



## **DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN**

### **SALA PENAL DE DECISIÓN**

Medellín, jueves, veintitrés de marzo de dos mil diecisiete

Aprobado mediante acta número 0025 del diez de marzo de dos mil diecisiete

**Magistrado Ponente**  
**Ricardo De La Pava Marulanda**

Por apelación interpuesta y sustentada por la defensa, conoce en segunda instancia esta Corporación la providencia proferida por la Juez Primera Penal del Circuito de Itagüí en la sesión de juicio oral celebrada el 12 de diciembre de 2016, mediante la cual no accedió a la solicitud elevada por la señora Defensora respecto a la incorporación de una prueba sobreviniente.

## **1. ANTECEDENTES**

Relató el Fiscal 234 Seccional en el escrito de acusación que para el 27 de septiembre de 2014 la señora A. M. O. C. residía con su hija M.B.O. de 8 años de edad y con el señor L. F. V. R., con quien hacía vida marital, y que en la mañana de ese día mientras la madre dormía, el referido ciudadano, estando desnudo, le dio besos en la boca y le acarició la vagina a la menor, además de que le enseñó su pene e hizo que ella se lo tocara.

El 30 de abril de 2015, la Juez Segunda Penal Municipal de Itagüí, en sede de control de garantías, examinó la legalidad de la aprehensión del señor L. F. V. R. y dispuso la cancelación de la orden de captura, y, luego de formulada la imputación por la autoría del delito de ACTO SEXUAL CON MENOR DE 14 AÑOS, cargo que no fue aceptado por el imputado, le impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad en centro de reclusión.

El escrito de acusación se radicó el 11 de junio de 2015 y la audiencia de formulación oral de la misma se llevó a cabo el 21 de julio siguiente. La preparatoria se realizó el 1º de diciembre de esa misma anualidad y el juicio oral se ha desarrollado en sesiones celebradas el 10 de agosto, 11 de noviembre y 12 de diciembre de 2016, y en el transcurso de esta última diligencia la Juez de conocimiento no accedió a la solicitud elevada por la defensa técnica respecto a la admisión, como prueba sobreviniente, de seis (6) grabaciones de audio realizadas en un equipo celular por la señora A. M. O. C. a la menor, además del testimonio del

coordinador académico de la institución educativa Soleira, señor E. H. , o en su defecto, escuchar de manera directa a dicho docente y a la niña.

## **2. LA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

La Juez de conocimiento inadmitió la solicitud de prueba sobreviniente argumentando que la menor ya fue escuchada en juicio, por lo que en su momento se tuvo la oportunidad de interrogarla y contrainterrogarla, además de que la Ley 1652 de 2013 tiene un procedimiento claramente regulado sobre la forma en que deben ser interrogados los menores. Y respecto a las grabaciones realizadas por la madre a la menor, indicó que una cosa es que se tenga una conversación con un menor y otra cosa muy diferente es interrogarlo sobre un tema específico.

Sostuvo que no encuentra una razón de índole legal para admitir lo pedido por la defensa, pues, luego de resaltar que la madre tiene un régimen de visitas controladas hacia su hija, advirtió que independientemente de lo dicho por la menor a su ascendiente, no hay lugar a incorporar esos registros o grabaciones que se le hicieran a la niña, así como tampoco volver a escucharla en juicio, ya que serían solo manifestaciones de la menor cuando ya se han evacuado los interrogatorios y contrainterrogatorios directamente en la fase del juicio, concluyendo que ni lo uno ni lo otro resulta procedente.

Afirmó que acudiendo al tema más importante, para ese despacho no se trata de una prueba sobreviniente, pues aquella

es la que existe y no es conocida al momento de elevarse las solicitudes probatorias y que en este caso la solicitud que hace la señora defensora es respecto a las manifestaciones de la niña sobre los hechos, situación que no se asemeja con la condición excepcional estipulada en el inciso 4º del artículo 344 de la Ley 906 de 2004, sosteniendo que de conformidad con los lineamientos jurisprudenciales que se han marcado sobre este tópico, específicamente en la decisión AP 4164, radicación N° 45120 del 29 de junio de 2016, se requiere que el medio de conocimiento recién descubierto sea sustancial y tenga una significativa incidencia en el juzgamiento.

En ese sentido reiteró que se trata de idéntica prueba porque serían los mismos dichos de la menor solo que en un sentido supuestamente diferente al expuesto en su testimonio, lo que significaría una retractación pero nunca una prueba diferente, no conocida o que represente un asunto excepcional o de trascendencia necesaria como para que la niña tenga que ser escuchada nuevamente en juicio, o en su defecto la madre de ésta por cuanto la ciudadana ya declaró lo que le manifestó su hija y ello será un asunto sujeto a valoración en su momento procesal.

Y atendiendo a los argumentos expuestos por el delegado de la Fiscalía y el apoderado de la víctima respecto a la ilegalidad o ilicitud de las grabaciones que se le hicieran a la menor sin su consentimiento, planteó que observa que efectivamente la forma cómo dichas grabaciones fueron obtenidas no guardan consonancia con la regulación que trae la Ley 1652 de 2013 para entrevistar a los menores u obtener información de ellos, pues los padres o representantes legales no están llamados a conseguir

información directamente de sus hijos menores cuando el asunto ya está sometido a una indagación penal, siendo a través de un investigador judicial que se deben tomar dichas entrevistas.

Entonces, al no cumplirse con esas ritualidades durante la entrevista o en el trámite adelantado para lograr la información por parte de la menor, considera la judicatura de primera instancia que no debe incorporarse esos registros y que no es necesario revictimizar a la menor mediante un nuevo interrogatorio. Por lo tanto, al tratarse de una prueba lograda de manera ilegal o ilícita, lo que lleva indefectiblemente a su rechazo, estima que la misma consecuencia debe tener el testimonio del señor E. H. porque lo que escuchó se deriva de un medio de conocimiento que fue ilegalmente obtenido.

Finaliza insistiendo que no puede acceder a la petición porque: (i) el testimonio de la menor no es una prueba sobreviniente; y (ii) los audios que se pretenden incorporar fueron conseguidos de manera ilegal o ilícita, razón por la cual no pueden admitirse así como tampoco el testimonio del rector de la institución educativa donde estudia la niña al correr la misma suerte de los registros auditivos.

### **3. LOS MOTIVOS DEL DISENSO**

**La señora Defensora** sostiene que si bien en este caso la fuente de información es la menor de edad, no puede decirse que lo manifestado con posterioridad a la fecha en que declaró en el juicio oral no sea una prueba sobreviniente, pues efectivamente

se cumplen los requisitos para ello ya que en este evento se está tratando un presunto abuso sexual por parte del señor L. F. V. R. hacia la menor, por lo que es ella quien puede manifestar si eso sucedió o no.

Y frente al mandato contenido en la Ley 1652 de 2013 para interrogar a este tipo de personas, advirtió que las mismas aplican pero solo para las autoridades, sin que se pueda llegar al extremo de que los adultos no puedan acercarse a los menores de edad para conversar con ellos, como efectivamente ocurrió acá, pues la grabación trata sobre una conversación sostenida entre la madre y su hija en relación con estos hechos, sin que le fuera exigible acudir ante un representante del ICBF ni requerir el consentimiento informado para la entrevista, y que la presencia del director de la institución obedece sólo a que la señora ANGÉLICA MARÍA lo llamó para que estuviera presente como un testigo de lo que estaba manifestando la menor, razones por las cuales no se trata de una prueba ilegal ni ilícita, resaltando que a la ascendiente no se le ha retirado la patria potestad respecto a la presunta víctima.

Además, señaló que de acuerdo con el inciso final del artículo 393 del código de procedimiento penal, los testigos deben permanecer a disposición del juez durante el término que éste determine, el cual no excederá del tiempo de la práctica de las pruebas, quienes podrán ser requeridos por las partes para una adición de testimonio, sin que se encuentren excluidos de esta regla los menores de edad. Por otra parte, argumentó que el artículo 344 ibídem se refiere a que si durante el juicio alguna de las partes encuentra un elemento material probatorio o evidencia física muy

significativo, que debería ser descubierto, lo pondrá en conocimiento del juez, y que esto fue lo que se hizo en la declaración rendida por la madre de la víctima y compañera permanente del procesado, se pusieron de presente estos hechos nuevos que no producen un perjuicio al derecho de defensa ni a la integridad del juicio, por lo que se debe admitir la solicitud probatoria pedida porque real y efectivamente es una prueba sobreviniente.

Finalmente, adujo que en este caso no se estaría revictimizando a la menor porque ésta no fue víctima de un abuso sexual, que tan solo vendría nuevamente a juicio a declarar lo que realmente sucedió y a negar lo que inicialmente había dicho a influencias de la familia paterna. En razón de lo anterior, solicitó se revoque la decisión de primera instancia y se decida en favor de la defensa decretando la prueba sobreviniente, ya que como la misma no fue ilegalmente obtenida se debe escuchar la declaración de la menor y del señor E. H. , y en caso de considerarse que la niña no debe venir a la audiencia de juicio oral nuevamente, se incorporen los audios contentivos de la conversación sostenida entre la menor y su ascendente.

**El Delegado de la Fiscalía,** como parte no recurrente, sostuvo que el mero hecho de indicar que la prueba si es sobreviniente y que reúne las exigencias del artículo 344 del código de procedimiento penal en su inciso cuarto, sin atacar los argumentos presentados por la judicatura, se constituye en una falacia que se conoce en la argumentación como "petición de principio", pues considera que los argumentos de la defensa no contrarían las razones que expuso la señora juez de instancia para señalar que no estamos frente a una prueba sobreviniente, lo que

observa es que hay es una disparidad de criterios, un pensamiento distinto que no se adentra en el fondo de lo que fueron los razonamientos empleados por el a quo.

Sobre el punto específico de discusión dijo que ciertamente no se está frente a una prueba sobreviniente porque en este caso lo peticionado, que es el testimonio de la menor, no apareció el 22 de octubre cuando la madre se hizo presente en un parque y en el colegio a conversar con la menor, pues dicha prueba existe desde el inicio de la investigación y la declaración de ésta ya se rindió en juicio, pudiendo la defensa hacer el conainterrogatorio para obtener la supuesta información que ahora pone de presente, y aunque se diga que no era posible anticipar el hecho de que la menor pudiera decir cosas distintas a las manifestadas en juicio, ello no la convierte en sobreviniente, pues, insiste, el medio de conocimiento es la declaración de la niña mas no sus manifestaciones propiamente dichas.

Ahora, respecto a la referencia realizada sobre la ilicitud de dicha prueba, en razón a que la madre de la presunta víctima confirmó en su testificación que no le pidió consentimiento a la menor para grabar la conversación que estaban sosteniendo, reitera que la obtención de ese elemento fue irregular porque, independientemente de que sea un menor o un adulto, estima que para que esas manifestaciones puedan tener algún valor de carácter probatorio, el interlocutor tiene que saber que se le está grabando.

Y frente a la norma que estipula que el testigo debe permanecer a disposición del juez, destacó que ello es así pero solo para que quien lo ofreció como prueba lo requiera a efectos de

aclarar o adicionar algo, por lo que los argumentos de la defensa, en este sentido, tampoco son acertados ya que la menor no fue pedida como testigo por esa parte procesal.

**El apoderado de la víctima**, también como no recurrente, indicó que se adhiere a los argumentos esgrimidos por la judicatura para inadmitir la solicitud, refiriendo que efectivamente la prueba no es sobreviniente toda vez que aquella ha permanecido durante todo el proceso y que adicional a ello se podría, inclusive, en caso que se considerarse cualquiera de los tres pedimentos que hizo en su momento la defensa, incurrir en un error fáctico que conduciría después a una afectación mayor del proceso.

También indicó que se une a los argumentos de la Fiscalía para pedir que no sea tenida en cuenta la solicitud probatoria ya referida, pues acudiendo al interés superior de la menor se debe tener en cuenta que ésta ya ha comparecido en estrados y ha sido interrogada de forma directa, por lo que concluye deprecando que sea acogida la decisión de primera instancia desestimándose el argumento que hoy esgrime la defensa para buscar de una manera artificiosa y extemporánea vincular un elemento material probatorio que ya no es posible en esta instancia.

Finalmente, **el Delegado de la Procuraduría** expuso que no comparte el argumento de que se trate de un mismo medio de prueba y que ésta no es sobreviniente por cuanto considera que no resulta razonable decir que una declaración rendida por una persona en diversos sentidos, es decir, un testimonio de cargo que luego se convierte un uno de descargo, sea

catalogado como una sola prueba por el hecho de que sea rendido por el mismo declarante.

Afirmó que técnicamente han de separarse y distinguirse dos elementos. El primero tiene que ver con que si bien la menor es un mismo órgano de prueba, lo que ella declare en cada testimonio es un diverso medio de conocimiento, más aun si expone cosas abiertamente contradictorias a las ya manifestadas. Y el segundo aspecto tiene que ver con la incidencia de la prueba en el juicio, observando que existe una mayor significancia de dicha prueba sobreviniente por cuanto el único órgano de prueba de cargo pasa a constituirse en un fundamental medio de demostración de descargo.

#### **4. CONSIDERACIONES**

De conformidad con el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, es competente esta Corporación para conocer, por vía de apelación, la providencia que inadmitió la solicitud probatoria invocada por la Defensa como sobreviniente en sede de juicio oral, dictada por la Juez Primera Penal del Circuito de Itagüí, hecho con el cual, a juicio de la recurrente, se vulneró el derecho de defensa y el debido proceso al no permitirse la práctica de un medio de conocimiento que cumple con los requisitos de ley.

Con la finalidad de resolver la controversia suscitada, esta Sala de Decisión encuentra pertinente hacer referencia respecto al procedimiento de descubrimiento, solicitud y decreto de pruebas en nuestro sistema penal acusatorio.

Y frente a este tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencia 44850 del 06 de mayo de 2015, con ponencia de la doctora MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ, indicó:

*"A efectos de materializar la igualdad de los intervinientes en el juicio, los artículos 344, 356 y 374 de la Ley 906 de 2004 regulan la oportunidad procesal para que la Fiscalía y la defensa efectúen el descubrimiento probatorio que permita a la contraparte ejercer a cabalidad la contradicción.*

*El correcto y oportuno descubrimiento probatorio constituye condición sine qua non para la admisibilidad de la prueba porque, según el artículo 346 ibídem, el juez tiene la obligación de rechazar todas aquellas evidencias o elementos probatorios respecto de los cuales no se haya cumplido el deber de revelar información durante el procedimiento de descubrimiento. En consecuencia, los medios de convicción que no sean descubiertos en la oportunidad legalmente establecida, no pueden aducirse al proceso, controvertirse, ni practicarse durante el juicio oral.*

*Con todo, el inciso final del artículo 344 ibídem prevé la posibilidad excepcional de que durante el juicio se descubra algún elemento material probatorio o evidencia física muy significativos cuya existencia se desconocía en el momento procesal oportuno:*

*"Art. 344. Inicio del descubrimiento. (...) El juez velará porque el descubrimiento sea lo más completo posible durante la audiencia de formulación de acusación.*

*Sin embargo, si durante el juicio alguna de las partes encuentra un elemento material probatorio y evidencia física muy significativos que debería ser descubierto, lo pondrá en conocimiento del juez quien, oídas las partes y considerado el perjuicio que podría producirse al derecho de*

*defensa y la integridad del juicio, decidirá si es excepcionalmente admisible o si debe excluirse esa prueba”.*

*Entonces, acorde con esa preceptiva, se trata de un **evento excepcional** que sólo se activa en virtud, i) del hallazgo producido con posterioridad a la audiencia preparatoria; ii) de un elemento de convicción de vital trascendencia para el debate probatorio; iii) cuya ausencia puede perjudicar de manera grave el derecho de defensa o la integridad del juicio.*

*Siendo ello así, corresponde a la parte que pretende su decreto la carga de demostrar con suficiencia la presencia de los citados elementos y, además, explicar su pertinencia, conducencia y utilidad, en los términos de los artículos 357, 359 y 375 *ibídem*. Lo anterior porque la prueba sobreviniente no está diseñada para habilitar un nuevo periodo de descubrimiento orientado a remediar las omisiones de las partes en el trabajo investigativo que deben realizar para sustentar su teoría del caso”. (Subrayas fuera del texto original)*

Tenemos entonces que para la Defensa existe una carga de descubrimiento que debe agotar al inicio de la audiencia preparatoria, mismo que de no efectuarse en debida forma acarrea como sanción el rechazo de su solicitud probatoria ya que durante el juicio oral y público solo podrán practicarse las pruebas que fueron oportunamente descubiertas y decretadas por el Juez de conocimiento en desarrollo de dicha audiencia, a excepción de las pruebas sobrevinientes, como ocurre en este caso de conformidad con lo que pasará la Sala a explicar.

Para esta Corporación, contrario a lo considerado por la Juez Primera Penal del Circuito de Itagüí, en el sub judice sí se cumplen los requisitos para que los aparentes nuevos y

contradictorios dichos expuestos por la menor M.B.O., se constituyan como prueba sobreviniente por cuanto los mismos fueron exteriorizados con posterioridad a la fecha en que se llevó a cabo la audiencia preparatoria<sup>1</sup> y al testimonio rendido por la menor al interior del juicio oral<sup>2</sup>, pues nótese que aunque no se indicó una fecha exacta, según la declaración de la señora A. M. O. C., madre de la niña y a través de la cual se supo del nuevo medio de conocimiento, la conversación sostenida con su descendiente fue después de su cumpleaños en el mes de octubre pasado<sup>3</sup>.

Y es que de conformidad con la solicitud elevada por la Defensa, el medio de prueba peticionado como sobreviniente se convierte en un aspecto esencial e imprescindible para desarrollar su teoría del caso, pues adujo que como el testimonio de la víctima inicialmente era el fundamento principal en el que se soportó la acusación, ahora la información ofrecida por la testigo que da cuenta sobre la presunta retractación de la menor (la cual se encuentra contenida en la grabación que se pretende introducir al juicio, además del testimonio que pudiera rendir el rector del colegio donde estudia la niña), ésta se traduce en la más importante prueba de descargo por cuanto quién mejor que la menor para aclarar lo que realmente sucedió en relación con los hechos aquí investigados, ya que la reciente versión correspondería, a criterio de la abogada, a la verdad fáctica.

Entonces, ciertamente se puede decir que en este evento se cumplen los siguientes requisitos: **i)** que el hallazgo sea con posterioridad a la audiencia preparatoria, pues este nuevo medio de prueba se conoció luego de haberse evacuado esa

---

<sup>1</sup> Celebrado el 1° de diciembre de 2015 de conformidad con el acta de audiencia que reposa a folio 41.

<sup>2</sup> Sesión de juicio oral llevada a cabo el 10 de agosto de 2016, acta que obra a folio 62.

<sup>3</sup> Sesión de juicio oral llevada a cabo el 11 de noviembre de 2016, minuto 51:30 a 51:34 del registro J01PCTO 2014-04384 JO LUIS FERNANDO VELEZ RODRIGUEZ. ART 209, 211.2mp3.

diligencia, resaltándose que para ese momento ni siquiera se habían presentado las nuevas manifestaciones, que al parecer, hizo la menor M.B.O., razón suficiente para determinar que en dicha diligencia no le era exigible a la defensa el descubrimiento y posterior solicitud de este elemento material probatorio; **ii)** se trate de un elemento de convicción de vital trascendencia para el debate probatorio, algo que resulta completamente razonable teniendo en cuenta que se está ante una presunta retractación de la víctima y única persona que tuvo conocimiento directo de los hechos; **iii)** y que cuya ausencia puede perjudicar de manera grave el derecho de defensa o la integridad del juicio, ya que con estas pruebas considera la recurrente que podría demostrar fehacientemente su tesis defensiva.

Por lo anterior, observa esta Colegiatura que efectivamente los elementos materiales probatorios deprecados por la defensa técnica revisten las características de una prueba sobreviniente, y en este punto se estudiará si las tres (3) peticiones (introducción de grabaciones y testimonio del señor E. H. , o en su defecto, el testimonio nuevamente de la menor M.B.O.) elevadas por la defensa técnica resultan procedentes de decretar atendiendo a aspectos puramente legales y constitucionales.

Es así como sin desconocerse la prevalencia del interés superior de los menores víctimas de delitos sexuales sobre los de las demás partes e intervinientes, desde ya habrá de decirse que se admitirá que la menor M.B.O rinda nuevamente testimonio pero solo en relación con este nuevo suceso, es decir, con lo manifestado por ella en la conversación que sostuvo con su

progenitora en el mes de octubre pasado dentro de la institución educativa donde estudia y que versa sobre su presunta retractación.

Ello porque le asiste razón a la recurrente en punto de que los testigos deben permanecer a disposición del juez hasta tanto se haya evacuado la práctica de pruebas<sup>4</sup>, evento que en el presente caso no ha ocurrido por cuanto actualmente no se ha cerrado el debate probatorio, además de que no se observa la posibilidad de que se presente una revictimización a la menor, no por los argumentos expuestos por la defensora respecto a que si la niña no fue víctima de aquel acto sexual mal podría hablarse de una revictimización, pues aquella afirmación tan solo hace parte de su hipótesis de defensa sin que pueda darse por cierta en este momento procesal, sino por la limitación que tendría el interrogatorio de conformidad con lo expuesto en el párrafo anterior.

Ahora, en lo atinente al razonamiento expuesto por el a quo sobre la ilicitud o ilegalidad de la prueba recaudada, esto es, las grabaciones realizadas a la menor y la solicitud de ser escuchado en juicio el señor E. H. , acogiendo las consideraciones del Delegado de la Fiscalía y del apoderado de víctimas respecto al incumplimiento de los requisitos que deben observarse en los interrogatorios o entrevistas realizadas a los niños víctimas de delitos sexuales, esta Corporación juzga que la información obtenida por la madre de la niña no fue producto de un interrogatorio sino de una conversación que libremente inició la menor, de conformidad con la manera en que fueron narrados los hechos por parte de la señora A. M. O. C.<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Último inciso del artículo 393 del código de procedimiento penal.

<sup>5</sup> Sesión de juicio oral llevada a cabo el 11 de noviembre de 2016, minuto 53:39 y siguientes del registro JO1PCTO 2014-04384 JO LUIS FERNANDO VELEZ RODRIGUEZ. ART 209, 211.2mp3.

Como sustento para indicar que la prueba no cumple con los requisitos de legalidad, la Juez de conocimiento indicó que no se siguieron las pautas contenidas en la Ley 1652 de 2013 en la entrevista o interrogatorio practicado a la menor, sin embargo, como ya se advirtió, de conformidad con lo sostenido por la deponente, en este evento no se presentó una situación como la regulada en la norma en comento, máxime cuando dicho precepto reglamenta exclusivamente la entrevista forense a los menores víctimas de conductas delictivas atentatorias contra la libertad sexual.

Así lo ha dejado claro la Corte Suprema de Justicia en reciente decisión:

*"Empero, ninguna de estas condiciones es cumplida por el demandante, quien se conforma con afirmar que las menores N.R.A, L.J.A.G y S.L.R.A debieron ser interrogadas de la forma que indica el artículo 2º de la Ley 1652 de 2013.*

*Al respecto valga precisar que la citada legislación -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 sexuales- en su artículo segundo<sup>6</sup> establece el procedimiento para efectuar entrevista forense a*

---

<sup>6</sup> ARTÍCULO 2o. Adiciónese un artículo nuevo a la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, numerado 206A, el cual quedará así: Artículo 206A. 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) <sic> La entrevista forense de niños, niñas o adolescentes víctimas de violencia sexual será realizada por personal del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación, entrenado en entrevista

*los menores víctimas de esas conductas, lo cual dista del testimonio rendido en juicio, es decir, **la exigencia que reclama el censor es propia de labores investigativas en cabeza de la Fiscalía**, más no del procedimiento probatorio del juicio, en donde el único requerimiento es que el menor esté acompañado de autoridad especializada, -en la práctica se recurre al defensor de familia-, para que en su presencia y junto con el control que también ejerce el juez, las partes formulen sus preguntas.”<sup>7</sup> (Negrilla fuera del texto original)*

De conformidad con lo anterior, no le era exigible a la señora OSPINA CARDONA dirigirse ante un investigador judicial o un funcionario del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar o algún ente similar, para haber sostenido la conversación que efectivamente tuvo con su hija, comunicación en la que la menor le puso de presente cierta información relacionada con los hechos investigados en la presente actuación, pues como viene de verse, la Ley 1652 de 2013 reglamenta el procedimiento que debe agotar la Fiscalía General de la Nación en ejecución de su función legal y no

---

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) <sic> 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) <sic> 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.

PARÁGRAFO 1o. 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.

PARÁGRAFO 2o. Durante la etapa de indagación e investigación, el niño, niña o adolescente víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual, tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo Código, será entrevistado preferiblemente por una sola vez. De manera excepcional podrá realizarse una segunda entrevista, teniendo en cuenta en todo caso el interés superior del niño, niña o adolescente.

<sup>7</sup> Corte Suprema de Justicia, auto AP4771-2016, radicación N° 48198 del 27 de julio de 2016.

el de los particulares en desarrollo de sus relaciones interpersonales y familiares, tal y como lo expuso la señora defensora.

Entonces, queda claro que la información obtenida a través de la conversación sostenida el pasado mes de octubre entre la madre y su hija no tiene trazos de ilegalidad, pues ningún incumplimiento de orden legal se aprecia en la adquisición de dicha averiguación, así como tampoco se avizoran tachas de ilicitud, concepto usado indistintamente con el de ilegalidad en la providencia impugnada, pues el medio de prueba no fue producido con violación de derechos o garantías fundamentales por cuanto no es resultado de transgresiones a la intimidad o integridad personal de la menor, ni de retención o violación ilegal de comunicaciones o correspondencia, reiterándose que se trató de una conversación libremente sostenida y en la que una de las interlocutorias le confió a la otra, en razón del parentesco, una información relevante para el proceso que en este expediente se sigue.

Por lo anterior, las grabaciones realizadas por la señora OSPINA CARDONA sobre el devenir del dialogo sostenido con su hija resultan admisibles porque, como ya lo ha expuesto la Alta Corporación, una grabación hecha por un particular sin orden judicial tiene validez en un proceso penal *"i) si se realiza directamente por la víctima de un delito o con su aquiescencia; ii) si capta el momento del accionar criminoso y, iii) si tiene como finalidad preconstituir prueba del hecho punible, presupuestos que deben concurrir simultáneamente"*<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Corte Suprema de Justicia, sentencia con radicado N° 41790 del 11 de septiembre de 2013.

En el sub iudice tenemos que aunque la presunta víctima no fue informada sobre el registro auditivo del cual iba a ser sujeto, ese aviso no era necesario atendiendo a que, en razón de la edad, la menor carece de capacidad legal para otorgar autorizaciones o tomar decisiones que tengan relevancia o consecuencias jurídicas, por lo que las grabaciones resultan admisibles, por sí mismas, como medio de convicción dentro de este proceso penal, pues, en el procedimiento de grabación no se obvió ningún requisito de orden legal, específicamente el referido a la autorización expresa que debe otorgar quien está siendo grabado, máxime cuando la persona que procedió a captar el audio fue la madre de la menor, misma que se encuentra habilitada automáticamente en razón de la representación legal que hay entre una y otra.

Finalmente, respecto al tercer punto de la solicitud probatoria deprecada la defensa, se resalta el hecho de que la señora ANGÉLICA MARÍA, estando dentro de la institución educativa a la cual asiste su hija, haya buscado la presencia del rector de dicho colegio, el señor E. H. , al considerarlo una persona idónea para acompañarlas en el desarrollo de la multicitada conversación ante la eventualidad de que no se le diera crédito a ella atendiendo al interés que puede tener en la decisión de fondo que se tome en este trámite.

Considera esta Sala entonces que le asiste razón a la recurrente al indicar que el testimonio del señor E. H. resulta procedente en atención a la prueba sobreviniente que se ha presentado en este evento, pues este ciudadano, quien además es

psicólogo de profesión<sup>9</sup>, fue testigo de la comunicación sostenida entre la señora A. M. O. C. y su hija, la menor M.B.O., y de la información que suministró la niña en esa ocasión, misma que como ya quedó demostrado, no fue obtenida de manera ilegal o ilícita como para deprecar el rechazo o inadmisión de dicha prueba.

En conclusión, el testimonio de la menor M.B.O. y del psicólogo E. H. , quien adicionalmente es el rector del colegio donde estudia actualmente la presunta víctima, además de las grabaciones contentivas de la conversación sostenida por la niña y su ascendiente resultan procedentes en aplicación del inciso cuarto del artículo 344 de la Ley 906 de 2004, pues efectivamente se trata de unas pruebas sobrevinientes producidas de manera legal y lícita, razón por la cual se revocará la decisión del a quo y se decretará la solicitud realizada por la defensa, en sede de juicio oral y público, en lo referente a la prueba documental referida y a los testigos, y en relación únicamente con lo acontecido en la institución educativa en la oportunidad en que se entrevistó la menor y su ascendiente.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, en Sala de Decisión Penal,

## **RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** la providencia de naturaleza y origen conocidos en cuanto inadmitió la introducción de la prueba sobreviniente elevada por la defensa, y en su lugar **SE ADMITEN**

---

<sup>9</sup> Sesión de juicio oral llevada a cabo el 11 de noviembre de 2016. Información suministrada por la deponente ANGÉLICA MARÍA OSPINA CARDONA en el minuto 58:19 del registro J01PCTO 2014-04384 JO LUIS FERNANDO VELEZ RODRIGUEZ. ART 209, 211.2mp3.

las grabaciones de la conversación sostenida entre la presunta víctima y su señora madre, y los testimonios del psicólogo E. H. y de la menor M.B.O., resaltándose que dichas testificaciones se deben evacuar con las restricciones temáticas referidas en el cuerpo de esta providencia.

**SEGUNDO:** Contra esta decisión no proceden recursos.

## **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**RICARDO DE LA PAVA MARULANDA**

Magistrado

**RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ**

Magistrado

**JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ**

Magistrado