronunciamientos en torno a la admisibilidad, a título de prueba de referencia, de las declaraciones anteriores al juicio oral, rendidas por niños que tienen la calidad de probables víctimas de abuso sexual, como una forma de evitar que los menores sean doblemente victimizados.

Así mismo, el legislador ha emitido varias normas orientadas a proteger los intereses de los niños que comparecen al proceso penal en calidad de víctimas y/o testigos, las cuales, según se indicó, deben interpretarse a la luz de lo establecido en los tratados internacionales orientados a proteger a los niños, niñas y adolescentes, tal y como lo expresó la Corte Constitucional y, además, deben considerarse los derechos de los acusados, tanto los previstos en el ordenamiento interno como los incluidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por Colombia (C-537 de 2006).

En la Ley 1098 de 2006 se hace hincapié en la prelación que debe dársele a este tipo de casos para lograr la sanción de los responsables, la indemnización de perjuicios y el restablecimiento pleno de los derechos vulnerados, así como en la obligación de tomar las medidas necesarias para evitar que sean nuevamente victimizados (Arts. 192 y siguientes).

Entre las medidas que deben adoptarse para evitar la “victimización secundaria”, se tienen: (i) procurar que el menor esté acompañado de sus padres, representantes legales o las personas con quienes conviva, cuando no sean estos los agresores; (ii) ordenar las medidas necesarias para garantizar la seguridad de los niños, las niñas y los adolescentes

víctimas y/o testigos de delitos y de su familia; **(iii) evitar que la víctima esté frente a frente con el agresor;** (iv) disponer que el niño, niña o adolescente se encuentre acompañado de un profesional especializado que adecue el interrogatorio y contrainterrogatorio a un lenguaje comprensible de acuerdo a su edad; y (v) se podrá limitar la publicidad de la actuación.

De otro lado, el artículo 150 establece las reglas generales para la recepción de testimonio de menores, entre las que se destacan: (i) los niños, niñas y adolescentes (NNA) 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,** y (v) a discreción del juez, es posible obviar la presencia física del NNA mediante la utilización de medios tecnológicos.

Frente a esta reglamentación caben las siguientes precisiones: **(i) se mantiene para el acusado la posibilidad de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo, aunque con las limitaciones inherentes a la intervención del Defensor de Familia;** (ii) la defensa tiene la oportunidad de controlar el interrogatorio, (iii) **se elimina la posibilidad de que el acusado esté frente a frente con los testigos de cargo,** (iv) cuando el testigo (NNA) declara en el juicio oral, no opera la restricción consagrada en el inciso final del artículo 381 de la Ley 906 de 2004.

En conclusión, la armonización de los derechos de los involucrados en el proceso penal, tanto víctimas como victimarios, depende de que se respeten los derechos que les asisten a ambos y que se encuentran ampliamente reconocidos en instrumentos nacionales e internacionales, y

consecuente con ello, las normas que regulan la producción, elaboración y admisión de la prueba, a fin de evitar que se incurra en desequilibrios procesales.

Teniendo en cuenta el anterior análisis, de cara a resolver el caso concreto, considera la Sala que la solicitud de la defensa, es a todas luces improcedente, en primer lugar, porque si su defendido desea realizar algunas preguntas a la víctima sobre la ocurrencia de los hechos, perfectamente puede hacerlo a través de su representante judicial y con la debida intervención del defensor de familia, como garante de los derechos fundamentales de la menor; y en segundo lugar, porque lo que se advierte en el discurso es que el propósito del acusado de carear a la víctima, esto es, de enfrentarla directamente busca -no el esclarecimiento de los hechos- sino amedrentar a la joven para que incurra en contradicciones o se retracte de su acusación, lo cual constituye a todas luces, un acto de revictimización no permitido en el ordenamiento procesal vigente, ni siquiera pudiendo beneficiar al procesado.

En gracia de discusión, así en estos momentos la menor haya alcanzado la mayoría de edad, para la fecha de los hechos, todavía era menor y por ende todos los derechos y garantías inherentes a esta condición continúan cobijándola, pues en modo alguno el ámbito de protección desaparece por el transcurso del tiempo. Así las cosas, si la joven L.L.Y.G. no desea tener contacto directo con el procesado y prefiere la utilización de otras alternativas menos intimidantes, como la utilización de la cámara gesell, está en todo su derecho, ya que esos medios tecnológicos permiten -o, mejor dicho- posibilitan a la defensa, para el ejercicio del derecho de contradicción, siempre y cuando respete los parámetros legales que regulan su ejercicio.

En conclusión, no existe ningún precepto legal que permita al acusado enfrentarse cara a cara a la víctima. ni mucho menos someterla a

interrogatorio directo, como quiera que ello atenta contra sus derechos constitucionales, máxime tratándose de una menor de edad, cuyos derechos prevalecen en el ordenamiento jurídico, de manera que se despachará negativamente la solicitud de la defensa y en su lugar, se **CONFIRMARÁ** en su integridad la decisión de primera instancia, por considerarla ajustada a los cánones legales y constitucionales.

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión proferida el 29 de enero de 2018 por el Juzgado 18° Penal del Circuito con función de conocimiento de Medellín, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Contra esta decisión no procede recurso alguno. Copia de la misma será enviada al Juez de instancia.

TERCERO: Luego de la notificación en estrados, se enviará en forma inmediata la carpeta al Juez de conocimiento para que continúe el trámite.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



OSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ

Magistrado



LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO
Magistrado



RICARDO DE LA PAVA MARULANDA
Magistrado