

**DESCRIPTOR:** prueba de referencia, delito sexual.

**RESTRICTOR:** la entrevista rendida por un menor víctima de un delito sexual es una prueba de referencia y su admisibilidad está condicionada a la no asistencia de este a juicio;

Si el menor víctima asiste a juicio, serán las manifestaciones que haga en ese escenario, las que deberá apreciar el juez en orden a adoptar el sentido de la sentencia.

## TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Sustanciador

**Santiago Apráez Villota**

Aprobado Acta No. 211.

Medellín, diciembre cinco (5) de dos mil diecisiete (2017).

Procede la Sala a resolver la apelación interpuesta por el defensor contra el auto de pruebas emitido por el Juzgado 2º Penal del Circuito dentro de la causa seguida contra Duver Efrý Pérez Ceballos, en desarrollo de la audiencia preparatoria celebrada el pasado 20 de noviembre.

### ANTECEDENTES

1.El Fiscal 234 Seccional acusó formalmente a Duver Efrý Pérez Ceballos por la comisión de un concurso de delitos de accesos carnales y actos sexuales abusivos, por haber realizado actos libidinosos sobre la menor E.P.V., entre los meses de febrero y mayo de 2017.

2. El conocimiento del juicio está asignado al Juez 2º Penal del Circuito de Itagüí, quien en desarrollo de la audiencia preparatoria decretó la totalidad

de las pruebas solicitadas por las partes; pero, condicionó el testimonio de acreditación de Sandra Yolima Torres Rúa, en el sentido que esta solo declararía si la menor no hacia presencia en juicio, pues de ser así no sería procedente introducir la entrevista forense.

3. La anterior decisión fue apelada por la fiscalía, quien no está de acuerdo con que se haya condicionado el testimonio de Sandra Yolima Torres Rúa, asegurando al efecto que la jurisprudencia ha señalado que *“en estos casos, pues, puede ingresar tanto el testimonio del menor como la entrevista rendida por él y esa entrevista no puede ingresar sola sino a través del testimonio de quien la recibió. Esto con el fin de corroborar situaciones que el mismo menor haya dicho en el juicio y que puedan ser corroboradas, ratificadas, ya sea por el contenido de la entrevista o por las manifestaciones directas que tenga quien lo entrevistó”*.

4. El defensor solicitó confirmar la decisión, asegurando que acertó la juez al disponer que la entrevista solo podía ser ingresada si el menor no asistía a juicio, porque, si se cuenta con el testimonio de esta última, es esta la prueba que deberá ser valorada en la sentencia, en tanto que la entrevista solo podrá ser usada para impugnar credibilidad o refrescar memoria.

## SE CONSIDERA

Atendiendo a la legitimidad e interés que asiste a la fiscalía para apelar la decisión que negó la práctica de una prueba, la Sala entrará a pronunciarse sobre la impugnación propuesta.

Con tal finalidad se empieza aclarando que el debate no radica en la admisibilidad del testimonio de acreditación de Sandra Yolima Torres Rúa a efectos de ingresar la entrevista forense recibida a la presunta víctima, en el evento que esta última no comparezca a rendir su testimonio, pues, de ser así, se perfeccionaría uno de los eventos para la procedencia de la prueba de referencia, esto es que la víctima sea menor de 18 años y sea sujeto pasivo de un delito sexual, como estimó la juez de instancia.

En este caso el problema jurídico estriba en determinar si acertó la juez al disponer que la entrevista rendida por la menor, solo podía ingresar como

prueba mediante la investigadora que la recibió, en el caso que la infante no asistiera a juicio.

Para resolver dicho cuestionamiento se precisa que el sistema acusatorio se funda, entre otras bases, en la idea de estimar como pruebas solo aquellas que son practicadas en desarrollo del juicio oral, conforme a los principios de inmediación, contradicción, confrontación y publicidad; no obstante, de forma excepcional se permite la utilización como prueba de declaraciones recibidas por fuera de ese escenario, como por ejemplo, cuando se permite la incorporación de una prueba anticipada o una prueba de referencia.

También ha de puntualizarse que el asunto referido a la admisibilidad de la declaración precedente al juicio que hace una menor víctima de un delito atentatorio de su integridad, libertad y formación sexual ha sido objeto de no pocos pronunciamientos por parte de la Corte Suprema de Justicia, cuya línea propende por admitir su incorporación, pero sin desconocer que esta no deja de ser una prueba de referencia.

En ese sentido, la admisión de la entrevista forense está supeditada a la no disponibilidad del testigo directo, en este caso la menor, pues de esta manera se garantizan los principios de inmediación y contradicción que orientan el sistema penal y los derechos que le asisten al sujeto pasivo de la acción represiva.

Hechas esas precisiones, es necesario recordar cuales fueron las razones que invocó el delegado de la fiscalía para fundamentar su solicitud probatoria en punto al testimonio de Sandra Yolima Torres Rúa, cuya procedencia justificó así:

*“El testimonio de Sandra Yolima Torres Rúa ingresara, señoría, la entrevista forense en caso de que así lo determine la fiscalía, que indica la información que por parte de las víctimas recibió Sandra Yolima Torres Rúa como investigadora criminalística adscrita al CAIVAS de Itagüí”.*

Posteriormente, ante requerimiento que hiciera la defensa a la fiscalía para que explicara cuál era la finalidad en concreto del testimonio de esta investigadora, aseguró el delgado que:

*“Con la señora Sandra Torres se ingresará la entrevista forense que se recibió a una de las víctimas en caso de que la víctima no ingrese, o en defecto como una prueba de corroboración, vuelvo e insisto, ya en el desarrollo cuando se inicie el juicio oral será la fiscalía quien determine si ingrese o no la víctima o en defecto la Dra. bien para el ingreso de la entrevista que sería prueba de referencia o bien como prueba de corroboración de en caso de que ingrese el menor, puntualmente esa sería la función de la señora Sandra” .*

La anterior transcripción evidencia que la fiscalía pretende ingresar la entrevista forense, asista o no a juicio la menor presuntamente ofendida, pretensión que no se compadece con los lineamientos citados precedentemente, pues si la víctima concurre al juicio, serán las aseveraciones que brinde en este estadio procesal las que deberán ser estimadas por el juez, pues se contaría con el medio de prueba directo tendiente a acreditar el tema de prueba.

Esa es la solución que al respecto ha propuesto la jurisprudencia en un intento por estimar los derechos prevalentes del menor en armonía con el principio de contradicción que orienta el sistema procesal actual y las garantías del enjuiciado. Acorde a lo anterior, en reciente pronunciamiento (CSJ SP 25 ene 2017, rad. 449501, la Corporación hizo las siguientes precisiones:

*“A la luz de lo anterior, para la solución del presente caso la Sala debe resolver cuáles son las consecuencias jurídicas de que la Fiscalía opte por no presentar en el juicio oral al testigo de cargo (en el que se soporta en buena medida la acusación), cuando no existen dudas sobre su disponibilidad, y en su lugar decida incorporar como prueba una declaración rendida por éste por fuera del juicio oral, sin que se haya presentado oposición por la defensa ni algún control por parte del juez.*

*En primer término, debe reiterarse que si la declaración anterior se presenta en el juicio oral como medio de prueba, debe considerarse prueba de referencia, bien porque encaja en la definición del artículo 437 de la Ley 906 de 2004, ora porque la parte contra la que se aduce el testimonio se ve privada de la oportunidad de ejercer el derecho a la confrontación.*

---

<sup>1</sup> Tal postura fue reiterada en decisión 30 de enero subsiguiente, radicado 42656.

*Si el testigo está disponible, es obvio que no concurre ninguna de las circunstancias excepcionales de admisión de prueba de referencia consagradas en el artículo 438 en cita.*

*Por tanto, admitir, bajo esas condiciones, una declaración anterior al juicio oral como medio de prueba, no sólo trasgrede el artículo 438 de la Ley 906, sino, además, el artículo 16 ídem, norma rectora que establece que “**únicamente** se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento”, y, en general, las normas que regulan la prueba testimonial<sup>2</sup>.*

*Esa clase de actuaciones, entendibles únicamente a la luz del ya superado principio de permanencia de la prueba, socava el sistema procesal penal implementado con el Acto Legislativo 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004, e impide el desarrollo de garantías judiciales tan importantes como el derecho a la confrontación, previsto en los artículos 8 y 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, respectivamente, así como en las normas rectoras del nuevo estatuto procesal penal, según lo indicado a lo largo de este proveído.*

*En primer término, debe reiterarse que si la declaración anterior se presenta en el juicio oral como medio de prueba, debe considerarse prueba de referencia, bien porque encaja en la definición del artículo 437 de la Ley 906 de 2004, ora porque la parte contra la que se aduce el testimonio se ve privada de la oportunidad de ejercer el derecho a la confrontación.*

*Si el testigo está disponible, es obvio que no concurre ninguna de las circunstancias excepcionales de admisión de prueba de referencia consagradas en el artículo 438 en cita.*

*Por tanto, admitir, bajo esas condiciones, una declaración anterior al juicio oral como medio de prueba, no sólo trasgrede el artículo 438 de la Ley 906, sino, además, el artículo 16 ídem, norma rectora que establece que “**únicamente** se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y*

---

<sup>2</sup> Se hace énfasis en el tratamiento especial que tienen las declaraciones rendidas por los niños, especialmente los que comparecen a la actuación penal en calidad de víctimas de abuso sexual u otros delitos graves.

*contradicción ante el juez de conocimiento”, y, en general, las normas que regulan la prueba testimonial<sup>3</sup>.*

*Esa clase de actuaciones, entendibles únicamente a la luz del ya superado principio de permanencia de la prueba, socava el sistema procesal penal implementado con el Acto Legislativo 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004, e impide el desarrollo de garantías judiciales tan importantes como el derecho a la confrontación, previsto en los artículos 8 y 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, respectivamente, así como en las normas rectoras del nuevo estatuto procesal penal, según lo indicado a lo largo de este proveído”.*

Esos lineamientos se advierten respetados en la decisión de primera instancia, en la cual la juez consideró que de hacer presencia en juicio la menor, no era viable que Sandra Yolima Torres Rúa asistiera como testigo de acreditación para incorporar la entrevista que realizó a la niña, toda vez que no se satisface el requisito que haría viable el ingreso como prueba de referencia de la entrevista, cual es que no se cuente con el testigo que de forma personal y directa podrá ilustrar sobre los hechos.

Para terminar de demostrar la improcedencia de la solicitud que eleva la fiscalía, se precisa que si la declaración de la menor en juicio y su entrevista recaen sobre el mismo tema de prueba, este último elemento material probatorio es repetitivo, por lo que no se satisface otro de los requisitos generales para la admisibilidad de pruebas que contempla el artículo 359 del código de procedimiento penal<sup>4</sup>.

En suma, ningún error se advierte en condicionar el arribo a juicio de Sandra Yolima Torres Rúa a la no comparecencia al juicio de la presunta víctima, como decidió la juez de instancia, por lo que se impartirá confirmación a su decisión, sin más consideraciones.

---

<sup>3</sup> Se hace énfasis en el tratamiento especial que tienen las declaraciones rendidas por los niños, especialmente los que comparecen a la actuación penal en calidad de víctimas de abuso sexual u otros delitos graves.

<sup>4</sup> Artículo 359. Exclusión, rechazo e inadmisibilidad de los medios de prueba. Las partes y el Ministerio Público podrán solicitar al juez la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba que, de conformidad con las reglas establecidas en este código, resulten inadmisibles, impertinentes, inútiles, repetitivos o encaminados a probar hechos notorios o que por otro motivo no requieran prueba.

Por lo expuesto, esta Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín,

**RESUELVE:**

Confirmar la decisión emitida por el Juzgado 2º Penal del Circuito de Itagüí, en desarrollo de la audiencia preparatoria celebrada el pasado 20 de noviembre.

Contra esta determinación no procede ningún recurso.

Por el Magistrado Sustanciador se citará a audiencia de lectura de esta providencia, en la cual se notificará su contenido.

**CÚMPLASE.**

**SANTIAGO APRÁEZ VILLOTA**

Magistrado

**ÓSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ**

Magistrado

LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

Magistrado