

## SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado ponente:  
**Santiago Apráez Villota**  
Aprobado acta No. 76.

Medellín, mayo veintidós (22) de dos mil dieciocho (2018).

Por vía de apelación se pronuncia la Sala acerca de la determinación adoptada por la Juez 11 Penal del Circuito de Medellín en desarrollo de la audiencia de juicio oral celebrada el 23 de febrero de 2018.

### ANTECEDENTES

1.A voces del escrito de acusación presentado por el Fiscal 96 Seccional “entre el mes de septiembre de 2015 y el 15 de mayo de 2016, en la calle X No. XX-XX, bloque 2, apartamento XX, urbanización XXXX XXX, barrio El Poblado de Medellín, A. M. A., de 4 años de edad, en medio de juegos, fue objeto de tocamientos y besos en su zona genital a manos de su abuelo paterno, G. M. A., quien en ocasiones previamente lo desprendía de su ropa, lo cual ocurría frecuentemente en las visitas que a su padre le correspondían los fines de semana cada quince días, en las que se quedaba a amanecer en la casa de aquél”.

Por estos hechos se acusó ante la Juez 11 Penal del Circuito a G. M. A. de la comisión de un concurso de delitos de actos sexuales con menor de 14 años agravados (artículos 209 y 211, numeral 5°).

2. En desarrollo de la tercera sesión del juicio oral realizada el 30 de abril anterior, al culminar la práctica probatoria de la fiscalía, la defensa solicitó que se aceptara como prueba sobreviniente el testimonio de J. D. O., profesor de karate de la presunta víctima. Con esa finalidad, aseguró el defensor que hace pocos días una familiar del acusado de nombre D.

P., quien llevaba a su hijo a las mismas clases de hapkido a las que asiste la presunta víctima, entabló conversación con el docente J. D. O., quien le preguntó si sabía de la investigación por el presunto abuso del menor y le manifestó que la abuela materna de este “*le había manifestado unos hechos*” de los aquí investigados.

En cuanto a la pertinencia, expresó el peticionario que se acercó al docente, quien le dijo que fue entrevistado por una servidora de la fiscalía, de lo cual no se informó a la defensa, razón por la cual esta parte no solicitó esta prueba con anterioridad. Aseguró también que la importancia de este testigo radica en que ha sido profesor de karate durante varios años del menor y conoce sus comportamientos; que ha impartido iguales clases en varias fundaciones con niños que han sido abusados, por lo que -asevera- podrá “*aclarar si los comportamientos de A. M. A. corresponden a los de un niño abusado o presuntamente abusado de los que él observa en las fundaciones a las que asiste*”.

3. La juez, acogiendo los reparos de la fiscalía, del representante de la víctimas y del procurador delegado, negó la práctica del testimonio de J. D. O. por cuanto consideró que no se daban los requisitos jurisprudenciales para el decreto de una prueba sobreviniente, toda vez que: *i)* la defensa contó con la oportunidad de conocer esta prueba con anterioridad al juicio; *ii)* el decreto de una prueba de tal naturaleza exige que la misma sea de significativa importancia y en este caso el peticionario no argumentó de forma suficiente la pertinencia de ese testimonio, en la medida que solo expuso que este sujeto era profesor de artes marciales del menor, pero no los datos en concreto que resultan relevantes para el asunto; *iii)* este testigo es de referencia frente a los datos que ofreció la testigo Marina Stella García Gallo; y, *iv)* el declarante solicitado no es perito, como para dictaminar si las actitudes del menor de edad se compadecen con las de un infante que ha sido abusado sexualmente.

4. El defensor interpuso el recurso de apelación, que sustentó inmediatamente después de adoptada la determinación por la funcionaria de conocimiento, alegando que si bien la defensa conoció que el menor estaba en actividades lúdicas, ese no es el objeto por el que solicitó ese testigo, sino porque con posterioridad a la audiencia preparatoria este escuchó unas manifestaciones de parte de la abuela del menor, quien fungió como testigo de la fiscalía, insistiendo que el

profesor puede dar cuenta de las aptitudes asumidas por la presunta víctima.

En cuanto a la posibilidad de conocer de la asistencia del menor a esas clases de hapkido, replicó el apelante que con ocasión a los hechos denunciados se perdió el contacto entre el menor y su abuelo; por tanto, no podía el acusado enterarse que su nieto asistía a esas actividades.

Asimismo, como la funcionaria cuestionó que no se concretó la pertinencia por el defensor al no significar cuáles eran los comportamientos del menor que pudo observar el testigo solicitado, respondió el recurrente que ello no lo hizo para no contaminar a la juez y que ese era precisamente el objeto de la prueba, por lo que no podía el anticipar su contenido.

Contario a la juez, expresó que el testimonio del docente J. D. O. no es una prueba de referencia, dado que contará las manifestaciones que le hizo la abuela de la víctima, así como la forma de actuar del menor; por tanto, aseguró que *“sería contrariar la lógica y el sentido común”* atribuirle el carácter de referencia a su testimonio.

En cuanto la juzgadora anotó que faltó desarrollar la pertinencia de esa solicitud probatoria, expresó el defensor que es pertinente una prueba cuando sirve para hacer más o menos probable un hecho o se refiere a la credibilidad de un testigo, concluyendo así que es pertinente el testimonio de J. D. O. en la medida que atacaría el testimonio de la una testigo y daría cuenta del comportamiento del menor.

Por último, manifestó su desacuerdo en torno a la manifestación de la juez en el sentido que el testigo no es idóneo para hablar del comportamiento del menor porque no es perito, pues aquella se está adelantando a la valoración de un testimonio que no se ha presentado a juicio.

Con esas razones solicitó el defensor que se revoque la decisión y se decrete como prueba sobreviniente el testimonio de J. D. O..

5. Contrario a ello, los no recurrentes solicitaron la confirmación del auto apelado, con base en los siguientes argumentos:

5.1. En primer lugar, se pronunció el fiscal, quien aseguró que el código de procedimiento penal al tratar la prueba sobreviniente establece que debe ser significativa, lo cual no quedó claro en la petición. Asimismo, estimó que, si el testigo de la defensa se referirá al estado anímico de la menor víctima, era necesario que se acreditara su idoneidad para ello, lo cual no ocurrió, y que si el testigo va a hablar de lo que le manifestó la testigo M. S. G., es evidentemente prueba de referencia.

5.2. Luego hizo lo propio el representante de víctimas aseverando que la defensa no acreditó cuál sería el perjuicio que le ocasionaría a su teoría del caso negar el testimonio de J. D. O.; que no puede aceptarse el mismo con el argumento atinente a que expondrá lo que escuchó de la abuela materna del menor, pues así cualquier persona a la que un testigo le comentare algo tendría que ser llamada a juicio: que no puede valorarse la afirmación de la defensa en torno a que el acusado no pudo conocer la existencia de ese profesor porque no tiene contacto con el menor, dado que ese argumento no lo expresó en su petición inicial; y que al ser la prueba sobreviniente una excepción necesaria que la argumentación del peticionario fuera más a fondo, pues no bastaba decir que haría más probable un hecho, sino que debía decir cuál en concreto.

5.3. Por último, describió el traslado el representante del Ministerio público, quien lo hizo en similares términos que los anteriores en cuanto a la falta de argumentación de la pertinencia por parte de la defensa y agregó que el defensor mostró confusión en cuanto al tipo de prueba que solicita, pues si pretende demeritar el testimonio de la abuela materna del infante, se trata de una de refutación, pero al mismo tiempo de referencia porque el objeto de prueba de este proceso no es el testimonio de M. S. G., sino los tocamientos que al parecer padeció su nieto.

## SE CONSIDERA

En punto de la prueba sobreviniente, el inciso último del artículo 344 de la Ley 906 de 2004 establece que “*si durante el juicio alguna de las*

*partes encuentra un elemento material probatorio y evidencia física muy significativos que debería ser descubierto, lo pondrá en conocimiento del juez quien, oídas las partes y considerado el perjuicio que podría producirse al derecho de defensa y la integridad del juicio, decidirá si es excepcionalmente admisible o si debe excluirse esa prueba”.*

Como ha sido dicho por esta Sala en otras oportunidades, el decreto y práctica de una prueba sobreviniente en desarrollo de la audiencia de juzgamiento se justifica en la medida que no habiendo sido conocido por las partes en las audiencias de formulación de acusación y preparatoria sea capaz de demostrar un *factum* determinante del proceso.

La excepcionalidad de su admisión está directamente ligada, de una parte, con su importancia probatoria y, de otra, con el desconocimiento de su existencia antes de la realización del juicio, ya sea porque deriva del contenido de las practicadas o porque al existir de manera independiente no se tuvo conocimiento de ello en la debida oportunidad procesal.

Frente a la prueba sobreviniente ha expresado la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia lo siguiente: Así ha dicho la Corte al respecto:

*“Obsérvese cómo, el trámite de descubrimiento previo al juicio en las oportunidades indicadas para esto, hace parte del debido proceso probatorio y repercute seriamente en el derecho de defensa, por ello, se reitera, la consecuencia de su inobservancia, no puede ser otra que el rechazo del medio solicitado, salvo los casos de “prueba sobreviniente”, cuyo decreto excepcional en el juicio fue concebido, no para cambiar la forma en la que se preparó la incorporación y práctica de las pruebas decretadas, ni con el fin de revivir oportunidades procesales fenecidas, sino para no privar a las partes de ofrecer el conocimiento contenido en aquel medio que siendo pertinente, conducente y útil, (i) surge en el curso del juicio, bien porque se deriva de otra prueba allí practicada y ello no era previsible, o porque en su desarrollo alguna de estas encuentra un elemento de convicción hasta ese momento desconocido; (ii) no fue descubierto oportunamente por motivo no imputable a la parte interesada en su práctica; (iii) es “muy significativo” o importante por su*

*incidencia en el caso; y, (iv) su admisión no comporta serio perjuicio al derecho de defensa y a la integridad del juicio”<sup>1</sup>.*

### **Del caso concreto:**

En el asunto sometido a consideración de la Sala, se denota la improcedencia de la prueba pedida desde las finalidades que expresó el defensor en la petición inicial y en el recurso, pues en este reiteró que el docente J. D. O. se pronunciaría, por una parte, sobre el comportamiento que observó en el menor y si el mismo se compadecía con los de otros niños abusados a quienes ha impartido clases; y, por otra, sobre la información que a él le brindó la abuela materna de la presunta víctima después de que rindió su testimonio.

Establecido ello, ha de decirse que si el censor propone probar con este pedagogo el comportamiento que notó en el menor dentro de sus clases, la defensa debió ocuparse de ello desde el trabajo investigativo, pues si conocía de las actividades lúdicas que desarrollaba el menor, debió indagar al respecto y entrevistar a sus docentes para determinar si alguno de ellos podía corroborar su teoría del caso o demeritar la de la fiscalía, por cuanto es sabido que en casos cuyo tema de prueba es un abuso sexual sobre un infante, puede tenerse como hecho indiciario la presencia o ausencia de comportamientos particulares en las presuntas víctimas.

En efecto, como cuestionó el representante de la víctima dentro del traslado, el censor sorprende a las partes y a la juez en el recurso cuando afirma que hay una orden de restricción para que el acusado se acerque al menor con ocasión a la revelación que hizo de los tocamientos y que por eso desconocía de las actividades extracurriculares que desarrollaba el infante, pues tal argumento no fue objeto de la petición inicial que hizo a la juez.

Por demás, tal argumento es contradictorio e incompleto, pues el censor, por una parte, en su alegato termina por aceptar que sabía de las actividades extra académicas a las que asistía el niño; y, por otra, no especificó desde qué fechas recibe el niño esas clases de artes marciales y desde cuándo se impidió al acusado acercarse al menor, como para

---

<sup>1</sup> Auto del 04 de marzo de 2015. Rad. 44238.

afirmar que le era imposible conocer de esas actividades, cuando al parecer las clases de karate impartidas por el docente J. D. O. y los supuestos abusos denunciados tuvieron ocurrencia concomitantemente, toda vez que el censor asegura que este es su profesor de karate desde hace varios años y a decir de la fiscalía, los abusos ocurrieron entre el año 2015 y 2016.

Si ello es así, esa prueba testimonial para acreditar los cambios de comportamiento del menor, podía ser conocida por la defensa de haber adelantado una investigación integral sería ya que desde antes de la audiencia preparatoria sabía la defensa de esas clases lúdicas del menor; de ahí que frente a esa finalidad probatoria no sea procedente el decreto de esta prueba como sobreviniente.

Ahora, aunque la defensa afirme que este testigo no fue citado como perito, lo cierto es que es esa la condición que se extrae de su pretensión cuando afirma que J. D. O. acudirá a “*aclarar si los comportamientos de A. M. A. corresponden a los de un niño abusado o presuntamente abusado de los que él observa en las fundaciones a las que asiste*”.

Como se ve, la defensa pretende que J. D. O. conceptúe si la aptitud del menor se asimila a la de otros niños que han sido objeto de vejámenes sexuales, cuando aquel no cuenta con los conocimientos especializados para ello, pues por más niños abusados que conozca, ello no lo pone en capacidad de dictaminar al respecto, por lo que de cara a esta finalidad tampoco es admisible este testimonio.

Finalmente, el otro aspecto que señaló el defensor es que el objeto del testigo es que acredite unas manifestaciones que recibió de parte de la M. S. G. con posterioridad a la audiencia preparatoria y que con ello demeritaría su credibilidad; no obstante, no encuentra la Sala cómo se alcanzará ese objetivo, pues el defensor no enunció siquiera de qué tipo eran esas manifestaciones y cómo ellas menguaban el poder suasorio de la abuela materna del infante.

Y para ello, contrario a lo que afirma el defensor, no era necesario exponer a la funcionaria todo el contenido que pretendía traer a juicio con ese testigo, como que bastaba significar cómo ese testimonio era esencial para su teoría del caso y como su ausencia causaría un perjuicio al derecho de defensa, pero no de forma abstracta como lo hizo, pues

como expresó el apoderado de víctimas, era menester que descendiera al contenido de la prueba para exponer así su relevancia, lo cual no ocurrió, por lo que se desconoce aquello que podrían ir a declarar este profesor, lo cual desnuda la falta de importancia del mismo.

Por demás, la Sala no encuentra que sea determinante para el proceso la presencia de este testigo, pues aunque el defensor diga lo contrario, si este referirá las manifestaciones que escuchó de la abuela materna del menor, es evidente que se trata de una prueba de referencia, pues ningún conocimiento personal tiene este docente respecto al tema de prueba de esta causa, que no estriba en la veracidad de las declaraciones de M. G., sino sobre los presuntos tocamientos a los que G. M. A. sometió a su nieto.

Es claro, entonces, que el discurso de la defensa no reúne las exigencias argumentativas que conlleven a afirmar que se satisfacen los elementos jurisprudenciales y legales para el decreto excepcional de la prueba sobreviniente; por tanto, se confirmará la decisión impugnada.

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

### **RESUELVE:**

Confirmar la determinación adoptada por la Juez 11 Penal del Circuito de esta ciudad en la audiencia de juzgamiento celebrada el pasado 30 de abril.

Contra esta determinación no procede ningún recurso.

Devuélvase la actuación al juzgado de origen, una vez realizada la audiencia de lectura de esta providencia por parte del Magistrado Ponente, para lo cual se fijará fecha oportunamente.

**CÚMPLASE.**



**SANTIAGO APRÁEZ VILLOTA**  
Magistrado

**OSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ**  
Magistrado

**LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO**  
Magistrado