



TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

Sala Penal

Medellín, ocho (8) de marzo de dos mil veintidós (2022).

Radicado: 050016000207201802130
Procesado: Jairo Antonio Álvarez Ortiz
Delito: Actos sexuales con menor de 14 años agravado
Asunto: Niega prueba de referencia
Interlocutorio: No. 04 - Aprobado por acta No. 19 de la fecha.
Decisión: Revoca el auto revisado
Lectura: Jueves, 17 de marzo de 2022

Magistrado Ponente

Dr. LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

1. ASUNTO A DECIDIR

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación presentado por la Fiscalía contra el auto dictado por el Juez Sexto Penal del Circuito de Medellín el pasado 24 de enero, mediante el cual negó la admisión de prueba de referencia sobreviniente que fue solicitada por el ente acusador en desarrollo del juicio oral que se sigue en contra del señor **Jairo Antonio Álvarez Ortiz** quien

fuera acusado como autor del delito de acto sexual abusivo con menor de 14 años, agravado.

2. ACONTECER FÁCTICO Y PROCESAL

Entre el mes de octubre y noviembre del año 2018, en la residencia ubicada en la calle 30 No. 100B – 28, apartamento 205 del barrio Santo Domingo de la ciudad de Medellín, **Jairo Antonio Álvarez Ortiz** realizó tocamientos libidinosos a su nieta V.R.R., quien para ese entonces tenía 4 años de edad, consistentes en tocarle la vagina por debajo de la ropa. Esta situación se presentó en una oportunidad.

Con base en estos hechos, el día 5 de febrero de 2020 ante el Juzgado Noveno Penal Municipal con funciones de Control de Garantías de Medellín, se le formuló imputación al señor **Jairo Antonio Álvarez Ortiz** por el delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años, agravado (Art. 209, 211 # 5 del C.P.), declinándose de la solicitud de imposición de medida de aseguramiento.

El ente acusador presentó escrito de acusación, correspondiendo el conocimiento de esa causa por reparto al Juzgado Sexto Penal del Circuito de Medellín, despacho que presidió la formulación oral de la acusación el 13 de agosto de 2020. La audiencia preparatoria se celebró en 2 sesiones los días 29 de junio y 5 de agosto de 2021, ultima fecha en la cual se decretaron las pruebas por la judicatura, entre ellas el testimonio de V.R.R., negándose la incorporación como prueba de una entrevista por ella rendida, limitando su uso al refrescamiento de memoria e impugnación de credibilidad.

El juicio oral inició el 28 de octubre de 2021 y se ha venido desarrollando en otras sesiones los días 29 de octubre, 9, 22 y 24 de noviembre de 2021 y el 24 de enero, fecha en la cual la fiscalía solicitó la admisión de una prueba de referencia sobreviniente, petición que se despachó desfavorablemente por la judicatura de primera instancia, promoviéndose la apelación que hoy se resuelve.

3. DE LA SOLICITUD DEL ENTE ACUSADOR

Peticiona la delegada del ente acusador, como prueba de referencia sobreviniente, el video contentivo de la entrevista previa rendida por la menor V.R.R. el 18 de diciembre de 2018.

Para soportar el ingreso de esa evidencia como prueba de referencia sobreviniente, señaló la Fiscal que si bien la menor V.R.R. compareció al juicio en sesiones anteriores, lo cierto era que su disponibilidad para rendir el testimonio no fue completa, por cuanto se pudo denotar que la testigo indicó no recordar con suficiencia los hechos sucedidos y el núcleo temático de su declaración.

Indicó que dada la corta edad de edad de la víctima y el tiempo transcurrido entre el momento de los hechos y su declaración en juicio, pudieron influir para que esta no recordara los sucesos, siendo imposible para la fiscalía conocer cual iba a ser el comportamiento de la declarante en juicio, del que solo se tuvo conocimiento al momento mismo de la practica probatoria.

En consecuencia, solicitó que se admitiera como prueba de referencia sobreviniente el video de la entrevista previa rendida por V.R.R. el 18 de diciembre de 2018, la cual iba a introducirse para

su valoración con el testigo de acreditación Carlos Mario Zuluaga Chica.

4. DE LA DECISIÓN RECURRIDA

El *a quo* denegó la solicitud probatoria del ente acusador, argumentando que el momento propicio para haber efectuado la petición de prueba de referencia no era el desarrollo del juicio oral sino la audiencia preparatoria.

Indicó que si bien en el juicio oral es válido hacer solicitudes de prueba, ello está limitado a la prueba sobreviniente, situación que no se configura en el caso de marras porque la declaración que se pretende introducir no es excepcional ni mucho menos se conoció en medio del desarrollo del juicio oral.

Adujo que en los eventos donde el testigo es inconsistente con las versiones rendidas de forma previa, se requiere la práctica del testimonio adjunto con el cumplimiento de los requisitos establecidos para tal efecto, los cuales no se dan para este caso; también, refirió que cuando se trata de situaciones que se relacionan con fallas en la memoria del testigo, el uso de las declaraciones previas es el de refrescar memoria al declarante, pero no utilizar como un medio de prueba excepcional como la prueba de referencia, en medio del juicio, por una situación como la planteada por la delegada del ente acusador.

Colofón de su exposición, el juez señaló que esa prueba de referencia pretendida por la Fiscalía, debió ser solicitada y decretada en la audiencia preparatoria; y si se dio en el desarrollo del juicio, lo que debió efectuar la delegada del ente persecutor fue acreditar la situación excepcional de conocer, solo hasta ese

momento, el medio probatorio que no había sido conocido con anterioridad, pero por no cumplirse con los preceptos antes señalados, decidió denegar la admisión de la entrevista previa de V.R.R.

5. DEL RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión, la fiscal señaló que lo que se debe estudiar es si su argumentación fue suficiente en aras de que se admitiera como prueba de referencia la declaración que hiciera en su momento la menor de edad, ante el investigador Carlos Mario Zuluaga Chica, pese a que la niña sí acudió al juicio y rindió su testimonio frente a los presuntos hechos objeto de investigación.

Reiteró que cuando surge uno de los eventos previstos en el 438 procesal, dada la indisponibilidad del testigo, es viable acudir a la prueba de referencia, tal como considera que ocurrió en este asunto donde, si bien la niña compareció a juicio, estamos frente a una disponibilidad relativa, teniendo en cuenta que la víctima manifestó no recordar muchos de los hechos que vividos o de los que había manifestado y si bien pudo acudir al refrescamiento de memoria en desarrollo del testimonio, considera mejor acudir a la prueba de referencia para no revictimizar a la menor, con todas las limitaciones valorativas que puedan jugarle en contra a su teoría del caso.

Recalcó que es válido el uso de las entrevistas anteriores al juicio como prueba de referencia en materia de menores víctimas de delitos sexuales, aun cuando el niño haya sido llevado a juicio, como ocurrió en este caso, siendo satisfecha su carga argumentativa de admisión al exponer la indisponibilidad relativa

de la víctima al momento de recibirse su testimonio en la audiencia de juicio oral.

Indicó que la introducción de la entrevista como testimonio adjunto es inviable por no existir una retractación de la testigo de sus dichos iniciales en el juicio, sino que estábamos frente a un evento donde la menor presentaba una indisponibilidad relativa, dada su corta edad y el tiempo transcurrido entre la fecha de los hechos y el día que compareció a rendir su testimonio, lo que conllevó a que, de forma reiterada, manifestara no recordar varios de los hechos, situación que permitiría el ingreso de la entrevista en video como prueba de referencia.

Señaló que si bien desde la preparatoria no se pidió ese elemento como prueba de referencia para aducirse en juicio, precisamente porque la menor comparecería a la vista pública, ello no es obstáculo para acceder a su petición, pues fue flagrante la indisponibilidad relativa de la testigo en el desarrollo de su testimonio.

En consecuencia, solicitó que se revocara la decisión recurrida y que se admitiera el ingreso del medio de prueba solicitado.

6. DE LA INTERVENCIÓN DE LOS NO RECURRENTE:

6.1. Ministerio Público.

El delegado del Ministerio Público, señaló que la decisión debe ser revocada por considerar que la falta de disponibilidad de la testigo surgió en el juicio oral, y si bien planteó en un primer momento que debió usarse la entrevista previa para refrescar memoria, señaló como validos todos los argumentos de la fiscal para

peticionar la incorporación de esa evidencia como prueba de referencia sobreviniente.

6.2. Defensa.

La abogada de **Álvarez Ortiz** solicitó la confirmación de la decisión recurrida por considerar que la argumentación entregada por la fiscal del caso era insuficiente frente a lo que enseñaba la ley y la jurisprudencia.

7. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

7.1 Competencia.

Esta Sala de Decisión es competente para conocer del recurso de alzada propuesto por la defensa en contra de la sentencia del Juzgado Penal del Circuito de Envigado, Antioquia (Ant.) en razón de lo prescrito en el numeral 1 del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

7.2. Del problema jurídico.

Conforme a lo reseñado encuentra la Sala que el problema jurídico a resolver es del siguiente tenor:

- ¿Están dados los requisitos para que se admita como “prueba de referencia sobreviniente” la entrevista que le fue tomada a la menor V.R.R. el 18 de diciembre de 2018, aun cuando esta compareció a juicio oral?

Para un mejor desarrollo de la resolución del problema jurídico, la Sala comenzará por realizar un breve exordio sobre la forma de introducción de las declaraciones de los menores víctimas de delitos sexuales a la audiencia de juicio oral, para luego ocuparse del caso concreto.

7.2.1. Formas de introducción a juicio de las versiones de los menores víctimas en delitos sexuales:

En tratándose de delitos sexuales cometidos en contra de menores de edad, la responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación en materia investigativa tiene una connotación especial, de un lado, por la protección constitucional reforzada que le otorga nuestro ordenamiento jurídico a los sujetos pasivos de este tipo de reatos, en especial para evitar su revictimización y lograr efectivizar sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación; pero, de otro, para la preservación de las garantías procesales del acusado.

Esto implica un delicado ejercicio de equilibrio y ponderación no solo por parte del legislador sino también de los jueces para tratar de encontrar el justo medio, en donde los derechos de los unos no avasallen a los de los otros y, por el contrario, dentro del proceso convivan de la manera más armónica posible, para que las decisiones que se tomen se ajusten en lo posible al valor justicia.

Fruto de esa sesuda ponderación, la Sala de Casación Penal, ya de algunos años atrás, ha habilitado cuatro posibilidades para que las versiones rendidas por los menores sean introducidas a la

audiencia de juicio oral, todas ellas girando en torno al principio *pro infans* y con el claro propósito de prevenir su revictimización.

La primera – y la evidente dentro de un sistema de justicia regido por la publicidad, la oralidad y la inmediación—consiste en **la práctica del testimonio** directamente en el juicio oral, eso sí con todas las garantías hacia el menor para evitar una afectación sensible de sus derechos.

Ahora bien, en caso de que en el juicio oral haya una retracción sustancial de la versión que la víctima rindió extraprocésalmente, con la debida técnica y ritualidad, establecida con toda precisión por la Sala de Casación, se podrá incorporar en su integralidad el dicho anterior, como **testimonio adjunto** para que el juez al momento de dictar sentencia pueda valorar en su totalidad las dos versiones confrontadas. Dígase que esta es la segunda forma.¹

Una tercera manera de introducir a juicio la versión del menor es **como prueba anticipada** con fundamento en el canon 274 procesal. Obviamente en este caso le corresponde a la Fiscalía la carga argumentativa frente al juez de garantías de demostrar con suficiencia que puede existir hacia futuro una alteración del testimonio, para evitar una victimización secundaria del menor o por la pérdida de la memoria, por diversos factores, entre ellos, debido a la superación del daño psicológico causado o por el simple paso del tiempo. En este tipo de eventos, ineluctablemente debe garantizarse a la contraparte el derecho de contradicción y ejercerse la práctica en presencia de un juez, así como también

¹ CSJ, Rad 52.045 del 20 de mayo de 2020.

surge la necesidad de que la misma goce de registro fidedigno para una mejor valoración del juez de conocimiento al momento de adoptar una decisión con base en ese elemento.

No obstante, debe tenerse en cuenta que si al momento de iniciarse el juicio oral, la circunstancia que motivó la práctica de la prueba anticipada no se cumplió o desapareció, el juez podrá ordenar la repetición del testimonio del menor en la vista pública.

La última opción que tiene la Fiscalía es la posibilidad de arribar los dichos del menor rendidos con antelación al juicio como **prueba de referencia**, aun cuando esté disponible físicamente para comparecer a la vista pública. Las tres últimas opciones llevan implícita la necesidad de la no victimización secundaria de la víctima.

En menester señalar que, si bien se encuentra habilitado que el delegado fiscal aduzca en juicio las declaraciones previas del menor víctima, ello al igual que el testimonio adjunto no opera de forma automática, pues al constituirse la prueba de referencia una práctica excepcionalísima de los sistemas penales con tendencia acusatoria y que va en contra del principio de inmediación, su inclusión en juicio debe obedecer a puntuales eventos en los que se debe acreditar la indisponibilidad completa del testigo -cuando este no comparece a juicio por las razones expuestas en el 438 procesal- o su indisponibilidad relativa -que estando el testigo presente en el juicio, por cualquier situación se le imposibilite o dificulte declarar de manera adecuada.-

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SP1790 – 2021, fue categórica al referirse a esta forma de introducción del testimonio anterior del menor, señalando como un claro parámetro de procedibilidad la ocurrencia de circunstancias particulares que pongan al testigo en indisponibilidad absoluta o relativa, aunado al cumplimiento de los siguientes requisitos que extrajo de la línea jurisprudencial en la materia:

(i) la identificación de la declaración anterior que pretende ser introducida en esa calidad, (ii) la explicación de la causal excepcional de admisión de ese tipo de pruebas, y (iii) la solicitud expresa al juez, en orden a que este, con plena garantía del contradictorio, tome la decisión que considere procedente, lo que, además, genera seguridad sobre las pruebas que podrán ser tenidas como fundamento de la sentencia y facilita a los interesados el ejercicio de la contradicción y la confrontación.

Ahora bien, se tiene que por regla general el escenario propicio para la solicitud de dicha incorporación de la declaración previa como prueba de referencia es la audiencia preparatoria; no obstante, existen eventos donde la causal de indisponibilidad del testigo es sobreviniente en la audiencia de juicio oral. Ante estos eventos, la Máxima Corporación ha previsto que se debe cumplir de igual forma con la ritualidad antes reseñada al interior de la audiencia de enjuiciamiento, donde la parte que pretende aducir la entrevista previa debe identificar la misma, **acreditar la causal excepcional de admisión**, efectuar una solicitud expresa al funcionario judicial que preside la diligencia, quien indefectiblemente debe correr traslado a la contraparte y Ministerio Público para que se pronuncie sobre la circunstancia sobreviniente y la admisibilidad del medio de prueba y, con base

en ello, adoptar una decisión motivada sobre la inclusión de esa evidencia al debate probatorio².

Véase como la Corte, de forma por demás acertada, ha dictado parámetros específicos para la aducción de las declaraciones previas del menor víctima de delito sexual en la audiencia de juicio oral, debiéndose ceñir tal pretensión probatoria a estrictos parámetros de argumentación de las circunstancias de indisponibilidad del testigo -sea plena o relativa-, así como a la necesidad de estructurar un *petitum* en tal sentido, el cual indefectiblemente y con miras a materializar las garantías de su contraparte debe ser sometido a contradictorio, debiéndose decidir la cuestión por el funcionario por medio de providencia sobre la cual procedan los recursos a que haya lugar dependiendo la orientación de la determinación adoptada.

Solo con el cumplimiento de estos estrictos parámetros, puede allegarse a la actuación las declaraciones previas del menor víctima de delitos contra la integridad, libertad y formación sexuales como prueba de referencia, siendo la consecuencia de la inobservancia de estas directrices, la exclusión del acervo probatorio de las entrevistas que se pretenden aducir en esa calidad y la imposibilidad que el juez pueda valorarlas al momento de edificar su decisión de instancia.

De otra parte, es menester aclarar que la incorporación excepcional de una declaración previa como prueba de referencia en casos de abusos sexuales contra menores, no significa una

² Cfr. Sentencias con radicados 52.045 del 20 de mayo de 2020, 51535 y 49360 del 12 de mayo de 2021, 53239 del 2 de junio de 2021.

excepción a la tarifa legal negativa del artículo 381 del C.P.P. en el entendido de la imposibilidad de estructurar sentencias de condena con pruebas de este tipo.

Ahora bien, estudiadas estas maneras de introducción de los dichos del menor a la audiencia de juicio oral para ser valorados como prueba, se tiene que de cara a la discrecionalidad que le asiste al Fiscal para aducir en juicio las versiones de los menores víctimas de reatos sexuales, la máxima Corporación en la sentencia del 20 de mayo de 2020, fue clara en advertir:

2.3 Es una facultad de la Fiscalía elegir cuál de los mecanismos referenciados utilizará para llevar al Juez el conocimiento de los hechos y, particularmente de la narración de la persona ofendida. Para tal fin, el funcionario, en la estructuración del caso y de su estrategia de litigio, debe considerar las variables que puedan incidir en la probabilidad de éxito de la pretensión acusatoria, entre ellas, (i) las circunstancias particulares de la víctima y la mayor o menor probabilidad de su revictimización en caso de concurrir al juicio; (ii) la existencia de pruebas, distintas de la narración del ofendido, que puedan demostrar su teoría del caso; (iii) la previsibilidad de que la víctima se retracte de su dicho en la vista pública.

A modo de ejemplo, si se puede avizorar que no existen pruebas que puedan corroborar, aun periféricamente, el dicho de la menor, la alternativa de comunicar su versión de los hechos como prueba de referencia aparece inconveniente, en tanto la viabilidad del fallo de condena quedará truncada por la tarifa legal negativa de que trata el artículo 381 de la Ley 906 de 2004; en similar sentido, si la víctima ha cumplido la mayoría de edad para el momento del trámite judicial y exhibe menor riesgo de sufrir revictimización de concurrir al juicio, se presentaría como una alternativa más plausible convocarla como testigo a esa diligencia para que rinda testimonio.

En todo caso, cualquiera que sea el mecanismo probatorio que, en últimas, elija la Fiscalía para sacar adelante su pretensión, resulta irrefutable que debe agotarse con el cumplimiento de los requisitos formales y sustanciales que la legislación procesal prevé para cada uno de ellos. La prevalencia del interés superior

de niños, niñas y adolescentes y la aplicación del precitado principio *pro infans* no comporta la supresión de las garantías de la persona investigada ni la reversión de los principios nucleares del debido proceso probatorio:

«Es cierto que los derechos de los niños son, por mandato constitucional, prevalentes (artículo 44), y que los menores víctimas de delitos sexuales tienen derecho a que, dentro del proceso penal respectivo, se adopten en su favor medidas de protección efectivas que garanticen sus intereses, no obstante, esa salvaguarda no puede llegar al extremo de hacer nugatorias las garantías del procesado y menos a la obligatoriedad de emitir una sentencia condenatoria en su contra.

(...)

Ello... “...negaría la razón de ser del proceso, entendido como escenario dialéctico al que comparecen las partes con el propósito de demostrar las teorías factuales que han estructurado en la fase de preparación del juicio oral, según las reglas definidas previamente por el legislador, que abarcan, entre otras cosas, los requisitos para que una prueba sea admitida, el estándar de conocimiento que debe lograrse para la imposición de la sanción penal, e incluso algunas prohibiciones, como la de basar la condena exclusivamente en prueba de referencia” (Cfr. CSJ SP2709-2018, rad. 50637)».

Así las cosas, deviene diáfano que cualquiera que sea la opción que utilice la Fiscalía para aducir los dichos del menor, siempre debe haber un respeto por su interés superior, sin que ello pueda constituir un avasallamiento a los derechos del procesado ni al desconocimiento de las formas propias del enjuiciamiento criminal en Colombia, la anulación de los principios probatorios establecidos en el código de procedimiento penal ni mucho menos, tal como se dijo en precedencia, el desconocimiento de la prohibición de estructurar sentencias de condena solo con prueba de referencia, como manifestación de una errónea y desfazada política represiva en materia de delitos sexuales.

7.2. El caso concreto.

La fiscalía solicitó como prueba de referencia sobreviniente el video contentivo de la entrevista previa rendida por la menor V.R.R. el 18 de diciembre de 2018, por considerar que, si bien la testigo compareció al juicio a rendir testimonio, no se encontraba plenamente disponible para tales efectos, por cuanto manifestó ante ciertas preguntas realizadas que no recordaba con suficiencia los hechos.

Ante la solicitud de la delegada del ente acusador, el juez de conocimiento denegó la admisión de esa evidencia como prueba de referencia sobreviniente, por considerar que el estadio procesal pertinente para esa petición lo era la audiencia preparatoria y que si bien, de forma excepcional, era posible solicitar pruebas en juicio, ello solo tendría cabida en los eventos de prueba sobreviniente, situación que en su sentir no se presentaba en el presente asunto.

Esta determinación fue recurrida por la fiscal, aduciendo que se encontraba acreditada la causal de indisponibilidad relativa sobreviniente, dado que la testigo en juicio no pudo agotar el interrogatorio por no recordar varios aspectos, situación que se derivaba de su corta edad y el paso del tiempo.

Conviene, entonces, que la Sala revise a detalle si en el presente asunto si están dados los presupuestos jurisprudenciales esbozados en la *ratio decidendi* de este proveído para admitir como prueba de referencia sobreviniente la entrevista de marras.

Se tiene que en la sesión de juicio oral adelantada el día 9 de noviembre de 2021, compareció como testigo la menor V.R.R., postulada víctima dentro de la presente causa penal, con la finalidad de tomarle testimonio, de conformidad con lo dispuesto en sede de audiencia preparatoria.

Nota la Sala que, desde los inicios de su declaración en la vista pública, V.R.R. comenzó a manifestar que, pese a su deseo de rendir su versión, no recordaba una serie de eventos relacionados con los hechos materia de investigación.

Fue así como en desarrollo del recaudo de la prueba, si bien la menor indicó en que consistieron los tocamientos, señaló que no recordaba aspectos tales como lo que hacía antes de que se realizaran los actos lúbricos, lo que hizo en ese preciso momento, la ropa que llevaba puesta, las personas que estaban en la vivienda, si esos tocamientos fueron por encima o por dentro de la ropa, entre otros.

Aunado a lo anterior, se pudo constatar que el comportamiento de la menor durante la práctica del testimonio, fue siempre dubitativo y distraído.

Fueron, precisamente, esas situaciones las que usó la fiscal para pretender acreditar la disponibilidad relativa de la testigo en juicio y la necesidad de introducir la entrevista en video del 18 de diciembre de 2018 como prueba de referencia, argumentos que para la Sala son plenamente válidos para soportar su pretensión, habida cuenta que el testimonio de la menor en juicio y tal como

se aprecia del registro de audio, no se pudo obtener de forma plena por las situaciones antes reseñadas y que son constitutivas ciertamente de una indisponibilidad si bien no absoluta si relativa de la declarante, la cual sobrevino en el momento mismo de la práctica de la prueba, sin que sea obstáculo para la aducción de la prueba de referencia que se haya dado por tomado el testimonio de la menor.

Ahora, el argumento del funcionario de primer nivel direccionado a que la prueba de referencia solo era posible aducirla previa solicitud en preparatoria o por ser una prueba sobreviniente que solo se conoció en desarrollo del juicio oral, no es acertado, pues es precisamente esa indisponibilidad sobreviniente del testigo en el juicio la que habilita el uso e incorporación de las declaraciones previas del testigo como prueba de referencia, admisible en este caso.

Tampoco estamos ante un evento que deba tratarse como testimonio adjunto, por cuanto la declaración de V.R.R. en juicio no estuvo permeada por una retractación o variación sustancial de los dichos de la entrevista inicial, sino, tal como se denotó en los registros de audio y se señaló en párrafos precedentes, por olvidos de los hechos que son plenamente explicables dada la corta edad de la víctima para el momento del supuesto abuso y en el paso del tiempo, toda vez que desde la ocurrencia de los hechos investigados y la declaración en juicio pasaron un poco mas de 3 años, situación esta que debe ser tenida en cuenta para dar por acreditada, como con acierto lo hizo la fiscal, la no plena disposición de la testigo.

En suma, la fiscalía cumplió a cabalidad con la carga exigida por la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, esto es, la identificación de la declaración, la acreditación de la causal sobreviniente de indisponibilidad relativa y la realización de una petición fundada en el sentido de admitir el medio de prueba de referencia. A su vez, el despacho de origen rituló en debida forma la solicitud de la fiscalía, dando traslado a la contraparte e intervinientes y adoptando una decisión motivada susceptible de recursos.

Es por lo anterior que esta Colegiatura revocará la decisión por medio de la cual el Juez Sexto Penal del Circuito de esta Envigado, y en su lugar admitirá que se introduzca como prueba de referencia sobreviniente, el video de la entrevista rendida el 18 de diciembre de 2018 por V.R.R., siendo susceptible de valoración bajo las reglas que imperan ese tipo de medios de prueba y sin desconocer la tarifa legal negativa de condena impuesta por el canon 381 del C.P.P.

En mérito de lo expuesto, **el Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Penal,**

8. RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la decisión proferida por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Medellín el 21 de enero de 2022, para en su lugar **ADMITIR** como prueba de referencia sobreviniente el video de la entrevista rendida el 18 de diciembre de 2018 por la menor V.R.R., por lo expuesto en la motivación de esta providencia.

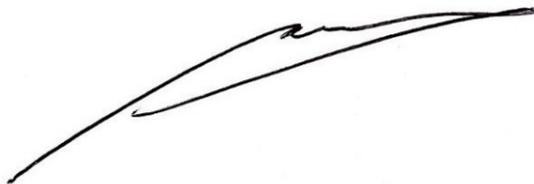
SEGUNDO: Contra el presente auto no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

Magistrado



RICARDO DE LA PAVA MARULANDA

Magistrado



RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ
Magistrado

- Salvamento de voto -



SALVAMENTO DE VOTO

**Ref. Proceso 05 001 60 00207 2018 02130
M. P. LEONARDO CERÓN ERASO
Acusado: JAIRO ANTONIO ÁLVAREZ ORTIZ**

Medellín, ocho de marzo de dos mil veintidós

Por no compartir la conclusión a la que arriban mis compañeros de sala en relación con la admisión de una entrevista recaudada a la menor, presunta víctima, como prueba de referencia, salvo el voto.

Conozco el desarrollo que la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia viene sentando frente al difícil tema de las declaraciones de los menores de edad presuntas víctimas de delitos contra su libertad, integridad y formación sexuales, pero, en el caso bajo estudio, en mi criterio, no era dable permitir que la entrevista fuera incorporada como prueba de referencia por las razones que brevemente expongo.

Primeramente, si el delegado de la FGN que lleva el caso conocía de la escasa edad de la presunta víctima, no era difícil prever que podría ser necesaria la entrevista para fines diferentes a refrescar memoria o impugnar credibilidad y entonces hubiese sido pertinente anunciar la utilización de aquella como prueba de referencia apoyándose en lo previsto en el literal e) del artículo 438 de la ley 906 de

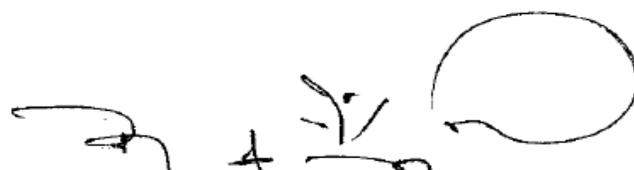
2004 y las reglas que la jurisprudencia ha venido trazando sobre el punto. No lo hizo así.

En segundo lugar, mi principal objeción radica en que la niña estuvo en el juicio y declaró. Sí, lo hizo. No fue esa clase de indisponibilidad relativa que sostienen mis compañeros, simplemente expuso que no recordaba muy bien las circunstancias de modo, tiempo y lugar de los sucesos y si ello fue así entonces lo que debió hacer el delegado no era cosa diferente que utilizar la entrevista para refrescarle la memoria.

Ahora, con esta decisión de incorporar la entrevista como prueba de referencia, veo, con alguna preocupación que la menor dio una declaración en juicio que puede y debe ser valorada por el juez y su entrevista ingresa como prueba de referencia sin que me quede muy claro entonces si estamos en presencia de dos declaraciones o se le va a dar la calificación de testimonio adjunto.

Sé que el tema es controversial, pero, en mi opinión, acertado estuvo el juez al no aceptar la incorporación de la entrevista como prueba de referencia y debió, por ende, la Sala confirmar la providencia objeto de impugnación.

Lo anterior dicho con el más absoluto respeto por la posición sobre el tema de la Sala mayoritaria.



RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ
Magistrado