



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

HUGO QUINTERO BERNATE
Magistrado Ponente

La información que permite identificar o individualizar a las personas mencionadas en esta decisión, fue suprimida por la Relatoría de la Sala de Casación Penal, de conformidad con lo ordenado en el resuelve de esta providencia, para que el contenido de la providencia pueda ser consultado sin desconocer el artículo 15 de la Constitución y demás derechos fundamentales que puedan resultar afectados.

AP4640-2022

Radicación: 61078

Acta 137

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de agosto de dos mil veintidós (2022).

ASUNTO

Decidir el recurso de apelación interpuesto por el representante de la Fiscalía y la defensa del acusado **LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO**, Magistrado actual de

la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, contra la decisión proferida el 20 de enero de 2022, por la Sala Especial de Primera Instancia de esta Corporación, por medio de la cual se pronunció sobre las solicitudes probatorias elevadas por las partes en audiencia preparatoria.

HECHOS

Fueron formulados por la representante de la Fiscalía General de la Nación, en el escrito de acusación así:

“Narró la denunciante que, la noche del 12 de noviembre de 2017, se celebraba el cumpleaños de ANDRES CERÓN, hermano de LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO, en el apartamento 20-04 de la torre 1 del edificio London, ubicado en la calle 17#40B-64 de Medellín, de propiedad del acusado; en esa reunión estaban presentes DAO, la denunciante LABM y sus dos hijos menores de edad, M.A.O.B. quien para la fecha contaba con siete años de edad y N.O.B. de un año, Lorena novia de Leonardo Cerón, Sofía, hija de éste; Alex Giraldo novio de Sofía, Carlos Arévalo, su esposa, su suegra y su hijo menor, amigos comunes de Leonardo y Andrés Cerón.

En la celebración se preparaba una cena típica pastusa, cuya elaboración estaba a cargo de DAO, mientras tanto los menores M.A.O.B y S.A.N., jugaban en la habitación de LEONARDO EFRAÍN CERÓN. Cerca de las diez de la noche, le pidieron a LEONARDO prender el televisor para que los niños se entretuvieran como acostumbraban a hacerlo siempre que allí se

reunían, especialmente los fines de semana, pues LEONARDO CERÓN era considerado como parte de la familia OB¹.

En un momento, DAO, padre de la niña M.A.O.B., se dirigió a la habitación de LEONARDO CERÓN, desde donde, momentos antes, había salido corriendo el niño S.A.N., allí encontró a su hija de pie, sobre la cama, en la parte izquierda de la cama y a LEONARDO de pie al lado de la niña, el padre llamó la atención a la menor por estar jugando en la cama y le pidió que se dirigiera a la sala en donde se encontraba su mamá, a lo cual LEONARDO respondió que la dejara, que eran niños.

*Refirió la denunciante que la menor M.A.O.B, al llegar a la sala, se sentó a su lado y le dijo **“mamá mañana te cuento algo”**, al día siguiente, siendo aproximadamente las 8.00 a.m., la niña les manifestó **“les voy a contar algo pero no se vayan a enojar, Leo me tocó y es la segunda vez que lo hace”**, la niña refirió, **“cuando fue a poner la televisión, él con el control estaba colocando el televisor y la otra mano me la metió por dentro del interior y me tocó suave y duro, ... cuando llegó el papá, él la soltó”**, que esa era la segunda vez que ocurría y que M.A.O.B., recordaba que el primer evento había acontecido en una ocasión en la que también estaban en el apartamento de LEONARDO CERÓN, ese día ella llevó una película de “Dory” y **“Leonardo se la iba a poner e igualmente le metió la mano por dentro del pantalón y le tocó la vagina”**. (negritas originales)².*

¹ Hecho modificado y aclarado en la formulación de acusación, así: “sucedió que, la menor M.A.O.B, de 7 años quien departía en el evento con otro menor, les manifestó a sus padres su deseo de ver televisión. El Doctor Cerón Eraso, como dueño de casa, asintió y ofreció llevarlos a su habitación para el efecto. Estando en la habitación, se retiro el niño, quedando a solas el magistrado con la menor M.A.O.B...”.

² Escrito de Acusación Cuaderno Original 1 folios 1 a 19.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1. El 18 de julio de 2018 se radicó escrito de acusación ante la Sala de Casación Penal de esta Corporación,³ misma que en atención al contenido del Acto legislativo 01 de 2018, –por medio del cual se crearon las Salas Especiales de Instrucción y Primera Instancia y del Acuerdo PCSJA18-11037 del 5 de julio de 2018 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, que creo las Salas Especiales–, dispuso el envío de la actuación a la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia, para adelantar la etapa del de juicio.

2. El 27 de agosto de 2020, la Sala Especial de Primera Instancia, dio inicio a la audiencia de formulación de acusación, en la que se reconoció la calidad de víctima de la menor M.A.O.B y su representación a cargo del Dr. Edilberto Carrero López, –adscrito a la Unidad de Apoyo de la defensoría del pueblo–; en el desarrollo de la audiencia de formulación de acusación, la representante de la Fiscalía, aclaró y adicionó algunas circunstancias relacionadas con la narración de los hechos jurídicamente relevantes, y suprimió de la calificación jurídica la causal de agravación contemplada en el numeral 7° del artículo 211 del Código Penal, por considerar que la misma desconocía el principio *nos bis in idem*.

³ Cfr. Carpeta Original 1 Folio 24 a 37.

Por su parte la defensa del Doctor CERÓN ERASO solicitó aclaración respecto a las circunstancias modales que rodearon la ocurrencia de lo que la Fiscalía denominó primer evento abusivo y a la narración de los hechos jurídicamente relevantes.⁴

La Fiscalía formuló acusación en contra de LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO, como probable autor del delito de Acto sexual con menor de catorce años (art. 209 C.P.), agravado según lo previsto en el numeral 2° del artículo 211 del Código Penal, en concurso homogéneo y sucesivo de dos conductas, y la circunstancia de mayor punibilidad descrita en el numeral 9° del artículo 58 ibídem⁵.

3. El día 24 de mayo de 2021, se instaló la audiencia preparatoria, en la que no se realizaron observaciones al descubrimiento probatorio efectuado por las partes, y se enunció el contenido de las estipulaciones probatorias⁶; adelantado el trámite establecido por el artículo 356 de la Ley 906 de 2004, los intervinientes sustentaron sus pretensiones probatorias, surtiéndose el traslado para las solicitudes de inadmisión, rechazo, y exclusión de los medios de

⁴ La representante de la Fiscalía aportó escrito de adición, aclaración y corrección al escrito de acusación, junto con el anexo de los elementos materiales de prueba.

⁵La Fiscalía formuló imputación el 23 de marzo de 2018, al Doctor LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO, por el delito de Acto sexual con menor de catorce años, agravado en concurso homogéneo y sucesivo de que tratan los artículos 209 y 211 Numerales 2, 7 y 31 del C.P., y la circunstancia de mayor punibilidad estipulada en el numeral 9° del artículo 58 ibídem. El 16 de abril de 2018, se solicitó audiencia de imposición de medida de aseguramiento, ante un Magistrado en función de control de garantías de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá. El acusado no aceptó los cargos y no le fue impuesta medida de aseguramiento folio 69 a 95 del expediente digital.

⁶ Se estipularon 15 hechos, señalados en el acta de audiencia preparatoria folio 215 a 218, del expediente digital.

conocimiento pretendidos como pruebas por el representante de la Fiscalía y del acusado.⁷

4. El 20 de enero de 2022, la Sala Especial de Primera Instancia se pronunció acerca de las solicitudes probatorias, decidiendo sobre la admisión e inadmisión de las postulaciones probatorias del delegado de la Fiscalía⁸, y del acusado LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO⁹, contra la decisión, de negar y admitir condicionalmente algunas de las postulaciones probatorias, se interpusieron los recursos ordinarios de apelación, así:

.- El representante de la Fiscalía, interpuso recurso de apelación en contra de la decisión de inadmitir la *entrevista forense* de fecha 14 de noviembre de 2017 realizada a la menor M.A.O.B, como prueba de referencia –relacionada en el acápite 2.2.1.1., numeral 3–; así como la admisión condicionada del testimonio de la Psicóloga Luz Aida Marín, y de los peritos psicólogos Javier Machado y Yaneth Monterrosa, –acápite 2.2.1.2., numeral 11 y 2.2.1.3, numeral 2– de la parte resolutive de la decisión.

.- La defensa del Doctor LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO, interpuso recurso de apelación, en contra de la

⁷Audiencia Preparatoria C.O.

⁸Admitió la prueba documental relacionada en el acápite **2.2.1.1.**, numerales **1,2, 5,6,8,10** y **11**, la prueba testimonial relacionada en el acápite **2.2.1.2.**, numerales **1 a 16**, la prueba pericial numeral **2.2.1.3.** numerales **1 a 3.** Y **negó** las pruebas documentales relacionadas en el acápite **2.2.1.1.** numerales **3, 4, 7 y 9.**

⁹ Admitió, la prueba documental solicitada por la defensa, relacionada en el acápite **2.2.2.1.**, numerales **1 a 18**, la prueba testimonial, relacionada en el acápite **2.2.2.2.** numerales **1 a 9**, y la testimonial común descrita en el numeral **2.2.2.2.1.**, numerales **10 a 12**, la prueba pericial descrita en el acápite **2.2.2.3**, numerales 1,2, y 4 y **negó** los numerales 3 y 5.

decisión de inadmitir las pruebas periciales relacionadas con el testimonio de Óscar Sánchez Crespo y del psicólogo Jaime Echeverría, –acápite 2.2.2.3, numerales 3 y 5-, de la parte resolutive del auto recurrido.

PROVIDENCIA IMPUGNADA

La Sala Especial de Primera Instancia, en lo que refiere al recurso de apelación interpuesto, negó y admitió condicionalmente, las solicitudes probatorias relacionadas a continuación, luego de considerar:

1. De aquellas invocadas por el representante de la Fiscalía

1.1.- Respecto a la evidencia documental, denominada “*entrevista forense*”, realizada el 14 de noviembre de 2017 a la menor M.A.O.B, fijada en medio magnético –acápite 2.2.1.1, numeral 3–, el Juez Plural, negó su admisión como prueba de referencia, luego de considerar, que si bien desde la expedición de la Ley 1653 de 2013, la Corte admitió que la entrevista forense tiene la calidad de elemento material probatorio, no lo es de prueba autónoma; por lo que le asiste razón a la defensa, cuando afirma que dicha petición es contrapuesta y excluyente, ya que no es procedente ofrecer el testimonio de la menor M.A.O.B. , para ser escuchado en juicio y adicionalmente pretender como prueba de referencia y/o como testimonio adjunto la *entrevista*, toda vez que los requisitos sustanciales que los rigen son opuestos.

Enfatizó, que si bien, la regla de admisión de declaraciones anteriores para estos delitos es más flexible, ello no implica, que quien la pretende no cumpla con la carga de su postulación. Más aún cuando la Fiscalía cuenta con diversas posibilidades probatorias para procurar el conocimiento de los hechos¹⁰, adicionando que, si bien el fiscal cumplió con la carga de descubrir y elevar la solicitud en audiencia, debió acreditar la circunstancia excepcional de su admisibilidad.

Concluyendo que el ente acusador, no cumplió con esta obligación, pues a pesar de que la niña M.A.O.B., para el momento de los hechos tenía 7 años, han transcurrido más de 4 años desde los sucesos, y el juicio no es el escenario más cómodo para una “púber”; la fiscalía, no acreditó la posibilidad de que estuviera en imposibilidad de declarar en el juicio oral o cobijada por una disponibilidad relativa, decidiendo su inadmisión.

1.2. En lo que hace referencia al testimonio de la Psicóloga **Luz Aida Marín Santa**, –acápite 2.2.1.2, numeral 11–, la Sala de Instancia, admitió su práctica, ya que fue una de las profesionales que atendió a la menor M.A.O.B. en la Clínica Las Américas, determinando que con dicho testimonio se podrá introducir la historia clínica que da cuenta del

¹⁰Como: i) la prueba anticipada prevista en el artículo 274 del C.P.P., ii) llevar la versión de la víctima al juicio como prueba de referencia, incluso si aquella es convocada como testigo al juicio y, iii) 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 sus manifestaciones previas como testimonio adjunto.

ingresó y evolución de la menor en urgencias, referir las condiciones que observó en esa primera fase de atención, desde la “*óptica psicológica*”, pero no podrá hacer referencia a los dichos de la menor por ser prueba de referencia.

1.3. En cuanto al testimonio de los Peritos Javier Villa Machado y/o Janeth Cristina Monterrosa Martínez, –acápite 2.2.1.3, numeral 2–, funcionarios del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, quienes elaboraron el informe base de opinión de psicología forense de valoración, sobre las versiones rendidas por la menor M.A.O.B., su salud mental antes, durante y después de los hechos, las características y coherencia del relato; dicha prueba pericial fue admitida dada su evidente pertinencia, no obstante limitó su práctica a la escogencia de uno de los dos peritos, como quiera que la Fiscalía no indicó si su actividad fue complementaria o conjunta, tornándose en repetitivos.

Autorizando la incorporación del informe base de opinión pericial, advirtiendo que aquellos apartes que obren en el informe que correspondan a transcripciones de entrevistas, serán contenidos de referencia, que no fueron solicitados, y que no podrán ser incorporados, salvo que se presente situación en el juicio oral que lo permita.

2. De aquellas invocadas a favor de LEONARDO EFRAIN CERÓN ERASO

2.1.- Respecto a la Prueba Pericial –acápite 2.2.2.3-numeral 3–, relacionada con el testimonio de Óscar

Sánchez Crespo; esta postulación probatoria fue inadmitida por considerar, que, al tratarse de *prueba novel*, su admisión está supeditada a la confiabilidad de su base técnico-científica y al cumplimiento de por lo menos uno de los requisitos señalados en el artículo 422 del C.P.P.

Requisitos que no fueron superados por la defensa, pues a pesar de que indicó, que la base fáctica sería *la entrevista forense e incluso el testimonio que rindiera la menor en el juicio oral*, no precisó la técnica que emplearía, enunciando la remisión a una lista de publicaciones –que no fueron aportadas–, las que aún aportándose no suplen la justificación de la prueba, tampoco señaló el nivel de confiabilidad de la técnica científica pretendida y su aceptabilidad en la comunidad académica.

Además de considerar, que dicha prueba, busca minar la credibilidad de la menor, al estudiar sus expresiones faciales, corporales, tono de voz, aspectos propios del fallador; concluyendo que más que un insumo de valoración, dicha solicitud probatoria genera confusión.

2.2- Testimonio del perito psicólogo Jaime Echeverría, – acápite 2.2.2.3-numeral 5–, la Sala decidió su inadmisión, por considerar que este pedido probatorio, no guarda relación con los hechos jurídicamente relevantes y no incide en la tipicidad de las conductas imputadas.

Afirma, si bien la defensa precisó, que es para discutir la evidencia demostrativa que solicitó la Fiscalía a través de “*la reconstrucción 3D de los hechos*”, la Sala no entiende, como el análisis del comportamiento del acusado, a fin de establecer en él la existencia o no de tendencias sexuales hacia infantes, rasgos de pederastia o cualquier signo psicológico, contradice el medio citado.

Resolviendo su impertinencia, pues no existe relación directa o indirecta con el tema de prueba, más aún cuando nuestro derecho penal es de acto y no de autor, tal como se deriva del artículo 29 de la Constitución Política.

LA IMPUGNACIÓN

El representante de la Fiscalía y de la Defensa, inconformes con la decisión de instancia, interpusieron recurso de apelación en contra de la decisión de inadmitir y admitir condicionalmente las pruebas solicitadas y reseñadas en el acápite anterior.

El representante de la Víctima y del Ministerio Público, se abstuvieron de interponer recursos, interviniendo como no recurrentes.

Las sustentaciones se realizaron, tal como se presentará a continuación:

1.- El Representante de la Fiscalía

1.1- En cuanto a la inadmisión de la *entrevista forense* realizada a la menor M.A.O.B, fijada en medio magnético, pedida como *prueba de referencia*, argumentó, que la Sala de instancia inadmitió este medio de conocimiento por considerar que “*No fue acreditada la posibilidad de que la menor, estuviere en imposibilidad de declarar en el juicio oral, o cobijada por una indisponibilidad relativa, menos cuando fue el órgano persecutor, quien luego de evaluar los medios disponibles a su alcance, pretendió el testimonio directo de esta*”.

Aclarando en su intervención, que la Fiscalía solicitó la admisión de la entrevista como prueba de referencia, ya que la niña de “*cuatro*” años (*sic*), hizo un relato de los hechos objeto de juzgamiento, indicando quién era el responsable de los mismos, refiriendo circunstancias de tiempo, modo y lugar, relacionadas con la tipicidad y autoría, y si bien la entrevista contiene declaraciones de una menor que aduce ser víctima de delitos que afectan su libertad, integridad y formación sexual, los mismos constituyen prueba de referencia admisible según el literal E del artículo 438 del C.P.P., ya que es menor de 18 años, víctima de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales.

Afirma que la norma, en que fundamentó su solicitud, no la condiciona a que se argumente la imposibilidad de la víctima de declarar en el juicio oral, ya que no fue dicha

hipótesis, la causal que sustentó la petición como prueba de referencia, sino su especial condición de vulnerabilidad, por ser una niña de “cuatro” años, lo que no torna excluyente la posibilidad de declarar en juicio y al mismo tiempo valorar la entrevista como prueba documental de referencia.

Reiterando que el argumento de pertinencia, fue el cumplimiento de los requisitos de la causal prevista en el literal E del artículo 438, de manera autónoma, y sí bien la menor fue llamada al juicio oral, puede ocurrir que la niña *“haya iniciado un proceso de superación de los episodios traumáticos, por su corta edad, por el paso del tiempo, que le impidan recordar los hechos, o por las presiones propias del escenario judicial que resulta hostil para su edad y le impidan dar un relato de manera directa o que ocurra una variación de la versión por las circunstancias referidas”*.

Señala que la ley 1652 de 2013, habilitó el uso de las declaraciones anteriores, a título de prueba de referencia, al margen de que la menor acuda o este citada al juicio como testigo, sin que ello signifique la eliminación de las garantías del procesado, permitiendo la corroboración periférica para referirse a cualquier dato que pueda hacer mas creíble la versión de la víctima.

Prueba que fue recaudada para la época de los hechos, con la espontaneidad de la menor, la inmediatez y cercanía

con los hechos, lo que la convierte en una prueba de especial valoración probatoria, por lo que solicita se revoque la decisión y se decrete su práctica.

1.2.- Sobre la prueba testimonial de la Psicóloga Luz Aida Marín, argumenta que, si bien el recurso de apelación en principio solo procede para las pruebas que no son admitidas, y el testimonio de Luz Aida Marín fue admitido, lo fue de manera condicional; circunstancia que habilita la posibilidad de interponer el recurso de apelación, ya que como fue concedida la prueba, para los efectos que fue planteada y que pretende demostrar en juicio, pierde su razón de ser.

Refiere, que, al admitir la prueba, la Sala consideró “*que la historia clínica sería incorporada con el testimonio de la doctora Luz Aida Marín, haciendo la salvedad que en caso de que allí se consignen relatos de la menor, estos no tienen vocación probatoria, por ser prueba de referencia y no ser solicitada su práctica probatoria en ese sentido*”, pidiendo, se admita la valoración en conjunto de la historia clínica con el dicho de la menor.

Restricción de la prueba, que deja sin base científica las medidas de atención médica psicológica adoptadas con la menor, enfatizando que no se puede eliminar el dicho de la menor de la historia clínica, que es lo que genera la activación de la historia clínica, ni suprimir una parte del contenido

integral de una pieza documental fundamental, pidiendo se revoque en ese sentido la decisión.

1.3.- Sobre la admisión de las pruebas periciales, relacionadas con los testimonios de los Doctores Javier Villa Machado y Janet Cristina Monterrosa Martínez, funcionarios del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias forenses, quienes elaboraron el informe base de opinión psicológica forense de valoración sobre las versiones rendidas por la menor M.A.O.B.

Fundamenta su inconformidad, en qué tanto el Doctor Villa Machado como la Doctora Monterrosa Martínez, participaron en la elaboración del informe base de opinión psicológica forense de la menor, el cual incluye aspectos de la salud mental antes, durante y después de los hechos, en la que los dos funcionarios no participaron en las mismas etapas de valoración de la víctima, en algunos aspectos participaron de manera concomitante, complementaria y en otros independiente, ya que se trata de un dictamen que se desarrolló en diferentes periodos de tiempo.

Asegura que la circunstancia lesiva para sus intereses, en la demostración de la teoría del caso, es que cuando se incorpore el informe al juicio oral o se interrogue a los testigos, al escoger uno solo de ellos, éste no podrá dar razón de la totalidad del dictamen, por lo que restringir la prueba a

un solo testigo es dejar a la Fiscalía vulnerable en el juicio, sin ninguna justificación, limitando la prueba con fundamento en el número y no en su peso.

Pidiendo se admitan los testimonios conjuntos, de los peritos Javier Villa Machado y Janet Cristina Monterrosa Martínez, por cuanto fueron quienes elaboraron el informe base de opinión pericial, en diversos momentos, tiempos y aspectos.

2.- Defensa de LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

2.1.- Frente a la inadmisión del testimonio pericial de Óscar Sánchez Crespo Jiménez, expone diversos argumentos de oposición:

El primero de ellos, alusivo a la carga argumentativa de la prueba *Novel*, esto es de sustentar uno de los cuatro requisitos exigidos por el legislador para su admisibilidad.

Afirma que la teoría de “*la existencia de micro expresiones faciales y otras comunicaciones del lenguaje corporal inconsciente*”, ha sido verificada por la ciencia, y sometida a la crítica científica, evaluada por estudiosos “*en la materia*”, que han examinado los gestos frente a emociones de aborígenes

en Nueva Guinea, personas en Estados Unidos, Latinoamérica, África y Asia, encontrando que las reacciones emocionales en las expresiones faciales son universales.

Premisa, ley o regla científica de universalidad, “*del reconocimiento facial de la emoción*”, que se ha basado en estudios desarrollados en el mundo, acerca de la conexión estrecha entre el lenguaje no verbal y verbal.

Argumentos a partir de lo cuales considera, cumple con sustentar dos premisas científicas o teorías subyacentes, para la admisión de la prueba, ya que esta teoría cuenta con la acreditación de una tesis, ley o enunciado, pues sus principios básicos científicos, han sido confrontados con la experiencia, sometidos a falsabilidad, falibilidad, refutabilidad, y lo que la ley exige es que la teoría haya sido sometida a la crítica de la comunidad científica, lo que dice acreditó con el traslado de las publicaciones.

En lo que refiere al argumento, que la prueba, busca “*minar la credibilidad del dicho de la menor*”, aclara que la defensa no pretende remplazar el estudio de credibilidad de la menor, porque ese es un tema reservado a la Sala, su pretensión es facilitar al juzgador la valoración del testimonio, ya que la credibilidad de la testigo es un aspecto central a la discusión del caso.

Debate, si la Fiscalía pidió una prueba según la cual, el relato de la menor grabado en la entrevista en el CAIVAS, es congruente en cuanto al contenido verbal con la comunicación no verbal, –conclusión tercera del dictamen, *“congruencia firme entre contenido verbal con la comunicación no verbal, en lo que hace referencia a los hechos esenciales de lo denunciado”*–, la defensa puede refutar esa premisa incriminatoria, más aún cuando lo que busca es aportar elementos de juicio conceptuales, que establezcan que la consistencia firme entre la comunicación verbal y no verbal de la testigo no lo es.

2.2.- En cuanto a la inadmisión del testimonio del psicólogo Jaime Echeverri Vera, expone como argumentos de oposición:

Aclara, que la prueba pedida, busca cuestionar una hipótesis acusatoria de la Fiscalía, según la cual el acusado *“es un abusador o podría ser un abusador sexual ocasional”*, según informe descubierto anexo a la evidencia demostrativa, en el que se dice *“Por otro lado, el abusador situacional, puede presentar un desarrollo heterosexual y heterosocial normalizado, y sus intereses sexuales están orientados hacia adultos, sin embargo, en razón a estresantes vitales, actúa en contra de un menor de edad de forma impulsiva, poco premeditada y con baja frecuencia de episodios”*.

Por lo que su pertinencia, esta orientada a desvirtuar una probable explicación de los hechos, ante un abusador sexual infantil ocasional.

En cuanto al desconocimiento del principio *del derecho penal de acto*, que prohíbe que una persona sea acusada o juzgada, por quien es, no por lo que hace; destaca que ese principio no prohíbe que el acusado pueda ofrecer prueba indiciaria exculpatoria a partir de su carácter, personalidad, actitud o modo de vida, en cuanto sea pertinente para hacer menos probable su responsabilidad en los hechos que se le acusan.

Considerando que la prueba pedida, es lo que en el derecho del *common law* se denomina **evidencia de carácter**, y si bien en dicha legislación se prohíbe la prueba de carácter como regla general, –Regla 404 de evidencia de Puerto Rico¹¹–, esta Regla tiene excepciones y uno es el uso de la evidencia de un rasgo pertinente de carácter, ofrecido por la defensa sobre el carácter del acusado, –Regla 405 de evidencia de Puerto Rico, literal A¹²–, que si bien riñe con la

¹¹Regla 404. Evidencia de carácter, no es admisible para probar conducta; excepciones; evidencia sobre la comisión de otros delitos.

¹² Regla 405. Modos de probar el carácter. (A) Reputación u opinión. Cuando evidencia de carácter sea admisible bajo la Regla 404, se podrá presentar sólo en forma de testimonio de reputación o de opinión sobre el rasgo de carácter pertinente, sin perjuicio de que en el contrainterrogatorio pueda preguntarse a la persona testigo sobre actos específicos de conducta pertinentes a su testimonio. (B) Conducta específica. Cuando el carácter o rasgo de carácter de una persona sea un elemento esencial de una acusación, reclamación o defensa, podrá ser admitida evidencia de carácter no sólo en forma de testimonio de reputación o de opinión, sino también en forma de actos específicos de conducta.

tradición de que los testigos sólo pueden declarar sobre los hechos; cuando se trata del carácter, la forma de probarlo es mediante opinión y eso es lo que él pretende con el testimonio de opinión del experto.

Concluyendo que su petición satisface el juicio hipotético de pertinencia, por cuanto con ella pretende exculpar al acusado de un “*supuesto abuso sexual de una menor*”, desmintiendo así la argumentación inculpativa de la Fiscalía, respecto a que el acusado tiene “*rasgos pedófilos ocasionales*” y si bien nuestro legislador no regula esta prueba, ello no significa que esté prohibida.

INTERVENCIÓN DE LOS NO RECURRENTES

1.- El representante de la Fiscalía, frente al recurso interpuesto por la defensa.

No hizo uso del traslado del recurso, como no recurrente.

2.- El Apoderado de Víctimas.

2.1.- Respecto a la impugnación propuesta por la fiscalía y la defensa de LEONARDO EFRAIN CERON ERASO.

No hizo ninguna objeción, ni apreciación respecto al recurso interpuesto.

3. El Representante del Ministerio Público

3.1. Respecto a la impugnación propuesta por el representante de la fiscalía.

Se refiere a solicitudes probatorias que no fueron objeto del recurso de apelación¹³, por lo que la Sala omitirá aludir a esos argumentos, y solo hará mención de la intervención pertinente al objeto del recurso.

En cuanto a la inadmisión de la entrevista forense realizada a la menor M.A.O.B., señala que está de acuerdo con la decisión de instancia, ya que la Fiscalía solicitó la declaración de la menor M.A.O.B., como prueba de referencia y/o testimonio adjunto, junto con el testimonio directo de la menor, petición que considera impropia, ya que los requisitos sustanciales que rigen la prueba, son opuestos, y si bien todo análisis debe hacerse con perspectiva de género, debe existir equilibrio con el derecho a la defensa, por lo que se deben

¹³Hace mención de las evidencias documentales, relacionadas con el Dibujo realizado a mano por DAO, a la conversación por WhatsApp entre LABM y Sofia Cerón y a la grabación de la conversación sostenida entre la psicóloga del colegio San José; Mónica Rodríguez y la menor M.A.O.B. en noviembre 13 de 2017, Acápites 2.2.1.1, numerales 7, 9 y 4.

cumplir las subreglas en tal sentido señaladas por esta Corporación, para que la prueba de referencia sea admisible.

Pidiendo se confirme la decisión, en el entendido, que se va a escuchar a la menor en el juicio, y eso no excluye que la Fiscalía, pueda hacer uso de esas declaraciones en el interrogatorio que haga la menor, para precisar aspectos, pero no como prueba independiente, sino para reafirmar su interrogatorio.

3.1. Respecto a la impugnación propuesta por la Defensa

3.1.1.- En cuanto a la inadmisión del testimonio pericial de Óscar Sánchez Crespo Jiménez, aduce, que, aunque se califique como *prueba novel*, lo que la defensa busca es hacer una valoración de quién es la víctima, para determinar si su testimonio es cierto o no; medio de conocimiento que pretende analizar la congruencia, entre la comunicación verbal y no verbal de la menor M.A.O.B., remplazando así la función del juez, que es a quien le corresponde hacer esa valoración del testimonio, por lo que se debe confirmar la decisión de instancia.

3.1.2.- Frente a la prueba pericial de Jaime Echeverry Rivera, refiere que la defensa aduce que la finalidad de la prueba es abrir una puerta en nuestro sistema judicial, y

permitir un tipo de valoración que tiene que ver con el carácter y no con los hechos, considerando correcta la decisión de primera instancia, ya que lo que se prueba son los hechos y no el carácter del acusado, pidiendo en este sentido su confirmación.

4.- La Defensa, como no recurrente, respecto a la impugnación propuesta por el representante de la Fiscalía

4.1.- Se opondrá a la admisión de la *entrevista forense* practicada en el Caivas a la menor, como prueba de referencia, argumentando que la víctima “*no tenía cuatro años, ni seis, tiene once años y no va a tener cuatro años cuando se lleve a cabo el juicio*”; precisión que considera relevante, ya que la corta edad de la *presunta víctima* en este tipo de delitos, al momento de declarar, es uno de los criterios jurisprudenciales para sustentar si hay o no disponibilidad relativa.

Resalta que no hay minoría de edad significativa de la menor, al momento de rendir la declaración, para que se piense que se está ante un supuesto de disponibilidad relativa, por lo que debe prevalecer la declaración testimonial directa en juicio, sobre la prueba de referencia.

Más aún cuando la Fiscalía se limitó a invocar, como motivo de decreto de la prueba, el artículo 438 literal E, desconociendo que la norma ha sido condicionada en su aplicación por la jurisprudencia, y no acreditó la *disponibilidad relativa del testigo*, lo que lleva a una indebida sustentación del recurso, pidiendo se declare desierto o se rechace.

4.2.- Respecto al testimonio de la Psicóloga Luz Aida Marín, comparte el condicionamiento de la Sala, en el sentido de que solo ingresen las percepciones directas de la psicóloga, lo que considera válido y consistente con la lógica de la providencia y el ordenamiento jurídico vigente en materia de prueba de referencia.

Concluyendo que dicho testimonio, no fue solicitado como prueba de referencia, por lo que la Fiscalía no puede en la doble instancia solicitar como prueba de referencia, lo que en un principio no pidió, motivo por el cual el recurso debe ser rechazado.

4.3.- Frente al testimonio de los Peritos Javier Villa Machado y/o Janeth Cristina Monterrosa Martínez, expone que los dos peritos firman el dictamen, hecho que le consta a la Defensa, por lo que la evidencia es repetitiva, pidiendo se confirme la decisión.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Corresponde a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia decidir el recurso de apelación interpuesto contra la providencia de la Sala Especial de Primera Instancia de esta Corporación, acorde con el numeral 6° del artículo 235 de la Constitución Política, modificado por el artículo 3° del Acto Legislativo 01 de 2018, en consonancia con el artículo 177 de la Ley 906 de 2004.

2. Problemas jurídicos

Teniendo en cuenta la decisión objeto de impugnación, así como la sustentación de los recursos interpuestos por la Fiscalía y la Defensa del acusado, la Sala identifica los siguientes problemas jurídicos a resolver:

◆ Determinar si en contra de la decisión que accede al decreto condicionado de la prueba, procede el recurso de apelación.

◆ Definir si aquellos medios probatorios inadmitidos por el *a-quo* y respecto de los cuales los recurrentes insisten a través del recurso vertical, cumplen o no con el presupuesto de pertinencia para acceder a su práctica; para finalmente,

◆ Precisar, si en los eventos en que la Fiscalía solicita el testimonio directo de la menor en juicio, es

procedente acudir a la prueba de referencia y/o testimonio adjunto.

♦ Analizar si la prueba tendiente a valorar la credibilidad del testigo por sus signos faciales y el carácter del acusado, son pruebas admisibles conforme al ordenamiento jurídico nacional.

Para resolver el recurso, la Sala analizará la decisión objeto de impugnación, así como la sustentación del recurso interpuesto por la Fiscalía y la Defensa del acusado, los aspectos a los que se contrae el mismo y los que le resulten inescindiblemente vinculados.

3. Del interés jurídico para recurrir y determinar si contra la decisión que accede al decreto condicionado de la prueba, procede el recurso de apelación

La interpretación de la Corte, frente a la decisión que resuelve las solicitudes probatorias pedidas por las partes, ha sido, que el legislador –en su labor de configuración legislativa– diferenció entre el auto que accede a su práctica y aquél que la niega, por lo tanto, contra el primero solamente procede el recurso de reposición, de conformidad con lo establecido en artículo 176, en tanto que, contra aquél que excluya, rechace o inadmita una prueba, proceden el de reposición y/o apelación, tal como lo consagra el inciso 3° del artículo 359, en concordancia con el numeral 4° y 5° del artículo 177 *ibídem* [AP5468-2021, 17 nov. 2021, rad. 60130].

No obstante, la Corte también ha precisado que “...sólo cuando se trata de exclusión probatoria por ilicitud del medio, sea que se haya decretado o no la prueba, procede el recurso de apelación, pues en esos eventos se trata de determinar la configuración de una violación a derechos fundamentales”.¹⁴

Y en decisiones, CSJ SP, 13 Jun. 2012, Rad. 36562; CSJ SP, 26 Sep. 2012, Rad. 39048 y CSJ SP, 22 May. 2013, Rad 41106, la Corte consideró posible interponer el recurso de apelación en contra de la decisión que admite la prueba, así lo señaló en determinación del 13 junio de 2012, Rad. 36562:

“Un nuevo análisis del tema, lleva a la Sala a reconsiderar esta postura, y adoptar como postulado jurisprudencial que el recurso de apelación procede no solo contra las decisiones que niegan la práctica de la prueba (trátase de exclusión, inadmisión o rechazo), sino también contra las que ordenan su aducción, admisión o aceptación, y que la concesión del recurso debe hacerse en el efecto suspensivo.

Esto, atendiendo a una interpretación sistemática del modelo de enjuiciamiento acusatorio, comprensiva de un estudio correlacionado de los artículos 20 y 359 con los artículos 176, 177 y 363 ejusdem, como también del papel que debe cumplir la audiencia preparatoria en este sistema y la necesidad de asegurar la realización de los principios de depuración y eficacia probatoria.

El artículo 176, en su inciso tercero, establece, en el carácter de cláusula general, que el recurso de apelación procede contra los autos adoptados durante el desarrollo de las audiencias, salvo las excepciones legales, dando de esta manera cabida a la segunda instancia a todas las decisiones que cumplan tres condiciones, (i) que tengan la naturaleza de auto, (ii) que hayan

¹⁴ Al respecto véase decisiones como CSJ AP1319-2018, Rad. 52345, reiterada en AP234-2020, Rad. 57865 del 16 de septiembre de 2020, AP5468-2021, 17 nov. 2021, rad. 60130.

sido dictadas en el curso de una audiencia, y (iii) que el recurso no esté exceptuado por la ley.

Las decisiones que deciden sobre la exclusión, admisión, rechazo o práctica de pruebas tienen a no dudarlo la condición de autos, entendidos por tales los que resuelven algún incidente o un aspecto sustancial, de acuerdo con la definición que de ellos trae el artículo 161 ejusdem, en cuanto se erigen en expresiones del derecho a probar y a la controversia probatoria, previsto en el artículo 29 de la Constitución Nacional.

El artículo 177, por su parte, en su primer inciso, incluye como decisión susceptible de ser apelada en el efecto suspensivo, el auto que niega la práctica de prueba en el juicio oral (estipulación cuarta), pero también, el auto que decide sobre la exclusión de una prueba del juicio oral (estipulación quinta), sin hacer distinciones sobre el sentido de la decisión, previsión esta última de la que se sigue que la apelación procede en ambos casos, es decir, cuando se ordena o niega su exclusión.

El mismo precepto, en el inciso segundo, incluye como decisión contra la que procede el recurso de apelación en el efecto devolutivo, el auto que admite la práctica de la prueba anticipada (estipulación sexta), precepto del que igualmente se establece que la regla acogida por los estatutos procesales anteriores, en los que el derecho de impugnación solo procedía contra las decisiones que negaban pruebas, no es la que preside el modelo de enjuiciamiento acusatorio.

Esta nueva orientación se reitera en el artículo 363, que consagra como motivo de suspensión de la audiencia preparatoria, el trámite de la apelación de las decisiones relativas a las pruebas, hasta cuando el superior jerárquico resuelva, expresión que, al igual que las anteriores, no distingue entre el sentido de la decisión, resultando comprensiva tanto de las decisiones que niegan como de las que autorizan.

Dicha variante encuentra su razón de ser en el carácter esencialmente adversarial del nuevo sistema, que determina que la iniciativa probatoria se concentre en cabeza de las partes (ente acusador y defensa), con exclusión del juez, quien asume la condición de árbitro, y que ambas tengan derecho no solo en que se incluyan o practiquen las pruebas que aducen en apoyo de su teoría del caso, sino de oponerse a las que postula la parte contraria.

También en la necesidad de que el procedimiento de depuración probatoria que se realiza en la audiencia preparatoria cuente con la garantía de la doble instancia, para que las pruebas que se lleven al juicio oral cumplan realmente las condiciones de conducencia, pertinencia y utilidad, en aras de la efectivización de los principios de concentración y de eficacia probatoria. (...).

Pero, por otra parte, la Sala llama la atención en el sentido de que la posibilidad de la apelación está restringida al interés procesal, esto es, que sólo tendrá vocación impugnatoria el sujeto procesal que ha pretendido en la audiencia preparatoria que la prueba con cuyo decreto está inconforme, sea rechazada, excluida o inadmitida”.

De lo que se deriva que no ha sido unanime, la Jurisprudencia de la Corporación, respecto a la procedencia o no del recurso de apelación contra el *auto que admite las pruebas*, lo que hace necesario aclarar el alcance del postulado jurisprudencial, previa ponderación de los presupuestos superiores que gobiernan el debido proceso probatorio.

De acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, son presupuestos procesales esenciales para la interposición del recurso, la *legitimación procesal*, la *legitimación en la causa*, la *autorización legal*, su interposición en la *oportunidad legal* y la *sustentación adecuada y suficiente*¹⁵

Entendiendo por ellos: *legitimación procesal*, quien interpone el recurso debe estar reconocido como sujeto procesal, parte o interviniente; por *legitimación en la causa o interés jurídico para recurrir*, que la parte que recurre haya

¹⁵ AP5468-2021, 17 nov. 2021, rad. 60130.

sufrido un daño o perjuicio concreto con la decisión, de tal forma que si la decisión cuestionada la beneficia o acoge su postura, no surge interés jurídico en la causa, quedando deslegitimada para pretender la revisión de la providencia¹⁶; la *autorización legal*, relacionada con la facultad que otorga la ley para atacar o controvertir determinadas decisiones, a través de uno u otro recurso, *interposición en la oportunidad legal*, y la *sustentación adecuada y suficiente*, que demanda coherencia conceptual entre la petición, la decisión y la impugnación.

De la confluencia de estos presupuestos, se predica la admisibilidad de los recursos ordinarios, requisitos que satisfechos, nos lleva a considerar que decisiones son susceptibles del recurso de impugnación vertical y cuales no.

El artículo 176 de la Ley 906 de 2004, señala que el recurso de reposición “*procede para todas las decisiones*”, salvo la sentencia, por su parte el recurso de apelación procede contra la sentencia y los autos adoptados durante el desarrollo de las audiencias, “*salvo los casos previstos en este código*”; así mismo, el artículo 359 inciso final, señala “*Cuando el juez excluya, rechace o inadmita una prueba deberá motivar oralmente su decisión y contra ésta procederán los recursos ordinarios*”.

¹⁶ Así, SP5210-2014, de 30 de abril, Rad. 41534; SP7856-2016 de 15 de junio de 2016, Rad. 47666; SP1659-2015, de 02 de diciembre de 2015, Rad 445824; SP11726-2014 de 03 de septiembre, Rad. 33409.

De lo que se deduce, que una de las principales garantías del debido proceso probatorio, es el **Principio de la doble instancia**, derecho que encuentra desarrollo supralegal en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁷, tratados multilaterales que en la legislación interna forman parte del bloque de constitucionalidad conforme al artículo 93 de la Constitución Política.

Por su parte, la Constitución Política de 1991, en su artículo 29, establece la posibilidad de impugnar la sentencia condenatoria, y el artículo 31 preceptúa que *“toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley”*.

En desarrollo de la normativa en cita, derivada del bloque de constitucionalidad, la Ley 906 de 2004 consagró el principio de la doble instancia como norma rectora, señalando en el artículo 20, que *“Las sentencias y los autos que se refieran a la libertad del imputado o acusado, **que afecten la práctica de las pruebas** o que tengan efectos patrimoniales, salvo las*

¹⁷ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14, numeral 5º, indica *«toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley»*. La Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 8, numeral 2º, literal h, señala que toda persona tiene *«derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior»*.

excepciones previstas en este código, serán susceptibles del recurso de apelación...».

Así la forma en que el legislador reguló la impugnación de la prueba, da cuenta de su intención expresa de permitir que las decisiones que **afectan** la práctica de la prueba, puedan ser impugnadas –artículo 20–, entendiendo por afectar, en decisión CSJ SP, 30 Nov. 2011, Rad. 37298:

*(...) pues dado que las palabras usadas por el legislador deben entenderse en su sentido natural y obvio, el significado que en este contexto tiene el vocablo **afectar** no es otro que el de “...5. Menoscabar, perjudicar, influir desfavorablemente. 6. Producir alteración o mudanza en algo...”*

*Por tanto con sujeción al citado precepto, el cual como norma rectora es prevalente sobre las demás y debe ser utilizado como fundamento de interpretación (ídem, artículo 26), en materia de pruebas es procedente el recurso de apelación como mecanismo para acceder a la segunda instancia, **únicamente respecto de las decisiones que impidan su efectiva práctica o incorporación.** (negrita fuera de texto).*

Señalando en el artículo 177, los efectos en los cuales se concede el recurso de apelación, y los autos sobre los cuales procede, entre ellos, “*el auto que niega la práctica de pruebas en el juicio oral o decide sobre la exclusión de una prueba del juicio oral*”, norma de la que se deriva, que la intención del legislador fue rodear de garantías el debate adversarial, al

facultar a las partes perjudicadas con la decisión, acceder a la garantía de la doble instancia, lo que obliga de quien se opone a ella a presentar una argumentación dirigida exclusivamente a demostrar la vulneración de tales garantías o evidenciar el perjuicio con la negativa de la prueba.

De no ser así, al juez, director del debate, le corresponde rechazar de plano la argumentación y la petición que alrededor de ella se eleve, acorde con lo establecido en el ordinal primero del artículo 139 de la Ley 906 de 2004, dada la abierta improcedencia de lo solicitado.

Luego entonces, si bien el legislador enunció solo los eventos en que procede el recurso de apelación, en aspectos probatorios, limitando esta posibilidad a los casos anteriormente enunciados; le corresponde a la Corte, *modular*, –sin que ello signifique arrogarse funciones de configuración legislativa–, aquellas situaciones en las que pese a admitirse la práctica de la prueba, la misma se hace de manera condicionada o limitada, vulnerando los intereses de la parte interesada en su práctica.

Concluyendo, que si bien la Corte ha considerado que contra la decisión que admite el decreto de la prueba, no procede el recurso vertical de apelación y la parte favorecida con la prueba, carece de *autorización legal* para refutarla,

postura que se ha mantenido de forma pacífica¹⁸; esta regla debe ser entendida frente aquellos eventos en los que la admisión del medio probatorio es pura y simple, es decir no ocasiona ningún perjuicio para la parte interesada en su realización. En tal evento se carecería de *interés jurídico para recurrir*, pues no se ha sufrido un daño o perjuicio concreto con la decisión.

Otra situación ocurre en los supuestos en que pese a admitirse la prueba, ésta se hace provocando un perjuicio que la parte interesada estima injustificado en su práctica. En tal evento surge el derecho a su impugnación, como garantía Constitucional tendiente a depurar el debate probatorio, en correspondencia con los postulados principialísticos del procedimiento adversarial, que propenden por la realización material de los derechos y la primacía del derecho sustancial.

Presupuestos relacionados directamente con los objetivos del proceso penal, ello es con la aproximación racional a la verdad y la recta aplicación del derecho material, especialmente, cuando están de por medio derechos de protección superior que demandan una intervención mas eficaz de los Jueces¹⁹, ajustada a los estándares internacionales sobre el debido proceso, la doble instancia, consonante con los compromisos Convencionales del Estado Colombiano y la función que el legislador le

¹⁸ CSJ AP 3805-2015, 8 jul. 2015, Rad 46262, CSJ AP4812-2016, 27 jul. 2016, Rad 47469, CSJ SP, 30 Nov. 2011, Rad. 37298 y CSJ SP, 20 Mar. 2013, Rad. 39516.

¹⁹ Criterios recogidos en S.C.C.-227/09. y S.C.C.- 738/06.

asignó a los jueces, en la salvaguarda de los derechos al interior del proceso penal.

4. De la pertinencia de la prueba y el tema de prueba

El artículo 372 de la Ley 906 de 2004, señala que las pruebas tienen como finalidad, llevar al conocimiento del Juez, más allá de toda duda razonable, acerca de “**los hechos y las circunstancias que rodearon la conducta que se investiga, así como la responsabilidad de aquél a quien se le acusa, como autor o partícipe**”, así mismo, el artículo 357.2 *ibídem*, precisa, que el juez decretará la práctica de las pruebas cuando «**ellas se refieran a los hechos de la acusación que requieren prueba, de acuerdo con las reglas de pertinencia y admisibilidad...**».

Por su parte, el artículo 375 *ídem*, precisa el concepto de pertinencia, indicando que el medio cognoscitivo es pertinente, cuando 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**», añadiendo que también lo es, cuando “**sólo sirve para hacer más probable o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, o se refiere a la credibilidad de un testigo o perito**».

De lo que se deriva, que el concepto y alcance de la **pertinencia** de la prueba, está definido por el legislador e integrado a su vez, por las nociones de **pertinencia directa y pertinencia indirecta**.

Entendiendo por **pertinencia directa**, la que refiere al hecho principal objeto de debate en el proceso, evento en que la explicación suele ser más simple, "*como cuando se solicita el testimonio de una persona que presenció el delito o de un video donde el mismo quedó registrado*", y por **pertinencia indirecta**, como el enunciado lo señala, la referida a pruebas con relación indirecta frente al hecho jurídicamente relevante, de la que se derivan consecuencias probatorias frente al hecho principal "*como cuando sirven para demostrar un dato a partir del cual pueda hacerse una inferencia útil para la teoría del caso de la parte*"²⁰, última que demanda mayor rigor argumentativo, en el sentido de brindarle al Juez mayores elementos de juicio para decidir sobre su práctica o no.

En ese orden, la pertinencia del medio probatorio está determinada por el **tema de prueba**, el que, a su vez, está delimitado por los hechos jurídicamente relevantes de la acusación o en el caso de la defensa, por **su teoría alterna**. Razón por la cual, quien pide una prueba debe asumir su carga argumentativa, para que el funcionario judicial

²⁰ CSJ AP 5785-2015, 30 Sep. 2015, Rad. 46153, CSJ SP 8 Jun.2011, Rad 35130.

advierta la relación del elemento solicitado con los hechos y circunstancias, objeto de investigación.

Así, al momento de realizar las solicitudes probatorias, las partes están obligadas a exponer con claridad y precisión la pertinencia directa o indirecta, de los medios de convicción que aspiran les sean decretados, para convencer al juez del aporte probatorio de los elementos que se pretenden llevar a juicio y disponer su práctica.

4.1.- Del tema de prueba y los medios de prueba

La formulación de acusación constituye la principal delimitación del **tema de prueba**, como quiera que los hechos jurídicamente relevantes allí incluidos representan el principal objeto de debate²¹, sin perjuicio de los hechos que proponga la defensa cuando opta por una **teoría fáctica alternativa**.

Esta Corporación, ha precisado que el **tema de prueba** está conformado, en esencia, por los hechos jurídicamente relevantes, entendiendo por ellos, “*aquellos aspectos de la hipótesis fáctica de la acusación que pueden ser subsumidos en la respectiva norma penal*”, así como por los hechos indicadores, cuando su demostración es necesaria, para que puedan ser utilizados como base de las inferencias atinentes

²¹ CSJ AP, 17 Mar 2004, Rad. 22053.

a los hechos que encajan en la respectiva descripción normativa, junto a los aspectos fácticos estructurales de la hipótesis alternativa que presente la defensa, cuando opta por esta estrategia.²²

De lo que se deriva, que la narración de los hechos jurídicamente relevantes por la Fiscalía debe ser clara y sucinta²³, pues de ello depende la precisión frente a los hechos que integran el tema de prueba, la estructuración de la teoría alterna de la defensa y el consecuente análisis sobre la pertinencia de los medios elegidos para establecerlos y, excepcionalmente, los debates sobre su conducencia y utilidad.

La determinación de lo que es tema de prueba depende de la actividad de las partes, pues es a ellas a quienes les corresponde elaborar las teorías que luego debatirán en juicio, por lo que el **tema de prueba**, está integrado por los hechos que deben probarse, según el contenido de la acusación y las eventuales alternativas fácticas o contrafácticas que proponga la defensa, mientras que el **medio de prueba** es el que se utiliza para hacer dicha demostración, de tal manera que el estudio de pertinencia comprende dos aspectos diferenciables pero relacionados.

La trascendencia del hecho que se pretende probar y la relación del medio de prueba con ese hecho que trasciende, le impone a la parte interesada la carga de

²² CSJ SP9621-2017, 5 Jul 2017 Rad. 44932, CSJ SP3168-2017 8 Mar 2017, Rad. 44599. CSJ AP7577-2017, 8 Nov 2017 Rad 51410 entre muchas otras.

²³ Art. 337 C.P.P.

argumentar sí una prueba en particular se relaciona directa o indirectamente con los hechos o circunstancias, si se refiere a la identidad o responsabilidad del acusado, si hace más probable o menos probable alguno de los hechos o circunstancias relacionadas; quienes además deben sustentar la pertinencia de cada medio de prueba, así exista entre ellos relación directa, delimitación relevante para evitar que se utilicen medios probatorios que no tienen incidencia con los hechos relevantes para la solución del caso, y, se analicen de manera separada los demás requisitos de su admisibilidad.

Frente a la **teoría fáctica de la defensa**, nuestro modelo adversarial, diferencia claramente los roles de las partes, por un lado el del Acusador dirigido a desvirtuar la presunción de inocencia y convencer al Juez acerca de la responsabilidad del acusado en los hechos, y por otro la defensa, dirigida a desvirtuar o atenuar ese grado de conocimiento, frente a su probable responsabilidad en los hechos; de allí que las partes deban adelantar su propia actividad investigativa, con el fin de obtener los elementos de conocimiento necesarios, que servirán a su propia teoría del caso, y la correlativa exigencia de argumentar su pertinencia directa o indirecta, al momento de sustentar la relevancia de la prueba, **lo que dependerá del enunciado fáctico que quieren demostrar, su relación con el hecho acusado y la**

hipótesis o teoría que pretenden plantear en el desarrollo del juicio²⁴.

De lo que se concluye, que la explicación de ***pertinencia*** depende de la claridad con la que estén expresados los hechos jurídicamente relevantes, reiterándose la importancia de precisarlos, so pena de desnaturalizar el sentido de la acusación y afectar el derecho de defensa, del debido proceso probatorio, además, de dificultar la delimitación del tema de prueba y la celeridad del juicio oral, lo que incide negativamente en la prontitud y eficacia del debate procesal²⁵.

De allí, que sea tan importante, la absoluta claridad sobre lo que se pretende probar en el juicio (***tema de prueba***) y los medios que se pretenden usar para su demostración, lo que en últimas entraña la explicación de pertinencia a que están obligadas las partes como presupuesto del decreto de pruebas.

5. De las declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, prueba de referencia, testimonio adjunto y testimonio directo de la víctima en delitos de naturaleza sexual

²⁴ CSJ Rad 35130 8 Jun 2011.

²⁵ CSJ AP4758-2015 Rad. 44559 19 Ago 2015.

Debe precisarse, que la regla general es que **las declaraciones rendidas por fuera del juicio oral**, no se pueden incorporar como prueba a la actuación, puesto que el sistema procesal penal regulado en la Ley 906 de 2004, se estructura sobre la base de que sólo pueden ser valoradas como pruebas, las practicadas en el juicio oral, con inmediación, contradicción, confrontación y publicidad –art. 16)–, y sólo en casos excepcionales, podrán ser incorporadas en esa calidad en el juicio oral, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en la ley y desarrollados por la jurisprudencia.

Así mismo, el uso de declaraciones anteriores, orientado a su empleo en el interrogatorio cruzado de testigos (refrescar la memoria del testigo o a impugnar su credibilidad), no constituye excepciones a la regla consagrada en el artículo 16 de la Ley 906 de 2004, pues son herramientas para facilitar el interrogatorio y/o la impugnación de la credibilidad del testigo o de su relato²⁶.

Por lo tanto, la verdadera excepción a la regla general consagrada en el artículo 16 de la Ley 906 de 2004, está materializada en los eventos de admisión de declaraciones anteriores **como medio de prueba**, como es el caso de la prueba anticipada, la prueba de referencia y el testimonio adjunto.

²⁶ CSJ AP-5785-2015, 30 sep. 2015, rad. 46153.

En este sentido se ha insistido en la necesidad de diferenciar la declaración rendida por fuera del juicio oral, de los medios de conocimiento utilizados para demostrar su existencia y contenido. Se ha precisado, que, si una persona rindió una entrevista ante los funcionarios de policía judicial, la existencia y el contenido de esa declaración puede demostrarse con el documento donde fue plasmada o registrada (audio, video, escrito, etcétera) y/o con la declaración de quien la haya escuchado y, en general, de quien tenga «*conocimiento personal y directo*» de esa situación²⁷.

Los aspectos constitucionales y legales atinentes a la prueba testimonial, tales como el derecho a la confrontación del interrogatorio y las reglas sobre admisión de la prueba de referencia, entre otros, no pueden desconocerse bajo el entendido de que no se trata de una declaración sino de un medio de conocimiento de diversa naturaleza²⁸.

En todo caso, corresponde a la parte interesada en su práctica, sustentar si pretende utilizar una declaración anterior como prueba –de referencia o como testimonio adjunto –, o si su finalidad es refrescar memoria o impugnar la credibilidad del testigo, bajo el entendido de que cada uno de estos usos está sometido a reglas específicas, que han sido objeto de desarrollo jurisprudencial.

²⁷ CSJ AP-16554-2016, 16 nov. 2016, rad. 44113. En el mismo sentido, CSJ AP-5785-2015, 30 sep. 2015, rad. 46153; CSJ SP-3332-2016, 16 mar. 2016, rad. 43866.

²⁸ CSJ AP-5785-2015, 30 sep. 2015, rad. 46153, CSJ SP-606-2017, 25 ene. 2017, rad. 44950.

Así, conforme a la definición legal traída por el legislador, se entiende por **prueba de referencia** (artículo 437 del C. de P. P.), toda declaración rendida fuera del juicio oral que se utiliza en este, por no ser posible su práctica en el juicio, para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado y cualquier otro aspecto sustancial objeto de debate²⁹.

Es así como el legislador, por razones constitucionales vinculadas a la realización de justicia material, ha autorizado que en determinados eventos y previa acreditación de la razonable imposibilidad de que el testigo directo comparezca al juicio, la incorporación de la prueba de referencia, sujeta a unas reglas específicas, que, como lo ha señalado la Corte, no constituyen simples formalismos carentes de contenido, sino la forma como se regulan las garantías judiciales mínimas del procesado y, en general, el debido proceso, como expresión básica de la judicialización en un sistema democrático³⁰.

En tal sentido, para adquirir tal carácter de prueba, no basta con su presentación y debate público en el juicio oral, sino que, es imperativo que dicho elemento haya cumplido con un debido proceso probatorio; la Sala de manera

²⁹ CSJ SP729-2021, 3 mar., rad. 53057; CSJ AP5785-2015, 30 sep., rad. 46153; entre otras.

³⁰ CSJ AP-16554-2016, 16 nov. 2016, rad. 44113.

reiterada, ha puntualizado, como presupuestos para su admisibilidad:

(i) Descubrimiento formal y material de la declaración previa, y de los medios que se pretenden utilizar en el juicio oral para demostrar su existencia y contenido (ii) demostrar la existencia de una causal excepcional de admisión de la prueba de referencia; (iii) solicitar el decreto en la audiencia preparatoria de la declaración que pretende incorporar como prueba de referencia, así como de los medios que utilizará para demostrar la existencia y contenido de la misma, luego de sustentar su pertinencia, admisibilidad, licitud, validez y legalidad; (iv) precisar el medio a través del cual se incorporará la declaración anterior (testimonio, documento, etcétera); y (v) realizar la incorporación en el momento procesal adecuado, lo anterior, salvo excepciones, como la prueba de refutación (art. 362 CPP) y la prueba sobreviniente (art. 344, inciso 4 CPP), caso en el cual le corresponde al Juez de Conocimiento en desarrollo de la etapa probatoria del juicio oral, resolver sobre el decreto de la prueba novedosa³¹.

Por su parte el artículo 438 de la Ley 906 de 2004 dispone que la admisión de la prueba de referencia es excepcional y sólo procede cuando el declarante³²:

a) Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación;

³¹ CSJ SP14844-2015, 28 oct., rad. 44056; CSJ SP729-2021, 3 mar., rad. 53057.

³² CSJ AP, 22 May. 2013, Rad. 41106; CSJ SP, 14 Dic. 2011, Rad. 34703; CSJ AP, 27 Jun. 2012, Rad. 34867; CSJ AP, 18 Abr. 2012, Rad. 38051, CSJ AP-16554-2016, 16 nov. 2016, rad. 44113; CSJ SP-14844-2015, 28 oct. 2015. rad. 44056.entre otras.

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) Adicionado.L.1652/2013, art.3°. 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.

También se aceptará la prueba de referencia cuando las declaraciones se hallen registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos». (Énfasis de la Sala),

Prueba que comporta una limitación al derecho que tiene la contraparte a: (i) controlar su práctica, mediante la proposición de objeciones al interrogatorio (art. 395 C.de P.P.); (ii) refutar, mediante el contra interrogatorio (art. 393-a ibidem); y, (iii) formular preguntas para impugnar la credibilidad (art. 403), afectando el derecho a la confrontación, previsto en el artículo 16 del C. de P.P.

El testimonio adjunto, también llamado *declaración complementaria*, ha sido desarrollado por la jurisprudencia³³, al amparo de los artículos 271, 272 y 347, entre otros, de la Ley 906 de 2004, según los cuales, las partes tienen la facultad de recibir entrevistas y declaraciones para preparar el juicio y su teoría del caso; no obstante tratándose de la prueba testimonial, pueden suceder eventos en los que los

³³ Cfr. CSJ SP, 25 ene. 2017. Rad. 44950, reiterada en CSJ SP, 20 may. 2020. Rad. 52045, entre otras.

testigos que concurren al debate público, se retracten de cuanto expusieron anteriormente, introduzcan modificaciones sustanciales a su declaración o incluso nieguen haber realizado tales aserciones; proceder en ocasiones determinado por causas como amenazas, sobornos, miedo, el propósito de no mantenerse en una mentira, etcétera.

Variación en lo expuesto por el declarante que puede impedir a la parte que solicitó la prueba acreditar su teoría del caso, precisamente porque la fundó total o parcialmente en las versiones recogidas antes del juicio.

Al respecto, en referencia al derecho Español, Ley de Enjuiciamiento Criminal, artículo 714, dispone:

“Cuando la declaración del testigo en el juicio oral no sea conforme en lo sustancial con la prestada en el sumario, podrá pedirse la lectura de ésta por cualquiera de las partes. Después de leída, el presidente invitará al testigo a que explique la diferencia o contradicción que entre sus declaraciones se observe”.

A su vez, el artículo 802, literal a, de las Reglas de Evidencia de Puerto Rico, señala:

“es necesario para incorporar una declaración anterior como prueba que sea inconsistente con lo expuesto en el juicio por el mismo testigo (retractación o cambio de versión), que haya sido rendida bajo juramento, el declarante debe estar disponible para ser contrainterrogado y la versión precedente ingresa como medio

de prueba, de modo que el juez tiene ante sí la exposición anterior y la rendida en la vista pública”.

Por regla general, únicamente pueden ser objeto de ponderación judicial los testimonios escuchados en el juicio oral, cuando tienen lugar fuera del juicio, son inadmisibles como elementos de convicción, a menos que se acredite una causal de admisión excepcional por tratarse de una prueba de referencia o de un testigo disponible en juicio que se retractó o varió sustancialmente su versión anterior, el cual puede ser incorporado como *testimonio adjunto*. Eventos en los que es necesario cumplir con los requisitos definidos en la jurisprudencia³⁴, respectivamente.

La Corte ha dispuesto un conjunto de reglas orientado a superar en el juicio aquellas situaciones de retractación o modificación trascendente de lo declarado por el testigo, en orden a procurar los mecanismos para que en el marco de un debido proceso garantista de las exigencias de confrontación y contradicción –artículo 16 de la Ley 906 de 2004– **la parte interesada pueda integrar como *testimonio adjunto*, susceptible de ponderación judicial, aquellas manifestaciones anteriores al debate oral.**

Las reglas jurisprudenciales, para incorporar al juicio una declaración previa como testimonio adjunto, precisan:

³⁴ Cfr. CSJ AP, 30 sep. 2015. Rad. 46153 y CSJ SP, 25 ene. 2017. Rad. 44950, entre otras.

(i) El declarante debe **retractarse** en la vista pública de lo narrado antes, es decir, ofrecer un relato sustancialmente diverso al que ya había expuesto.

(ii) El testigo debe estar **disponible** para declarar en el juicio, oportunidad en la cual expondrá los hechos, será confrontado respecto de sus declaraciones anteriores y responderá las preguntas que sobre el particular le sean formuladas, con el objeto de permitir al juez ponderar la credibilidad de lo dicho antes del debate oral y lo manifestado luego en su desarrollo. La demostración de que el testigo se ha retractado o cambiado la versión atañe al fundamento del instituto.

La **disponibilidad del testigo** para ser contrainterrogado desarrolla el derecho a la confrontación, siendo la principal diferencia entre la prueba de referencia y el testimonio adjunto, y uno de los principales fundamentos para su admisión, en cuanto asegura el equilibrio entre la eficacia de la administración de justicia y la materialización de las garantías debidas al procesado.

(iii) La declaración anterior debe ser incorporada a través de su lectura, a solicitud de la parte interesada, **para que el juez, contando con las dos versiones, pueda valorarlas y definir la credibilidad de una y otra, o inclusive, de apartes de la anterior y fragmentos de la última, o descartarlas.**

(iv) Es necesario que la parte interesada solicite en el desarrollo del juicio la incorporación de la declaración anterior, como prueba, **al percatarse de la retractación del testigo o de la modificación sustancial de su atestación pretérita.** En un

derecho de partes le está vedado al juez incorporar oficiosamente tal versión anterior.

Solicitud de parte que cumple dos funciones importantes:

En primer lugar, le permite a la contraparte oponerse, pues no puede olvidarse que la incorporación de una declaración rendida por fuera del juicio oral, como prueba, constituye una excepción a lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 906 de 2004, además, puede afectar derechos de la contraparte en el ámbito de la contradicción y la confrontación. Finalmente, por tratarse de una decisión trascendente en el ámbito probatorio, debe contar con la garantía de oposición a que sea incorporada.

En segundo término, brinda claridad sobre las pruebas que pueden fundamentar el fallo, pues en el proceso no puede haber incertidumbre acerca de los medios de convicción practicados o incorporados con vocación para sustentar la sentencia; finalidad desarrollada por el legislador al establecer las reglas del descubrimiento probatorio, la enunciación, solicitud y decreto de pruebas en la audiencia preparatoria, así como en la regulación de la prueba sobreviniente.

Dentro de la misma función se constata que si **por regla general las declaraciones anteriores al juicio oral no tienen el carácter de prueba**, su admisión excepcional en

tal condición debe ser ordenada por el juez a solicitud de la parte interesada, exigencia que sirve para diferenciar la prueba de referencia y el *testimonio adjunto*, de otros usos posibles de las declaraciones anteriores, como el refrescamiento de memoria y la impugnación de credibilidad.

En cuanto al ***testimonio de la Víctima*** en delitos de naturaleza sexual, la Corte ha señalado³⁵:

“El testimonio de la víctima, por tanto, constituye la pieza fundamental para establecer la materialidad del delito y la responsabilidad del acusado. Obviamente, en los eventos en que quedan rastros físicos, el dictamen médico legal sobre las afectaciones en la integridad de la persona agredida es esencial para verificar la comisión del delito e incluso la responsabilidad, si se obtuvieron muestras biológicas del agresor.

*Pero en los casos en los que no quedan huellas materiales, la versión de la víctima constituye el único elemento de juicio a partir del cual reconstruir lo sucedido, dificultad probatoria morigerada por la jurisprudencia de la Corte a través de la **corroboración periférica** de los hechos, metodología analítica que impone examinar los datos demostrados en el proceso que puedan hacer más creíble la versión de la persona afectada. En tal sentido, la Sala ha señalado:*

En el derecho español se ha acuñado el término “corroboración periférica”, para referirse a cualquier dato que pueda hacer más creíble la versión de la víctima, entre ellos: (i) la inexistencia de razones para que la víctima y/o sus familiares mientan con la finalidad de perjudicar al procesado; (ii) el daño psíquico causado a raíz del ataque sexual; (iii) el estado anímico de la víctima en los

³⁵ CSJ SP 3069-2019, agosto 6 de 2019, Rad. 54085.

momentos posteriores a la ocurrencia de los hechos; (iv) regalos o dádivas que el procesado le haya hecho a la víctima, sin que exista una explicación diferente de propiciar el abuso sexual, entre otros. (...).

Es claro que no es posible, ni conveniente, hacer un listado taxativo de las formas de corroboración de la declaración de la víctima, porque ello dependerá de las particularidades del caso. No obstante, resulta útil traer a colación algunos ejemplos de corroboración, con el único propósito de resaltar la posibilidad y obligación de realizar una investigación verdaderamente exhaustiva: (i) el daño psíquico sufrido por el menor; (ii) el cambio comportamental de la víctima; (iii) las características del inmueble o el lugar donde ocurrió el abuso sexual; (iv) la verificación de que los presuntos víctima y victimario pudieron estar a solas según las circunstancias de tiempo y lugar incluidas en la teoría del caso; (v) las actividades realizadas por el procesado para procurar estar a solas con la víctima; (vi) los contactos que la presunta víctima y el procesado hayan tenido por vía telefónica, a través de mensajes de texto, redes sociales, etcétera; (vii) la explicación de por qué el abuso sexual no fue percibido por otras personas presentes en el lugar donde el mismo tuvo ocurrencia, cuando ello sea pertinente; (viii) la confirmación de circunstancias específicas que hayan rodeado el abuso sexual, entre otros.” (SP1525-2016).

Fijado este marco legal y jurisprudencial, la Sala procede a verificar las premisas fácticas que rodearon la inadmisión y admisión condicionada de las pruebas pretendidas por la Fiscalía y la Defensa del acusado, para determinar si hay lugar a confirmar o revocar la decisión de la Sala de Primera Instancia.

6. Del análisis del caso en concreto

La Corte se pronunciará entonces, respecto a cada uno de los medios de prueba debatidos, siguiendo el orden temático planteado al inicio de estas consideraciones:

6.1. De las pruebas admitidas condicionalmente

6.1.1. En lo que hace referencia al testimonio de la Psicóloga **Luz Aida Marín Santa**, previa aclaración de la procedencia del recurso conforme a los argumentos expuestos en el numeral 3 de esta providencia, y satisfechos los presupuestos procesales requeridos para su admisión.

Advierte esta Corporación, que la Sala de Instancia admitió la práctica del testimonio de la Psicóloga **Luz Aida Marín Santa**, ya que fue una de las profesionales que examinó a la menor M.A.O.B. en urgencias, en la Clínica Las Américas, activando el código fucsia; testimonio que podrá referirse a las condiciones que observó la testigo en esa primera fase de atención, en especial desde la “*óptica psicológica*” y con su testimonio podrá introducir la historia clínica, que da cuenta del ingreso y evolución de la menor en urgencias, **sin que pueda hacer referencia al relato de la menor, pues el mismo tienen la calidad de prueba de referencia y no fue solicitada su práctica probatoria en tal sentido.** (Énfasis de la Sala).

De la sustentación de pertinencia realizada por la representante de la Fiscalía, se establece que su solicitud probatoria, estuvo encaminada a pedir la admisión del testimonio de la profesional **Luz Aida Marín Santa** junto con la incorporación de la **Historia clínica**, como evidencia documental –relacionada en el numeral 5 del acápite 2.2.1.1.–, así se determina del récord de la audiencia preparatoria³⁶, en la que puntualmente la representante de la Fiscalía señaló:

Respecto al testimonio de la Doctora **Luz Aida Marín Santa**,

“...Testimonio pertinente, porque fue una de las profesionales de la salud que atendió con orientación clínica a la niña, al día siguiente de los hechos, cuando sus padres la llevaron a la clínica las Américas y se activó en ese lugar el código fucsia para ese tipo de delitos; es pertinente porque dadas las implicaciones de los hechos, resulta indispensable contrastar los antecedentes médicos y psicológicos del caso, puesto que al ser delitos que ocurren en la intimidad, es necesario contrastar no sólo las versiones entregadas, sino las solvencias que tienen en el cuerpo, la mente y la emocionalidad de la víctima; por ello se torna relevante la prueba de corroboración, para hacer más o menos probable un hecho, para el caso concreto, esta testigo expondrá sobre las condiciones observadas en la primera fase, fue precisamente quien pudo examinar desde la óptica psicológica a la niña y participó de las anotaciones y revisión de su historia clínica. Por ello surge la

³⁶ Record 1.00:58 de la audiencia preparatoria, expediente digital.

pertinencia, en la medida en que su testimonio hará referencia a las circunstancias y consecuencias que generó en la niña el delito, con ésta testigo se incorporará la historia clínica de la niña M.A.O.B., historia de ingreso, evolución de urgencias el 13 de noviembre de 2017, constante en 4 folios, este documento también es pertinente porque soporta los procedimientos psicosociales y clínicos aplicados a la menor, como el comportamiento observado a la misma, aspectos que corroboran la consecuencias del proceder del acusado”.

En cuanto a la pertinencia de la historia clínica, adicionalmente argumentó, *”historia de ingreso, evolución de urgencias el 13 de noviembre de 2017 en cuatro folios,.. permite evidenciar que M.A.O.B. es ingresada por urgencias al referir un abuso sexual efectuado por un amigo del padre, da cuenta de la activación del protocolo fucsia para este tipo de situaciones, del chequeo médico realizado, que incluye valoración pediátrica y psicológica, dando cuenta del estado físico de la niña, así como del lenguaje claro y coherente expresado al referir los hechos a las profesionales de la salud. Este documento, conforme se indicó, se incorporará con la doctora luz Aída Marín”.*

Sustentación de pertinencia, de la que no se concluye que la pretensión de la Fiscalía estuviera orientada a incorporar el relato de la menor, rendido en esa primera etapa de observación, pues la delegada fiscal puntualmente señaló,

*“...es pertinente porque dadas las implicaciones de los hechos, resulta indispensable contrastar los antecedentes médicos y psicológicos del caso, puesto que al ser delitos que ocurren en la intimidad, es necesario contrastar, no sólo las versiones entregadas, sino las solvencias que tienen en el cuerpo, la mente y la emocionalidad de la víctima, por ello se torna relevante **la prueba de corroboración**, para hacer más o menos probable un hecho, para el caso concreto, esta testigo expondrá sobre las condiciones observadas en la primera fase, fue precisamente quien pudo examinar desde la óptica psicológica a la niña y participó de las anotaciones y revisión de su historia clínica”.*

Fundamentación, que no permite concluir en ningún aparte de su alegato, que su pretensión residiera, en **que el dicho de la menor, se incorporará al juicio como medio autónomo de valoración, bien a través del testimonio de la psicóloga o de la historia clínica, como prueba de referencia**; de allí la importancia de diferenciar los diversos usos que tienen “*las declaraciones rendidas fuera del juicio oral*” y la pretensión específica que sobre las mismas tengan las partes, dueñas de su teoría del caso; a quienes corresponde, conforme a la línea jurisprudencial en tal sentido consolidada, acreditar el uso que quieren dar a esos relatos rendidos fuera del juicio oral, ello es si su pretensión es utilizarlos como tema de prueba o medio de prueba, presupuesto final que se objetiviza, cuando quien la solicita sustenta los supuestos específicos del artículo 438, que permite su admisión excepcional.

En el presente caso, la Fiscalía señala en su argumentación, que lo que pretende con estos medios de convicción, es **“hacer más o menos probable un hecho, para el caso concreto, esta testigo expondrá sobre las condiciones observadas en la primera fase, fue precisamente quien pudo examinar desde la óptica psicológica a la niña y participó de las anotaciones y revisión de su historia clínica”**, es decir, cumplir con ese mandato adicional de realizar lo que esté a su alcance para lograr la corroboración periférica de la versión de la víctima, herramienta o método de análisis integral de contexto, admitido para brindar un acercamiento a cualquier dato que pueda hacer más creíble la versión de la víctima³⁷.

*“En el derecho español se ha acuñado el término “corroboración periférica”, para referirse a cualquier dato que pueda hacer más creíble la versión de la víctima, entre ellos: (i) la inexistencia de razones para que la víctima y/o sus familiares mientan con la finalidad de perjudicar al procesado³⁸; (ii) el daño psíquico causado a raíz del ataque sexual; (iii) **el estado anímico de la víctima en los momentos posteriores a la ocurrencia de los hechos**; (iv) regalos o dádivas que el procesado le haya hecho a la víctima, sin que exista una explicación diferente de propiciar el abuso sexual, entre otros.*

Luego en este sentido del disenso, le asiste razón al Fiscal Delegado, cuando señala, *“que suprimir el dicho de la*

³⁷ Tribunal Supremo de España, STS 544/2016, ROJ: STS 3044/2016.

³⁸ Tribunal Supremo de España, ATS 6128/2015, del 25 de junio de 2015.

menor de la declaración del testigo y de la historia clínica, es dejar sin base fáctica la exposición del testigo”.

Ahora si bien la Jurisprudencia de esta corporación, respecto a la utilización de la histórica clínica, como **prueba de referencia** ha señalado:

*“(i) los relatos sobre los hechos investigados, entregados por los menores de edad en las valoraciones de carácter sexual, psicológico o psiquiátrico, tienen la condición de declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, y (ii) **si la parte pretende utilizar estos relatos** para probar la existencia del hecho investigado, debe sujetarse en su descubrimiento, incorporación y valoración, al trámite y reglas establecidas para la prueba de referencia”³⁹.*

Lo anterior es exigible, cuando la pretensión de las partes es incorporar el relato al juicio oral, es decir usarlo como medio de prueba autónomo para ser valorado, carga argumentativa que en efecto no se cumplió, ya que la pretensión probatoria conforme a la sustentación brindada, era la admisión del testimonio de la profesional de la psicología, que valoró a la menor en urgencias, en esa primera etapa de atención, a su vez citada como testigo de acreditación, de la evidencia documental que daría cuenta del ingreso de la menor a urgencias, su evolución, activación

³⁹ CSJ SP 4179 2018 RAD 47789.

del código fucsia, valoración pediátrica, psicológica, estado físico de la niña, etcétera.

Luego la limitación, en tal sentido impuesta por la Sala de Instancia, consistente en que “se admite la prueba, pero **no se podrá hacer referencia a los dichos de la menor, pues los mismos tienen la calidad de prueba de referencia y no fue solicitada su práctica probatoria en tal sentido**”, carece de sustento fáctico y normativo, en cuanto esa no fue la postulación del ente fiscal.

La solicitud probatoria, pretendía que la testigo declarará sobre los hechos que directamente observó en urgencias, los que si bien derivan de manera inescindible de la versión rendida por la menor, no se puede dar a dicho testimonio el alcance de *prueba de referencia*, e imponer la restricción señalada por la Sala de Instancia, ya que si bien el testimonio de la Profesional, referirá en algunos aspectos a la información brindada por la menor, para su valoración; **la razón de ser del testimonio decretado, no es en manera alguna la facticidad puesta en conocimiento por la víctima**, sino los aspectos que como testigo de los hechos presencié la psicóloga *Luz Aida Marín Santa*, desde su conocimiento, que son los que interesa dilucidar en el juicio según la argumentación de pertinencia referida.

En tal sentido no le asiste razón a la Sala de Instancia, cuando condiciona la práctica de la prueba, a *“que se admite la prueba, pero no se podrá hacer referencia al dicho de la menor, porque los mismos son prueba de referencia”*, ni son de recibo los argumentos de replica del Defensor, consistentes en que el recurrente pretende la admisión de la prueba de referencia en segunda instancia, porque ese no fue el sustento de la impugnación.

Argumentos por los cuales se revocará la restricción impuesta por la Sala de Instancia a la prueba admitida, enfatizando en el derecho indiscutible que le asiste al acusado de contradecir o confrontar la misma.

6.1.2. Respecto al testimonio de los peritos, Doctores Javier Villa Machado y/o Janeth Cristina Monterrosa Martínez, funcionarios del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forense, quienes conforme a la sustentación de pertinencia, elaboraron *“el informe base de opinión pericial de niños, niñas y adolescentes del Instituto Nacional de Medicina Legal y ciencias forenses, que contiene el análisis que los dos expertos hicieron sobre las condiciones de salud mental antes, durante y después de los hechos, indicando las características y coherencia del relato”*. La prueba pericial fue admitida, dada su evidente pertinencia, pero la Sala de instancia, limitó su práctica a la escogencia de uno de los dos peritos, toda vez que la Fiscalía no sustentó sí la actividad de los mismos era complementaria o conjunta, tornándose en repetitivos.

Escuchada la sustentación de pertinencia del medio probatorio, se advierte que efectivamente la Fiscalía no cumplió con la carga argumentativa de acreditar por separado la relevancia de la comparecencia de los dos testigos peritos al juicio, ya que la Fiscalía se limitó a decir, que *“...el informe pericial fue elaborado y suscrito conjuntamente por los dos profesionales especializados, se requiere la intervención en juicio por separado, es decir, que se practique el testimonio de cada uno de los peritos, ante la naturaleza de los hechos, la calidad de la víctima y del acusado, especialmente ante la propuesta defensiva tendiente a desvirtuar el dicho de la menor”*.

Pero no sustentó en su intervención, las razones por las cuales es pertinente acceder a la práctica conjunta de los dos peritos. Nunca fundamentó su utilidad, si era porque rendirían diferentes explicaciones sobre los hallazgos realizados, o sobre las técnicas empleadas o acerca de las conclusiones a las que arribaron y consignaron en el informe base de opinión pericial. Así establecida entonces la falencia argumentativa de la Fiscalía, se imponía la decisión adoptada por el A quo, por lo que la Corte confirmará la decisión en los términos de su admisión y las reglas impuestas por la ley y la Sala de Instancia⁴⁰.

⁴⁰Señalando que acudirá quien escoja la fiscalía, quien deberá indicar el nombre del perito dentro de los cinco días siguientes a la lectura de la decisión, en caso de no hacerlo se entenderá que se decreta la práctica en el orden que fue presentada y solo en caso de indisponibilidad relativa o absoluta acreditada y anunciada con antelación, podrá acudir el segundo de los mencionados, en salvaguarda del principio de inmediación, publicidad y contradicción y la condición de fungibilidad de los peritos. Autorizando la incorporación del informe base de opinión en caso de ser requerido, advirtiendo que aquellos apartes que obren en el informe que correspondan a transcripciones de entrevistas, serán contenidos de referencia, que no fueron solicitados,

7. Pertinencia de las pruebas debatidas y su relación con el tema de prueba y/o teoría fáctica alternativa

7.1.- Postulaciones probatorias del representante de la Fiscalía

7.1.1.- En punto de la evidencia documental, denominada “*entrevista forense*”, realizada el 14 de noviembre de 2017 a la menor M.A.O.B, fijada en medio magnético en formato DVD; el Juez plural, negó su admisión como *prueba de referencia*, por considerar, que la petición de la Fiscalía es contrapuesta y excluyente, al pretender el testimonio directo de la menor M.A.O.B., para ser escuchado en juicio oral y adicionalmente pedir como prueba de referencia y/o testimonio adjunto la entrevista forense, toda vez que considera que los requisitos sustanciales que los rigen son opuestos.

Afirmando, además “*que, si bien cumplió con descubrir y elevar la solicitud en la audiencia preparatoria, no acreditó la posibilidad de que estuviera en imposibilidad de declarar en el juicio oral o cobijada por una disponibilidad relativa, sin perjuicio*

y que no podrán ser incorporados, salvo que se presente situación en el juicio oral que permita ello.

que pueda presentar la solicitud en el curso del juicio oral o acudir a la figura del testimonio adjunto”.

En lo que refiere a ésta postulación probatoria, encuentra la Corte, que le asiste razón a la Sala de Instancia, al inadmitir su práctica anticipada como prueba de referencia; pues efectivamente la Fiscalía en desarrollo de su teoría del caso, decidió llamar como testigo directo a la menor M.A.O.B, con el fin de que rinda declaración en el juicio oral, y adicional a ello, desarrolló los requisitos legales exigidos por el artículo 438 de la ley 906 de 2004, tendientes a que la *entrevista forense*, realizada a la menor, fuera admitida como prueba de referencia, en el supuesto que la niña no este en disponibilidad de asistir. Fundamentando además los requisitos, para que, ante la eventualidad que se retracte o cambie su declaración en juicio, la versión anterior pueda ser incorporada como “*testimonio adjunto*”.

Pretensión probatoria, que si bien ambicionó abarcar las diversas eventualidades que pueden asistir a la testigo directo en el desarrollo del juicio oral, se distanció de los principios que regulan la práctica de la *prueba de referencia* y su admisión excepcional; cuando como en el presente caso, la Fiscalía opta por presentar a la niña como testigo directo en el juicio oral y adicional, solicita que la entrevista forense realizada a la menor, sea admitida como prueba de referencia y/o testimonio adjunto.

Así, en cuanto a la admisión de la prueba de referencia cuando la menor comparece al juicio, en radicado CSJSP, 28 Oct. 2015, Rad. 44056, la Corte señaló:

*“...” Cuando el testigo comparece al juicio oral, por regla general sus declaraciones anteriores no podrán ser aducidas como prueba, sin perjuicio de lo establecido en precedencia sobre los usos para refrescar memoria e impugnar la 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 las declaraciones anteriores a título de prueba de referencia, así el menor haya sido llevado como testigo al juicio oral”.***

De tiempo atrás la jurisprudencia ha decantado las razones de orden constitucional que justifican la admisión de las declaraciones anteriores de niños abusados sexualmente, en orden a evitar que sean nuevamente victimizados con su comparecencia al juicio oral. El tema ha sido tratado a profundidad por la Corte Constitucional, entre otras, en las sentencias T-078 de 2010 y T-117 de 2013, y por esta Corporación en las sentencias CSJ SP, 18 Mayo. 2011, Rad. 33651; CSJ SP, 10 Mar. 2010, Rad. 32868; CSJ SP, 19 Agos. 2009, Rad. 31959; CSJ SP, 30 Mar. 2006, Rad. 24468, entre otras.

(...)

A pesar de la tendencia proteccionista ampliamente desarrollada por la jurisprudencia en las sentencias atrás referidas, es posible que el niño víctima de abuso sexual sea presentado como testigo en el juicio oral, tal y como sucedió en el caso que ocupa la atención de la Sala. Ante situaciones como esta, cabe preguntarse si las

declaraciones rendidas por el menor antes del juicio oral son admisibles como prueba para todos los efectos. La Sala considera que sí, por las siguientes razones:

En primer término, por la vigencia del principio pro infans, de especial aplicación en atención a la corta edad de la víctima y la naturaleza de los delitos investigados, tal y como se destaca en la jurisprudencia atrás referida. Aunque el principal efecto de la aplicación de este principio es que el niño no sea presentado en el juicio oral, el mismo adquiere especial relevancia cuando el menor es llevado como testigo a este escenario, porque una decisión en tal sentido incrementa el riesgo de que sea nuevamente victimizado y, en consecuencia, obliga a los funcionarios judiciales a tomar los correctivos que sean necesarios para evitarlo.

Lo anterior por cuanto es posible que para el momento del juicio oral el niño no esté en capacidad de entregar un relato completo de los hechos, bien porque haya iniciado un proceso de superación del episodio traumático, porque su corta edad y el paso del tiempo le impidan recordar, por las presiones propias del escenario judicial (así se tomen las medidas dispuestas en la ley para aminorarlo), por lo inconveniente que puede resultar un nuevo interrogatorio exhaustivo (de ahí la tendencia a que sólo declare una vez), entre otras razones. Todo esto hace que su disponibilidad como testigo sea relativa, razón de más para concluir que las declaraciones rendidas antes del juicio son admisibles bajo los requisitos y limitaciones propios de la prueba de referencia.

Lo contrario sería aceptar que el niño víctima de abuso sexual, presentado como testigo en el juicio oral (en contravía de la tendencia proteccionista ya referida), esté en una situación desventajosa frente a otras víctimas que, en atención a su edad y a la naturaleza del delito, fueron interrogados una sola vez, generalmente poco tiempo después de ocurridos los hechos, y su declaración fue presentada como prueba de referencia, precisamente para evitar que fueran nuevamente victimizados.

Por lo tanto, la Sala concluye que las declaraciones rendidas por fuera del juicio oral por un niño víctima de abuso sexual, son admisibles como prueba, así el menor sea presentado como testigo en este escenario". (negrita fuera de texto).

Desarrollo jurisprudencial, del que se deriva, que si bien, 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 Corporación⁴¹, 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.

7.2. Postulaciones probatorias de la defensa de LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

⁴¹Al respecto ver CSJ AP, 22 May. 2013, Rad. 41106; CSJ SP, 14 Dic. 2011, Rad. 34703; CSJ AP, 27 Jun. 2012, Rad. 34867; CSJ AP, 18 Abr. 2012, Rad. 38051, CSJ AP-16554-2016, 16 nov. 2016, rad. 44113; CSJ SP-14844-2015, 28 oct. 2015. rad. 44056.entre otras.

7.2.1.- Respecto a la Prueba pericial, relacionada con el testimonio de Óscar Sánchez Crespo; no señaló la Defensa, la calidad específica del testigo, esto es si concurre al juicio como testigo experto en determinado conocimiento, ciencia, técnica, arte o como un perito.

Si bien la Jurisprudencia de la Corte, frente al testigo experto y al perito, ha diferenciado, en el entendido de que el **perito** accede a la situación de hecho investigada, no por su conocimiento personal, sino a través de documentos, exámenes físicos, valoraciones clínicas, entre otros y con base en dichas fuentes, elabora un análisis o dictamen contentivo de consideraciones, valoraciones y conclusiones de índole científica o técnica.

Al **testigo técnico** sí le constan los hechos objeto de litigio, porque los pudo aprehender por los sentidos directa o indirectamente y puede dar una opinión vinculada directamente con ellos a partir de su conocimiento especializado, pero sin extender su testimonio a aspectos propios de una ciencia, técnica o arte, ajenos al objeto puntual

del debate⁴², entre otras distinciones de carácter instrumental⁴³.

Distinción relevante, tratándose de la admisión de la prueba *novel*, que señala, que “*para que una opinión pericial referida a aspectos noveles del conocimiento sea admisible en el juicio, se exigirá como requisito que la base científica o técnica satisfaga al menos uno de los siguientes criterios...*”.

Los cuales adquieren mayor relevancia, cuando la opinión pericial se soporta en áreas del conocimiento poco difundidas, frente a las que no existen consensos consolidados, o los procedimientos que sirven de soporte a la conclusión no están suficientemente estandarizados.

La defensa afirmó, que la teoría “*del reconocimiento facial de la emoción*” o “*de la existencia de micro expresiones faciales y otras comunicaciones del lenguaje corporal inconsciente*”, ha sido verificada por la ciencia, y sometida a

⁴² Entendido como “aquel sujeto que posee conocimientos especiales en torno a una ciencia o arte, que lo hace particular al momento de relatar los hechos que interesan al proceso, de acuerdo con la teoría del caso (...) Dicho de otra manera, el testigo técnico es la persona experta en una determinada ciencia o arte que lo hace especial y que al relatar los hechos por haberlos presenciado se vale de dichos conocimientos especiales...” CSJ SP, 22 abr. 2015. Rad. 45711.

⁴³El testigo técnico sólo concurre al juicio a declarar sobre los hechos percibidos, no suscribe ningún tipo de documento, mientras que el perito elabora un informe contentivo de la experticia...; ii) el alcance probatorio de las apreciaciones presentadas por quien declara en juicio no es otro que el de la prueba testimonial y está sometida a los criterios establecidos en el artículo 404 de la misma normatividad. CSJ AP, 9 feb. 2022. Rad.58087

la crítica científica, revestida de universalidad y evaluada por estudiosos en la materia.

Pero no refirió ningún autor, científico, investigador o académico puntual que acredite o de respaldo a la teoría subyacente mencionada. Nunca nominó quienes son los estudiosos que apoyan o cuestionan la teoría, tampoco aportó los estudios, investigaciones, publicaciones, técnicas de orientación, de probabilidad o certeza, que, según su argumentación, se han desarrollado en el mundo, para respaldar la científicidad de la teoría.

Postulados, respecto de los cuales, no es posible afirmar que se cumplió con los presupuestos de su admisibilidad, esto es la acreditación de alguno de los requisitos legales exigidos, en el –artículo 422–; pues la Sala no logró establecer si la técnica subyacente referida por el impugnante, ha sido publicada y sometida a la crítica de la comunidad académica, o verificada por la comunidad científica, tampoco su nivel de confiabilidad o aceptabilidad, criterios que no fueron demostrados por el recurrente.

Sin que sean de recibo sus proposiciones genéricas acerca de que *“fueron acreditados los principios básicos de su científicidad, confrontados con la experiencia, sometidos a*

*falsabilidad, falibilidad y refutabilidad*⁴⁴; porque más allá de referirlos, no brindó ningún respaldo a su afirmación, no aportó ningún elemento, publicación, o dato cuantitativo o cualitativo, que acreditará su postulación probatoria.

Como fue destacado por la Sala de Instancia y verificado por esta Corporación, al advertir que no se allegó ningún listado de publicaciones por parte de la defensa⁴⁵; premisas argumentativas que no son contrastables y que por lo tanto no superan el plano dogmático o metafísico de su fundamentación.

Aunado a que esta técnica probatoria, incrementa el riesgo probable de victimización secundaria de la menor, al exponerla, al análisis y cuestionamiento por un perito o un experto –la defensa no lo aclaró–, de sus gestos, movimientos, reacciones, expresiones faciales, tono de voz. Aspectos conductuales de la declarante, que no son objeto de valoración en el juicio, y que conducen a la apreciación de la credibilidad de la testigo y no de su testimonio⁴⁶.

⁴⁴ Principio de Contrastabilidad, alude a la facultad de confrontar la teoría de la cual se predica su científicidad con la experiencia, también es conocido como falsabilidad, falibilidad o refutabilidad.

⁴⁵ “No fue allegada ninguna lista de publicación a pesar de haber sido anunciada en la intervención, tampoco aparece en los archivos que fueron remitidos por correo electrónico, tal como puede constatarse a folios 365 a 368”, página 60 de la providencia.

⁴⁶ Jordi Nieva Fenoll, *La Valoración de la Prueba*, Marcial Pons Madrid, Barcelona, Buenos Aires 2010. – citando a Manzanero,⁴⁶ “en materia de psicología del testimonio se dio un salto cualitativo cuando se pasó de valorar la credibilidad del testigo, a examinar la credibilidad del testimonio”.

Sin que necesariamente sea una evidencia que conduzca a la exactitud o inexactitud de su testimonio, potenciando así juicios erróneos de credibilidad, generando mayor confusión.

Argumentos por los cuales, ante lo inadmisibile de su pretensión, se confirmará la negativa en tal sentido impuesta por la Sala de Primera de Instancia.

7.2.3- En cuanto al Testimonio del psicólogo Jaime Echeverría, prueba pericial, con que la defensa pretende refutar la evidencia demostrativa que solicitó la Fiscalía a través de la reconstrucción 3D de los hechos, materia de juzgamiento; encuentra la Corte que le asiste razón a la Sala de Instancia al disponer su negativa, por considerar que la misma no guarda relación con los hechos jurídicamente relevantes y no incide en la tipicidad de las conductas acusadas.

Estudiados los argumentos de pertinencia expuestos por la defensa, se advierte, que la sustentación de la prueba, según los postulados de su teoría fáctica defensiva, esta encaminada a refutar la hipótesis acusatoria de la Fiscalía, según la cual *“el acusado es un abusador o podría ser un abusador sexual ocasional”*, según informe descubierto, anexo a la evidencia demostrativa, donde se dice por el

experto de la Fiscalía, *“Por otro lado, el abusador situacional, puede presentar un desarrollo heterosexual y heterosocial normalizado, y sus intereses sexuales están orientados hacia adultos, sin embargo, en razón a estresantes vitales, actúa en contra de un menor de edad de forma impulsiva, poco premeditada y con baja frecuencia de episodios”*.

Es decir, el propósito es debatir la afirmación del investigador experto, respecto del *“abusador situacional”*. Sin embargo, de la formulación de cargos realizada al acusado, no se advierte que la Fiscalía sustentará su teoría del caso en alguna premisa fáctica que haga referencia, a que el Doctor Cerón Eraso, es un *“probable o posible abusador situacional”*, o que presente rasgos de pederastia o atracción por menores.

Tampoco fue un hecho planteado como tema de prueba, ni hecho indicador de su teoría del caso, *“la existencia de distorsiones cognitivas propias de los abusadores sexuales de menores o de índole serial o situacional, como un rasgo a probar del acusado”*.

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 enunció 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*”⁴⁷, ello significaría admitir que en nuestro sistema de enjuiciamiento penal, son admisibles y susceptibles de juzgamiento —y por lo 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 objetivizados en el proceso sino a la potencialidad de los mismos.

En tanto que, en el derecho penal de acto, el sujeto responde por sus actos, conscientes y libres —o por infracciones a sus deberes jurídicos— es decir por la

⁴⁷Chiesa Ernesto, Doctrina de “*abrir las puertas*”, Cuando la defensa presenta evidencia de carácter, bajo la Regla 20 (A)–Regla Federal 404 (a)1, se dice que “*abre las puertas a su pasado*” y pone en controversia su carácter. Tratado de Derecho Probatorio Tomo I, Evidencia de carácter, pág. 51-52.

realización de conductas por él conocidas y queridas, previstas expresamente y prohibidas por la ley, por ser contrarias a derecho, acreedoras de sanción penal.

Motivo por el cual esta postulación probatoria, si bien puede abordar estudios o análisis relacionados con los rasgos del carácter del acusado, no contribuye a hacer menos o más probable la responsabilidad del acusado, pues no se está juzgando su comportamiento, si es buena persona o no, ni sus gustos, preferencias, pasado o vida sexual; ese no es el objeto del juzgamiento, más aún cuando la Fiscalía no planteo como tema de prueba de su teoría del caso, ni hecho indicador del mismo la existencia de distorsiones cognitivas propias de los abusadores sexuales de menores, como un rasgo a probar en el acusado.

Por lo que la postulación probatoria tendiente a probar el comportamiento del acusado no surge conducente, no sólo por carecer de relación directa con el tema de prueba, al pretender establecer un rasgo del carácter del acusado, que no es objeto del juicio penal, sino por desbordar el tema de prueba.

Conclusión

Así las cosas, teniendo en cuenta lo hasta aquí expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de

Justicia, revocará parcialmente la providencia impugnada, en el sentido de acceder a la revocatoria de la limitación impuesta a la prueba testimonial y evidencia documental, relacionada en el acápite 2.2.1.1, numeral 5 y 2.2.1.2, numeral 11, del auto interlocutorio del 20 de enero de 2022, emitido por la Sala Especial de Primera Instancia de esta Corporación. En lo demás aspectos se confirmará el mismo.

Finalmente, por estar relacionada la identificación de una menor en este asunto, se ordenará a la Relatoría de esta Sala, que para efectos de la publicidad de la presente providencia, disponga la anonimización del nombre de quien está reconocida como víctima (M.A.O.B), en aras de evitar su reconocimiento e individualización, según lo establecido en el numeral 8 del artículo 47 de la ley 1098 de 2006 y lo dispuesto en la Circular No 004 del 16 de noviembre de 2016, por la Presidencia de la Sala de Casación Penal.

En mérito de lo expuesto, **LA SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA,**

RESUELVE

PRIMERO: Revocar el alcance dado por la Sala de Instancia como prueba de referencia a las pruebas, reseñadas en el acápite 2.2.1.1, numeral 5 y 2.2.1.2, numeral

11 y en su lugar acceder a la solicitud probatoria de la Fiscalía.

SEGUNDO: Confirmar en lo demás aspectos, el auto objeto de apelación.

TERCERO: Ordenar a la Relatoría de la Sala de Casación Penal que, para efectos de la publicidad de esta providencia, disponga la anonimización del nombre de la menor reconocida como víctima.

CUARTO: Contra esta decisión no procede recurso alguno.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,

FABIO OSPITIA GARZÓN

Presidente

C.U.I.05001600020720170150002
SEGUNDA INSTANCIA
Número Interno 61078
LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

GERSON CHAVERRA CASTRO

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

HUGO QUINTERO BERNATE

C.U.I.05001600020720170150002
SEGUNDA INSTANCIA
Número Interno 61078
LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

Sala Casación Penal@2022