

TEMA: INADMISIÓN DE MEDIO DE PRUEBA / TESTIMONIO - No resulta acertado inadmitir testimonios por constituir prueba de referencia, pues al momento del juicio pueden variar las circunstancias. / **CORROBORACIÓN PERIFÉRICA** - 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. /

HECHOS: El Juez a quo consideró que los servidores de la Comisaría de Familia no son testigos de los hechos, por ello consideró que serían prueba de referencia inadmisibles. La Fiscalía, en su recurso, argumentó que son testigos de cargo a través de los cuales puede hacerse la corroboración periférica, haciendo más o menos probable los presuntos hechos jurídicamente relevantes.

TESIS: No sobra advertir 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. (...) El Juez no puede hacer condicionamientos al interrogatorio ni inadmitir a los testigos desde la audiencia preparatoria, argumentando que son prueba de referencia, pues de esta forma se estaría anticipando apresuradamente a lo que puede ocurrir en el juicio. 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. (...) Se pueden 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 víctima 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 en el juicio. También puede ocurrir que la víctima 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 son totalmente inciertas e imprevisibles. (...) Para concluir, la inadmisión de los testigos como prueba de referencia no resulta procedente sino hasta el desarrollo del juicio oral.

MP. HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA.

FECHA: 16/08/2023

PROVIDENCIA: AUTO INTERLOCUTORIO.

República de Colombia



Tribunal Superior de Medellín
Sala de Asuntos Penales para Adolescentes

AUTO INTERLOCUTORIO Nro. 043- 2023

Radicado: 0500160012392020-00562

PROCESADO: K.J.G.M

DELITOS: ACTO SEXUAL ABUSIVO CON INCAPAZ DE RESISTIR

DECISIÓN: REVOCA

M. PONENTE: HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA

(Aprobado mediante Acta Nro. 116)

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

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

Desata la Sala el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía en la audiencia preparatoria del 9 de junio de 2023, en la cual se INADMITIERON algunas de sus solicitudes probatorias por parte del señor **JUEZ QUINTO PENAL PARA ADOLESCENTES CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE MEDELLÍN.**

ANTECEDENTES

HECHOS: la Fiscalía resumió los hechos en el escrito de acusación así:

"(...) El día 22 de octubre 2020, el joven KJGM de 17 años de edad, atentó contra la integridad sexual de la niña DDNF 14 años, ya que vivían en la misma residencia junto con su madre y dos jóvenes, todos del país de Venezuela. Cuando su madre sale a trabajar, estando solos, ella va a levantar al joven KJGM para que haga unas arepas,



pero se acuesta en la misma cama donde está él y se queda dormida, al despertar está sin interiores y la bata del pijama subida, y él se encontraba desnudo. Ella sintió una baba entre las piernas se asustó, rasgó la ropa y se metió a bañar, a lo que él le dijo que no era nada de lo que pensaba. Salió muy angustiada de la casa a caminar, ya en la noche regresa abraza a su mamá y se desmaya. Su madre WLFG había llamado a la Policía ya que cuando ella llega de trabajar observa su casa desordenada, ropa rasgada y no encontraba a su hija, por lo que la lleva a urgencias y de allí dan aviso a la Comisaría de Familia de Guayabal quien denuncia estos hechos.”.

ACTUACIÓN PROCESAL

El 14 de febrero de 2022, ante el Juzgado Quinto Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Medellín se formuló imputación al adolescente KJGM, quien no aceptó la responsabilidad.

La Fiscalía presentó escrito de acusación el 5 de mayo de 2022 contra el joven KJGM por el delito de acceso carnal o acto sexual abusivo con incapaz de resistir, agravado, conforme a lo previsto en los artículos 210 y 211.5 del Código Penal. Le correspondió por reparto el conocimiento del proceso al Juzgado Quinto Penal para Adolescentes con Funciones de Conocimiento de Medellín, donde se realizó la audiencia de formulación de acusación el 17 de marzo de 2023.

El 9 de junio siguiente se realizó la audiencia preparatoria, fecha en la cual se hizo el descubrimiento del material probatorio y evidencia física, acto seguido el juez le concedió la palabra a las partes para que enunciaran e hicieran sus solicitudes probatorias. Luego, en desarrollo del artículo 359 del Código de Procedimiento Penal, le corrió traslado a los sujetos procesales para que manifestaran las circunstancias de exclusión, rechazo e inadmisibilidad de los medios de prueba presentados por cada uno de ellos, frente a lo cual no se presentó oposición alguna.

DECISIÓN APELADA

El Juez de primera instancia decretó las pruebas solicitadas por la Fiscalía, con excepción de los testimonios de ELIANA HOYOS SÁNCHEZ, GUSTAVO ALFONSO

RADICADO:	2020-00562
PROCESADOS:	KJGM
DELITOS:	ACCESO CARNAL CON INCAPAZ DE RESISTIR
DECISIÓN:	REVOCA
M. PONENTE:	HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA



CARDONA TOBÓN y FLOR MARÍA MESA, esto por considerar que son pruebas de referencia.

Argumentó que no decretaría las pruebas en este momento, pues la Fiscal dijo que eventualmente pedirá esa prueba para lo cual tendría que satisfacer las exigencias o presupuestos del artículo 438 del Código de Procedimiento Penal.

Adicionalmente, señala que “Gustavo Alfonso Cardona y Flor María Mesa Martínez no son testigos de nada y, además, lo dice la señora fiscal que la decisión de Gustavo Alfonso Cardona, comisario 9, quien al finalizar la actuación que tuvo a su cargo, atendiendo su calidad, fungiendo como comisario de familia, en la que resolvió amonestar al joven aquí acusado, no es una decisión que vincule al juzgado, desde luego no lo puede vincular, no hay una prejudicialidad, ni siquiera en los casos de proceso disciplinarios, procesos penales, es posible hablar de eso como una prueba de referencia, por lo tanto, como consecuencia lógica, los documentos que se niegan de esa prueba, esa declaración como consecuencia lógica no podrá utilizarse los documentos que ellos suscribieron, que si se hubieran decretado su declaración, esos documentos se podrían utilizar para refrescar memoria por cualquiera de los sujetos procesales, en calidad de defensa, ministerio público, apoderado de víctimas, bueno, pero la víctima no.”.

APELACIÓN

La **Fiscalía** apeló la decisión sólo en lo relacionado con dos de los testigos solicitados, estos son Gustavo Alfonso Cardona Tobón, Comisario de Familia de Buenos Aires y la Comisaria de Familia 15 de Guayabal, señora Flor María Mesa Martínez, pues según lo manifestado por el juez de primera instancia estos no son testigos de nada, entonces para qué valorarlos.

Considera que es importante escuchar a los dos testigos para corroborar las manifestaciones de la víctima sobre lo ocurrido, es decir lo que ella les narró con referencia a esos hechos, por lo cual se deben tener en cuenta como testigos de corroboración con base en las diligencias administrativas, esto para establecer



circunstancias concomitantes al hecho, las cuales pueden hacer más probable la ocurrencia de la conducta punible.

NO RECURRENTES

La defensa no se pronunció.

La representante de víctimas coadyuvó lo argumentado por la Fiscalía.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El Tribunal es competente para conocer de las decisiones adoptadas, de conformidad con los artículos 34.1 y 177.3 de la Ley 906 de 2004, por lo cual se entrará a analizar la decisión tomada en la audiencia preparatoria, concretamente la que fue objeto de recurso y que tiene que ver con la inadmisión de los testimonios del Comisario de Familia de Buenos Aires, señor Gustavo Alfonso Cardona Tobón, así como la de la Comisaria de Familia 15 de Guayabal, señora Flor María Mesa Martínez, ambos solicitados por la Fiscalía.

El Juez a quo consideró que los servidores de la Comisaría de Familia no son testigos de los hechos, por ello consideró que serían prueba de referencia inadmisibles.

La Fiscalía, en su recurso, argumentó que son testigos de cargo a través de los cuales puede hacerse la corroboración periférica, haciendo más o menos probable los presuntos hechos jurídicamente relevantes.

No sobra advertir 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 Sala Penal de 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 aquélla 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 inculpativos que previamente pudo elevar contra la persona investigada, se activa la posibilidad de incorporar su (sic) manifestaciones previas como **testimonio adjunto**. (...)”¹

Igualmente resulta pertinente recordar lo que, respecto de la prueba de referencia, para 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. 50587², 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.

¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. SP 934-2020. 20 de mayo de 2020 Radicación No. 52045. MP. JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA.

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



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.”³

La jurisprudencia citada aclara que las versiones anteriores de la víctima son útiles para el proceso en varios eventos, siempre y cuando se cumplan los presupuestos para ingresarla 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 condicionamientos al interrogatorio ni inadmitir a los testigos desde la audiencia preparatoria, argumentando que son prueba de referencia, pues de esta forma 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

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. SP101-2023 Radicado No. 52977 del 22 de marzo de 2023. M.P. Hugo Quintero Bernate.



ocurrió en este caso al momento de iniciarse un proceso administrativo ante las Comisarías de Familia y que indirectamente tienen relación con los hechos.

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 inadmitir testimonios por constituir prueba de referencia, 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 en el juicio. 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 la inadmisión de los testigos como prueba de referencia 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.

En razón y mérito de lo expuesto, esta Sala de Decisión de Asuntos Penales para Adolescentes del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO: REVOCAR** la decisión adoptada por el Juez Quinto Penal para Adolescentes con Funciones de Conocimiento de Medellín, durante la audiencia preparatoria y, en su lugar, se admiten los testimonios de GUSTAVO ALFONSO CARDONA TOBÓN y FLOR MARÍA MESA MARTÍNEZ, Comisarios de Familia. En lo demás rige la decisión de la primera instancia, según lo expuesto en la parte considerativa de esta decisión. **SEGUNDO:**



Remítase la actuación al Despacho de origen, para lo de su cargo. Así fue aprobada en Sala por los Magistrados que la integran, según consta en el acta respectiva. Esta decisión queda notificada en estrados y contra la misma no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA
Magistrado Ponente

GLORIA MONTOYA ECHEVERRI
Magistrada

EDINSON ANTONIO MÚNERA GARCÍA
Magistrado