

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**SALA DE ASUNTOS PENALES PARA ADOLESCENTES**

**Radicado:** 05001 60 01239 2017-00550

**Acusado:** Sebastián Álvarez Echeverri

**Delito:** Actos sexuales con menor de 14 años

**Decisión:** revoca

**Magistrado Ponente:** Gabriel Fernando Roldán Restrepo

**Aprobado en acta No. 38**

**Medellín, veintiocho (28) de marzo de dos mil veintitrés (2023).**

**1.- VISTOS**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la fiscal y la representante de víctima, contra la decisión proferida el 9 de marzo de 2023 en sede de juicio oral, por el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes de Medellín, de negar la práctica, como prueba de referencia, del testimonio de la investigadora del CTI Teresa Restrepo Moreno.

**2.- ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL**

Se reseñará solo lo relevante de acuerdo al objeto de apelación, resaltándose que los hechos datan del mes de agosto a octubre de 2017, cuando la presunta víctima contaba con 5 años de edad, veamos:

**2.1.-** En audiencia preparatoria realizada el 23 de noviembre de 2022, la fiscal, entre otras, realizó las siguientes solicitudes probatorias:

- **Testimonio de ECG.** Presunto ofendido y quien detallará las circunstancias de ocurrencia de los hechos, el sitio donde se presentaban, durante cuánto tiempo, que partes del cuerpo fueron objeto de los tocamientos, quién lo supo, cuál fue el apoyo que le brindaron en el colegio, y en general, las circunstancias de modo, tiempo y luego, ello a fin de demostrar la existencia del suceso y la responsabilidad el acusado en su comisión.

- **Testimonio de Teresa Restrepo Moreno.** Investigadora del CTI y fue la encargada de recepcionar la entrevista judicial del menor ECG, por tanto, se requerirá su declaración en juicio como testigo de referencia en el evento en que el niño no esté disponible.

Al respecto, no presentan oposiciones, y el juez accede a su decreto.

**2.2.-** En sesión del juicio oral realizada el 9 de marzo de 2023, se inició con el interrogatorio a la presunta víctima ECG –con 10 años de edad-, pero pese a los reiterados cuestionamientos, éste manifestó no acordarse de nada, razón por la cual, la fiscal solicitó la práctica como prueba de referencia del testimonio de la investigadora del CTI Teresa Restrepo Moreno al ser la persona encargada de recepcionar la entrevista del niño, ello tal y como lo pidió en la audiencia preparatoria.

Explicó que en este evento se trata de un menor de edad víctima de un delito sexual, existiendo una falta de disponibilidad relativa, en tanto, si bien se encuentra presente en la audiencia dice no recordar los hechos ocurridos en el 2017 cuando tenía 5 años de edad, lo que se ubica en el literal E del artículo 438 de la Ley 906 de 2004.

Dicha petición fue coadyuvada por la representante de víctima, y la defensa no se opuso.

### **3.- DECISIÓN**

El juez de instancia explicó que la prueba de referencia es excepcional pues el testimonio debe recibirse de manera directa y solo en ciertos casos se permite la comparecencia de un tercero, y en sentido, en este caso la fiscal adujo que el menor había perdido la memoria y que su situación también se enmarca en lo dispuesto en el artículo 438 de la Ley 906 de 2004, por ser víctima menor de un delito sexual.

Explicó que esa pérdida de la memoria no debe aducirse en desarrollo de la prueba, sino cuando se considera que el testigo está olvidado o dejando de declarar sobre algo, es razón para que en la audiencia preparatoria se explique lo pertinente con la respectiva certificación pericial, lo que no se adujo, y en este

momento, no aprecia que ello ocurra pues lo manifestado por el menor da cuenta que tiene una capacidad de evocación clara, fresca y detallada.

Frente a que se trata de una víctima de un punible sexual menor de 18 años, consideró que esto ocurre cuando en la preparatoria la fiscalía advierte que no va ser revictimizado, pero en este evento, el ente acusador solicitó el testimonio del niño confiando en que favorecería sus intereses, pero no puede ahora por el hecho de que el testigo no se comportó como esperaba recurrir a la prueba de referencia.

En esos términos, y al evidenciar que no se presentaban en este evento las exigencias excepcionales del artículo 438 CPP, no accedió a la pretensión de la fiscal.

#### **4.- MOTIVO DE APELACIÓN**

**4.1.-** La fiscal argumentó que la prueba de referencia es excepcional para cuando el testigo no se encuentre disponible, de allí que desde la audiencia preparatoria enunció esa posibilidad, a fin de que en ese evento se tomara en cuenta esa entrevista realizada al menor de edad, víctima de una agresión sexual; aunado a ello, la fiscalía no está obligada a saber previamente que el afectado va a recordar o no el evento, y en este caso, el juez pudo confirmar que se trata de un testigo con disponibilidad relativa, pudiéndose aplicar el literal E del artículo 438 de la Ley 906 de 2004.

Advierte que no puede omitirse que en este asunto los hechos sucedieron en el año 2017, cuando el niño tenía 5 años de edad y ahora tiene 10; dándose esas circunstancias de no disponibilidad, por la corta edad, el paso del tiempo, y haber estado en terapia. En ese sentido, solicitó se revoque la decisión y en su lugar, se incorpore como prueba de referencia el testimonio de la investigadora del CTI Teresa Restrepo Moreno.

**4.2.-** La representante de víctima, coadyuvó los argumentos presentados por la fiscal, agregando que en caso de que existiese alguna falencia procedimental, debe prevalecer el derecho sustancial pudiéndose garantizar el debido proceso, y demás prerrogativas, en tanto, se trata de un menor que no tuvo la capacidad de recordar ese evento que denunció cuando tenía 5 años, y se

encuentra la declaración que en su momento presentó, lo que serviría para dar mayor fundamento a la verdad de lo acaecido.

#### **4.3.- No recurrente.**

La defensora manifestó que no presentaba oposición alguna, bien fuese porque se permitiera nuevamente la declaración del menor o se decretara la práctica de la prueba de referencia, acogiéndose así a la decisión que se emita en segunda instancia.

### **5.- CONSIDERACIONES**

Es competente la Sala para resolver el asunto sometido a estudio acorde con lo normado en el artículo 34 numeral 1 de la Ley 906 de 2004, en concordancia con el artículo 359 inciso final de la misma obra, y como quiera que el límite del recurso lo impone la parte apelante, se atenderá estrictamente esa argumentación para dar respuesta a la censura.

Reprocha la fiscalía que el juez de instancia, en sede de juicio oral, hubiese impedido la práctica testimonial como prueba de referencia de la investigadora del CTI Teresa Restrepo Moreno, decretada en audiencia preparatoria, al considerar que no se cumplen las exigencias contempladas en el artículo 438 de la Ley 906 de 2004; en lo que le asiste razón, conforme pasa a explicarse:

Es claro que resulta viable incorporar al juicio oral de manera excepcional, las entrevistas anteriores, en los supuestos previstos en la citada norma y que derivan de aquellas situaciones en las que el testigo no se encuentre disponible, así lo indica:

*“...Únicamente es admisible la prueba de referencia cuando el declarante:*

- a) Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación;*
- b) Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar;*
- c) Padece de una grave enfermedad que le impide declarar;*
- d) Ha fallecido.*
- e) <Literal adicionado por el artículo 3 de la Ley 1652 de 2013. El nuevo texto es el siguiente:> 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...”*

Al respecto, señaló la Sala Penal del Corte Suprema Justicia:

*“La Corte en decisión reciente, CSJ SP934-2020, Rad. 52045, recordó y analizó de manera detallada los mecanismos procesales con los que cuenta la Fiscalía para incorporar al juicio oral la versión de un menor que ha sido víctima de delitos sexuales: (i) asegurar el testimonio de la víctima como **prueba anticipada**, según lo previsto en el artículo 274 de la Ley 906 de 2004; (ii) llevar la versión de la víctima al juicio, como **prueba de referencia**, incluso si aquélla es convocada como testigo allí; y (iii) 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.*

*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 sus manifestaciones previas como **testimonio adjunto**.*

*La Sala, en esa oportunidad, analizó en detalle la prueba de referencia y el testimonio adjunto, por lo que, dada su absoluta pertinencia frente al caso que ahora se analiza, en tanto, la fiscalía optó por comunicar la narración de la ofendida a través de la práctica de su testimonio en el juicio oral, oportunidad en la que ésta se retractó, a continuación, se transcribirán los apartes pertinentes de la referida decisión (CSJ SP934-2020, 20 may. 2020, rad. 52045):*

*«(...)3.2 De la prueba de referencia.*

*De acuerdo con el artículo 437 de la Ley 906 de 2004, se trata de «toda declaración realizada fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio».*

*A partir de ese precepto, la Sala ha decantado que una determinada manifestación previa será prueba de referencia en tanto sea «...rendida... por fuera del juicio oral... (y) presentada... en este escenario como medio de prueba... de uno o varios aspectos del tema de prueba... cuando no es posible su práctica en el juicio».*

*Como las pruebas de referencia entrañan una limitación del derecho de confrontación, su admisibilidad es excepcional y procede únicamente en los eventos previstos en el artículo 438 ibidem, esto es, cuando la persona que ha producido la declaración (i) ha perdido la memoria; (ii) es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar; (iii) padece una enfermedad grave que le impide rendir testimonio; (iv) ha fallecido, o (v) «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».*

***Sin perjuicio de lo anterior, y según se anticipó en el acápite antecedente, la Sala ha admitido que, en casos de menores víctimas de delitos sexuales, sus declaraciones anteriores se usen como pruebas de referencia así aquéllos concurren al juicio (...)***

***En ese entendido, lo esencial, a este efecto, es que la disponibilidad del testigo en el juicio no sea plena sino relativa «por su edad, porque el paso del tiempo le impida recordar lo sucedido» o por cualquier situación análoga que le imposibilite o dificulte atestar de manera adecuada.***

*Por otro lado, la apreciación y valoración de una manifestación previa como prueba de referencia presupone que la parte interesada haya solicitado su aducción (en la audiencia preparatoria o en el juicio oral, si es que la circunstancia excepcional de admisibilidad sobreviene en esta última), y tal pretensión debe satisfacer una carga argumentativa precisa (...)*

*En específico, y de acuerdo con las precisiones que anteceden, si se pretende la incorporación de las manifestaciones de un menor víctima de un delito sexual como prueba de referencia aun cuando aquél ha comparecido al juicio (esto es, bajo el presupuesto de que su disponibilidad es relativa), quien así lo procura debe demostrar argumentativamente, además de la satisfacción de las condiciones reseñadas, que el testigo, a pesar de su presencia física en la vista pública, no estuvo en realidad disponible para ser interrogado y contrainterrogado.*

*Sobre tal solicitud, la parte contra la cual se aduce la prueba deberá necesariamente tener la oportunidad de pronunciarse, a efectos de que se le permita controvertir la satisfacción de exigencias que habilitan su incorporación (incluida, desde luego, la que se invoque como fundamento de su admisibilidad excepcional) y respecto de la misma debe mediar un pronunciamiento expreso de la autoridad judicial».<sup>1</sup>  
(negrillas fuera del texto original)*

En este asunto, la fiscal en audiencia preparatoria, solicitó entre otras pruebas, la práctica del testimonio de ECG, quien narraría las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos por los que fue acusado el adolescente Sebastián Álvarez Echeverri, igualmente, pidió la declaración de Teresa Restrepo Moreno, en su condición de investigadora del CTI, para que en el evento en que el niño no estuviese disponible, al ser la funcionaria que recepcionó la entrevista al menor, pudiese rendir testimonio en el juicio oral; ambas solicitudes probatorias fueron decretadas por el juez de instancia.

Lo que quiere decir, que la fiscal optó por comunicar el relato de la víctima a través de su testimonio, y de manera subsidiaria el de la investigadora para

---

<sup>1</sup> CSJ. Sala Penal. Rad. 56705 de 2022

incorporar la entrevista que le recibió al niño, como prueba de referencia admisible, esto en caso de indisponibilidad o disponibilidad relativa del declarante.

Y en efecto, en la sesión del juicio oral realizada el 9 de marzo de 2023 el menor ECG que, para ese momento contaba 10 años de edad, rindió su testimonio, pero en el curso del mismo, manifestó no acordarse de nada frente al suceso, esto es, declaró sobre circunstancias generales de su vida personal, sin embargo, cuando se le preguntó por la situación específica, refirió no recordar.

De modo que, de acuerdo a la jurisprudencia en cita, se cumple con la condición fundamental de la admisibilidad de la prueba de referencia en casos de menores víctimas de delitos sexuales, esto es, cuando se opte por no llevar al menor al juicio oral a rendir su testimonio o en los eventos de disponibilidad relativa del testigo, como sucedió en este evento.

Y, es que no puede dejarse de lado que el menor ECG para el momento del suceso contaba con 5 años de edad, siendo convocado al juicio oral 5 años después, lo que evidencia que posiblemente ese paso del tiempo le hubiese impedido recordar ese traumático evento en particular, además, la fiscalía cumplió con la carga de argumentar que, pese a la presencia física del testigo en la audiencia pública, en realidad no estuvo disponible para ser interrogado, frente a lo cual, las demás partes e intervinientes no presentaron oposición alguna.

En esos términos, no encuentra la Sala razones que impidan el decreto como prueba de referencia el testimonio de la investigadora del CTI Teresa Restrepo Moreno, por tanto, se revocará la decisión apelada en ese aspecto.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN**, Sala de Asuntos Penales de Adolescentes,

### **RESUELVE,**

**PRIMERO: REVOCAR** la decisión del 9 de marzo de 2023, emitida por el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes de Medellín, y en su lugar, **DECRETAR** como prueba de referencia el testimonio de la investigadora del CTI Teresa Restrepo Moreno.

**SEGUNDO:** Esta providencia queda notificada en estrados y contra ella no procede recurso alguno.

Devuélvase al juzgado de origen, no sin antes dejar copia de la misma.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**GABRIEL FERNANDO ROLDÁN RESTREPO**  
**MAGISTRADO**



**FLOR ÁNGELA RUEDA ROJAS**  
**MAGISTRADA**

(En ausencia justificada)  
**LUZ DARY SÁNCHEZ TABORDA**  
**MAGISTRADA**