

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA PENAL

AUTO INTERLOCUTORIO No. 042 – 2023
Radicado: 050016000207202250485 – 2ª Instancia

PROCESADO:	FRANCISCO GARRO PÉREZ
DELITO:	ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS
ASUNTO:	APELACIÓN PREPARATORIA
ORIGEN:	JUZGADO 22 PENAL CIRCUITO DE MEDELLÍN
DECISIÓN:	MODIFICA
M. PONENTE:	HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA

(Aprobado Acta N° 115)

(Sesión del catorce (14) de agosto de dos mil veintitrés (2023))

Medellín, dieciséis (16) de agosto de dos mil veintitrés (2023). Fecha de lectura.

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por la fiscal 123 de la seccional de Medellín, la representante de víctimas y la defensa, en la audiencia preparatoria desarrollada los días 17 y 25 de mayo pasado, presidida por la Juez Veintidós Penal del Circuito de Medellín.

ANTECEDENTES FÁCTICOS

HECHOS. De acuerdo con lo narrado en el escrito de acusación, los sucesos acaecieron en la tarde del 26 de noviembre de 2019, en la segunda planta de la vivienda ubicada en la Calle 77D No. 86- 46 del barrio Bello Horizonte de Medellín, domicilio del indiciado FRANCISCO GARRO PÉREZ, lugar donde estaba la menor S.L.Q., sobrina de su esposa, para que la cuidaran. En desarrollo de los hechos, el implicado le pidió a la niña que se acostara en su cama, cubriéndola con la cobija, poniéndola a ver videos pornográficos e introduciéndole la mano en el pantalón para que le frotara el pene, luego de lo cual la niña salió corriendo y contó lo sucedido.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

El 25 de julio de 2022, por solicitud de la Fiscalía, el Juez 2º Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Medellín ordenó la captura del ciudadano FRANCISCO GARRO PÉREZ y, el 28 de julio siguiente, ante el Juzgado 28 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Medellín se llevaron a cabo las audiencias de legalización de captura, formulación de imputación por el delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado, artículos 209 y 311.2 del Código Penal, cargos que no fueron aceptados por el imputado, imponiéndosele medida de aseguramiento en centro de reclusión, decisión contra la cual la defensa presentó recurso de apelación y, en segunda instancia, el 19 de agosto de 2022, el Juzgado 21 Penal del Circuito de Medellín revocó la decisión y, en su lugar, dispuso de su libertad.

El 19 de agosto de 2022, la Fiscalía presentó escrito de acusación, conocimiento que le correspondió al Juzgado 21 Penal del Circuito de Medellín, cuyo titular, el 2 de septiembre del mismo año, se declaró impedido para conocer del proceso, pasándolo a su homólogo 22 Penal del Circuito, el 7 de septiembre siguiente.

El 1º de noviembre de 2022 se llevó a cabo la formulación de acusación y el 17 de mayo pasado se inició la audiencia preparatoria, momento en el cual se decidió sobre la práctica de las pruebas solicitadas por fiscalía y defensa, algunas de ellas inadmitidas y otras condicionadas; frente a esta decisión, fiscalía, representante de víctimas y defensa interpusieron recurso de apelación.

DECISIÓN APELADA

La juez de conocimiento, respecto a las solicitudes probatorias, advirtió que con varios de los testigos se pretende incorporar los dichos de la niña y su mamá, no obstante que estas mujeres van a ser escuchadas en la audiencia del juicio oral, lo cual sería introducir prueba de referencia.

De cara a la prueba de la fiscalía y con respecto a la funcionaria Leydi Yurani Sánchez, no se argumentó sobre su pertinencia, y aunque aduce que es de forma excepcional que se exteriorizaría como prueba de referencia, pues fue quien rindió un informe, no hace una mayor exposición respecto a la información o la pertinencia adecuada; no obstante, considera que si para la audiencia del juicio oral existe alguna circunstancia que permita a la fiscal hacer petición de prueba de referencia frente alguno de los testigos que se solicitaron y decretaron, se analizará en su momento, pero por ahora no se decreta como prueba de referencia.

Respecto al personal del Hospital Pablo Tobón Uribe, lugar a donde se llevó a la presunta víctima, éstos sólo pueden declarar en punto a los actos que desplegaron para su atención, pero no pueden referirse a circunstancias narradas por la menor o por sus familiares respecto a los hechos y la responsabilidad penal, lo cual sería prueba de referencia inadmisibles, pues no se sustentó en esas circunstancias, por tanto, sólo serán admisibles con esa advertencia.

En igual sentido para el comisario de familia y la psicóloga de esa oficina, donde se adelantó el proceso de restablecimiento de derechos, reiterando que sólo se hará frente al motivo que originó la presencia de la menor y sus familiares en ese lugar, pudiendo ser interrogados de manera general, para guiar la declaración, pero no para introducir prueba de referencia.

Indica que la testigo María Soriana Nieto, psicóloga que realizara la entrevista a la menor, sólo podrá declarar sobre circunstancias relacionadas con la entrevista y su percepción directa sobre la misma; que únicamente se introduciría el relato de la menor si se solicita como prueba de referencia en los casos que prevé la ley, pero con la carga argumentativa debida para su introducción; en esa eventualidad, sólo se debe incorporar el DVD que contiene la entrevista, no el relato de lo que escuchó la testigo de la niña, insistiendo en que sólo si es solicitada como como prueba de referencia y se admite, se podría observar en el juicio.

Igual respecto de las personas que intervinieron en la Fundación Lucerito, esto es que sólo podrán hablar de la atención que le brindaron a la menor víctima, lo que

podieron observar y el motivo por el cual se originó la atención; de manera muy general sobre la revelación del abuso, pero sólo para guiar la declaración, de lo contrario sería prueba de referencia.

Leydi Johana Quiceno, madre de la menor, puede declarar sobre circunstancias de convivencia con el implicado, lo que realizó a partir de la revelación de los sucesos y del comportamiento de la niña después de lo develado, así como de lo que pudo observar de forma directa, pero muy general, esto es sin entrar en detalles, porque es la menor quien va a declarar en ese sentido. Agrega que a través de esta testigo se pretende introducir un audio que contiene el dicho de la menor, no obstante que esta niña va a declarar en el juicio oral, lo cual considera una forma disimulada de introducir prueba de referencia, como si se tratara de prueba anticipada, lo cual fue elaborado por Leydi Johana cuando decidió grabar a la menor para llevar su manifestación; considera que de permitir su incorporación, tendría entonces que aceptar que se introduzcan otras manifestaciones realizadas a los otros testigos, coartando la posibilidad de contradicción e inmediación, lo cual constituye prueba de referencia. No obstante, respecto del video de una reunión familiar, no ve obstáculo para su admisión.

Respecto de la solicitud de los policías que realizaron la captura, considera que como la aprehensión no se produjo en flagrancia, sino en cumplimiento de una orden, no ve la pertinencia de escuchar a cuatro agentes de la policía, además que tampoco cumplió la fiscal con la carga argumentativa para esa finalidad.

De otro lado admitió el testimonio de Sofía Londoño, poniendo de presente que es la única testigo directa de los hechos.

La psicóloga María Elena Bermúdez, de la Corporación Jugar para Sanar, podrá dar revelaciones de manera general y sobre la percepción de la menor.

Los testigos Blanca Rubiela y Carlos Jovani, pueden dar cuenta de lo que pudieron percibir de manera directa, sin introducir dichos de la menor. En la misma línea Lucía

Garro podrá dar cuenta del cuidado de la menor y sus estados emocionales, así como de lo que pudo observar de forma directa.

Respecto a la prueba documental como: historia clínica del Hospital Pablo Tobón Uribe, informes de la Fundación Lucerito, historia de acompañamiento psicológico de María Bermúdez, estos no ingresan de forma autónoma, lo harán con el respectivo testigo, sólo para refrescar memoria o impugnar credibilidad.

En lo relacionado con las pruebas de la defensa, concretamente sobre los testigos comunes, señala que estos se admitirán, pero sólo en el evento en que no se agote el tema en el interrogatorio o que la fiscalía decline del testigo, pero con la misma cortapisa puesta de presente para todos los testigos.

Indica que Natalia Salas, pediatra del Hospital Pablo Tobón Uribe, solo lo hará en lo que tiene que ver con la atención de la menor, los tópicos que no le constan, no pueden ser verbalizados. De igual forma Jefferson Fabián Franco, sólo sobre lo que pudo observar de manera directa, pero no frente a lo que le dijo la madre de la niña respecto al comportamiento de la menor.

Señaló que María Soriana Nieto, psicóloga de "Lucerito", María Isabel Jaramillo y María Elena Bermúdez de "Jugar para Sanar", no pueden declarar sobre lo que la niña les narró, ni lo que la mamá les dijo sobre el rendimiento académico o sobre los hechos, pero sí pueden dar cuenta del estado de ánimo de la niña y las pruebas psicológicas aplicadas.

Aduce que Blanca Rubiela Arboleda y Lucía Garro, sólo declararan sobre lo que les consta, mientras que Libardo de Jesús sólo en caso de referencia.

No admitió a Natalia Marín porque ésta se refiere al comportamiento del procesado con otras personas, por la misma razón tampoco admitió al psicólogo que valoró al procesado, argumentando que el sistema penal colombiano es de acto no de autor, para argumentar esa decisión citó la providencia AP4640 del año 2022.

ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN

La fiscal interpuso recurso de apelación en punto a la inadmisión del video No. 2 donde la menor le contó a la mamá sobre los hechos y ésta la grabó con su celular, pues considera que de conformidad con el art 357.3 del C. de P.P., el documento es lícito, máxime que se trata de una menor de edad. Para argumentar la procedencia de la admisión cita la AP4640 de 2022, Rad. 61078, del 24 agosto de 2022, M.P. Hugo Quintero Bernate, en esa decisión (pág. 62) se dice que cuando el testigo comparece al juicio oral, por regla general, sus declaraciones anteriores no podrán ser aducidas en el juicio oral, excepto para refrescar memoria o impugnar credibilidad, lo anterior tiene una excepción, cuando se trata de declaraciones de niños y factores como la edad, la naturaleza del delito, las particularidades del menor, entre otros, habilitan el uso de declaraciones anteriores a título de referencia, así el menor haya sido llevado como testigo al juicio oral. En la referida decisión la Corte concluye que las declaraciones rendidas por fuera del juicio de un niño víctima de un delito sexual, pueden presentarse como prueba, así el niño vaya al juicio como testigo.

Señala que, por tratarse de un documento, según el artículo 424 del C. de P.P., se puede permitir que ese video se proyecte en el juicio oral.

El representante de víctimas interpuso recurso de apelación para solicitar que se admita la prueba del video de la conversación de la menor con su mamá, misma que será introducida con su creadora, esta es su madre, por lo cual considera que en aplicación de la libertad probatoria no se puede imponer una tarifa legal a esos elementos con vocación de prueba, poniendo de presente que, en su oportunidad procesal, ni las partes ni los intervinientes manifestaron oposición alguna. Además, cumple con los requisitos formales previstos en el estatuto procesal penal, debiendo ser tratada como prueba documental, por lo cual no le es dable al juez de conocimiento adecuar la solicitud de la fiscalía.

La defensa: Aclara que desiste del recurso contra la inadmisión del investigador Jony Ricardo Díaz Obando, pero solicita se revoque la decisión de primera instancia

consistente en condicionar algunos aspectos de la declaración de los testigos y la inadmisión de otros.

Respecto de los testimonios de Leydi Johana Arboleda, madre de la menor, del personal del Hospital Pablo Tobón Uribe, señoras Leydi Sánchez Hernández (secretaria), María del Pilar Suriani (psicóloga), Natalia Gil Arcila (trabajadora social) y Natalia Salas (pediatra); Jefferson Franco Peláez (comisario de familia); María Sonia Nieta (investigadora de la fiscalía); María Paulina Montes y María Elena Bermúdez (psicólogas de la Institución “Lucerito” y “Jugar Para Sanar”); de las señoras Blanca Rubiela, Lucía Garro, Idalba Rosa Pérez Herrera y Suleid Milena Quiceno Arboleda; advierte la recurrente que la *a quo* condicionó el interrogatorio de los citados testigos, básica y resumidamente para que no se les preguntara cómo habían adquirido la primera información sobre el hecho jurídicamente relevante, de lo cual discrepa, considerando pertinente que se aclare ese tópico para saber cuál fue la fuente de conocimiento del supuesto hecho jurídicamente relevante.

Señala que son testigos de cargo de corroboración periférica y aunque podría pensarse que se trata de una prueba de referencia por tratarse de manifestaciones hechas por fuera del juicio, cuando acudan al juicio oral van a decir directamente qué fue lo que escucharon de la madre y de la menor sobre el relato de los presuntos hechos jurídicamente relevantes. Considera que el hecho de que asistan y manifiesten directamente qué fue lo que escucharon, tiene que ver con la credibilidad de esos testigos de cargo, lo cual es un tema omnipresente en todo el proceso y que hace menos probable los supuestos hechos; además y lo más importante, en su criterio, es que permite conocer y confrontar las diferentes versiones que fueron suministradas por la madre y por la menor ante los diferentes profesionales y los diferentes espacios en relación con lo que es tema de prueba.

Señala que resulta útil comparar estas versiones precisamente para analizar la coherencia interna y externa del testimonio de la menor y su madre como testigos de cargo; coherencia interna y externa de la cual la Corte ha hablado en

innumerables providencias y que tiene una relación directa con la credibilidad, con el derecho de contradicción y de defensa.

El legislador, en su facultad de configuración, estableció como parámetro de impugnación de credibilidad, en el artículo 403.4 del C. de P. P., las manifestaciones que el testigo le haya hecho a terceras personas, es decir que estos temas que se han manejado por fuera del juicio, pero que tiene una relación indirecta con los presuntos hechos jurídicamente relevantes, sí pueden ser traídos al juicio por los testigos; entonces la impugnación de credibilidad no es solamente cuando se exhibe el documento, sino cuando otros testigos dan una versión sobre un aspecto que otro testigo de cargos está tocando en la audiencia de juicio oral y que tiene relación con ese hecho jurídicamente relevante.

Contrario a lo argumentado por la juez *a quo*, considera que para poder impugnar credibilidad o refrescar memoria, el testigo tiene que reconocer el documento, es decir que tiene que examinar si lo elaboró, lo suscribió o por lo menos lo que relató quedó plasmado en el documento; en ese orden de ideas, si a la mamá o la menor se le pregunta sobre algunos aspectos en la audiencia de juicio oral, los cuales se traen a colación para demostrar diferentes versiones, pero ésta no reconoce que ha dado una versión diferente ante estos profesionales de la salud que la atendieron, entonces la defensa no podría hacer uso de ese documento, para el caso la historia clínica de las profesionales del Hospital Pablo Tobón Uribe, porque como esa historia clínica no está suscrita por la madre, ni por su hija, entonces no se va a poder usar para impugnar credibilidad o refrescar memoria y, en ese orden de ideas, no va a poder conocer las diferentes versiones que se han dado, a efecto de poder cotejarlas para impugnar la credibilidad de los testigos.

En relación con el testimonio de Natalia Andrea Guarín Garro, considera que es importante escuchar el testimonio de esta menor, en atención a que en esta clase de procesos, adelantados por conductas de carácter sexual, es relevante conocer el comportamiento a nivel sexual del implicado con personas menores, lo cual hace menos probable ese presunto hecho jurídicamente relevante, recuérdese también que es menor de edad y del sexo femenino, al igual que la presunta víctima,

entonces es importante conocer cuál fue ese comportamiento anterior y con ello no se va a vulnerar el derecho a la intimidad.

Considera que la decisión de la juez es anfibológica cuando niega el testimonio de Lucia Garro, preguntándose entonces porque no se trajo a esa hija o a esa sobrina, quien tuvo contacto a solas o estuvo bajo el cuidado de FRANCISCO. En este caso se está trayendo a Natalia, indicándose que era la hija de Lucia, que era menor de edad y que era la sobrina de FRANCISCO, que había sido cuidada por éste, que estuvo en espacios a solas con éste, se entendía entonces que ésta era la persona a que se estaba refiriendo, sin embargo, la prueba fue inadmitida por inconducente o por impertinente.

En relación con el psicólogo perito Jaime Alberto Echeverry, la defensa considera que en este caso resulta aventurado y sin fundamento negar la prueba con el argumento de que se está frente a un derecho penal de acto, pues en su concepto se trata de un tema de prueba, relacionado con la sexualidad, por eso es imprescindible conocer cómo es la sexualidad del acusado y cuáles son sus tendencias sexuales; la prueba no consiste en que valore y diga si el señor FRANCISCO fue responsable o no, sino que con base en sus conocimientos, en su condición de perito, aplicando unas pruebas admitidas por la comunidad científica, pueda informarle a la juez y a todos los presentes en la audiencia, si las mismas arrojaron que habían tendencias sexuales o no de un abusador serial. Agrega que la juez sostiene que la evaluación de salud mental no hace parte o, mejor, no tiene pertinencia para debatir si es inimputable o no, sobre lo cual considera que el examen de salud mental es necesario, obligatorio e imprescindible en cualquier evaluación psicológica, haciendo parte del protocolo.

Considera que la jurisprudencia citada por la juez no resulta aplicable al caso, en atención a que no existe identidad sobre el tema, pues se solicitó por el abogado defensor, en el citado proceso de radicado AP 4640 del 2022, el testimonio de ese perito psicólogo para discutir la evidencia demostrativa que solicitó la fiscalía a través de la reconstrucción de los hechos, lo cual no ocurre en este asunto, donde la prueba pericial está encaminada a ofrecer un elemento de juicio de una persona que tiene

unos conocimientos especializados en una ciencia como lo es la psicología, los cuales luego van a ser sometidos por la juez a la sana crítica, por tanto, no va a reemplazar su valoración.

Para reforzar su posición cita sentencia del Tribunal Superior de Medellín del 2019, con radicación 050016207201801203, donde inicialmente se había negado la prueba del perito psicólogo, pero luego se revocó y admitió, precisamente porque se puede valorar con base en la sana crítica, pues lo que se está pretendiendo es demostrar que no hay unas tendencias sexuales inadecuadas y que el imputado no encaja en el perfil de un abusador, esto como elementos de juicio a valorar.

NO RECURRENTE. La Fiscalía, como sujeto procesal no recurrente, solicita se confirme la decisión frente a la negativa de las pruebas de la defensa, pues como lo explicó la juez, está permitido que vengan los testigos de la defensa, pero a hablar de lo que les consta, lo que observaron, no lo que escucharon. En el mismo sentido, frente al perito que trae la defensa, bien lo indicó la señora juez en la sentencia que citó, a ellos no les consta absolutamente nada, por lo cual sería de referencia, en esos términos considera acertada la decisión de primera instancia al negar esas pruebas.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El Tribunal es competente para conocer de la decisión adoptada por la juez *a quo*, de conformidad con los artículos 34-1 y 177-4 de la Ley 906 de 2004, la cual es objeto de inconformidad por parte de la fiscalía, la representación de víctimas y la defensa.

Acorde al problema jurídico planteado a la Sala en esta oportunidad, es menester indicar que en la etapa de juzgamiento penal le corresponde al juez de conocimiento ponderar las diferentes solicitudes probatorias atendiendo a los requisitos esenciales que deben cumplir para su decreto, como pertinencia y admisibilidad, así como las

reglas para su práctica acorde a la naturaleza del elemento solicitado y los principios que rigen en materia de pruebas: publicidad, intermediación, contradicción, concentración etc.

En el presente caso tenemos tres recurrentes, dos de los cuales, fiscalía y representación de víctimas, coinciden en el objeto del recurso, el cual se concreta en la inconformidad con la inadmisión de un audio que contiene la grabación de una conversación entre la presunta víctima y su madre, en la cual la menor relata los hechos acaecidos. Mientras que la defensa apela por el condicionamiento de la futura declaración de los testigos comunes Leydi Johana Arboleda, madre de la menor; del personal del Hospital Pablo Tobón Uribe: Leydi Sánchez Hernández (secretaria), María del Pilar Suriani (psicóloga), Natalia Gil Arcila (trabajadora social) y Natalia Salas (pediatra); Jefferson Franco Peláez (comisario de familia); María Sonia Nieto (investigadora Fiscalía); María Paulina Montes y María Helena Bermúdez (psicólogas de la Institución Lucerito y Jugar Para Sanar); así como de las féminas Blanca Rubiela Arboleda Metaute, Idalba Rosa Pérez Herrera y Suleid Milena Quiceno Arboleda; también por la inadmisión del testimonio de la menor Natalia Andrea Guarín Garro y el de Lucía Garro, así mismo la inadmisión del psicólogo perito Jaime Alberto Echeverry.

1. AUDIO QUE CONTIENE LA CONVERSACIÓN ENTRE LA PRESUNTA VÍCTIMA Y SU MADRE

Tanto la fiscalía como el representante de víctimas mostraron su inconformidad con la inadmisión de un audio que contiene la grabación de una conversación entre la presunta víctima y su señora madre, en la cual aquella le hace un relato sobre los hechos denunciados.

Para la inadmisión, la juez de conocimiento argumentó que introducir dicha prueba a través del testimonio de la madre de la menor, sería una forma disimulada de introducir prueba de referencia, como si se tratara de prueba anticipada; que, de permitir su incorporación, tendría entonces que aceptar que se incorporen otras

manifestaciones realizadas por la menor a los anteriores testigos, coartando así la posibilidad de contradicción e inmediatez.

Los recurrentes aducen que, según decisión de la Corte Suprema de Justicia, AP4640 de 2022, Radicado 61078 del 24 agosto de 2022, las declaraciones rendidas por fuera del juicio de un niño víctima de un delito sexual se pueden presentar como prueba, así el niño vaya al juicio como testigo.

En criterio de la Sala, la interpretación que hace la fiscal recurrente de la decisión de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia está fuera de contexto, pues lo que indica la Corte en estos casos es:

"(...) tratándose del testimonio de menores víctimas de abuso sexual, es aceptada la incorporación de las declaraciones rendidas fuera del juicio oral, como prueba de referencia, cuando el menor es presentado al juicio oral y se acredita alguno de los supuestos de disponibilidad relativa; dicha postulación probatoria deberá diferirse hasta el desarrollo del debate oral, escenario en el que se demostrará argumentativamente por la parte interesada en la práctica de la prueba, que la testigo a pesar de ser llamada al juicio oral, no se encuentra disponible para declarar o que, estando disponible, confluyen algunos de los presupuestos que facultan la práctica del testimonio adjunto, bien porque la testigo se retracte, modifique o niegue su versión. Previó cumplimiento de alguno de los requisitos señalados en el artículo 438 ibídem, –norma adicionada por la Ley 1652 de 2013 con un literal e) que contempla que la prueba de referencia será admisible cuando el declarante «Es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188A, 188C, 188D, del mismo código»–, y de las reglas desarrolladas por la jurisprudencia de esta Corporación, para la admisibilidad de la prueba de referencia. Por lo que es deber de la Fiscalía una vez decretado el testimonio directo de la menor, hacer todo lo posible porque su testigo comparezca al juicio, y lograda su comparecencia adoptar los correctivos que sean necesarios para evitar el riesgo de victimización secundaria. Razones por las cuales, la Corte confirmará la decisión de inadmitir la entrevista forense como prueba de referencia autónoma, sin perjuicio de que dicha solicitud pueda ser presentada por el fiscal del caso, en el desarrollo del juicio oral o como testimonio adjunto, evento en el que previa consideración del Juez Plural de Instancia sobre su admisibilidad, deberá ser decretada y practicada conforme a las reglas fijadas por la ley y la jurisprudencia."¹

De cara a la jurisprudencia que la recurrente utilizó para fundamentar la admisión de la grabación de audio de la conversación entre la menor y su madre, resulta

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, AP4640 de 2022 Rad. 61078 del 24 agosto de 2022.

necesario indicar que no puede ser admitida como prueba autónoma; no obstante, puede ser presentada en el desarrollo del juicio oral como prueba de referencia (cuando el menor es presentado al juicio oral y se acredita alguno de los supuestos de disponibilidad relativa), o como testimonio adjunto (porque la testigo se retracte, modifique o niegue su versión), esto es, en el evento en que se configure alguna de estas causales de que trata la ley y la jurisprudencia, máxime que se cumplió con el oportuno descubrimiento.

Por lo expuesto, al igual que ocurrió en el asunto de marras, la Sala confirmará la inadmisión de la grabación contenida en el audio relacionado, como prueba autónoma, sin perjuicio de que en el desarrollo del juicio oral la fiscalía la solicite como prueba de referencia o como testimonio adjunto, con la debida argumentación para que la juez en esa oportunidad decida si cumple o no con los requisitos legales y jurisprudenciales para su decreto y práctica.

2. CONDICIONAMIENTO DE TESTIMONIOS

La defensa apeló la decisión de la juez de conocimiento quien admitió pero condicionó la futura declaración de los testigos comunes Leydi Johana Arboleda, madre de la menor; del personal del Hospital Pablo Tobón Uribe: Leydi Sánchez Hernández (secretaria), María del Pilar Suriani (psicóloga), Natalia Gil Arcila (trabajadora social) y Natalia Salas (pediatra); Jefferson Franco Peláez (comisario de familia); María Sonia Nieto (investigadora de la fiscalía); María Paulina Montes y María Helena Bermúdez (psicólogas de la Institución Lucerito y Jugar Para Sanar); y, de las damas Blanca Rubiela Arboleda Metaute, Idalba Rosa Pérez Herrera y Suleid Milena Quiceno Arboleda.

El condicionamiento de la futura declaración consiste básicamente en que esos testigos podrán referirse únicamente frente a lo que les consta, no a lo que la menor les haya manifestado frente a los hechos investigados. Los profesionales de la salud que le brindaron atención y los servidores de la comisaría de familia sólo podrán referirse de manera general a los motivos de atención, exclusivamente para guiar su declaración, sin que puedan mencionar circunstancias narradas por la menor o

por sus familiares respecto a los hechos y la responsabilidad penal, pues considero que ello sería prueba de referencia inadmisibles.

La defensa, en su recurso, argumentó que no procede ese condicionamiento, pues olvidó la juez que son testigos de cargo a través de los cuales puede hacerse la corroboración periférica, los cuales hacen más o menos probables los presuntos hechos jurídicamente relevantes y, lo más importante, permitirían conocer y confrontar las diferentes versiones que fueron suministradas por la madre y por la menor ante los diferentes profesionales y en los diferentes espacios en relación con lo que es tema de prueba. Dicha comparación resulta útil para el proceso, pues el juez puede analizar la coherencia interna y externa del testimonio de la menor y su madre.

Respecto de ese tópico, la Sala tiene por indicar que el desarrollo jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, incluso de la Corte Constitucional, ha señalado las herramientas con las cuales cuenta la fiscalía para que las versiones de las menores víctimas de delitos sexuales puedan ser valoradas en el juicio, teniendo la facultad de elegir cuál mecanismo utilizará para llevar al juez el conocimiento de los hechos y la narración de la persona ofendida. Así lo señaló la Corte Suprema de Justicia:

"2.2 Según lo ha aclarado repetidamente esta Corporación y lo reconoció recientemente la Corte Constitucional, la regulación procesal penal confiere a la Fiscalía varias herramientas para que la versión de los menores ofendidos (que muchas veces constituye la única fuente de información indicativa de la ocurrencia de tales conductas punibles) pueda ser utilizada como prueba, con miras a lograr la condena de los responsables por su comisión, materializando, en la mayor medida posible, los derechos de las víctimas y, a la vez, sin restringir irrazonablemente las garantías defensivas de contradicción y confrontación.

*(i) En primer lugar, tiene la posibilidad de asegurar el testimonio de la víctima como **prueba anticipada**, según lo previsto en el artículo 274 de la Ley 906 de 2004 (...).*

*(ii) Cuenta también con la opción de llevar la versión de la víctima al juicio como **prueba de referencia**, incluso si aquella es convocada como testigo al juicio (...).*

(iii) Por último, la acusación puede optar (idealmente como mecanismo excepcional, según quedó visto, para minimizar el riesgo de revictimización secundaria) por comunicar la narración del menor ofendido a través de la práctica de su testimonio en el juicio oral. Y si en la vista pública sucede que aquél se retracta de los señalamientos incriminatorios que previamente pudo elevar contra la persona

*investigada, se activa la posibilidad de incorporar su (sic) manifestaciones previas como **testimonio adjunto**. (...)²*

En igual sentido resulta pertinente recordar lo que respecto de la prueba de referencia, en los casos de delitos sexuales, ha señalado la Corte Suprema de Justicia en reciente jurisprudencia:

"7.5.4. La Sala desde la sentencia del 2 de septiembre de 2020, rad. 50587³, ha precisado que, especialmente en contextos de violencia de género, cuando la víctima manifiesta en juicio que no desea rendir testimonio contra miembros de su núcleo familiar y tal manifestación obedezca a amenazas, presiones indebidas o al ambiente de coacción o dependencia a que ha sido sometida por el agresor, sus declaraciones anteriores serán admisibles como prueba de referencia por constituir un "evento similar" a los consagrados en el literal b del artículo 438 del C.P.P. (...)

(...) En ese orden de ideas, contrario a lo asegurado por la defensa, en casos en que la víctima de un delito sexual renuncie a su derecho a declarar en juicio, sí es posible la aducción de las declaraciones anteriores como prueba de referencia, siempre y cuando su decisión de guardar silencio haya sido producto de presiones indebidas.

Distinto es que, como sucedió en este caso, no se hayan cumplido los requisitos procesales esenciales para la admisión excepcional de la prueba de referencia, pues no se solicitó ni se demostró, en su momento, la causal excepcional de admisión de las declaraciones anteriores como prueba de referencia y, por eso, fueron valoradas ilegalmente por los juzgadores de primer y segundo grado.

Para que en esta clase de procesos –donde la víctima de un delito sexual se presenta al juicio a declarar, pero se acoge a su derecho a guardar silencio, porque el procesado era su compañero permanente— se puedan aducir las declaraciones anteriores como prueba de referencia, la fiscalía debe demostrar que la negativa de la víctima a rendir su testimonio deviene de amenazas u otro tipo de presiones ilegales a que ha sido sometida.

La Sala ha considerado que ese deber de la fiscalía, supone la obligación de probar: (i) que la víctima está siendo amenazada o presionada para que no rinda declaración; o, (ii) el contexto en el que se presenta la violencia de género y el daño físico y psicológico sufrido por la víctima. Por eso, cuando se avizoren riesgos para la prueba, debe tomar las medidas necesarias, entre ellas, la posibilidad de acudir a la prueba anticipada.⁴

La jurisprudencia citada aclara que las versiones anteriores de la víctima son útiles para el proceso en varios eventos, siempre y cuando se cumplen los presupuestos

² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. SP 934-2020. 20 de mayo de 2020 Radicación No. 52045. MP. JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA.

³ Reiterada en la SP2213-2021, jun. 2, rad. 53239 y SP1177-2022, abr. 6, rad. 58668.

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. SP101-2023 Radicado No. 52977 del 22 de marzo de 2023. M.P. Hugo Quintero Bernate.

para ingresar como prueba de referencia, cuando se acoge a su derecho a guardar silencio por amenazas u otro tipo de presiones ilegales, o cuando la víctima rinde su testimonio en el juicio y se retracta, entre otras posibilidades.

De otro lado, en criterio de la Sala, el juez no puede hacer los condicionamientos al interrogatorio de los testigos desde la audiencia preparatoria, pues se estaría anticipando apresuradamente a lo que puede ocurrir en el juicio, que como viene de anotarse, pueden ser varias las posibilidades. Además, las partes conocen el derecho y bien pueden identificar el contenido de referencia de cada testimonio y de ser procedente podrían objetar las preguntas, pero si no lo hacen, sería labor del juez, al efectuar la valoración de la prueba y de acuerdo con la forma en que se desarrolló el juicio, decidir si le da valor o no al contenido de referencia o si la información suministrada por el testigo cumple como prueba de corroboración periférica.

No debe olvidarse que en el contexto propio de los delitos sexuales contra menores de edad, la jurisprudencia señala que se admite la denominada corroboración periférica, elemento de convicción que adquiere un papel preponderante y que hace referencia a aquel relato de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos y que la víctima realiza ante un determinado profesional, como ocurrió en este caso al momento de recibirse la entrevista y hacerse la valoración por las profesionales que la atendieron.

Es cierto que para este momento procesal se tiene que la menor acudirá al juicio a rendir testimonio, pero bajo ese supuesto no resulta acertado condicionar desde ya a todos los testigos, pues al momento del juicio pueden variar las circunstancias, pudiéndose presentar situaciones que cambien totalmente la dinámica del debate; por lo cual, de acuerdo a como se desarrolle el juicio, es que se debe formular el interrogatorio de los testigos y peritos.

Es que, si la menor no declara por alguna razón, podría considerarse la posibilidad que ingresen los demás testimonios como prueba de referencia, la cual debe ser solicitada y sustentada en debida forma. También puede ocurrir que la menor declare en el juicio y se retracte o incurra en imprecisiones que afecten su

credibilidad, oportunidad en la cual esa información brindada por los testigos podría ser útil para una corroboración periférica o, en caso de retractación, para que el juez decida a cuál versión le dará mayor o menor credibilidad (coherencia interna y externa), entre otras situaciones que pueden presentarse, pero en este momento son totalmente inciertas e imprevisibles.

Son suficientes estas reflexiones para concluir que el condicionamiento de la declaración de los testigos y del ingreso de los documentos que contienen la información relacionada con la atención médica, psicológica, académica o administrativa, no resulta procedente sino hasta el desarrollo del juicio oral, en ese sentido se revocará la decisión de la juez de primera instancia en la audiencia preparatoria.

3. INADMISIÓN DEL TESTIMONIO DE NATALIA GUARÍN GARRO.

En relación con la inadmisión del testimonio de la menor Natalia Andrea Guarín Garro, considera la defensa importante escucharla, arguyendo que en estos asuntos, adelantados por presuntas conductas sexuales, resulta relevante conocer el comportamiento a nivel sexual del procesado con otras personas menores, lo cual haría más o menos probable ese presunto hecho jurídicamente relevante, sin que con ello se vaya a vulnerar el derecho a la intimidad de la menor, pues el defensor de familia puede revisar que las preguntas no vulneren sus derechos y las partes también pueden examinar el cuestionario y oponerse. Señala que si bien el derecho penal es de acto y no de autor, en la mayoría de estos casos, quienes tienen tendencias sexuales con menores de edad, aprovechan cualquier oportunidad para poder desarrollar este tipo de conductas, por lo cual considera pertinente el testimonio de la menor.

Resulta importante recordar que, al solicitar a esta testigo, la defensa argumentó que la menor iba a contar si tuvo contacto permanente con el acusado, en caso afirmativo: durante cuánto tiempo; si se había quedado a solas con él, en dónde y en cuáles oportunidades; si por éste fue cuidada, cómo fue su comportamiento; y, si había otras menores de edad, cómo fue el comportamiento con éstas.

Al respecto la Sala tiene por indicar que es carga de la parte mostrarle al juez que el elemento material probatorio, evidencia física y en general el elemento de convicción se refiere, directa o indirectamente, a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, así como a la identidad o a la responsabilidad penal del acusado. También es pertinente cuando sirve para hacer más o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, o se refiere a la credibilidad de un testigo o de un perito siguiendo las voces del artículo 375 del C. de P.P. En cuanto a la conducencia de la prueba, se refiere a la capacidad o idoneidad probatoria del medio empleado para demostrar los hechos que se quieren probar.

Sobre al examen que debe realizar el juez en orden a decretar las pruebas, la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

"Como tal le corresponde, en orden a decretar las pruebas que se han de practicar en el juicio, realizar un test acerca de la necesidad de la prueba, determinar el vínculo entre el medio y los hechos (pertinencia) y su aptitud legal (conducencia), para lo cual ha de tener en cuenta los supuestos fácticos del escrito de acusación, las normas que definen la relevancia jurídica del comportamiento, los medios probatorios enunciados, las estipulaciones y la solicitud probatorias de las partes, sustentada en su pertinencia, utilidad y conducencia, todo lo cual le permitiría objetivamente develar la necesidad de decretar las pruebas solicitadas".⁵

Según la jurisprudencia y normatividad analizada, se concluye que en el sistema procesal penal con tendencia adversarial adoptado en nuestro país, el desarrollo de la actividad probatoria es en esencia un rol de partes que excluye al juez, y si bien dicha actividad se rige por el principio de la libertad probatoria, el mismo se complementa, entre otros, con el de legalidad de las pruebas. En este orden, la petición de pruebas, tópico a tratar en el presente asunto, reclama entonces una adecuada sustentación en cuanto a su pertinencia, conducencia, utilidad o necesidad, para lograr que el juez logre *"discernir acerca de estos tópicos sin sustituir a las partes o colmar sus deficiencias"*.⁶

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto del 18 de junio de 2014, radicado AP3299-2014, 43.554, M.P. Eugenio Fernández Carlier.

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto del 18 de junio de 2014, radicado AP3299-2014, 43.554, M.P. Eugenio Fernández Carlier.

Sobre la pertinencia, siguiendo lo dispuesto en el artículo 375 del C. de P.P., puede decirse que: *"es la adecuación entre los hechos que se pretenden llevar al proceso y los hechos que son tema de la prueba en éste. En otras palabras, es la relación de facto entre los hechos que se pretenden demostrar y el tema del proceso."*⁷

La conducencia de la prueba puede definirse como *"la idoneidad que tiene una prueba para demostrar determinado hecho. Supone que no exista una norma legal que prohíba el empleo del medio para demostrar un hecho determinado. El sistema de la prueba legal, de otra parte, supone que el medio que se emplea, para demostrar el hecho, está consagrado en la ley. La conducencia es una comparación entre el medio probatorio y la ley, a fin de saber, si el hecho se puede demostrar en el proceso, con el empleo de ese medio probatorio"*.⁸

El tercer elemento referido, utilidad o necesidad de la prueba, tiene que ver con el móvil que debe impulsar esa actividad probatoria, que no es otro que el aportar probanzas que presten algún servicio en el proceso para la convicción del juez, de tal suerte que, si no persigue ese propósito, se genera su rechazo de plano.

Descendiendo al caso que nos ocupa, en criterio de la Sala, en la fundamentación de la defensa se advierte que el testimonio de la menor Natalia Andrea Guarín Garro conduciría a demostrar su teoría del caso, en este sentido, se considera que le asiste razón, pues si bien este relato no estaría relacionado directamente con los hechos, sí resulta conducente y pertinente, pues con ella se busca acreditar una hipótesis de la defensa, esto es, útil a sus intereses, pues lo que se pretende es darle una mayor firmeza a lo que narren sus testigos, con relación al presunto comportamiento adecuado del procesado frente a otras menores, información que puede ser valorada por el juez para poder sopesar si efectivamente la teoría del caso expuesta por esta parte pudo ser probada.

⁷ JARIO PARRA QUIJANO. Manual de Derecho Probatorio. Decimoctava Edición. Ediciones del Profesional Ltda, 2013, pag. 145.

⁸ JARIO PARRA QUIJANO. Manual de Derecho Probatorio. Decimoctava Edición. Ediciones del Profesional Ltda., 2013, pag. 145.

Adicional, se trata de una prueba conducente, permitida en el debate probatorio, con la cual no se vulneran derechos de la menor declarante, pues deberá estar acompañada de un defensor de familia que con la juez ejercerán un control estricto sobre las preguntas que se le vayan a formular, en aras de no vulnerar su dignidad. También resulta útil por cuanto la mayoría de la prueba de la defensa es común y con esta se pretende demostrar el posible comportamiento adecuado del procesado, en consecuencia, debió la juez decretarla.

4. INADMISIÓN DEL PSICÓLOGO PERITO JAIME ALBERTO ECHEVERRY

De otro lado, la defensa no está conforme con la inadmisión del perito Jaime Alberto Echeverry, razonando que resulta aventurado y sin fundamento negar esta prueba con el argumento del derecho penal de acto, en su sentir, se trata evidentemente de un tema de prueba, relacionado con la sexualidad del acusado, esto es sobre sus tendencias sexuales.

Para argumentar su decisión de inadmisión, la juez citó la decisión AP4640 de 2022 Rad. 61078 del 24 agosto de 2022, de la cual discrepa la defensa, indicando que en ese caso se solicitó por el defensor el dictamen pericial psicológico del acusado para discutir la evidencia demostrativa que pidiera la fiscalía a través de la reconstrucción de los hechos, pero en este caso no será utilizado en ese sentido, simplemente es para conocer las tendencias sexuales del implicado.

Asimismo, para defender su postura frente a la inadmisión de la referida prueba pericial, la recurrente citó la decisión de este tribunal SAP-A-2019-26 del 14 de noviembre de 2019, M.P. Nelson Saray Botero, en la cual se indica que lo pretendido con este tipo de prueba no es otra cosa que hacer menos probable la ocurrencia del hecho, con el fin de ofrecer *"un elemento de juicio de naturaleza especializada relevante para la estrategia defensiva; que, en todo caso, estará sometida al tamiz de la sana crítica."*

Si bien quien funge como ponente en este asunto suscribió la providencia citada de este tribunal del 14 de noviembre de 2019, en su condición de primer revisor, no puede ser ajeno a la evolución jurisprudencial sobre este específico tema, razón para recoger su postura para acogerse a reciente pronunciamiento de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, pues resulta indiscutible que, como así lo analizó el tribunal de cierre, este tipo de pruebas sólo serían conducentes cuando la existencia de distorsiones cognitivas propias de los abusadores sexuales de menores sean tema de prueba de la teoría del caso de la fiscalía o un hecho indicador. Así lo señaló:

"(...) Por lo que la petición de la defensa, tendiente a probar si el acusado evidencia rasgos "compatibles o incompatibles con pedofilia o atracción sexual por menores", no surge conducente, no solo por carecer de relación directa con el tema de prueba, sino porque tiene como objeto fijar un rasgo del carácter del acusado, que no es tema del juicio penal.

Ya que, como bien lo enuncio la Sala de Instancia, nuestro sistema penal se gobierna por principios como el derecho penal de acto y no de autor, tal como se deriva del artículo 29 Constitucional, "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa...", en el que sólo se valida castigar al hombre por sus actos, por lo que hace, no por lo que es, desea, piensa o siente.

De aceptar la solicitud probatoria propuesta por la defensa, más allá de pretender incorporar en el sistema jurídico, teorías foráneas relativas a la evidencia de carácter, como la de "abrir las puertas", ello significaría admitir que en nuestro sistema de enjuiciamiento penal, son admisibles y susceptibles de juzgamiento –y por la tanto objeto de prueba– todas aquellas particularidades del sujeto, del ser, de sus condiciones sicofísicas o de su personalidad, desplazando el objeto de la prueba, no a los hechos objetivados en el proceso sino a la potencialidad de los mismos.⁹

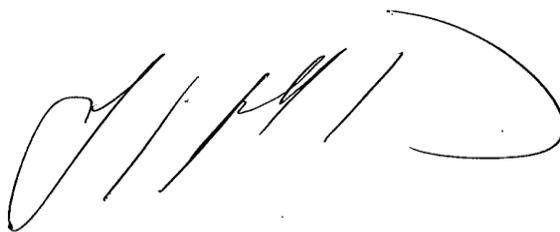
Así las cosas, considera la Sala que, en este asunto, el dictamen pericial psicológico del acusado, solicitado como prueba, no contribuye a hacer más o menos probable la responsabilidad del acusado, porque su comportamiento sexual anterior, gustos o preferencias, no es el objeto del juzgamiento, en consecuencia, resulta acertada la decisión de la juez de primera instancia al inadmitir el testimonio del psicólogo perito Jaime Alberto Echeverry.

En mérito de lo expuesto y sin necesidad de realizar mayores consideraciones, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, Sala de Decisión Penal, administrando

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, AP4640 de 2022 Rad. 61078 del 24 agosto de 2022.

justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **RESUELVE:**
REVOCAR PARCIALMENTE la decisión de la Juez Veintidós Penal del Circuito de Medellín, durante la audiencia preparatoria, y en su lugar, **se admiten** los testimonios de Leydi Johana Arboleda madre de la menor, del personal del Hospital Pablo Tobón Uribe, esto es Leydi Sánchez Hernández (secretaria), María del Pilar Suriani (psicóloga) y Natalia Gil Arcila (trabajadora social), Natalia Salas (pediatra), Jefferson Franco Peláez (comisario de familia) María Sonia Nieto (investigadora Fiscalía), María Paulina Montes y María Helena Bermúdez (psicólogas de la Institución Lucerito y Jugar Para Sanar), Blanca Rubiela Arboleda Metaute, Idalba Rosa Pérez Herrera y Suleid Milena Quiceno Arboleda y el ingreso de los documentos que plasman la información relacionada con la atención brindada, **sin el condicionamiento decidido por la primera instancia.** Así mismo **se admite** el testimonio de la menor NATALIA GUARÍN GARRO, según lo expuesto en la parte considerativa de esta decisión; en lo demás rige la decisión de la primera instancia. Así fue discutida y aprobada en Sala, por los Magistrados que la integran, según consta en el acta de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA
Magistrado Ponente



JUAN CARLOS ACEVEDO VELÁSQUEZ
Magistrado



ÓSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ
Magistrado