

**ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA DE REFERENCIA
A LA LUZ DE LA LEY 1652 DE 2013**

ANGELA CRISTINA ARDILA MONCAYO

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA CATÓLICA DEL NORTE
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PROBATORIO PENAL
SAN JUAN DE PASTO

2014

**ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA DE REFERENCIA
A LA LUZ DE LA LEY 1652 DE 2013**

ANGELA CRISTINA ARDILA MONCAYO

Monografía como requisito para optar al título de
Especialista en Derecho Probatorio Penal

Asesor

Carlos Alberto Mojica Araque

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA CATÓLICA DEL NORTE
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PROBATORIO PENAL
SAN JUAN DE PASTO

2014

CONTENIDO

	Pág.
RESUMEN	5
1. TITULO	6
2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	7
2.1 FORMULACIÓN	7
2.2 DESCRIPCIÓN	7
3. OBJETIVOS	9
3.1 GENERAL	9
3.2 ESPECÍFICOS	9
4. DE LA LEY 1652 DE 2013	10
5. FACTOR CONSTITUCIONAL	12
5.1 PERSPECTIVA DESDE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	12
5.2 PERSPECTIVA DESDE EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD	13
6. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD Y FORMACIÓN SEXUALES	17
6.1 ENFOQUE DE LOS DELITOS SEXUALES TRATÁNDOSE DE MENORES DE EDAD	19
6.1.1 Calidad de Víctima	19
7.1.2 Re- Victimización en Procesos Penales	21
7. DE LA LEY 1098 DE 2006	26
8. PRINCIPIOS RECTORES DEL PROCESO PENAL Y DE LA PRUEBA	28
8.1 DE LA LEY 906 DEL 2004	28
8.1.2 Principios y Garantías Probatorias	32
8.2 DEL DEBIDO PROCESO	33
8.2.1 Del Derecho a la Defensa, Contradicción e Igualdad de Armas	35
9. LA PRUEBA	38

9.1 PLENA PRUEBA	39
9.2 PRUEBA DE REFERENCIA	40
9.3 DE LA ENTREVISTA FORENSE EN LA LEY 1652 DE 2013	43
10. BAJO LA MIRADA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL	48
11. PRINCIPIO DE ARMONIZACIÓN CONCRETA	50
12. APRECIACIONES FINALES	52
13. CONCLUSIONES	55
BIBLIOGRAFÍA	56

RESUMEN

Este trabajo de indagación, exploración y búsqueda es tendiente a realizar un análisis teórico investigativo y así establecer si es admisible en nuestro ordenamiento jurídico, específicamente en el procedimiento penal, la prueba de referencia a la que hace alusión la Ley 1652 de 2013.

Advirtiéndose que dicha aplicabilidad tendrá cabida exclusivamente tratándose de delitos contra la libertad y formación sexuales en donde obren como víctimas menores de edad.

Surgiendo así el debate si la misma se considera inconstitucional, atentaría contra los principios legales y vulneraría Derechos Fundamentales; siendo pertinente analizar su admisibilidad en un Estado Social y Democrático de Derecho.

1. TITULO

“ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA DE REFERENCIA A LA LUZ DE LA LEY 1652 DE 2013”

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

2.1 FORMULACIÓN

¿Es posible decantar la aplicabilidad de una prueba de referencia como base de una sentencia condenatoria a la luz de la Ley 1652 de 2013, respecto a casos de delitos contra la libertad y formación sexuales en donde obren como víctimas menores de edad?.

2.2 DESCRIPCIÓN

Todas las personas debemos reconocer la satisfacción completa y simultánea de todos los derechos humanos inherentes a los niños, niñas y adolescentes que son universales, prevalentes y autónomos, se deben examinar y prevenir ya que la vulneración de los mismos ocasionan irregularidades por eso debe estar siempre presente la protección, seguridad y restablecimiento del interés superior de los menores de edad.

En ese sentido, se tiene que los derechos a la defensa, a la contradicción y a la igualdad, deben ser interpretados en conjunto con otros principios superiores y, concretamente, con los derechos de los niños, niñas y adolescentes (art 44 de la Constitución Política y Convención sobre los derechos del niño, entre otros tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad).

A partir de la carta constitucional de 1991 con la incorporación del artículo 93 toma relevancia el bloque de constitucionalidad a través del cual la legislación interna, utiliza los tratados internacionales ratificados por Colombia, con el fin de solucionar la problemática relacionada con conductas penales en adolescentes.

Tratándose de delitos contra la libertad y formación sexuales en donde obren como víctimas menores de edad, se expidió la Ley 1652 de 2013, con su tan cercana entrada en vigencia; debatiéndose si esta estaría en contravía de nuestro ordenamiento jurídico, específicamente si vulnera o no principios constitucionales y procesales penales tan salvaguardados.

Nace entonces el debate de que si en procura de reducir las consecuencias de las experiencias devastadoras vividas por los menores que han sido víctima de delitos sexuales, se debe sobrepasar lineamientos previamente establecidos como principios y garantías procesales penales, tales como el principio del debido proceso, contradicción o igualdad de armas, al ser admisible la prueba de referencia con los disposiciones establecidas por la precitada Ley.

Por lo tanto, surgen dudas al respecto, tales como: si por si sola la prueba de referencia bajo la luz de la Ley 1652 de 2013, es suficiente para emitir una sentencia condenatoria, o si se estaría admitiendo la entrevista como prueba directa, si se está homologando el procedimiento de la práctica de testimonios en Juicio Oral con la práctica de la entrevista por parte de la policía judicial en la investigación, o si se estaría introduciendo en nuestro ordenamiento jurídico la prueba secreta.

Criterios que ponen en consideración sobre la admisibilidad de la prueba de referencia establecida por la Ley 1652 de 2013, en el ordenamiento jurídico colombiano.

3. OBJETIVOS

3.1 GENERAL

Determinar la aplicabilidad de la prueba de referencia contemplada en la Ley 1652 de 2013 como fundamento de una sentencia condenatoria respecto a casos de delitos contra la libertad y formación sexuales en donde obren como víctimas menores de edad.

3.2 ESPECÍFICOS

- Precisar figuras jurídicas que contempla la Ley 1652 de 2013.
- Identificar factores de inconstitucionalidad de la Ley 1652 de 2013.
- Determinar si la Ley 1652 de 2013 cumple con el objetivo de evitar la revictimización del menor víctima de delitos sexuales.

4. DE LA LEY 1652 DE 2013

La Ley 1652 del 12 de Julio de 2013, por medio de la cual se dictan disposiciones acerca de la entrevista y el testimonio en procesos penales de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexual, contempla 3 Artículos, los cuales se adicionan a los Artículos 275, 206 y 438 de la Ley 906 del 2004.

“Artículo 1. (...) También se entenderá por material probatorio la entrevista forense realizada a niños, niñas y/o adolescentes víctimas de los delitos descritos en el artículo 206 A de este mismo código.

Artículo 2. (...) 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, 141, 188^a, 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. (...), se llevara a cabo una entrevista grabada o fijada por cualquier medio audiovisual o técnico en los términos del numeral 1 del artículo 146 de la Ley 906 de 2004, para cuyos casos se seguirá el siguiente procedimiento: (...).

Artículo 3. (...) 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, 188^a, 188c, 188d, del mismo código.

Artículo 4. Vigencia. La presente ley rige a partir de su promulgación.”¹

Al tratarse de delitos que traen consigo consecuencias como daños físicos y psicológicos al menor, y advirtiendo la edad de la víctima; la Ley 1652 de 2013 surge como necesidad de esta problemática, buscando no generar revictimización al menor, o reducir tales daños; valiéndose de una entrevista hecha por expertos en psicología y medicina, que garantice el respeto y la dignidad, priorizando los derechos de los niños; dicha entrevista debe partir de los lineamientos establecidos en esta Ley.

¹ Ley 1652 del 12 de Julio del 2013.

Es así, que la precitada Ley le otorga un procedimiento especial tratándose de estos delitos donde la víctima es un menor, como la práctica de la entrevista, la cual debe ser grabada o fijada a través de cualquier medio audiovisual o técnico en los términos del Artículo 146 de la Ley 906 de 2004 y debe ser practicada por personal previamente capacitado y entrenado en entrevista forense para niños, niñas y adolescente, dejando esta diligencia en manos de funcionarios adscritos al Cuerpo Técnico de Investigación C.T.I. y ya no por el Instituto Nacional de Medicina Legal como lo dispone el Artículo 204 del Código de Procedimiento Penal.

Se colige de la misma, que hace una admisión excepcional de la entrevista realizada al menor como prueba de referencia, adicionando un literal e) al tenor del Artículo 438 del Código de Procedimiento Penal, y se advierte que esta será entendida como material probatorio conforme a lo dispuesto en el Artículo 276 del C.P.P, a la que solo se podrá acceder si es estrictamente necesario y no afecte los derechos de la víctima menor de edad (Paragrafo 1, Artículo 2 de la Ley 1652 de 2013).

5. FACTOR CONSTITUCIONAL

5.1 PERSPECTIVA DESDE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

De conformidad al Artículo 4 de la Constitución Política de Colombia de 1991, se tiene que esta es la norma de normas y por tal razón debe ser aplicada de forma inmediata por consagrar los derechos fundamentales de los nacionales colombianos, y en el caso en concreto de los niños, niñas y adolescentes.

Expresa la Constitución Nacional que los niños, niñas disfrutarán del derecho de *la protección de la niñez* contemplado en su artículo 44, derecho que busca la salvaguardia de los derechos del niño y del adolescente y la corresponsabilidad entre el Estado, la sociedad y la familia, siempre enmarcados en el Interés Superior del Niño.

“Habría que decir también que en los derechos fundamentales de los niños se encuentran la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión y por supuesto deberán ser protegidos del abandono, la violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. La familia, la sociedad y el Estado tienen la responsabilidad de asistir al niño para que tenga un desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. El principio de corresponsabilidad de la familia, el Estado y la sociedad en general frente a la protección de la infancia”².

² Colombia. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. (20 de julio de 1991). Por la cual se crea la Constitución Política de Colombia. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 1991.

Se encuentra también, que en procura del ejercicio pleno de los diferentes derechos establecidos en la Carta Política, se enaltece como derecho fundamental el Debido Proceso, en el Artículo 29 (ibíd.), el cual reza:

“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.”³

5.2 PERSPECTIVA DESDE EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

El Artículo 93 la Carta Política, denominado como Bloque de Constitucionalidad, expresa que los tratados y convenios ratificados por Colombia, gracias a las facultades otorgadas al Congreso de la República, forman parte del ordenamiento jurídico interno colombiano, actuando como garantes de los Derechos Humanos, es así que el derecho penal debe responder a tal contexto, como mecanismo de

³ Colombia. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. (20 de julio de 1991). Por la cual se crea la Constitución Política de Colombia. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 1991.

protección de los mismos; de tal forma, se hace preciso a su remisión en cuanto a la interpretación y aplicación de tales derechos.

Partiendo de este punto, se presenta en orden cronológico los principales referentes internacionales para la protección integral de los derechos que les asisten a los niños, niñas y adolescentes:

La declaración universal de derechos humanos (1948), se la considera como el fundamento de las normas internacionales sobre derechos humanos.

“Ella busca la libertad, la justicia y la paz de todos los seres humanos; con este documento se reconoce los derechos básicos y las libertades fundamentales inherentes al hombre estos son inalienables y aplicables en igual medida a todas las personas, y que todos y cada uno de nosotros hemos nacido libres y con igualdad de dignidad y de derechos”⁴.

Vale referir a este contexto el Artículo 8 del citado documento, el cual reza: *“Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”*, de lo que se colige que nuestro ordenamiento jurídico, en particular la Ley Penal, guarda relación con este precepto, al acoger garantías procesales tanto para el ofendido como para el indiciado o acusado, garantías que deben ser efectivas al momento de ser aplicadas en un contexto delictivo, y con mayor observancia al tratarse de menores de edad.

De igual forma, los Artículos 10 y 11 de este documento internacional, apartados garantistas que buscan la aplicación inmediata y directa de la protección hacia la

⁴ Declaración Universal de Derechos Humanos (en línea). Naciones Unidas.com (consultada 14 de marzo de 2013). Disponible en la dirección electrónica: <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

dignidad humana la cual abarca justicia, vida, libertad, igualdad, seguridad y solidaridad.

Por otra parte, la *Declaración de los derechos del niño*, misma que fue acogida por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante la Resolución 1386 de 1959; consagra principios en pro de garantizar el disfrute de derechos y libertades del menor, y de conformidad con su Artículo 2, se consagra que todo niño deberá gozar de una protección especial y disponer de una serie de oportunidades; consecuentemente, las leyes deben buscar este objetivo fundamental, donde se atienda el interés superior del menor, en consideración a que estos son sujetos de plenos derechos exigibles frente al Estado, la sociedad y la familia.

Al respecto conviene decir que es importante mencionar el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos 1966*, aprobado mediante la Ley 74 de 1968, por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Por el cual se fija la obligación de garantizar derechos y libertades por parte de los Estados parte, al igual que el deber de respetarlos.

Dentro de este marco, ha de considerarse *la Convención Sobre los Derechos del Niño de 1989*, la cual señala que la expresión “niño” se enmarca hasta el término de 18 años de edad. Sus preceptos se relacionan en tres partes. Principalmente se consagran los derechos del niño, seguidamente están los compromisos de los Estados parte quienes se obligan en aplicar y garantizar efectivamente los derechos del niño, basados en su interés superior, a la protección integral de éstos y la corresponsabilidad para tal amparo.

Prosiguiendo con el tema es relevante traer en mención las *Directrices Sobre la Justicia en Asuntos Concernientes a los Niños Víctimas y Testigos de delitos* del 10 de Agosto de 2005, adoptadas por las Naciones Unidas.

Se tiene entonces que la figura jurídica del Bloque de Constitucionalidad obliga a interpretar los alcances del procedimiento penal a partir de las garantías fundamentales contempladas en la Constitución y en los diferentes tratados internacionales; esto en pro de avanzar hacia un sistema penal más garantista.

6. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD Y FORMACIÓN SEXUALES

La sexualidad es una condición intrínseca al ser humano, es un elemento integrante de los derechos fundamentales, entendida como factor determinante para el desarrollo de la personalidad y de la dignidad humana, por lo tanto amerita especial protección.

En nuestro Código Penal (Ley 599 de 2000), se tipifican una serie de conductas, con el fin de proteger el bien jurídico tutelado de la Libertad, Integridad y Formaciones Sexuales⁵, que hace referencia a la posibilidad de ejercer la sexualidad, de manera consciente y con plenitud del consentimiento físico y psíquico; en cuanto a la libertad sexual, implica la posibilidad real de elegir, es decir, que el sujeto posee capacidad de autodeterminación sexual; la integridad sexual está compuesta por dos conceptos, uno físico y otro psíquico, los cuales debe permanecer sin lesión, que permitan un disfrute libre de la sexualidad; y la formación sexual sugiere un conjunto de pasos biológicos y psíquicos, los que deben obedecer a un patrón normal, social y médicamente adecuado.

Dichos delitos que atentan contra el prenombrado bien jurídico tutelado por el legislador, los encontramos dispuestos en cuatro capítulos:

El primer capítulo es denominado *De la violación*, conformado por las conductas de: acceso carnal violento (Artículo 205), acto sexual violento (Artículo 206) y el acceso o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir (Artículo 207).

El segundo capítulo es denominado *De los actos sexuales abusivos*, el cual está conformado por las conductas de: acceso carnal abusivo con menor de catorce años (Artículo 208), acto sexual con menor de catorce (Artículo 209) y el acceso carnal o acto sexual abusivo con incapaz de resistir. (Artículo 210).

⁵ Título IV, Artículos 205 y ss. del Código Penal.

El capítulo tercero contiene *disposiciones comunes* a los capítulos uno y dos. Dentro del artículo 211 se concretan circunstancias especiales de agravación punitiva, y en el artículo 212, se explica en concepto de acceso carnal.

En el cuarto y último capítulo, se tipifica *el proxenetismo*, conformado por las siguientes conductas: en el artículo 213, la inducción a la prostitución, en el artículo 214 el constreñimiento a la prostitución, el artículo 216 establece unas circunstancias de agravación punitiva específicas; en artículo 217 se tipifica el estímulo a la prostitución de menores, en el artículo 218 la pornografía con menores, en el artículo 219A, se encuentra la conducta delictiva de Utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer servicios sexuales de menores, y finalmente, en el artículo 219B, se consagra el delito de omisión de denuncia.

Por otra parte, también encontramos en el Código Penal tipos que no están dispuestos en su Título II y están relacionados con los delitos sexuales o con violencia sexual, estos serían: *Acceso carnal violento en persona protegida* (Artículo 138), *Prostitución forzada o esclavitud sexual* (Artículo 141), *Trata de personas* (Artículo 188^a), *Tráfico de niñas, niños y adolescentes* (Artículo 188c)⁶ y *Uso de menores de edad en la comisión de un delito* (Artículo 188d)⁷.

Los delitos sexuales, atentan contra el normal desarrollo de la sexualidad, sobre todo, tratándose de menores sin la madurez para enfrentar situaciones sexuales, la formación sexual es un proceso sin límites de edad, por lo tanto al afectarse la libertad sexual, de manera significativa o relevante, se estaría también lesionando la integridad y la formación sexual.

⁶ Ley 1453 del 24 de Junio del 2011, reforma e inserta al Código Penal.

⁷ Ley 1453 del 24 de Junio del 2011, reforma e inserta al Código Penal.

6.1 ENFOQUE DE LOS DELITOS SEXUALES TRATÁNDOSE DE MENORES DE EDAD

Nuestro ordenamiento jurídico otorga a los niños, niñas y adolescentes, la categoría de sujetos con derechos prevalentes, entendido como actor de su vida, como sujeto autónomo, y al tratarse de derechos derivados de la sexualidad del menor, recae especial responsabilidad del Estado tratándose de su protección y asistencia por su condición de personalidad en formación, de que dicha sexualidad está en construcción, que va en concordancia con los principios al interés superior, prevalencia de derechos, integridad en la protección de derechos, corresponsabilidad y el criterio pedagógico.

Es así, que el Estado, la sociedad y la familia deben propender por otorgar al menor condiciones en las que pueda desarrollar libremente su sexualidad, libre de comportamientos que agredan el desarrollo de su sexualidad.

6.1.1 Calidad de Víctima

La condición de víctima se desprende de una serie de derechos, será la persona afectada por el delito, de forma directa o indirecta en cuanto a que al sujeto se le han vulnerado los mismos o afectado sus intereses, es decir, la víctima es el titular de derechos que se han visto vulnerados y tratándose de derecho penal se la ha entendido como el sujeto pasivo del delito, que soporta los efectos de la conducta transgresora, cuya voluntad es doblegada en el proceso de la transgresión o se halla viciada de modo insubsanable por su minoría de edad, sea física o mental, será víctima el perjudicado por un hecho delictivo; al tenor de la Ley 906 del 2014 sería:

“personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño como consecuencia del injusto.

La condición de víctima se tiene con independencia de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al autor del injusto e independientemente de la existencia de una relación familiar con este.”⁸

En cuanto a menores de edad, debe tenerse en cuenta que estos son víctimas con derechos prevalentes, por lo tanto, si el niño, niña o adolescente son víctimas de delitos sexuales, tienen atención prioritaria para restablecer y proteger sus derechos; de igual forma, por la figura jurídica de la corresponsabilidad, los responsables de este restablecimiento no solamente es el victimario, sino el Estado, la sociedad y la familia.

Como derechos de las víctimas⁹, se ha contemplado los siguientes: el acceso de las mismas a la administración de justicia, a recibir un trato humano y digno durante el procedimiento, a la protección de la intimidad y garantía de seguridad, a una pronta e integral reparación, a ser escuchadas y facilitar pruebas, a recibir información y conocer la verdad de los hechos que rodean el injusto, que en la decisión judicial se tenga en cuenta sus intereses y a ser informados sobre la misma, a ser asistidas durante el juicio y el incidente de reparación integral, a recibir asistencia integral para su recuperación y a ser asistidos gratuitamente por un intérprete o traductor; aunado a esto debe integrarse los contemplados por el Derecho Internacional Humanitario¹⁰, la declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder¹¹, entre otros.

En concordancia con lo antes expuesto, se tiene que tales derechos son aplicables a los menores de edad víctimas, que como sujetos prevalentes, deben

⁸ Artículo 132 del Código de Procedimiento Penal – Ley 906 de 2004

⁹ Artículo 11 del Código de Procedimiento Penal – Ley 906 de 2004

¹⁰ Convenios de Ginebra, aprobados por la conferencia Diplomática el 12 de agosto de 1994.

¹¹ Resolución 40/34, Asamblea General de las Naciones Unidas del 29 de noviembre de 1985.

aplicarse disposiciones especiales contempladas por el Bloque de Constitucionalidad.

7.1.2 Re- Victimización en Procesos Penales

La revictimización consiste en que a los efectos ocasionados por los delitos sufridos, se le sumen otros efectos provocados por las experiencias a que es sujeto la víctima, que para el caso serían los niños, niñas y adolescentes víctimas, tanto en el inicio y desarrollo del proceso penal; podría decirse que se configuraría un maltrato institucional, teniendo en cuenta en primera instancia que el proceso está diseñado por y para adultos, a pesar de que se trabaja en esto, aun no se contempla las necesidades especiales del menor, verbigracia el menor esta sometido a un proceso que dura varios meses con sesiones largas, el menor debe dar su testimonio varias veces en diversas instancias del proceso, la infraestructura es inadecuada e intimidante para el menor, el menor puede ser citado a declarar al mismo tiempo que su agresor, sometimiento constante de preguntas sobre los hechos, etc.; por lo tanto surge la necesidad de reducir este tipo de acciones, es así que determinaron las siguientes disposiciones¹²:

1 Prontitud del proceso e interés Superior del Niño. Los procesos en los que figure como víctima un niño, niña o adolescente deben ser atendidos sin postergación alguna. A su vez, se debe tener como prioridad evitar daños en la víctima, en atención al principio del Interés Superior del Niño.

2 Privacidad de la diligencia judicial y auxilio pericial. Cuando se requiera la presencia de una persona menor de edad víctima, esta debe llevarse a cabo en forma privada y con el auxilio de peritos especializados, en los casos en que sea necesario. (...).

¹² Directrices para reducir la revictimización de las personas menores de edad en proceso penales. CONAMAJ. UNICEF.2004

3 Derecho a la información. Con lenguaje sencillo y coloquial, el niño, niña o adolescente tiene el derecho a ser informado sobre el motivo de su participación en las diligencias en que sea requerido. También se le debe explicar, de manera clara y sencilla, la función del juzgador, del defensor, del imputado y de los derechos que este posee, así como el objetivo y el resultado de la intervención de cada uno.

4 Consentimiento de la víctima. Siempre debe contarse con el consentimiento de la víctima para realizar cualquier examen. Hay que tener respeto por la integridad de las víctimas.

5 Forma de interrogatorio. Durante las entrevistas al niño, niña o adolescente víctima, las presiones y preguntas que se les realicen deben ser muy claras, con una estructura simple, otorgando el tiempo necesario para contestar y asegurándose que esta persona ha comprendido la prevención o pregunta.

6 Procedencia de preguntas y entrevistas. Se debe evitar la reiteración innecesaria o no procedente, tanto de las preguntas como de las entrevistas, promoviéndose la labor interdisciplinaria cuando las circunstancias así lo permitan.

7 Condiciones de la entrevista. La entrevista debe efectuarse en un lugar que resulte cómodo, seguro y privado para el niño, niña y adolescente víctima. El o la fiscal debe brindar la atención requerida a las condiciones en que se desempeñe la entrevista inicial, que debe ser realizada por el o la fiscal y el investigador o investigadora a cargo.

8 Asistencia profesional especializada. En todos aquellos momentos en que se requiera, la autoridad correspondiente debe solicitar, con la prontitud debida, la colaboración de un profesional en Trabajo Social y/o Psicología del Poder Judicial o de otras instituciones.

9 Acondicionamiento del espacio físico. El funcionario (a) judicial encargado (a) debe evitar el contacto directo de la víctima con el acusado (a). Para tal efecto, es necesario destinar los recursos para crear o acondicionar los espacios físicos que se requieran, así como recurrir a los medios disponibles como biombos. Se debe evitar señalar citas a la misma hora y lugar para el niño, niña o adolescente ofendido y su ofensor (a), con el fin de evitar su careo. Igualmente, se debe prever su ingreso y egreso de los edificios a diferentes horas o por distintos lugares.

10 Declaración del niño, niña o adolescente. Se recomienda que durante el juicio u otras audiencias orales, la declaración del niño, niña o adolescente víctima sea la primera declaración testimonial que se reciba.

11 Derecho a la imagen. La autoridad judicial encargada es responsable de controlar que la dignidad del menor de edad testigo o víctima, no sea lesionada a través de publicaciones o cualquier exposición o reproducción de su imagen, o de cualquier otro dato personal que permita su identificación. En caso de lesión a este derecho, el funcionario (a) tiene la obligación de denunciarlo según el Código de la Niñez y la Adolescencia.

12 Derecho a la confidencialidad. Se debe velar porque en las carátulas de los expedientes en que aparezcan niños, niñas o adolescentes víctimas, se registren únicamente sus iniciales y nunca su nombre y apellidos completos, ni sobrenombres con que se les conozcan.

13 Anticipo jurisdiccional de prueba. En forma excepcional, en las causas en que se cuente con personas menores de edad víctimas, y en que exista recomendación expresa de la Sección de Psiquiatría y Psicología Forense, y/o del Departamento de Trabajo Social y Psicología del Poder Judicial, se recomienda que quién esté a cargo de la causa, proceda con arreglo del debido proceso, a la utilización del anticipo jurisdiccional de prueba en todos los casos en que conforme a derecho corresponda. Lo anterior en aras de

evitar la revictimización del niño, niña o adolescente derivada de su declaración en el debate.

14 Capacitación del personal. Las autoridades judiciales y personal de apoyo, a cargo del proceso, deben recibir la debida capacitación por parte de la Escuela Judicial, a fin de que en dichas causas se minimice la revictimización del niño, niña o adolescente, para ello es necesario diseñar y programar cursos.

15 Tiempo de espera. Los y las operadoras del sistema judicial deben tomar las previsiones necesarias, para que la persona menor de edad víctima, espere el menor tiempo posible para la realización de cualquier diligencia.

16 Referencia técnica en casos de abuso sexual. En los casos de abuso sexual, el juez o la autoridad judicial que corresponda debe remitir a la víctima, con la mayor brevedad posible, al Programa de Atención a la Violencia Sexual Infanto-Juvenil del Departamento de Trabajo Social y Psicología del Poder Judicial o considerar la posibilidad de que la persona menor de edad sea atendida por profesionales del Patronato Nacional de la Infancia y/o de la Caja Costarricense de Seguro Social.

17 Personas menores de edad testigos en delitos. En delitos en los que se cuente con testigos niños, niñas o adolescentes, estos contarán con todas las garantías establecidas para el caso de personas víctimas menores de edad.

18 Valoraciones corporales en delitos sexuales. Las autoridades judiciales que envíen solicitudes de valoración corporal de niños, niñas o adolescentes víctimas de abuso sexual, deben asegurarse que éstas sean necesarias para la averiguación de la verdad real de los hechos, de tal manera que bajo ninguna circunstancia se les exponga a un examen genital, cuando los hechos denunciados no lo ameriten.

19 Acompañamiento en pericias corporales. Tratándose de valoraciones corporales debe contarse con la presencia de un familiar o de un acompañante, en la medida que la persona menor de edad víctima lo acepte. En ausencia de estos, se podrá solicitar un acompañante de confianza, que debe ir acorde al género de la víctima.

20 Preguntas y transcripción de la valoración pericial. En el caso de las valoraciones periciales, deben hacerse y transcribirse únicamente las preguntas necesarias para esclarecer los hechos.

21 Participación en el peritaje. Durante el peritaje, el fiscal, el querellante y el defensor del encartado pueden disponer de esta diligencia para realizar las preguntas que consideren oportunas. Estas preguntas se realizan a través de los peritos respectivos, evitándose la revictimización de la persona menor de edad.

22 Condiciones del debate. En los debates y/o audiencias, la autoridad judicial a cargo debe tramitarla con el menor ritualismo posible, intentando crear un ambiente tranquilo y acogedor para él o la menor. Es recomendable que las partes (salvo el demandado) se apersonen de previo al juicio con el objetivo de presentarse ante el niño, niña o adolescente.

23 Identificación de expedientes. Se debe identificar en la carátula del expediente con una boleta, que se refiere a un caso de niño, niña o adolescente ofendido, para darle la prioridad correspondiente en cada despacho. Se indicará en letras grandes: "Niño, niña o adolescente ofendido".

24 Aplicación de directrices en los procedimientos policiales. La policía judicial procurará que la atención de los casos se ajuste a lo dispuesto en los puntos comprendidos en este documento. Además, debe proveerse de la capacitación necesaria y suficiente al personal policial, para que aborde los casos de manera adecuada y profesional.

7. DE LA LEY 1098 DE 2006

Con la expedición de la Ley 1098 de 2006 o Código de la Infancia y la Adolescencia, la cual deroga el decreto 2737 de 1989 (Código del Menor), se da un giro importante en cuanto a la visión del menor como sujeto de especial protección, en concordancia con la entrada en vigencia del Sistema Penal Acusatorio en Colombia.

Se establece en el TÍTULO IV Artículos 7, 8 y 9, los principios rectores, protección integral, interés superior y prevalencia de los derechos del menor, advirtiéndose que los niños, niñas o adolescentes son sujetos de derechos y obligaciones, que gozan de una especial protección.

El Código de la Infancia y la Adolescencia presenta una serie de acciones, protecciones y medidas, que están dirigidas al interés superior del menor de edad, estando siempre presentes los principios y garantías procesales en las fases de investigación y juzgamiento en el proceso penal.

En tal medida, el TÍTULO II, Capítulo Único, hace énfasis en el procedimiento especial cuando las víctimas de delitos son menores de edad; dicho capítulo establece los criterios que se debe observar en el desarrollo del proceso penal, y trae una prohibición expresa en su Artículo 194, que el menor víctima, en las Audiencias Penales, no puede ser expuesto frente a su agresor; normatividad dirigida a evitar la revictimización del menor.

La Ley 1098 de 2006, también crea el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, así como los procedimientos especiales para cuando los niños, niñas y adolescentes son víctimas o intervenga en los procesos contra adultos, de tal forma el Artículo 150 establece que cuando los menores sean citados como testigos en los procesos penales que se adelante contra adultos, sus

declaraciones solo las podrá tomar el Defensor de Familia. Previamente el Fiscal o Juez debe enviar el cuestionario y de manera excepcional el Juez podrá intervenir en el interrogatorio, siendo necesaria la presencia del Defensor de Familia.

El Artículo 193, numeral 12, establece que en los casos en que los niños son víctimas de delitos y deban rendir testimonio deberá estar acompañado de autoridad especializada o por un psicólogo, de acuerdo con las exigencias contempladas en la Ley.

El cuestionario de que trata la norma se refiere al evento en que un niño, niña y adolescente debe comparecer dentro de un proceso oral en calidad de testigo, y la norma es clara y expresa al establecer que el mismo procedimiento deberá aplicarse en la fase de indagación, ha de entenderse que lo que se busca es la protección de los derechos de los mismos, de carácter prevalente en las dos etapas del proceso.

8. PRINCIPIOS RECTORES DEL PROCESO PENAL Y DE LA PRUEBA

El derecho penal regula la conducta humana y sus consecuencias jurídicas, es decir, el delito y la pena; pero no solamente puede limitarse o reducirlo exclusivamente en este plano, pues además de ser una expresión de poder político, su función se orienta a la promoción y mantenimiento de la convivencia social, traduciéndose en la prevención y protección de los bienes jurídicos, sea entendido como derecho subjetivo o como relación social fundamental.

Es así como el proceso toma sentido, pues en virtud de esa función, se requiere de un método o herramienta capaz de prevenir la ocurrencia del delito y de resolver los conflictos suscitados en razón de este y así obtener esa convivencia social; donde el Juez juega un rol fundamental, con miras a una aproximación razonable a la verdad, en pro de la dignidad humana, el debido proceso e imparcialidad, es decir, en atención al respeto de las exigencias sustanciales y metodológicas; todo esto para que las partes tengan seguridad jurídica.

En tal sentido, se ha precisado que el proceso penal y consecuentemente su régimen probatorio, debe ceñirse a los preceptos constitucionales, teniendo en cuenta que uno de sus fines es la aproximación a la verdad como fundamento de la convicción judicial y como un derecho de la víctima.

8.1 DE LA LEY 906 DEL 2004

La Ley 906 del 2004 reformada por la Ley 1142 de 2007, por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal, guarda relación con la perspectiva constitucional, contemplando las características, principios rectores y garantías procesales de contenido prevalente¹³ del sistema penal acusatorio; reflejándose las pretensiones democráticas del Estado Social y de Derecho, en procura de la dignidad humana,

¹³ Artículo 26 Ley 906 del 2004, Código de Procedimiento Penal.

la libertad e igualdad. Desarrollando entonces, los fines constitucionales del proceso, pasando desde los roles de los diferentes sujetos procesales, la practica probatoria y la sentencia.

Verbigracia de lo anterior, se tiene el inciso 4 del Artículo 250 de la Constitución Política, el cual refiere como uno de los deberes de la Fiscalía General de la Nación, en el ejercicio de sus funciones, el de *“presentar escrito de acusación ante el Juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantía”*, identificando características y principios propios del sistema penal con tendencia acusatoria.

Por otra parte, el Capítulo III del Título IV del Libro III del Código de Procedimiento Penal, refiere a la práctica de la prueba, enunciando principios que la rigen, para dar cumplimiento a la finalidad de llevar al conocimiento del Juez más allá de toda duda razonable.

En atención a lo anterior, aparecen modelos de pruebas adoptadas por el legislador, como el Testimonio, y de conformidad por lo preceptuado por el Artículo 383 del C.P.P, toda persona tiene la obligación de rendir testimonio bajo juramento en el juicio oral; a excepción de las contempladas en la Ley.

Es en este punto donde surge la necesidad de analizar conceptos como el de la Prueba de Referencia¹⁴ y su admisión excepcional conforme al Artículo 438 de la Ley 906 del 2004.

La precitada Ley, permite cuestionar la credibilidad de la prueba de referencia por cualquier medio probatorio, acorde con la impugnación del testimonio, siendo factible además que su admisibilidad y apreciación se efectúe por las reglas

¹⁴ Capítulo III del Título IV del Libro III, Parte VI, del Código de Procedimiento Penal.

generales de la prueba, en especial, lo relacionado con la testimonial y la documental.¹⁵

8.1.1 Principios y Garantías Procesales

Cuadro 1. Principios y Garantías Procesales

PRINCIPIO	CONCEPTO	NORMA
Dignidad Humana	Las partes que intervienen en el Proceso Penal serán tratadas con el debido respeto a la dignidad humana.	Art 1 CN Art 1 CPP
Libertad	Toda persona tiene derecho a que se respete su libertad. Nadie podrá ser molestado en su persona ni privado de su libertad sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, emitido con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley.	Art 13 CN Art 2 CPP
Prelación de los Tratados Internacionales	Prevalecerá lo establecido en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia que traten sobre derechos humanos y que prohíban su limitación durante los estados de excepción, por formar bloque de constitucionalidad.	Art 93 CN Art 3 CPP
Igualdad	Es deber de los servidores judiciales hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal.	Art 13 CN Art 4 CPP
Imparcialidad	Los Jueces en ejercicio de las funciones de control de garantías, preclusión y juzgamiento, se orientará en establecer con objetividad la verdad y la justicia.	Art 29, 229 CN y Art 5 CPP
Legalidad	Nadie podrá ser investigado ni juzgado sino conforme a la ley procesal vigente al momento de los hechos, con observancia de las formas propias de cada juicio.	Art 29 CN Art 6 CPP
Presunción de Inocencia	Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal.	Art 29 CN Art 7 CPP Declaración Americana Art XXVI Art 14 inciso 2 PIDCP
Defensa	El indiciado tendrá el derecho a la defensa, no será obligado a autoincriminarse, a que no se utilice el silencio en su contra, a ser asistido por un defensor, controvertir pruebas, etc...	Art 29 CN Art 8 CPP Art 10 Declaración Universal de los Derechos Humanos
Oralidad	La actuación procesal será oral y en su realización se utilizarán los medios técnicos disponibles que permitan imprimirle mayor agilidad y fidelidad, sin perjuicio de conservar registro de lo acontecido.	Art 29 CN Art 9 CPP
Actuación Procesal	La actuación procesal se desarrollará teniendo en cuenta el respeto a los derechos fundamentales de las personas que intervienen en ella y la necesidad de lograr la eficacia del ejercicio de la justicia. En ella los	Art 2, 29, 228-230CN Art 10 CPP

¹⁵ Artículo 441 ibíd. Ley 906 del 2004, Código de Procedimiento Penal.

PRINCIPIO	CONCEPTO	NORMA
	funcionarios judiciales harán prevalecer el derecho sustancial.	
Derechos de las Víctimas	El Estado garantizará el acceso de las víctimas a la administración de justicia y protegerá los derechos que a estas les asiste.	Art 13, 229 CN Art 11 CPP
Lealtad	Todos los que intervienen en la actuación, sin excepción alguna, están en el deber de obrar con absoluta lealtad y buena fe.	Art 83 CN Art 12 CPP
Gratuidad	La actuación procesal no causará erogación alguna a quienes en ella intervengan, en cuanto al servicio que presta la administración de justicia.	Art CN Art 13 CPP
Intimidad	Toda persona tiene derecho al respeto de su intimidad. Nadie podrá ser molestado en su vida privada.	Art 15 CN Art 14 CPP
Contradicción	Las partes tendrán derecho a conocer y controvertir las pruebas, así como a intervenir en su formación, tanto las que sean producidas o incorporadas en el juicio oral y en el incidente de reparación integral, como las que se practiquen en forma anticipada.	Art 29 CN Art 15 CPP
Inmediación	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. A excepción de la prueba anticipada ante el Juez de Control de Garantías.	Art 29 CN Art 16 CPP
Concentración	Durante la actuación procesal la práctica de pruebas y el debate deberán realizarse de manera continua, con preferencia en un mismo día; si ello no fuere posible se hará en días consecutivos.	Art 29 CN Art 17 CPP
Publicidad	La actuación procesal será pública. Tendrán acceso a ella, además de los intervinientes, los medios de comunicación y la comunidad en general. Se exceptúan los casos en los cuales el juez considere se vulneran o están en riesgo Derechos Fundamentales.	Art 29 CN Art 18 CPP
Juez Natural	Nadie podrá ser juzgado por juez o tribunal ad hoc o especial, instituido con posterioridad a la comisión de un delito por fuera de la estructura judicial ordinaria.	Art 29 CN Art 19 CPP
Doble Instancia	Serán susceptibles de recurrir las sentencias y los autos que se refieran a la libertad del imputado o acusado, que afecten la práctica de las pruebas o que tengan efectos patrimoniales, salvo las excepciones previstas en el CPP.	Art 31 CN Art 20 CPP
Cosa Juzgada	La persona cuya situación jurídica haya sido definida por sentencia ejecutoriada o providencia que tenga la misma fuerza vinculante, no será sometida a nueva investigación o juzgamiento por los mismos hechos.	Art 21 CPP
Restablecimiento del Derecho	La Fiscalía General de la Nación y los jueces deberán adoptar las medidas necesarias para hacer cesar los efectos producidos por el delito y las cosas vuelvan al estado anterior.	Art 22 CPP
Cláusula de Exclusión	Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal.	Art 23 CPP

PRINCIPIO	CONCEPTO	NORMA
Ámbito de la Jurisdicción Penal	Las actuaciones que se efectúen por la comisión de un delito, se adelantaran por los órganos y mediante los procedimientos establecidos en el CPP y demás disposiciones complementarias.	Art 24 CPP
Integración	De existir casos que no se encuentren expresamente regulados por el CPP y demás disposiciones complementarias, será aplicable el Código de Procedimiento Civil o las de otros ordenamientos procesales cuando no se opongan a la naturaleza del procedimiento penal.	Art 25 CPP
Prevalencia	Las normas rectoras son obligatorias y prevalecen sobre cualquier otra disposición del CPP.	Art 26 CPP
Moduladores de la Actividad Procesal	En el desarrollo de la investigación y en el proceso penal los servidores públicos se ceñirán a criterios de necesidad, ponderación, legalidad y corrección en el comportamiento, para evitar excesos contrarios a la función pública, especialmente a la justicia.	Art 27 CPP

8.1.2 Principios y Garantías Probatorias

Cuadro 2. Principios y Garantías Probatorias

PRINCIPIO	CONCEPTO	NORMA
Principio de la Necesidad de la Prueba	En el proceso penal se requiere de la prueba para que el Juez dicte Sentencia, siendo un requisito indispensable, existiendo la prohibición constitucional de que este falle sin pruebas, además de la prohibición internacional de la decisión por sospecha.	Art 162, 372 y 381 CPP.
Principio de Legalidad de la Prueba	La legalidad del elemento material probatorio y evidencia física depende de que en la diligencia en la cual se recoge o se obtiene, se haya observado lo prescrito en la Constitución Política, en los Tratados Internacionales sobre derechos humanos vigentes en Colombia y en las leyes.	Art 6 y 276 CPP
Principio de la Carga de la Prueba	Corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal.	Art 7 CPP
Principio de Prohibición de Inversión de la Carga de la Prueba	En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria, esta le corresponderá al órgano de persecución penal.	Art 7 CPP
Principio de la Conducencia de la Prueba	Connota la relación probatoria entre prueba y la propuesta fáctica a la cual se dirige y esta misma debe tener pertinencia. La conducencia unificara todo el desempeño probatorio. "La procedencia de la prueba se encuentra vinculada a las exigencias de la conducencia, pertinencia, racionalidad y utilidad". Está estrechamente ligado a la pertinencia jurídica.	Art 357, 375 y 376 CPP. Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en autos 17 de marzo 2004 y 22 de abril de 2009.
Principio de la	Los medios de prueba, los elementos materiales	Art 380 CPP

PRINCIPIO	CONCEPTO	NORMA
Valoración de la Prueba	probatorios y la evidencia física, se apreciarán en conjunto. Los criterios para apreciar cada uno de ellos serán señalados en el respectivo capítulo.	
Principio de Oportunidad de la Prueba	Toda prueba deberá ser solicitada o presentada en la audiencia preparatoria, salvo lo dispuesto en el inciso final del artículo 357 CPP, y se practicará en el momento correspondiente del juicio oral y público.	Art 374 CPP
Principio de Inmediación de la Prueba	El juez deberá tener en cuenta como pruebas únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia. La admisibilidad de la prueba de referencia es excepcional.	Art 16 y 379 CPP
Principio IN DUBIO PRO REO	La duda que se presente se resolverá a favor del procesado.	Art 7 CPP
Principio de Prohibición de Pruebas de Oficio.	En ningún caso el juez podrá decretar la práctica de pruebas de oficio.	Art 361 CPP

8.2 DEL DEBIDO PROCESO

“ARTICULO 29 C.N. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.”

La figura jurídica del debido proceso busca proteger al sujeto procesal frente a las actuaciones de las autoridades públicas, procurando en todo momento el respeto a las formas propias de cada juicio y del respeto de los derechos y obligaciones de los individuos. Este comprende un conjunto de principios, como el de legalidad, el del juez natural, el de favorabilidad en materia penal, el de presunción de inocencia y el derecho de defensa, que se constituyen en derechos fundamentales.

“El debido proceso constituye una garantía infranqueable para todo acto en el que se pretenda -legítimamente- imponer sanciones, cargas o castigos. Constituye un límite al abuso del poder de sancionar y con mayor razón, se considera un principio rector de la actuación administrativa del Estado y no sólo una obligación exigida a los juicios criminales”¹⁶

Al tratarse de menores de edad víctimas dentro de una investigación penal, las garantías fundamentales adquieren mayor relevancia en razón de la necesidad de proteger al niño, niña y adolescente, y consecuentemente evitar su revictimización de conformidad con el artículo 250 de la Carta Política, es decir, el Juez de conocimiento debe tomar las medidas judiciales pertinentes partiendo de la prevalencia de los derechos del menor y de la asistencia de las víctimas, para el restablecimiento oportuno de tales derechos; aunado a esto se debe contemplar que el menor como sujeto pasivo de la conducta penal se encuentra en *“un alto grado de indefensión y vulnerabilidad, no sólo respecto de los adultos imputados o investigados dentro del proceso, sino frente al sistema mismo, pues su derecho como víctima de acceder a la administración de justicia - particularmente dentro de la acción penal-, está mediado por la voluntad y actuación del adulto encargado de*

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-1263 del 29 de noviembre de 2001.

su cuidado ya sea como representante legal, cuidador, defensor del pueblo o defensor de familia”¹⁷.

8.2.1 Del Derecho a la Defensa, Contradicción e Igualdad de Armas

El derecho a la defensa es una garantía fundamental que le asiste al procesado de comparecer inmediatamente en el proceso penal a fin de poder contestar a la imputación o acusación que existe en su contra, haciendo uso de los medios de prueba legales y pertinentes, articulando con plena libertad e igualdad de armas los actos de prueba, utilizando los mecanismos de impugnación y garantías la contradicción procesal y el derecho a la asistencia técnica del abogado.

El principio de la contradicción se fundamenta en el reconocimiento de las partes en el proceso y las posibilidades probatorias que por igualdad les corresponde, con la finalidad de hacer valer sus pretensiones, mediante la introducción de los hechos que las fundamentan y su correspondiente práctica de pruebas, asistiéndole el derecho a probar y controvertir la prueba, teniendo en cuenta las posibilidades del procesado respecto a las del acusador.

La Corte Constitucional se ha pronunciado al respecto en Sentencia C 536-2008¹⁸

“El principio de igualdad de armas constituye un elemento esencial de la garantía del derecho de defensa, de contradicción, y más ampliamente del principio de juicio justo, y hace relación a un mandato según el cual, cada parte del proceso penal debe poder presentar su caso bajo unas condiciones y garantías judiciales, que permitan equilibrar los medios y posibilidades de actuación procesal, dentro de las cuales se presente como esencial las facultades en cuanto al material probatorio a recabar, de tal manera que no se genere una posición sustancialmente desventajosa de una de las partes frente

¹⁷ Sentencia T- 923-13, del 06 de diciembre del 2013. M.P. Alberto Rojas Ríos.

¹⁸ Sentencia C-536-08, del 28 de mayo de 2008. M.P. Jaime Araujo Rentería.

a la otra parte procesal, como la que de hecho se presenta entre el ente acusador y el acusado, a favor del primero y detrimento del segundo. El principio de igualdad de armas o igualdad de medios, supone entonces que la carga probatoria del acusador es proporcional a sus medios y que las reglas de ejercicio del principio contradictorio en virtud de esa carga, buscan equiparar la participación en el proceso penal, tanto optimizando lo más posible las garantías de la defensa, como incrementando la exigencia del cumplimiento de la labor probatoria del acusador. Para esta Corte el derecho de defensa en materia penal encuentra uno de sus más importantes y esenciales expresiones en el principio de igualdad de armas, en procura de garantizar la protección de los imputados frente a aquellas situaciones que desequilibran su actuación en el proceso.”

“(…) Con el principio de igualdad de armas, se quiere indicar que “(…) en el marco del proceso penal, las partes enfrentadas, esto es, la Fiscalía y la defensa, deben estar en posibilidad de acudir ante el juez con las mismas herramientas de persuasión, los mismos elementos de convicción, sin privilegios ni desventajas, a fin de convencerlo de sus pretensiones procesales. Este constituye una de las características fundamentales de los sistemas penales de tendencia acusatoria, pues la estructura de los mismos, contrario a lo que ocurre con los modelos de corte inquisitivo, es adversarial, lo que significa que en el escenario del proceso penal, los actores son contendores que se enfrentan ante un juez imparcial en un debate al que ambos deben entrar con las mismas herramientas de ataque y protección”.

“(…) La jurisprudencia de esta Corte ha establecido en materia probatoria y bajo el nuevo sistema procesal penal con tendencia acusatoria, que si bien la etapa del juicio tiene preponderancia frente a la fase de investigación, por cuanto en ella se practicarán las pruebas que servirán de fundamento para la sentencia, de conformidad con los principios de inmediación y de contradicción, siendo por ello esta etapa de juicio el eje del proceso penal, la fase de investigación tiene también en el nuevo esquema acusatorio una importancia fundamental como fase de preparación para el juicio tanto por

parte de la Fiscalía como por parte del imputado y su defensa, para que en la etapa de juicio se practiquen y valoren en forma pública y con participación del imputado el material probatorio que se hubiere recaudado en la etapa de investigación, conforme a los principios de concentración, inmediación y contradicción de la prueba.”

El ente acusador que está en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, está obligado al descubrimiento de todos los elementos probatorios con los que cuenta, es decir, tanto los conocidos por la Defensa, los solicitados y ordenados por el Juez, sino con todo lo que cuenta y pretenda hacer valer; es así que si el ente acusador omite el descubrimiento de algún elemento material probatorio, este deberá rechazarse, coligiéndose que no es admisible un descubrimiento probatorio excepcional en el juicio, puesto que sobre este no se adelantó juicio de pertinencia o admisibilidad alguno y se estaría cometiendo una afrenta contra las garantías fundamentales del acusado.

Se tiene que una de las controversias que presenta la Ley 1652 de 2013, recae en este punto, en cuanto su parágrafo 1 del artículo 2, el cual dispone: *“En atención a la protección de la dignidad de los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales, la entrevista forense será un elemento material probatorio al cual se acceda siempre y cuando sea estrictamente necesario y no afecte los derechos de la víctima menor de edad, lo anterior en aplicación de los criterios del artículo 27 del Código de Procedimiento Penal.”*

Dejando entrever que los intervinientes, especialmente la Defensa, no podrá tener acceso a la entrevista, no podrá solicitar ni controvertir dicha prueba, pues el ente acusador estaría facultado para descubrir dicho elemento material probatorio cuando lo considere necesario o sea estrictamente necesario; es así que se estaría desconociendo postulados y garantías constitucionales.

9. LA PRUEBA

Partiendo de que el fallador o Juez de conocimiento no tiene la oportunidad de presenciar los hechos punibles frente a los que tomara una decisión, se hace necesario que los conozca mediante un mecanismo idóneo y fiable, que además permita a los demás sujetos procesales ejercer el derecho de contradicción, haciéndose esto por medio de la prueba o de los elementos materiales probatorios, teniendo en cuenta que estos deben ser descubiertos en forma oportuna, obtenidos legalmente y utilizando medios probatorios pertinentes; con la finalidad de que el Juez tenga un conocimiento adecuado de los hechos, es decir, enterar al juez de las circunstancias que rodearon una acción penal y como objetivo final, propender por la materialización de la justicia y la verdad.

La Ley 1652 del 2013, adiciona un párrafo final al artículo 275 de la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal), es así que, partiendo de dicha adición, la entrevista forense realizada al menor víctima de delitos sexuales, será entendida como elemento material probatorio; el texto legal quedaría:

“ARTÍCULO 275. ELEMENTOS MATERIALES PROBATORIOS Y EVIDENCIA FÍSICA. Para efectos de este código se entiende por elementos materiales probatorios y evidencia física, los siguientes:

- a) Huellas, rastros, manchas, residuos, vestigios y similares, dejados por la ejecución de la actividad delictiva;*
- b) Armas, instrumentos, objetos y cualquier otro medio utilizado para la ejecución de la actividad delictiva;*
- c) Dinero, bienes y otros efectos provenientes de la ejecución de la actividad delictiva;*
- d) Los elementos materiales descubiertos, recogidos y asegurados en desarrollo de diligencia investigativa de registro y allanamiento, inspección corporal y registro personal;*

- e) *Los documentos de toda índole hallados en diligencia investigativa de inspección o que han sido entregados voluntariamente por quien los tenía en su poder o que han sido abandonados allí;*
- f) *Los elementos materiales obtenidos mediante grabación, filmación, fotografía, video o cualquier otro medio avanzado, utilizados como cámaras de vigilancia, en recinto cerrado o en espacio público;*
- g) *El mensaje de datos, como el intercambio electrónico de datos, internet, correo electrónico, telegrama, télex, telefax o similar, regulados por la Ley 527 de 1999 o las normas que la sustituyan, adicionen o reformen;*
- h) *Los demás elementos materiales similares a los anteriores y que son descubiertos, recogidos y custodiados por el Fiscal General o por el fiscal directamente o por conducto de servidores de policía judicial o de peritos del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, o de laboratorios aceptados oficialmente.*

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”

9.1 PLENA PRUEBA

También denominada prueba completa o perfecta, es la que por sí sola proporciona al juzgador la suficiente convicción para resolver o emitir una sentencia más allá de toda duda razonable, ya sea que la decisión sea de carácter condenatoria o absolutoria.

Partiendo de esta, el juzgador adquiere el convencimiento y la certeza de la ocurrencia de los hechos que deben estar integrados en una plenitud demostrativa, por consiguiente este convencimiento no es pasible de graduación, es decir no existe término medio, puesto que se cuenta con medios probatorios que le originan convencimiento, eficacia y verdadera naturaleza de prueba, ya que

no es dable fallar bajo niveles de probabilidades, pues se constituiría en una afrenta contra los derechos fundamentales.

9.2 PRUEBA DE REFERENCIA

La prueba de referencia es toda declaración realizada por 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 agravación o atenuación punitiva, la naturaleza y extensión del daño causado, y cualquier otro aspecto sustancial cuando no sea posible practicarla en el juicio. La legislación procesal penal colombiana consagración en su Artículo 437 del Código de Procedimiento Penal.

La Sala Penal de la Corte suprema de Justicia, define la prueba de referencia:

“(...)es la evidencia (medio probatorio) a través de la cual se pretende probar la verdad de una declaración, realizada al margen del proceso por una persona determinada, no disponible para declarar en el juicio, que revela hechos de los cuales tuvo conocimiento personal, trascendentes para afirmar o negar la tipicidad de la conducta, el grado de intervención del sujeto agente, las circunstancias de atenuación o agravación concurrentes, la naturaleza o extensión del daño ocasionado, o cualquier otro aspecto sustancial del debate...”¹⁹

La finalidad de la prueba de referencia es recibir como evidencia una declaración que se hizo fuera de la vista o audiencia de juicio oral y público, como una excepción al principio de inmediación, por lo tanto el Juez de conocimiento no tiene la oportunidad de ver, ni escuchar al declarante en el momento de la diligencia, ni como el declarante percibe y recuerda, no puede tomarle juramento, y dicha declaración no puede ser sometida a contrainterrogatorio.

¹⁹ C.S. J .Sala Penal. Radicado 27.477, sentencia del 6 de marzo de 2008. M. P. AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN.

“ARTÍCULO 437 C.P.P. Se considera como prueba de referencia 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”.

“(…)Para que una prueba pueda ser considerada de referencia, se requiere, por tanto, la concurrencia de varios elementos: (I) una declaración realizada por una persona fuera del juicio oral, (II) que verse sobre aspectos que en forma directa o personal haya tenido la ocasión de observar o percibir, (III) que exista un medio o modo de prueba que se ofrece como evidencia para probar la verdad de los hechos de que informa la declaración (testigo de oídas, por ejemplo), y (IV) que la verdad que se pretende probar tenga por objeto afirmar o negar aspectos sustanciales del debate (tipicidad de la conducta, grado de intervención, circunstancias de atenuación o agravación punitivas, naturaleza o extensión del daño causado, entre otros)”²⁰.

La prueba de referencia, en términos de eficacia probatoria, es para el legislador una evidencia precaria, incapaz por sí sola de producir certeza racional sobre el delito y la responsabilidad penal del acusado; de la interpretación literal se puede concluir que cualquiera declaración realizada por fuera del juicio oral puede ser considerada como prueba de referencia, y al tenor del artículo 381 del Código de Procedimiento Penal, por regla general es inadmisibles, por cuanto contraviene los principios de contradicción e inmediación.

En cuanto a la admisión excepcional de la prueba de referencia, comprometería varios intereses constitucionales como la inmediación del Juez frente a la fuente de conocimiento y el ejercicio del derecho de contradicción de los sujetos procesales y por supuesto el interés legítimo de la víctima a la verdad y la justicia;

²⁰ C.S. J .Sala Penal. Radicado 27.477, sentencia del 6 de marzo de 2008. M. P. AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN.

de conformidad con lo dispuesto por el Artículo 3 de la Ley 1652 del 2013, el artículo 438 de la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal), el texto legal quedaría:

“ARTÍCULO 438 C.P.P. ADMISIÓN EXCEPCIONAL DE LA PRUEBA DE REFERENCIA. Únicamente es admisible la prueba de referencia cuando el declarante:

- a) Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es Corroborada pericialmente dicha afirmación;
- b) Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar,
- c) Padece de una grave enfermedad que le impide declarar;
- d) Ha fallecido.
- 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.

También se aceptará la prueba de referencia cuando las declaraciones se hallen registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos”.

Igualmente la Corte Suprema de Justicia, alude a la posibilidad de admitir como prueba de referencia las declaraciones hechas por un menor por fuera del juicio oral:

“Un caso especial lo constituyen los niños y niñas víctimas de delitos sexuales o de otras formas degradantes de violencia, cuya versión sea necesaria en desarrollo de un juicio oral. El Juez decidirá, con argumentación razonable, si practica su testimonio en la audiencia pública, si lo recauda fuera de la sala de audiencias (artículo 383 de la Ley 906 de 2004); o si prescinde de su declaración directa, en protección de sus derechos fundamentales, que prevalecen en los términos del artículo 44 de la Constitución Política, y en

lugar de su testimonio directo autoriza testimonios de referencia u otra prueba de la misma índole²¹.

“Hoy se acepta pacíficamente que el testimonio en un escenario judicial, e inclusive en otro preparado ex profeso, podría someter al niño o niña víctima de violencia a nuevos episodios de violencia física o moral, configurándose un evento de victimización secundaria, en todo caso incompatible con la Carta y con los fines constitucionales del proceso penal, puesto que el artículo 44 superior ordena proteger a los niños y niñas de toda forma de violencia física o moral”.

9.3 DE LA ENTREVISTA FORENSE EN LA LEY 1652 DE 2013

La entrevista como acto de investigación regulada en los artículos 205 y 206 de la Ley 906 de 2004, debe realizarse con criterios de racionalidad, partiendo de que lo Nuestro ordenamiento jurídico confiere un especial valor a la entrevista legalmente obtenida, ya que esta puede constituir información que sirva de fundamento a decisiones que impliquen la limitación de derechos fundamentales, puede ser utilizada para impugnar la credibilidad del testigo o para constituir prueba de referencia admisible en los casos consagrados en la ley.

La entrevista debe realizarse respetando los derechos constitucionales y legales que pueden ser afectados por la diligencia, teniendo en cuenta que la misma puede ser el fundamento de decisiones, sin apartarse del artículo 404 del Código de Procedimiento Penal, es decir, la apreciación del testimonio.

Como ya se expresó y tratándose de menores víctimas de delitos sexuales, la entrevista arroja información relevante sobre los hechos informados por el menor, al respecto la Corte Suprema de Justicia Sala Penal²² se expresó:

²¹ C.S. J .Sala Penal. Radicado 24.468, sentencia del 30 de marzo de 2006. M. P. Edgar Lombana Tujillo

“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.

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”.

La Corte Constitucional ha manifestado al respecto:

“La doctrina de la Corte Constitucional enseña que las autoridades judiciales que intervengan en las etapas de investigación y juzgamiento de delitos sexuales cometidos contra menores deben abstenerse de actuar de manera discriminatoria contra las víctimas, estando en la obligación de tomar en consideración la situación de indefensión en la cual se encuentra cualquier niño que ha sido sujeto pasivo de esta clase de ilícitos. De tal suerte, que constituyen actos de discriminación “cualquier comportamiento del funcionario judicial que no tome en consideración la situación de indefensión en la que se encuentra el menor abusado sexualmente, y por lo tanto dispense a la víctima

²² Sentencia del 29 de febrero de 2008, radicado No 28257. Corte Suprema de Justicia Sala Penal.

el mismo trato que regularmente se le acuerda a un adulto, omita realizar las actividades necesarias para su protección, asuma una actitud pasiva en materia probatoria... lo intimide o coaccione de cualquier manera para que declare en algún u otro sentido o para que no lo haga. Tales prácticas vulneran gravemente la Constitución y comprometen la responsabilidad penal y disciplinaria del funcionario que las cometa.”(Negrilla fuera del texto)²³.

“[r]esulta contraproducente para los fines perseguidos analizar el testimonio del infante particularmente en la entrevista forense que realiza el Defensor de Familia bajo la óptica formal y material como si se tratara adultos...

Queda claro así que el principio del interés superior del menor opera como el criterio orientador de la interpretación y aplicación de las normas de protección de la infancia, y enseña que la participación de los niños en el proceso penal no sea un ejercicio simbólico, sino real y efectivo y esto implica que se le ofrezca información que puede comprender de acuerdo a su nivel educativo.”²⁴

De igual forma los artículos 192 y 19 de la Ley 1098 de 2006, en procura de la protección del menor de edad víctima establece:

“Procedimientos especiales cuando los niños, las niñas o los adolescentes son víctimas de delitos: Pondrá especial atención para que en todas las diligencias en que intervengan niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos se les tenga en cuenta su opinión, su calidad de niños, se les respete su dignidad, intimidad y demás derechos consagrados en esta Ley. Igualmente velará porque no se les estigmatice, ni se les generen nuevos daños con el desarrollo de proceso judicial de los responsables.”

Partiendo de lo señalado y tratándose de conductas contra la libertad, integridad y formación sexual de niños, niñas y adolescentes, con la finalidad de establecer la verdad, y en atención del interés superior del menor y evitando cualquier acto que

²³ Sentencia T-078 de 2010.

²⁴ Sentencia T-117 de 2013.

conduzca a su revictimización, surge la Ley 1652 de 2013, con su artículo 2, que adiciona a la Ley 906 de 2004 el Artículo 206A, el cual quedara así:

“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 1 del artículo 146 de la Ley 906 de 2004, para cuyos casos se seguirá el siguiente procedimiento:

d) 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.

En caso de no contar con los profesionales aquí referenciados, a la autoridad competente le corresponde adelantar las gestiones pertinentes para asegurar la intervención de un entrevistador especializado.

Las entidades competentes tendrán el plazo de un año, para entrenar al personal en entrevista forense.

En la práctica de la diligencia el menor podrá estar acompañado, por su representante legal o por un pariente mayor de edad;

e) La entrevista forense se llevará a cabo en una Cámara de Gesell o en un espacio físico acondicionado con los implementos adecuados a la edad y

etapa evolutiva de la víctima y será grabado o fijado en medio audiovisual o en su defecto en medio técnico o escrito;

f) El personal entrenado en entrevista forense, presentará un informe detallado de la entrevista realizada.

Este primer informe deberá cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 209 de este código y concordantes, en lo que le sea aplicable. El profesional podrá ser citado a rendir testimonio sobre la entrevista y el informe realizado.”

10. BAJO LA MIRADA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

la Ley 1652 del 2013 fue objeto de demanda de inconstitucionalidad, y mediante sentencia C- 177 del 2014²⁵ se resolvió declarar “EXEQUIBLE” su articulado, por cuanto la Corte Constitucional no encontró que esta Ley estuviese en contravía de la Constitución Nacional y en general del ordenamiento jurídico.

La Corte analizó entre otros puntos, si la forma como el legislador ha regulado los parámetros para efectuar la entrevista forense a los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales, desconoce la igualdad, el derecho de defensa y contradicción, el acceso a la administración de justicia, e incluso los derechos de los menores de edad, y en su concepto argumenta que se tratan de medidas legislativas y judiciales, tendientes a garantizar la dignidad, intimidad y protección a los menores en todas las etapas del proceso, evitando causarles sobrevinientes daños.

Al respecto se tiene que mediante comunicado No 10, se abstrae la posición de la Corte Constitucional, adoptado en la precitada sentencia:

“(...) Del análisis efectuado de las normas acusadas y de su confrontación con los artículos 44 y 45 de la Constitución y los diferentes instrumentos internacionales relacionados con los derechos de los menores de edad, la Corte concluyó que la entrevista forense a los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales no desconoce los derechos a la igualdad, debido proceso, defensa, contradicción, ni el acceso efectivo a la administración de justicia, en aplicación del interés superior del menor y del principio pro infans. En su concepto, se trata de medidas legislativas y judiciales para garantizar no solo su dignidad y su intimidad (evitando injerencias indebidas en su vida privada), sino para protegerlos en todas las etapas del proceso, evitando causarles nuevos daños. En caso de un eventual conflicto entre los derechos

²⁵Sentencia C- 177-14, del 26 de marzo del 2014. M.P. NILSON PINILLA PINILLA.

y garantías de un menor de edad frente a las de un adulto, atendiendo el interés superior del niño y el principio pro infans, deberá darse prelación a la protección y salvaguarda de los niños, niñas y adolescentes, dada su situación de debilidad manifiesta. Para tal efecto, en la ponderación debe tenerse presente que los menores víctimas de comportamientos de abuso sexual no pueden recibir el mismo trato procesal de un adulto, pretendiendo que reconstruya sucesos que en el tiempo han causado traumas imborrables.

De esta forma, la Ley 1652 de 2013 procura reducir las consecuencias de esas experiencias devastadoras vividas por el menor, previendo su revictimización, mediante una entrevista que debe ser efectuada por expertos en psicología y medicina, dentro de un contexto conversacional que garantice el respeto y la dignidad, priorizando los derechos de los niños.

Con todo, el valor como elemento probatorio que se da a esa entrevista forense no impide el adecuado ejercicio del derecho de defensa ni el de contradicción, como lo dedujo la Corte del análisis conjunto de los artículos 1º y 2º de la Ley 1652 de 2013, de manera que podrá ser controvertida mediante el informe respectivo rendido por el entrevistador, quien además debe ser citado a rendir testimonio sobre la entrevista y dicho informe, dando pleno lugar al ejercicio de los derechos de defensa y la contradicción (...).

11. PRINCIPIO DE ARMONIZACIÓN CONCRETA

Los principios son herramientas lograr la eficaz administración de justicia, son necesarios para comprender y explicar de una manera integral y sistémica los fenómenos jurídicos, como quiera que son *“normas que condicionan las demás normas, pero con mayor grado de concreción y por lo tanto de eficacia, alcanzando por sí mismos proyección normativa”*²⁶.

Acogiendo la Tesis de Ronald Dworkin, aludiendo a una Teoría Fuerte de los Principios y de las Normas, en cuanto las Normas-Principios, estos ordenan realizar algo en la medida de lo posible, siendo mandatos de optimización que podrán ser cumplidos en diversos grados y su aplicación se dará por ponderación, y que por su característica funcional serán normas secundarias.

El principio de la armonización concreta es un principio derivado del artículo segundo de la Constitución, que señala como fin del Estado *“garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”*.

Dicho principio se encuentra íntimamente ligado al de ponderación, como mecanismos de interpretación de la Constitucional, al existir dos o más normas constitucionales, que señalen derechos fundamentales, en contradicción o conflicto entre sí en un caso concreto; por lo tanto no es de aplicación inmediata, ya que debe existir un previo análisis y revisión de los supuestos de hecho materia de controversia, para identificar si en realidad se está o no en presencia de un conflicto entre normas constitucionales que protegen derechos fundamentales.

“El ejercicio de los derechos plantea conflictos cuya solución hace necesaria la armonización concreta de las normas constitucionales enfrentadas.

²⁶ Sentencia C- 1287-01, del 05 de diciembre de 2001. M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA.

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 colisiones entre bienes jurídicos, de forma que se maximice la efectividad de cada uno de ellos. 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 efectividad²⁷.

²⁷ Sentencia T- 425-95, del 26 de septiembre de 1995. M.P. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

12. APRECIACIONES FINALES

Se evidencia el interés de la administración de justicia por flexibilizar el rigor del artículo 438 del Código de Procedimiento Penal, el cual consagra excepciones a la prohibición de prueba de referencia, en cuanto resulta insuficiente afrontar las diferentes situaciones o casos que se presentan, resultado de esto es adecuar disposiciones a las existentes.

Sobre el particular, la Sala Penal de la Corte Suprema de ha expresado:

“...Históricamente la prueba de referencia ha sido considerada una evidencia no confiable. Se ha sostenido, con razón, que los riesgos en el proceso de valoración se multiplican por diversos factores, como por ejemplo la ausencia de intermediación objetiva y subjetiva, la imposibilidad de confrontar directamente en juicio el testigo que tuvo conocimiento personal del hecho, y la falta de análisis de los procesos de percepción, memoria, sinceridad y narración del mismo, todo lo cual redundando negativamente en su consistencia probatoria...”²⁸

Partiendo de lo expuesto, debe tenerse en cuenta, que la admisión de la prueba de referencia es excepcional y que en los eventos en que se admita este tipo de medios de conocimiento debe prestarse especial atención al tema de la valoración, ya que está asociada con confiabilidad de los medios de conocimiento, más aun cuando existe limitación a la intermediación y la contradicción.

Adviértase que las decisiones judiciales deben ser motivadas, ya que en nuestro ordenamiento jurídico esto se constituye como un deber constitucional y legal; por lo tanto que se hace necesario el ejercicio del derecho de contradicción y la

²⁸ C.S. J. Sala Penal. Radicado 27.477, sentencia del 6 de marzo de 2008. M. P. AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN.

necesidad de acopiar el mayor número de medios de acreditación posible para tomar una decisión justa en materia penal.

Se tiene que la prueba de referencia debe ser sometida a los controles judiciales de admisibilidad en la audiencia preparatoria, siendo indispensable, que una vez obtenido el testimonio, este debe someterse a las reglas de la sana crítica racional, como si su declaración se hubiese presentado en desarrollo de la audiencia de juicio oral, conforme a lo dispuesto en el artículo 404 de la Ley 906 de 2004.

No se puede olvidar que en la precitada Ley se establece limitaciones como fundamento exclusivo de la sentencia condenatoria, es decir, el artículo 381 de la Ley 906 de 2004 contempla la restricción de basar la sentencia condenatoria exclusivamente en pruebas de referencia; por lo que la Corte recalca la necesidad de interpretar sistemáticamente el artículo 438, no sólo de acuerdo con la Constitución Política sino en armonía con las demás normas del Código de Procedimiento Penal:

“Ahora bien, el artículo 438 del mismo código enlista unos casos como los únicos en los cuales es admisible la prueba de referencia. No obstante, dicha norma no puede interpretarse aisladamente, sino en el marco constitucional y en armonía con la sistemática probatoria del nuevo régimen de procedimiento penal, uno de cuyos fines superiores consiste en la búsqueda de la verdad compatible con la justicia material, por lo cual, el juez en cada evento determinará cuándo es pertinente alguna prueba de referencia que pretendan aducir las partes; y en todo caso, el juez queda obligado a otorgar a ese género de pruebas un valor de Convicción menguado o restringido, como lo manda el artículo 381”²⁹.

²⁹ C.S. J .Sala Penal. Radicado 24.468, sentencia del 30 de marzo de 2006. M. P. Edgar Lombana Tujillo

Tarea que implica mayor estudio, observación para el intérprete, sin pasar por alto previo y riguroso análisis bajo la mirada del principio de armonización, la utilización de criterios de argumentación como el principio de proporcionalidad, más aun al tratarse de menores de edad, y cuando medien los derechos fundamentales que les asiste; de tal forma que los derechos de los niños están por encima de cualquier otro derecho protegido por el texto constitucional y legal, y no admiten la aplicación de una ponderación respecto de ellos cuando se encuentren en pugna con otro derecho constitucional, es en este punto que es dable la admisibilidad de la prueba de referencia bajo la luz de la Ley 1652 de 2013, sin embargo esta dependerá de controles judiciales y de su debida introducción en el proceso para ser base de una sentencia condenatoria.

Cabe anotar que al enfrentarnos a un sistema de carácter oral solo se da validez a las pruebas que permitan la contradicción y que sean validadas de forma oral mediante juicio, es así que los elementos materiales probatorios recaudados en las etapas anteriores al juicio, obligatoriamente deben ser debatidas en juicio siendo necesario que el funcionario judicial debidamente capacitado en la temática, mediante su testimonio en juicio oral, permita la contradicción por parte de la defensa, permita que su dictamen sea avalado como prueba dentro del proceso. De lo contrario se estaría avalando la prueba secreta en nuestro ordenamiento jurídico.

Es así como mediante la publicidad e intermediación se permite a la defensa prepararse para debatir las acusaciones de la fiscalía, pero el hecho de presentar unos testimonios a última hora o solicitarlos en una etapa procesal la cual no es la contemplada constitucionalmente da cierta desventaja a la defensa incluso transgrede la premisa del debido proceso hacia el acusado.

13. CONCLUSIONES

Cuando medien derechos fundamentales de menores de edad, estos están por encima de cualquier otro derecho protegido por el texto constitucional y legal, siendo dable la admisibilidad de la prueba de referencia bajo la luz de la Ley 1652 de 2013, sin embargo esta dependerá de controles judiciales y de su debida introducción en el proceso para ser base de una sentencia condenatoria.

La fiscalía no puede olvidar que su función constitucional consiste en recaudar, asegurar y conservar los elementos materiales probatorios, pero que en consecuencia de los principios de publicidad, contradicción, inmediación, concentración y oralidad del proceso penal, estos EMP deben ser revestidos de la calidad de prueba en el juicio permitiendo que la defensa haga uso de su derecho a la contradicción.

La Ley 1652 de 2013, surge como la necesidad de la protección al menor víctima de delitos sexuales, de la revictimización surgida por situaciones propias del proceso penal; si bien se le está dando el trato especial a su condición, pueden surgir factores revictimizantes al estipular que la entrevista debe ser revisada por el Defensor de Familia y debe estar presente en la diligencia; por lo tanto podría vulnerar la atención inmediata del menor, pues se estaría supeditado a la disponibilidad del Defensor de Familia.

BIBLIOGRAFÍA

Acceso a la Justicia de Niños/as Víctimas. UNICEF. JUFEJUS. ADC.

ALEXY, Robert. “Teoría de los Derechos Fundamentales”. Centro de Estudios Constitucionales. 1993.

CÓDIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA. Ley 1098 de 2006. Bogotá. Leyer, 2009.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Ley 906 del 2004. Bogotá. Leyer, 2004.

CÓDIGO DEL MENOR. Decreto 2737 de 1989. Bogotá. Leyer 2005.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Bogotá. Leyer, 2010.

Guía de atención para niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia sexual. ICBF. Septiembre del 2007.

HERNÁNDEZ MEZA, Nelson. “La aplicación del principio de la armonización concreta en la solución de conflictos entre derechos fundamentales”. Revista de Derecho. Universidad del Norte. 2003.

LEY 1652 DEL 12 DE JULIO DEL 2013.

PRIETO SANCHÍS, Luis. “Diez argumentos a propósito de los principios”. Jueces para la Democracia. 1996.

RODRÍGUEZ MARIN, Efrén. El Código de la Infancia y la Adolescencia frente a los tratados internacionales y la Constitución. Bogotá: ABC Ltda, 2011.

SENTENCIA C- 177-14, del 26 de marzo del 2014. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

SENTENCIA T- 117-13, del 7 de marzo del 2013. M.P. Alexei Julio Estrada.

SENTENCIA T-453-05, del 2 de mayo del 2005. M.P. Manuel José Cepeda.

SENTENCIA T-554-03, del 7 de JULIO DEL 2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

VALENCIA RESTREPO, Hernán. “Nomoárquica, principialística jurídica o filosofía y ciencia de los principios generales del derecho”. Temis, 2005.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. “Derecho Penal., Parte General”. Editorial Jurídica de Chile. 2009.

YACOBUCCI, Guillermo J. “El sentido de los principios penales. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal”. Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma, 2002.