



SALA DE DECISIÓN PENAL

APROBADO ACTA 272
(Sesión del 31 de octubre de 2024)

Radicado:	05001-60-00206-2020-14601
Procesado:	Pedro Alberto Restrepo Retrepo
Delito:	Actos sexuales con menor de 14 años Agravado
Asunto:	Defensa recurre decisión que negó práctica de prueba de refutación
Decisión:	Confirma
M. Ponente:	José Ignacio Sánchez Calle

Medellín, 6 de noviembre de 2024
(Fecha de lectura)

1. OBJETO DE DECISIÓN.

Resuelve la Sala el recurso de apelación que interpuso la defensa de Pedro Alberto Restrepo Restrepo, contra la decisión de la Juez Sexta Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Medellín, por medio de la cual en la audiencia de juicio oral negó la práctica de una prueba que se había solicitado en preparatoria como de refutación.

2. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE.

2.1. El 25 de marzo de 2022, ante el Juez Veintisiete Penal Municipal de Medellín, se realizaron las audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento.

2.2. El 7 de julio de 2022, el Juzgado Sexto Penal del Circuito adelantó audiencia por medio de la cual la Fiscalía General de la Nación formuló acusación en contra de Pedro Alberto Restrepo Restrepo por un concurso

homogéneo y sucesivo del delito de Actos sexuales con menor de 14 años Agravado, conforme a los artículos 209 y 211 numeral 2° del Código Penal.

2.3. El 26 de octubre de 2022 se instaló la audiencia preparatoria, misma que se prorrogó hasta el 1° de agosto de 2023, culminando con el decreto de todas y cada una de las pruebas deprecadas por las partes.

2.4. El juicio oral fue instalado el 15 de septiembre de 2023; se ha desarrollado en sesiones llevadas a cabo el 22 y 24 de enero, 17 de abril, 14 de mayo, 1° y 2 de octubre del año en curso, fecha esta última en la que se presentó el debate objeto de análisis.

2.5. Estando ya en la práctica de las pruebas de la defensa, el abogado llamó a estrados a la psicóloga Yuli Marcela Barreto. Sin embargo, previo a recibir su testimonio la delegada de la Fiscalía solicitó el uso de la palabra para acotar que, si bien en la audiencia de preparatoria se pidieron unas pruebas por parte de la Fiscalía, en punto del juicio oral hubo unas que no se practicaron en razón a valoraciones que la fiscal realizó en el momento procesal y a la manera como se fue dando el juicio.

Adujo que respecto de la pertinencia con la que fue solicitado el testimonio de la doctora de Yuli Marcela Barreto por parte del defensor, este indicó que venía a ser una prueba de refutación de la entrevista forense, de cómo se estructuró la entrevista al menor, los patrones y procedimientos de la entrevista forense, que hablaría de entrevistas colaterales, del comportamiento del menor al momento de declarar, de su coherencia en lo que tiene que ver con circunstancias de tiempo, modo y lugar y demás. Sin embargo, resalta que en el juicio oral, la entrevista forense no se incorporó por parte de la Fiscalía porque efectivamente hubo un menor –la víctima- que declaró con claridad en juicio y, bajo el entendido que la entrevista forense es una prueba de referencia que solamente se utiliza –y así se plantea en preparatoria- para su incorporación si se da una de las causales del artículo 438, especialmente la del literal E, lo cual en este caso no se presentó; en ese orden de ideas, como las pruebas se practican en la audiencia de juicio oral, en este caso no se llamó a juicio a la investigadora que realizó la entrevista forense, Joanna Arredondo

pues la Fiscalía consideró que no era necesario escucharla en razón a que ya se había escuchado el menor.

Entonces, conforme a lo señalado por el abogado en la audiencia preparatoria, si lo que pretende es hacer una refutación de esa entrevista pues es claro que la entrevista no se conoció en el juicio, ni tampoco la versión de la investigadora, entonces la doctora Yuli Marcela Barreto vendría a hablar de situaciones que la Judicatura no conoció ni por la boca del testigo la Fiscalía, ni por la proyección de la entrevista realizada al menor, de lo cual concluye la Fiscal que, como no hay una prueba que se haya practicado en audiencia de juicio oral que merezca una refutación por parte de la psicóloga Yuli Marcela Barreto, considera que es necesario que la Juez valore esa situación a efectos de determinar la necesidad de la práctica de ese testimonio.

2.5.1. La Representante de la víctima respecto de esta testigo, verificó la pertinencia aducida por el defensor en la audiencia preparatoria, misma que se circunscribió únicamente a la refutación de la entrevista de la perito forense de la Fiscalía, incluso él en preparatoria manifestó en su pertinencia que se realizaron entrevistas colaterales por parte de la perito, aunque este aspecto no lo desarrolló claramente ya que solamente mencionó las entrevistas colaterales, empero toda la pertinencia de esa solicitud probatoria estuvo dirigida a la entrevista forense rendida por el menor.

Incluso el abogado hace referencia a que es una entrevista de la cual dio traslado la Fiscalía, entonces, en ese sentido, la prueba de refutación que se pretende practicar por parte de la defensa, dada su naturaleza, pierde la posibilidad de ser practicada pues no hay prueba para refutar, es decir, el niño vino a declarar en juicio y esa declaración ni siquiera fue objeto del informe base de opinión pericial. Respecto de la base de opinión pericial, según la pertinencia, y así fue decretado, fue únicamente con base en las entrevistas, entonces en ese sentido, solicita que no se permita la práctica de esta prueba.

2.5.2. La defensa arguye que la Representación de víctimas no sabe la profundidad de las palabras que dice cuando solicita que no se practique esta prueba. El derecho de defensa parte desde el punto de vista del artículo 8º y

siempre en el sistema penal acusatorio, las personas pueden refutar en mayor o en menor medida y de cualquier modo, siempre y cuando no viole la Constitución y la ley.

Es claro que en la audiencia preparatoria se debe exponer la pertinencia y sustentar allí por qué se debe decretar una prueba y por qué se debe escuchar a un testigo. Resalta que él en la preparatoria dijo que se hicieron entrevistas colaterales dentro del informe o dentro de la base de opinión pericial, y refirió que se iba a dar el tema de la base de opinión pericial, siendo tanto el desconocimiento que es claro que ninguna de las partes ha leído la base de opinión pericial.

Arguye que la única forma de saber si la prueba es pertinente o no, es cuando se practique y él, siendo muy leal con las partes, afirma desde ya que sus preguntas no van dirigidas directamente a las entrevistas colaterales. Entonces, no han escuchado siquiera sus preguntas y se están adelantando, a pesar de que para eso existen las objeciones, si la fiscal y la representante consideran que eso ya se resolvió y que eso ya fue tema u objeto de estipulación probatoria, pues la objetan, pero no es decir que no se practique la prueba pericial, cuando el testimonio de la doctora Marcela Barreto no solamente va encaminado a refutar la entrevista forense, sino también a establecer el perfil psicológico del procesado, y es por eso que es necesario que se lean toda la base de opinión pericial.

Aclara que cuando él hizo la solicitud de esa prueba se refirió de manera amplia a que, si la Fiscalía tiene la posibilidad de traer peritos para demostrar un hecho, la defensa también trae peritos para demostrar que ese hecho no ha sucedido y que el procesado no tiene ese impulso criminal, porque es una de las formas de refutar lo que la Fiscalía está diciendo, no solamente se refuta la base de las entrevistas, sino que para ello también sirve el perfil psicológico del procesado. Entonces advierte que la mayoría de las preguntas van dirigidas a eso, ni siquiera a las entrevistas o a la forma en cómo interrogaron al menor pues ya eso fue objeto de estipulación.

2.6. Decisión que se revisa. La Juez de primera instancia acotó que cuando en la audiencia preparatoria al defensor se le dio el traslado para sustentar su solicitud probatoria, manifestó que como prueba pericial llamaría la doctora Yuli Marcela Barreto con su respectivo informe pericial, y en cuanto a la pertinencia de ésta indicó en que iría a refutar la entrevista forense, los procedimientos que se deben llevar, también en efecto afirmó que la defensa puede desacreditar un perito, que la doctora iría a declarar sobre el comportamiento del menor en la entrevista, para hacer más o menos creíble la tesis de la Fiscalía, sobre todo si esa entrevista se ajustó a los protocolos.

Sin embargo, resaltó la *a quo* que, a lo mejor hubo una confusión por parte del defensor pues él nunca manifestó que Yuli Marcela Barreto se referiría a un posible perfil psicológico del acusado o cualquier tipo de comportamiento por parte de éste, al contrario, lo que dijo es que ella se referiría a la entrevista practicada a la menor.

Entonces eso fue lo que sucedió en la audiencia preparatoria y dado que la Fiscalía había solicitado a Joanna Arredondo como investigadora que realizó la entrevista forense y que se iba a pronunciar al respecto, por ello se habilitó la posibilidad de que viniera esta profesional de la defensa, sin embargo, para el día de hoy en el devenir del juicio en el que no se usaron esas entrevistas y no se pusieron de presente a la Judicatura, que no las conoce, no se permitirá la práctica de este testimonio.

2.6.1. Empero la *a quo* le propuso al defensor reproducir la parte de la audiencia preparatoria en la que él expuso la pertinencia de esta prueba. A lo cual el abogado le insistió en que dentro de la argumentación previamente esbozada manifestó que la testigo hizo en ese informe de opinión pericial, unas entrevistas colaterales y va a venir a decir cuáles fueron las conclusiones a las que llegó en ese informe de base de opinión pericial, que esas son las entrevistas colaterales que ella hizo para el tema del perfil psicológico del procesado.

Se reprodujo en juicio la parte de la audiencia preparatoria en la que se realizó la solicitud de esta testigo, concluyendo la Juez que todas las partes pudieron verificar que efectivamente no se hizo una solicitud distinta a que Yuli Marcela

Barreto estaba encaminada a refutar los protocolos usados para la entrevista forense del menor.

2.6.1.1. Inconforme, el defensor insistió en que, si se analiza la primera parte, él habló de los patrones y los comportamientos, que de pronto le faltó decir claramente que esos patrones y comportamientos eran sobre el procesado. Y ya después en la segunda parte dijo que son las entrevistas colaterales que ella hizo dentro de su informe de base de opinión pericial, para las conclusiones a las que llega frente al perfil psicológico del procesado, que están allí dentro de la base de opinión pericial y que de ese informe se le corrió traslado a las partes. Que por eso él decía que no iba a hablar de lo que ya se había tocado, pero el informe de opinión pericial tiene dos partes, una que tiene que ver con el perfil psicológico directamente del procesado, y el otro frente a las entrevistas o refutación.

2.6.1.1.1. Ante esto la Juez de primera instancia sentenció que resultaba inane esta discusión, reiteró su decisión de no permitir la práctica de este testimonio en virtud a que la solicitud probatoria realizada por la defensa respecto de la pertinencia para la que se elevó esta testigo en la audiencia preparatoria, se circunscribía a requerir o tener en cuenta esos procedimientos y protocolos que utilizó la forense de la Fiscalía en la entrevista que realizó al menor y la técnica que se usó.

En esa medida se decretó la prueba por parte del Despacho, porque para ese entonces era viable y, lo que se podía reconstruir a futuro, era que se ingresaría a juicio oral el testimonio de Joanna Arredondo como entrevistadora de la Fiscalía; entonces, sí esa entrevistadora se iba a pronunciar sobre la entrevista, se le tenía que permitir a la defensa que pudiera controvertirla, para menguar la tesis de la Fiscalía o el valor probatorio que le fuese asignado. Pero como la prueba no fue incorporada en razón a que la Fiscalía la consideró innecesaria debido a la presencia del menor en juicio, itera, no se hace necesario entonces que acuda Yuli Marcela Barreto, pues el tema de prueba sobre el cual se iba a pronunciar ella, o aquellos aspectos que permitirían el ingreso de su declaración, no fueron incorporados al juicio oral.

Por último indica que incluso sería una prueba que, en vez de utilidad, reportaría más confusión y desbordaría la pertinencia para la cual fue decretada; aunado a que, conforme a lo dicho ahora por el defensor, ello supondría un sorprendimiento para la Fiscalía y la representación de la víctima el pretender que se haga alusión a un posible perfil psicológico del acusado, del cual nunca se habló en la preparatoria.

2.7. Recurso de alzada. Inconforme con la negativa en que se le permita la práctica de este testimonio, el defensor apela haciendo alusión a que el derecho de defensa se enmarca a partir del artículo 29 Constitucional, el cual garantiza a las personas que puedan defenderse en franca lid, a partir de allí, el legislador ha optado por el artículo 8º literales J y K, que establecen que la defensa puede en tener libertad probatoria, conforme al artículo 373 del Código de Procedimiento Penal, siempre y cuando no se viole la Constitución, la ley y los tratados internacionales.

Señala que el artículo 375 *ibídem* habla de la pertinencia y recuerda que una prueba es pertinente porque guarda relación con los hechos, porque va a demostrar algún aspecto, hacer más o menos creíble que la tesis de alguna de las partes. Entonces, la Juez de primera instancia dice que no se puede practicar este testimonio por falta de pertinencia, pero él se pregunta ¿qué más pertinencia que la prueba pericial frente al perfil psicológico?

Ahora, dice la *a quo* que hay un sorprendimiento a la fiscal y a la representante de víctimas, con lo cual discrepa porque insiste en que él le corrió traslado a la Fiscalía de la base de opinión pericial en la que se observan las entrevistas colaterales que llegan a las conclusiones de la doctora Yuli Marcela Barreto para demostrar algunos apartes sobre el perfil psicológico del acusado y acreditar que él no tiene esos impulsos criminales.

Si bien en la preparatoria expuso la pertinencia de esa prueba de una manera amplia, sí hizo alusión a los patrones y comportamientos, y si bien no especificó de manera directa sobre qué patrones y comportamientos hacía alusión, es claro que se trataban del procesado. También hizo alusión a las entrevistas, a lo que venía a declarar la psicóloga, iterando que, frente al perfil

psicológico y frente a la base de opinión pericial, que fue descubierta con mucha anterioridad, el Código de Procedimiento Penal establece que son 5 días antes de que se practique la prueba pericial en juicio, y en este caso la fiscal tuvo todas las posibilidades de verificarlo.

Solamente no se dijo de manera explícita y concreta que esta testigo hablaría del perfil psicológico del acusado, de su comportamiento y de todo lo que tiene que ver con sus patrones de conducta, sin embargo, con ello la *a quo* afirma que no se reúnen las causales por las cuales dice que no se debe practicar esa prueba, lo cual violenta y atropella flagrantemente el derecho de defensa, por lo que solicita se le permita la práctica de esta prueba.

2.7.1. La representante de víctimas como sujeto procesal no recurrente se opuso a la solicitud del abogado en tanto este, para sustentar el recurso de alzada, afirma que al haber dado traslado de la base de opinión pericial con suficiente tiempo a la Fiscalía -que valga aclarar, a ella como Representante no le dio traslado-, subsana de alguna manera la falencia que tuvo al momento de solicitar esta prueba y especialmente de aducir la pertinencia de la misma.

Según se escucha de los audios, el defensor inicia sustentando la pertinencia de la prueba que está solicitando con que se trata de una prueba de refutación de la entrevista forense practicada a la víctima menor de edad y, de ahí en adelante, desarrolla la pertinencia partiendo de esa base, de que se trata de todo lo que fue la entrevista, que la psicóloga Marcela Barreto va a refutar toda la entrevista, cómo se estructuró y, hablando de la entrevista, continúa con patrones y procedimientos, pero es claro y no hay lugar a ninguna confusión, que cuando él habla de patrones y conductas se refiere es a la entrevista forense practicada al niño y que efectivamente era la que él pretendía refutar con la práctica de la perito que se hizo presente en esta audiencia.

Continúa relatando la representante que, posteriormente, el defensor en su pertinencia habla de que ella había realizado unas entrevistas colaterales, y es importante aclarar que en ningún momento se dijo que esa testigo vendría a hablar de esas entrevistas, sino que esas entrevistas le servían de apoyo para el peritaje y valoración que realizó en su momento. Pero precisamente

cuando se habla de esas entrevistas colaterales, el defensor manifiesta que traerá las conclusiones a las que se llegó luego de realizar estas entrevistas colaterales con respecto al comportamiento del menor en la declaración y, a renglón seguido, especifica que se trata de la declaración rendida en la entrevista porque es de la que le dio traslado la Fiscalía en su momento.

Entonces, de la petición probatoria no hay lugar a confusión, no hay lugar a creer, como lo pretende hacer creer el defensor, que debido a una omisión de una palabra se malinterpretó su solicitud probatoria y la aducción de la pertinencia de su prueba, que precisamente aquí es donde ella como Representante de la víctima hace énfasis, pues la preparatoria está establecida con la finalidad de dejar claras las reglas del juego; se está preparando lo que va a ser la práctica de pruebas, lo que va a ser el juicio oral, por eso es que las partes que solicitan las pruebas tienen que aducir la pertinencia, porque precisamente con base en ella cada parte solicita lo que necesita practicar.

Arguye que no puede venir el defensor a pretender, tal y como lo manifiesta en su alegato de sustentación del recurso, que como la defensa tiene libertad probatoria para de alguna manera, refutar la teoría del caso de la Fiscalía, entonces se le puede permitir que se salga de las reglas, que no solamente son formalidades, sino que tienen como finalidad el no sorprendimiento de las partes o, por lo menos en este caso, de la Fiscalía.

La necesidad de que al momento de solicitar la prueba se aduzca una pertinencia, es precisamente para que el objeto o el tema de la prueba que se va a practicar, se circunscriba a esa situación, en ese sentido la defensa fue clara en su pertinencia y ahora pretende al momento de la práctica de esa prueba, incorporar nuevos temas como son el comportamiento, perfil o la tendencia o no del acusado a cometer este tipo de delitos; situación que no fue manifestada en la pertinencia, y si bien es cierto la defensa tiene unas garantías y unos derechos fundamentales, las demás partes también tienen derecho a esas garantías, a tener las reglas claras con respecto a los temas que se van a tratar en el debate probatorio y esos temas quedaron claros en

la solicitud y, consecuente a ello fue que la Juez decretó la prueba. Solicita a la segunda instancia confirme la decisión tomada por la primera.

2.7.2. La delegada de la Fiscalía como sujeto procesal no recurrente

solicitó se confirme la decisión que en derecho tomó la Juez de primera instancia pues efectivamente, escuchados los audios, la pertinencia expuesta por el defensor para la testigo Yuli Marcela Barreto en su calidad psicóloga, se orientó a una prueba de refutación que tendría que ver con la entrevista forense realizada a la postulada víctima en este caso. En cuanto a los protocolos, lo que se entiende de lo dicho por el defensor en ese momento cuando habló de patrones de comportamiento, era que se trataba del menor en la entrevista forense, dijo que con esta testigo iba a refutar lo que habló del menor, del protocolo utilizado y demás situaciones que se dieron en la entrevista forense realizada a la víctima.

Cuando el defensor indica ahora que los patrones de comportamiento son del procesado, por cuanto en el traslado de la base de opinión pericial también hay una evaluación del procesado, considera la fiscal que efectivamente, pese a tener la base de opinión pericial con el tiempo que el abogado indica, el tema del procesado no fue objeto de exposición como pertinencia en la audiencia preparatoria respecto de este testimonio, por lo que sí resulta ser un sorprendimiento en este momento porque así se tenga la base de opinión pericial, ello no significa que todo lo que hay en la misma es aquello de lo que se dio pertinencia en la audiencia preparatoria y en este caso solo se habló de la entrevista forense de la postulada víctima.

Esa entrevista forense no se incorporó porque es una prueba de referencia y así se dijo en preparatoria, que solo si había circunstancias en el desarrollo del juicio oral que requirieran la incorporación de esa prueba, se llamaría a la perito forense, pero como en este caso el menor declaró, no fue necesaria la incorporación de esa prueba. La decisión que ha tomado la *a quo* es correcta en cuanto a que la pertinencia se debió solo a la entrevista forense.

Ahora, el argumento novedoso del defensor de que esta testigo también hablaría de que el acusado no es proclive a este tipo de delitos, resalta la fiscal

que ya han sido varias las decisiones tanto de la Corte Suprema de Justicia como del Tribunal Superior de Medellín que hacen alusión a que esos perfiles psicológicos que se hacen en específico, no ayudan, porque se trata de un derecho penal de acto, no de autor, y eso sería venir a dar cuenta de una personalidad del procesado, y de hecho, en los hechos jurídicamente relevantes no se habla de que haya sido un abusador en serie o un pedófilo como tal.

4. CONSIDERACIONES DE LA SALA

4.1 COMPETENCIA.

Según lo dispone el numeral primero del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, esta Sala es competente para resolver el asunto¹.

4.2. PROBLEMA JURÍDICO.

La Sala determinará si se cumplen los requisitos procesales para decretar la prueba que la defensa solicitó como de refutación en la audiencia preparatoria.

4.2.1. VALORACIÓN Y SOLUCIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO.

Como cuestión previa, resulta imperioso que esta Sala proceda al análisis de la facultad de las partes para solicitar la inadmisión de una prueba al interior del juicio oral, así como lo atinente a la oportunidad procesal en la que las mismas deben ser resueltas.

Al respecto, es necesario recordar que ha sido criterio constante de la Corte Suprema de Justicia el advertir que, en principio, es procedente que las partes realicen solicitudes de inadmisión, exclusión y rechazo de pruebas al interior del juicio oral, pues a pesar de que el escenario natural para llevar a cabo tales peticiones lo es la audiencia preparatoria, es el juicio el espacio en el que se

¹ "Artículo 34. De los tribunales superiores de distrito. Las salas penales de los tribunales superiores de distrito judicial conocen: 1. De los recursos de apelación contra los autos y sentencias que en primera instancia profieran los jueces del circuito y de las sentencias proferidas por los municipales del mismo distrito."

construye la prueba, dándola a conocer al Juez y a las partes en su totalidad; es por ello que, de existir controversias que no pudieron ser debatidas en la audiencia preparatoria –quizás porque la naturaleza misma de la prueba sólo permite que información novedosa sea develada al interior de la vista pública-, surge para la parte interesada la oportunidad de solicitar su inadmisión, exclusión o rechazo, siempre que no cumpla con los presupuestos legalmente previstos para ser practicada.

A pesar de lo anterior, la esencia propia del Sistema Penal Acusatorio que rige nuestro ordenamiento jurídico, impide que la facultad de las partes para efectuar las solicitudes de exclusión de pruebas al interior del juicio sea ilimitada, pues ello sería tanto como admitir que existe otra oportunidad procesal para que se efectúen tales peticiones, desnaturalizando no solo el juicio oral sino la misma audiencia preparatoria la cual tiene por objeto que las pruebas a practicarse queden perfectamente delimitadas, de suerte que al momento de llevarse a cabo el juicio, esté superada cualquier discusión en torno a si es factible o no su práctica².

En tal sentido, la limitación para hacer solicitudes de inadmisión, rechazo y exclusión de pruebas se encuentra supeditada a que las mismas se refieran a circunstancias que no pudieron ser debatidas en la audiencia preparatoria, bien porque se trató de una prueba no decretada por el Juez, es decir, desconocida por las partes, o porque los aspectos propios que la constituyen en ilícita o ilegal, únicamente pudieron ser conocidos en juicio al momento de su práctica, lo que implica no solo que las solicitudes de exclusión en etapa de juicio oral sean excepcionales, sino que los temas referentes al juicio de conducencia, pertinencia y utilidad de la prueba, quedan proscritos de ser objeto de debate en dicha etapa, salvo que se trate de prueba sobreviniente.

Aclarado lo anterior, lo procedente es verificar entonces si la solicitud de inadmisión efectuada en este caso por la fiscal y la representante de la víctima resulta procedente, tal y como lo determinó la *a quo*. Sobre este punto, ha enseñado la Corte Suprema de Justicia en diversos pronunciamientos que, siempre que la decisión del Juez no implique la negativa a practicar o introducir

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal AP43481, del 8 de mayo de 2014.

alguna prueba, las solicitudes de exclusión deberán ser decididas por el Juez al momento de la respectiva sentencia, esto con el objeto de propender porque el juicio se efectúe de manera ágil y célere, sin permitir controversias tan extensas, como las planteadas en este asunto, cada vez que se intente introducir y/o practicar alguna prueba. De vieja data ha dicho la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia:

“Siendo además obligatorio puntualizar a ese mismo respecto que una vez iniciado el juicio oral las controversias relacionadas con la legalidad de los medios de prueba practicados o las evidencias allegadas por cada una de las partes, o en general con la eficacia de los elementos de conocimiento, se resuelven al momento de adoptar el fallo, de una parte, con el fin de evitar que el juzgador anticipe valoraciones que afecten su imparcialidad, y de otra porque solamente cuando ha concluido el enfrentamiento probatorio con todos su matices, y se ha escuchado la pretensión de los contendientes fundada en los resultados extraídos desde la particular postura representada, el juez cuenta con la visión universal, de conjunto, que le permitirá adoptar la decisión final que en derecho corresponda”.³

Tal postura fue reiterada por la Alta Corporación, en el año 2015, al momento de resolver una demanda de casación en la que se solicitaba excluir del análisis probatorio algunas pruebas consideradas ilícitas, evento en que la Corte estimó que el análisis en dicha etapa procesal, resultaba procedente, al respecto se dijo:

*“Sea lo primero señalar que, **si bien el escenario ordinario legalmente previsto para reclamar la exclusión, rechazo e inadmisión** de los medios de prueba es la audiencia preparatoria, tal como se consigna en el artículo 359 de la Ley 906 de 2004, **esta Sala ha admitido la posibilidad de elevar una pretensión de tal naturaleza con posterioridad, concretamente, en el curso del juicio, caso en el cual la solicitud se resuelve «al momento de adoptar el fallo».***

Y debe ser así, pues es posible que, en trámite de la vista pública, esto es, en el decurso de la práctica de la prueba, se conozca a través de un testigo información que se ignoraba en momentos procesales previos, concretamente, en la audiencia preparatoria, en razón de la cual las partes e intervinientes pueden considerar la ilegalidad de un determinado medio de conocimiento.

Sólo entonces, luego de conocido el contenido de la prueba, de practicada ésta, lo cual ocurre en el juicio, es posible establecer con plenitud si en el proceso de recolección y producción de la misma fueron respetados los procedimientos legales y los derechos y garantías de las partes, por ende, si la misma está afectada por algún vicio de ilegalidad o ilicitud que pueda determinar su exclusión”.⁴

³ CSJ AP, 30 de noviembre de 2011, Radicado 37298.

⁴ CSJ, SP7591-2015, Radicado 44710.

Al tenor de tales señalamientos jurisprudenciales, tenemos que en este caso una vez se disponía la práctica de pruebas de la Defensa, tras una solicitud de negar la práctica de un testimonio, incoada por la Fiscalía y coadyuvada por la representante de la víctima, la Juez de primera instancia dio traslado al abogado defensor para que se pronunciara sobre lo solicitado y posteriormente accedió a dicha negativa, por lo que la discusión sobre la inadmisibilidad de esa prueba ya se dio en juicio, frenando con ello el correcto desarrollo del mismo pues el defensor, inconforme con ello apeló lo decidido y esa apelación fue concedida en el efecto suspensivo. Es decir, se trató de una decisión de negar la practicar de prueba, misma que habilita el trámite conforme fue adelantado y, de paso, un pronunciamiento de fondo por parte de esta Sala.

Así pues, verificada la audiencia preparatoria, respecto de la pertinencia para la cual fue solicitado el testimonio de la psicóloga Yuli Marcela Barreto se establece que el abogado defensor la deprecó como una prueba de refutación del testimonio de la perito forense del CTI de la Fiscalía, Joanna Arredondo, quien realizó la entrevista al menor víctima. Concretamente, a partir del minuto 32:36 de la audiencia llevada a cabo el 1° de agosto de 2023, literalmente se dijo por parte del abogado defensor:

“Frente a la prueba pericial, la doctora Yuli Marcela Barreto pues claro que es pertinente y es más que obvio porque es un testigo de refutación, que va a refutar en gran parte o en mayor medida todo lo que fue la entrevista y la forma en cómo se estructuró la entrevista forense al menor, de si son los protocolos o no son los protocolos, sobre los patrones a llevar a cabo, sobre los procedimientos que se deben de utilizar en Colombia frente a las entrevistas forenses. Es más que obvio que, de acuerdo a ese artículo 8° pues que la Fiscalía tiene la posibilidad de tener psicólogos o peritos, pues la defensa puede desacreditar dichos peritos a través de otro perito, con igual o mejor calificación académica en cuanto al tema en la materia. Entonces, ella va a venir hablar de los pormenores, de las entrevistas que hizo colaterales y de las conclusiones a las que llegó en su informe de refutación pericial y sobre el comportamiento del menor a la hora de declarar. Recordemos pues que la Fiscalía me corrió traslado pues de la entrevista en medios audiovisuales y ella tuvo la posibilidad de examinar el comportamiento del menor a la hora de declarar, la coherencia de tiempo, modo y lugar, cómo se ubica en el tiempo, para hacer mucho más creíble o menos creíble la tesis de la Fiscalía.”

En tal sentido fue decretada esa prueba por la primera instancia, como de refutación de la perito y la entrevista forense realizada por ésta al menor, misma que no fue practicada por la Fiscalía por cuanto el menor fue escuchado en juicio y, en consecuencia, la entrevista se tornaba innecesaria y, por ende, la delegada de la Fiscalía desistió de ella y de la psicóloga como testigo.

Luego entonces, si la prueba de refutación tiene como fin restar credibilidad a la evidencia de la contraparte –independiente del medio en que se presente, sea documento, testimonio o peritazgo-, es claro que ello sólo se logra cuando se expone ante la audiencia el contenido de la prueba a refutar, momento en el cual surge la necesidad de resaltar las falacias de la misma. Empero en este caso el defensor, una vez advertida en juicio la situación por virtud de la cual no había prueba a refutar, presentó nuevos argumentos para sustentar la necesidad de la práctica de esa prueba, como que además de refutar la entrevista del menor, la testigo había realizado un perfil psicológico del acusado el cual era pertinente en tanto se refería a los patrones y comportamientos de Pedro Alberto Restrepo Restrepo y además acreditaba que no era proclive a cometer conductas como por las que fue acusado en este caso.

Conforme a lo referido en precedencia, advierte esta Sala que la petición del abogado defensor es absolutamente improcedente pues, además de haber sido sumamente confusa, es claro que en curso del juicio pretendió subsanar la omisión por él cometida para cuando realizó su solicitud de esta prueba. Ciertamente sustentó la pertinencia de esta prueba en la necesidad de refutar lo que iría a decir en juicio la entrevistadora forense de la Fiscalía, es decir demeritar los dichos de la perito Johanna Arredondo; empero, sin haberse practicado la misma, no habría entrevista forense qué refutar.

La prueba de refutación como prueba que es está sometida al cumplimiento de requisitos de pertinencia y admisibilidad en los términos del inciso segundo del artículo 357 del Código Procesal Penal⁵, aduciéndose en este caso que

⁵ Artículo 357. Solicitudes probatorias. Durante la audiencia el juez dará la palabra a la Fiscalía y luego a la defensa para que soliciten las pruebas que requieran para sustentar su pretensión.
El juez decretará la práctica de las pruebas solicitadas cuando ellas se refieran a los hechos de la acusación que requieran prueba, de acuerdo con las reglas de pertinencia y admisibilidad previstas en este código.
Las partes pueden probar sus pretensiones a través de los medios lícitos que libremente decidan para que sean debidamente aducidos al proceso. (Negrillas de la Sala de Decisión)

esta testigo acudiría a juicio a restarle credibilidad a la perito de la Fiscalía y a los protocolos utilizados por ésta en la entrevista forense realizada al menor víctima. Sin embargo, como se dijo en precedencia, la prueba de refutación busca atacar la credibilidad de la prueba de la contraparte por lo que, dado su carácter excepcional, gravita en torno a un punto específico respecto del cual la parte que la solicita debe poseer evidencia clara y cierta para dejar sentado en juicio las falacias de la prueba que ataca.

Pese a lo anterior, en este caso la defensa, más que refutar la evidencia de la Fiscalía, pretende en juicio, como algo novedoso, aludir a patrones y comportamientos no del menor sino del acusado, así como a su posible perfil criminal y proclividad a la comisión de conductas como la del objeto de juzgamiento, es decir, el abogado defensor pretende con una declaración que no solicitó adecuada ni oportunamente, revivir la facultad de sustentar su solicitud probatoria haciendo alusión a una pertinencia que no viene al caso, falencia que trató de recomponer cuando sustentó el recurso de alzada, momento en el cual de nada sirve esa explicación. El principio de preclusión de las etapas procesales impide que el sujeto procesal ejerza derechos y facultades por fuera del momento previsto para ello y debemos recordar que es en la audiencia preparatoria del juicio en la que se deben solicitar las pruebas pues el objetivo es preparar, organizar, encarrilar al discusión conforme a las pruebas decretadas con la pertinencia previamente establecida, por lo que resulta exótico, pretender darle otra pertinencia a la prueba.

No está de más acotar que la nueva pertinencia argumentada por el defensor respecto de esta prueba, como lo advierte la Fiscalía en su calidad de sujeto procesal no recurrente también hubiese impuesto –de haberse solicitado adecuadamente-, su inadmisión pues, en ese sentido, esta prueba no guarda relación con los hechos jurídicamente relevantes y no incide en la tipicidad de las conductas imputadas pues un análisis del comportamiento del acusado a fin de establecer en él la existencia o no de tendencias sexuales hacia infantes, rasgos de pederastia o cualquier signo psicológico, deviene a todas luces impertinente en tanto ello no guarda relación directa o indirecta con el tema de prueba, más aún cuando nuestro derecho penal es de acto y no de autor.

Por último es importante para esta Sala llamar la atención de la Juez de primera instancia pues es imprescindible que sea ella quien ejerza una adecuada dirección de la audiencia; observamos que una vez tomó la decisión de negar la práctica de la prueba objeto de discusión, le propuso al defensor reproducir el aparte de la audiencia preparatoria en la que él realizó su solicitud y, aunque es claro que lo hizo para ahondar en garantías, dejó abierto el debate de una decisión ya tomada pues, tras ello, el abogado continuó insistiendo en su punto y adicionando argumentos, hasta que la *a quo* se vio en la necesidad de frenarlo insistiendo en que ella ya había tomado una decisión.

En conclusión, como el testimonio que solicitó el abogado defensor, por la dinámica del juicio, en sentido estricto ya no puede ser prueba de refutación, amén de que la defensa no cumplió la carga de exponer la pertinencia de la misma, se confirmará la decisión por la cual la *a quo* negó la declaración de la psicóloga Yuli Marcera Barreto.

Con fundamento en lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** la decisión por la cual la Juez Sexta Penal del Circuito de Medellín, negó en juicio la práctica de un testimonio solicitado por la defensa en audiencia preparatoria como “*testigo de refutación*”.

Esta providencia se notifica en estrados y contra ella no procede ningún recurso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE

NELSON SARAY BOTERO

(En permiso concedido por la Presidencia del TSM)
HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA

Firmado Por:

Jose Ignacio Sanchez Calle
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 014 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Nelson Saray Botero
Magistrado
Sala Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **c9ddfb6dfd279ccbf7b835892f1bbacd796df3327ed09d67095934ac88f9cfff**

Documento generado en 31/10/2024 02:03:38 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>