



SALA PENAL

Magistrado Ponente:

JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ.

Auto pruebas: 2020-00391

Aprobado mediante acta: 84

Medellín, julio seis (06) de dos mil veintidós (2022)

Recibida esta actuación casi un año después de interpuesto el recurso de apelación por la defensa del señor **Albeiro Antonio Cuesta Palacios** contra la decisión del 17 de junio de 2021, proferida por la Juez Catorce Penal del Circuito de esta ciudad, mediante la cual inadmitió la práctica de una prueba documental en la audiencia preparatoria, procede la Sala a resolverlo, conforme a los siguientes antecedentes:

ANTECEDENTES

En audiencia realizada el 16 de septiembre de 2020 se acusó al señor **Albeiro Antonio Cuesta Palacios** como autor de los delitos de acceso carnal violento agravado, acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado y actos sexuales con menor de catorce años agravado, conforme a los siguientes hechos descritos en el escrito de acusación:

“EL SEÑOR ALBEIRO ANTONIO CUESTA PALACIOS, EN SU CALIDAD DE PADRASTRO DE LA MENOR DARLYN YULIETH PIÑEROS MARÍN, EN MULTIPLES OPORTUNIDADES (mejor dicho DE MANERA CRÓNICA), DESDE QUE LA MENOR CONTABA, CON 11 AÑOS, APROXIMADAMENTE, HASTA LOS 16 AÑOS, REALIZÓ CON FINES LIBIDINOSOS ACTOS SEXUALES DIVERSOS DEL ACCESO CARNAL EN EL CUERPO DE LA MENOR; LUEGO, CON EL PENE, LA ACCEDIÓ CARNALMENTE POR LA VAGINA Y POR LA BOCA; DESPUÉS, LA ACCEDIÓ CARNALMENTE CON EL PENE VIA VAGINAL UTILIZANDO VIOLENCIA FÍSICA.

LA MODALIDAD DELICTIVA UTILIZADA POR EL SEÑOR CUESTA PALACIOS PARA ATENTAR DE MANERA REPETITIVA CONTRA LA INTEGRIDAD, LIBERTAD Y FORMACIÓN SEXUAL, DE LA MENOR D.Y.P.M., FUE LA POSICIÓN DE PADRASTRO QUE TENÍA DENTRO DEL GRUPO FAMILIAR CONFORMADO POR LA MENOR CITADA, LA MADRE DE ESTA Y COMPAÑERA SENTIMENTAL DE ALBEIRO ANTONIO, SEÑORA DIANA LUCELLY MARÍN MARTÍNEZ, ADEMÁS, DE LA CONFIANZA DEPOSITADA EN ÉL, DADO QUE, EN MOMENTOS EN QUE LA MADRE ESTABA LABORANDO EN LA EMPRESA GANA, AQUEL APROVECHABA PARA EJECUTAR LOS VEJAMENES SEXUALES, PUES ERA ÉL QUIEN, DESPUÉS DE CUMPLIR CON SU JORNADA LABORAL COMO CAMARÓGRAFO, QUEDABA SUPUESTAMENTE COMO GARANTE DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA MENOR; TAMBIÉN APROVECHABA PARA LA COMISIÓN DE LAS CONDUCTAS PUNIBLES, LOS MOMENTOS EN QUE LA MADRE ESTABA HACIENDO EL DESAYUNO PARA TOMAR A LA MENOR Y SOMETERLA A LOS DIFERENTES ABUSOS SEXUALES Y, ES DE RESALTAR QUE EN UNA DE LAS MULTIPLES VECES QUE INCURRIÓ EN LA COMISIÓN DE LA CONDUCTA, FUE SORPRENDIDO POR SU PROPIA MADRE, SEÑORA ESMERALDA PALACIOS, QUIEN PARA CUBRIR SU ACCIÓN CRIMINAL, AROPÓ COMPLETAMENTE A LA MENOR, PARA LUEGO DECIR QUE SE TRATABA DE LA MAMÁ DE LA VÍCTIMA.

CUANDO LA MENOR TENIA CINCO AÑOS, APROXIMADAMENTE, -esta nació el 11 de noviembre de 2002- HOY CUENTA CON 17 AÑOS, Albeiro Antonio Cuesta empezó LA CONVINCENCIA CON LA PROGENITORA DE AQUELLA Y LOS ACTOS ERÓTICOS SEXUALES Y ACCESOS

CARNALES ABUSIVOS, INICIAN CUANDO LA MENOR CUMPLIÓ LOS 11 AÑOS, APROXIMADAMENTE, SIENDO ENTONCES EL AÑO 2013 Y TAMBIÉN COMO PUNTO DE REFERENCIA, CUANDO UNA TÍA MATERNA DEJA DE VIVIR EN EL MISMO GRUPO FAMILIAR, SE FUE PARA UN PUEBLO; CONTINUARON EJECUTÁNDOSE LOS VEJAMENES SEXUALES, HASTA QUE LA JOVEN TENÍA 16 AÑOS Y DOS MESES, PUES EL ÚLTIMO ACCESO CARNAL VIOLENTO OCURRIÓ, DESPUÉS DE LA MENOR CUMPLIR LOS 14 AÑOS Y ANTES DE CUMPLIR LOS 18 AÑOS, ESTO ES, NOVIEMBRE DE 2016, OCURRIÓ EN ENERO DE 2020, CUANDO YA LA MENOR TENÍA NOVIO, LO QUE ENFURECIÓ AL SUJETO ACTIVO HASTA EL PUNTO QUE VIOLENTÓ FÍSICAMENTE A LA MENOR Y, NUEVAMENTE LA ACCEDIÓ CARNALMENTE CON EL PENE, VIA VAGINAL. TODOS LOS HECHOS OCURRIERON EN BELÉN RINCÓN...”.

La audiencia preparatoria se realizó en sesiones del 27 de mayo y 17 de junio de 2021, y en la primera de ellas las partes solicitaron la práctica de varias pruebas, entre ellas, en lo que va a ser objeto de apelación por su inadmisión, el defensor pidió que se decretara como prueba documental *“la entrevista que realizó a la víctima la doctora Ely Johana Arredondo Aguirre”*, refiriéndose a ella de la siguiente manera:

“...solicita que se tenga como prueba directa la entrevista SATAC que se le realizó a la jovencita Darlin Yulieth Piñeros Marín por la persona que refirió la señora Fiscal como quien practicó esta diligencia, la doctora Ely Johana Arredondo Aguirre. Señoría nosotros pensamos, nosotros creemos, que es conducente y pertinente que usted tenga de presente esta entrevista porque como prueba nodal de la defensa, encontramos ciertas incongruencias entre lo que se depuso como informes para la señora Fiscal y en lo que en realidad se llegó a practicar. Igualmente, esta prueba le dará a entender a usted cuál es la realidad del caso”.

2. La decisión.

La Juez inadmitió la prueba documental.

Explicó que la presunta afectada estará disponible para testificar al momento de la práctica probatoria, aludiendo a la sentencia 44950 del 25 de enero de 2017, de la Corte: *"Si el testigo está disponible, es obvio que no concurre ninguna de las circunstancias excepcionales de admisión de prueba de referencia consagradas en el artículo 438 en cita. Por lo tanto, admitir, bajo esas condiciones, una declaración anterior al juicio oral como medio de prueba, no sólo trasgrede el artículo 438 de la Ley 906, sino, además, el artículo 16 ídem, norma rectora que "únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento", y, en general, las normas que regulan la prueba testimonial"*.

Concluyó que la petición de esta entrevista no fue ajustada a la normatividad procesal y que la defensa la tendría a su disposición para hacer su conainterrogatorio.

3. La apelación.

El defensor interpuso los recursos de reposición y de apelación, el cual concretó a la negativa de esta prueba documental.

Expuso que las advertencias que hace la norma y la jurisprudencia de no tener en cuenta esta prueba de manera directa, consiste en que *"al preguntársele a estar a disposición el testigo, no habrá la oportunidad de controvertir lo que este vierta"*. Lo que hay en esa diligencia de la versión de la menor, es lo que *"este defensor prevé en ella como una actitud de la funcionaria que está practicando la diligencia"*, por lo que considera *"debe conocer de manera directa ese documento fílmico porque allí usted va a observar cuál es la actitud de esa funcionaria y de dónde vienen las respuestas y su posterior informe, el cual se controvertirá"*, para que se observe *"cómo se ponen palabras en la testigo para torcer sus dichos"*, impresionando a los funcionarios posteriores, lo que le parece son razones suficientes para que se tenga en cuenta el requerimiento.

4. No recurrente.

La fiscal solicitó se confirme la decisión. Indicó que la testigo está disponible y una cosa es que se haya pedido la exclusión de la utilización de la entrevista judicial que se le hizo a la menor porque no se haya cumplido con los requisitos legales, pero el defensor dijo que es para mirar la actitud de la entrevistadora, y ello no es una razón válida porque la Fiscalía de acuerdo a ese elemento material probatorio que obtuvo de entrevista judicial, cumplió con todos los procedimientos del artículo 206A del CPP.

Adujo que si la defensa consideró que la entrevistadora no hizo las preguntas debidamente o realizó preguntas capciosas, cualquiera de esas situaciones que ameriten una irregularidad

o que el medio de prueba se haya obtenido de manera ilícita, es un asunto distinto, pero no se puede decretar ese medio de prueba *"porque usted tiene que mirar cómo actúa la investigadora"*, porque ello es prueba de referencia, y no se presenta ninguna de las causales del artículo 438 del CPP, por lo que no podrá introducirse al juicio.

5. La negativa de la reposición.

La Juez no repuso la decisión.

Indicó que el defensor no supo fundamentar el recurso acerca de los eventuales errores de hecho o de derecho que tuvieran que haber sido corregidos en la decisión, pues la sustentación no se dirigió a atacarla. Además, ni en la petición ni en la sustentación del recurso se hizo relación al cumplimiento de alguna de las exigencias legales del artículo 438 del CPP para que una prueba de referencia, como es una entrevista, pudiese ingresar como prueba, lo único que se quiere es que se observe que la entrevistadora falseó e indujo a la niña a unas respuestas, pero el remedio a esa situación no es en este momento. Así no lo permite la ley, y la defensa tendrá a disposición a la menor para el conainterrogatorio. Finalmente, expuso que, aunque consideraba que el recurso no fue debidamente sustentado, para ahondar en garantías, concedía la apelación ante esta Corporación.

CONSIDERACIONES

Conforme al anterior panorama de discusión y luego de verificar un mínimo de argumentación para entender como

sustentado el recurso, nos corresponde analizar si resulta correcta la inadmisión de la entrevista previa de la menor que aparece como víctima en esta actuación, por tratarse de prueba de referencia, sin que, según afirmó la Juez de primera instancia, se hubiese demostrado su pertinencia, conducencia y utilidad.

Sobre esto último, no podemos pasar por alto la inconsistencia entre los argumentos de solicitud de la prueba y los de la sustentación del recurso. Al principio, como se dijo, se hizo alusión a una incongruencia entre unos informes presentados por la Fiscalía y *"en lo que en realidad se llegó a practicar"*, sin que pueda entenderse a qué se refiere esa afirmación, y en la sustentación ya se expuso que la prueba iba dirigida a demostrar determinada *"actitud de la funcionaria que está practicando la diligencia"*, en cuya filmación se podría *"observar cuál es la actitud de esa funcionaria y de dónde vienen las respuestas y su posterior informe..., cómo se ponen palabras en la testigo para torcer sus dichos"*, aseveraciones que no fueron realizadas al momento de pedir la prueba, lo que evidencia una indebida sustentación del recurso, puesto que su finalidad no es agregar peticiones no realizadas ni llenar vacíos argumentativos, sino que como condición procesal se debe presentar una argumentación orientada a controvertir los planteamientos que fundamentan una decisión que en particular, se desea que sea revisada en una segunda instancia.

Las etapas son preclusivas y determinantes para los actos subsiguientes, por ejemplo, para permitir la contradicción de las demás partes e intervinientes, y en este caso el censor se

refirió a estos aspectos solamente cuando se le concedió la palabra para la sustentación del recurso, que obviamente tiene una finalidad diferente.

En fin, para resolver sobre la admisibilidad de la entrevista de la menor, inicialmente resulta necesario establecer la finalidad con la que esta prueba documental fue solicitada por la defensa. En ese sentido, a partir del registro 1:45:35 de la segunda sesión de la diligencia, se indicó que:

“...solicita que se tenga como prueba directa la entrevista SATAC que se le realizó a la jovencita Darlin Yulieth Piñeros Marín por la persona que refirió la señora Fiscal como quien practicó esta diligencia, la doctora Ely Johana Arredondo Aguirre. Señoría nosotros pensamos, nosotros creemos, que es conducente y pertinente que usted tenga de presente esta entrevista porque como prueba nodal de la defensa, encontramos ciertas incongruencias entre lo que se depuso como informes para la señora Fiscal y en lo que en realidad se llegó a practicar. Igualmente, esta prueba le dará a entender a usted cuál es la realidad del caso”.

Ahora bien, es claro que en el sistema penal acusatorio que nos rige opera como principio edificante la libertad probatoria, definida en el artículo 373 del C.P.P.: “*Los hechos circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar con cualquiera de los medios establecidos en este Código o por cualquier medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos*”¹, teniendo entonces la parte la posibilidad de demostrar su teoría del caso con cualquier

¹ Negrilla nuestra.

prueba legal y lícita, que en todo caso ingresa a la actuación para ser examinada en su conjunto, según el artículo 380 de la misma norma².

No obstante esta regla general, advertimos que lo solicitado por el apelante, cuyo decreto procura en esta instancia, es evidente que se trata, por ahora, de una prueba de referencia inadmisibile.

Este tipo de prueba alusiva a una declaración por fuera del juicio oral, no es de libre ingreso según la voluntad de las partes imaginándose alguna hipotética pertinencia y utilidad para su teoría del caso, como mal entiende el apelante, pues, acorde con el artículo 438 del C.P.P., tiene unas causales taxativas que deben ser objeto de acreditación, argumentación y, por supuesto, de contradicción. La jurisprudencia ha sostenido de manera pacífica que, entendiendo que se afecta los derechos de inmediación y confrontación de la prueba, *"rige el principio de legalidad, en la medida en que sólo se tendrán como tales aquellas que se encuentran incluidas en las previsiones del artículo 438 de la Ley 906 de 2004"*³.

En nuestro caso la fiscal está anunciando la práctica del testimonio de la víctima de los hechos, y su indisponibilidad, absoluta o relativa, que autorizaría que las declaraciones

²ARTÍCULO 380. CRITERIOS DE VALORACIÓN. Los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física, se apreciarán en conjunto. Los criterios para apreciar cada uno de ellos serán señalados en el respectivo capítulo.

³ Por ejemplo, CSJ, SP, sentencias del 22 de marzo de 2017 (radicado 44441) y del 2 de julio de 2014 (radicado 34131)

anteriores sean consideradas como "pruebas", no es viable examinarla para este instante.

La prueba que se va a practicar es el testimonio de la menor, y si el supuesto consiste en la finalidad de impugnación de credibilidad (u otra que surja durante su realización), que entendemos es hacia donde se dirige el objetivo del apelante, descubierta la declaración como ha ocurrido, no requiere que sean decretadas en la audiencia preparatoria, pues su empleo se halla autorizado acorde con unas ritualidades específicas previstas en la Ley 906 de 2004 y conforme con las contingencias que puedan ocurrir y que no es viable anticipar.

Así las cosas, por tratarse de una prueba de referencia inadmisibile, se confirmará la decisión de primera instancia, obviamente con las salvedades de que podrá ser utilizada para los efectos que autoriza el legislador.

Finalmente, como el recurso de apelación fue concedido desde el 17 de junio de 2021 y solamente fue remitido a esta Corporación el 10 de junio de este año para su solución, pese a que se trata de un proceso con privado de la libertad, se compulsarán copias ante la Comisión Seccional de Disciplina Judicial de Antioquia, para que se indague disciplinariamente el trámite tardío que se le dio a este recurso.

En mérito de lo expuesto, **el Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Penal:**

RESUELVE

- 1. Confirmar** la decisión que por apelación se revisa.
- 2. Ordenar** la compulsa de copias ante la Comisión Seccional de Disciplina Judicial de Antioquia, para que se indague disciplinariamente el trámite tardío que se le dio a este recurso.

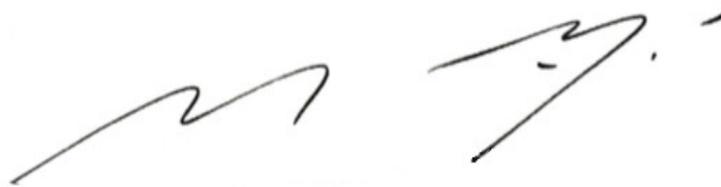
Cítese a audiencia para su notificación, si es del caso virtual. Se informa que contra la presente decisión no proceden recursos.

CÓPIESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,



JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ



MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS



PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN