

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA PENAL

Radicado: 05001 60 00207 2020-02037
Acusado: Cristian David Oquendo Montoya
Delito: Acceso carnal abusivo con menor de 14 años
Decisión: Confirma y se abstiene
Magistrado Ponente: Gabriel Fernando Roldán Restrepo
Aprobado en acta No. 45

Medellín, diecinueve (19) de abril de dos mil veintitrés (2023).

1.- VISTOS

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor contra la decisión proferida el 1 de marzo de 2023, por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Medellín, respecto al decreto probatorio.

2.- ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL

Se reseñará solo lo relevante, de acuerdo al objeto de apelación.

En audiencia preparatoria realizada el 1 de marzo de 2023, entre otras, se realizaron las siguientes solicitudes probatorias:

- **Testimonio de la víctima MBH.** Sostuvo la fiscal que con esta probará la ocurrencia de los hechos, indicará las circunstancias de modo, tiempo y lugar, la forma como sucedieron, en cuántas oportunidades, hablará sobre el autor, la relación que tiene con este, hace cuánto lo conoce y si fue amenazada o recibió algo a cambio; igualmente, se referirá a su estado emocional para la época del suceso, los intentos de suicidio y su relación con el abuso sexual.

Así mismo, el defensor lo solicitó como testimonio común, argumentando que requiere a la testigo para que relate realmente lo acaecido, indicando quién la coaccionaba o amenazaba, cuándo y cómo, además, hablará acerca de la violencia física y psicológica a la que fue sometida por parte de la familia y su progenitora, manifestando cuándo empezó a sentir que debía decir la verdad sobre lo acaecido, dónde y a quién se lo dijo.

- **Testimonio de Yesica Diaz e informe pericial.** Perito de Medicina Legal y quien realizó el examen sexológico a la menor, derivado de la denuncia por abuso sexual; por ende, dará cuenta de los resultados obtenidos, los hallazgos en la zona genital de la niña, y si tenía o no algún desgarre.

Al respecto, el defensor solicitó su exclusión al tratarse de prueba obtenida de manera ilegal e ilícita, por cuanto la fiscalía tuvo conocimiento del hecho por denuncia del 30 de diciembre de 2020 y el examen médico forense se realizó el 15 de enero de 2021, esto es, 16 días después, cuando la fiscalía ya había asumido la dirección de la investigación, no obstante, la orden no la emitió la fiscal correspondiente sino su asistente, quien carecía de competencia para ello, tornando la prueba en ilegal.

Aunado a lo anterior, si el ente acusador requería el examen debió acudir ante Juez de Garantías para que fuera previamente autorizado, así mediara consentimiento informado por parte del representante legal, pero no lo hizo, obteniéndose una prueba ilícita.

En lo tocante, la fiscal se pronunció explicando que el asistente de fiscalía tiene facultades legales para realizar solicitudes dentro de los actos urgentes, y no existe un término legal que exija que la valoración por medicina legal se daba llevar a cabo en cierto tiempo, en este caso, la noticia criminal fue del 30 de diciembre de 2020, y se informó a los familiares para que llevaran a la menor a dicha institución, y lo hicieron 15 días después, lo cual no quiere decir que fue extemporáneo y que por ende, la prueba es ilegal.

Así mismo, el representante de víctima advirtió que la Fiscalía General de la Nación tiene como función investigar y acusar cuando se presume la comisión de un delito, siendo programa metodológico el que realiza el fiscal con sus investigadores, contándose conforme al artículo 175 de la Ley 906 de 2004 con un plazo razonable para su ejecución, y emitiéndose las respectivas órdenes, y en este caso, el testimonio

de la perito de Medicina Legal es necesario porque fue quien le practicó la valoración a la menor, lo que no es ilegal.

3.- DECISIÓN

La juez optó por decretar el testimonio de la perito Yesica Diaz Casas, al considerar que en ningún momento el asistente del fiscal ordenó la práctica de una pericia pues la misma ni se ha rendido en juicio oral, y quien la está solicitando es la representante de la Fiscalía General de la Nación, ello aunado, a que la petición de la valoración médica surgió de la afectada, y no del oficio petitorio firmado por el asistente del fiscal, es decir, aun sin ese documento procedía la realización de la evaluación pues así lo requirió la víctima, por ende, no existe ilegalidad de la prueba.

Y, tampoco se presunta ilicitud de la misma, pues es claro que en este caso hubo un consentimiento previo, por lo que no se presentó ninguna intromisión vulneradora del derecho a la intimidad; en otras palabras, el control judicial previo es exigible cuando se trata de conseguir muestras con base en el cuerpo del presunto responsable o en aquellos eventos que se examina a la víctima, pero no media consentimiento de su parte.

Finalmente, en lo concerniente a la prueba común, dispuso que la menor MBH fungiría como testigo directa de la fiscalía, estando habilitada la defensa para desarrollar el conainterrogatorio, por cuanto la pertinencia sustentada por el defensor se encuentra incluida en la señalada por el fiscal, lo que garantiza el derecho de contradicción y evitar la revictimización de la afectada.

4.- MOTIVO DE APELACIÓN

4.1.- El defensor censuró a la decisión, argumentando que el testimonio de la menor MBH resulta de gran importancia para su teoría del caso, además, que el conainterrogatorio es limitado por las preguntas del interrogatorio, y se corre el riesgo de que la fiscalía no toque el tema que necesita o renuncie al testigo, cercenándose así los derechos de su representado, por lo que pide sea decretado, y en caso de que se aborden todos los aspectos, por lealtad procesal no la llevaría a juicio.

También, debatió lo tocante al testimonio de la perito y el respectivo informe, reiteró que el asistente del fiscal desbordó sus atribuciones al asumir funciones propias del ente acusador, lo que resulta ilegal al ser obtenida sin el cumplimiento de los

requisitos formales, además de que pasaron 15 días después de la noticia criminal para hacer ese acto urgente, incumpléndose lo contemplado en el artículo 205 de la Ley 906 de 2004.

Y, la prueba es ilícita pues al haber sido ordenada de esa forma se violentaron los derechos de la menor, ya que no existía razón para someterla al examen, en tanto el servidor que lo ordenó carecía de competencia, y el que la menor de igual forma asistiría a realizarse la evaluación no pasa de ser una suposición de la juez.

Solicitó la exclusión de la aludida solicitud probatoria.

4.2.- No recurrentes.

La fiscal solicitó confirmar la decisión, explicando que el asistente no ordenó nada a medicina legal, pues su función es cumplir lo que le mande el fiscal, y ello quiere decir que la orden la emitió quien tenía a su cargo la investigación; y la asistencia si podía expedir una solicitud a dicha entidad pues tiene —de manera permanente— funciones de policía judicial, además, no hay un término de ley que imponga 36 horas para enviar a una persona víctima de agresión sexual ante medicina legal.

En igual sentido, el representante de víctimas pidió la confirmación de la decisión, al considerar que el que el principio *pro infans* comporta el respeto de las garantías procesales de la menor víctima, por lo que si acude al juico cuantas oportunidades pretende el defensor se le estaría revictimizando, además, se trata de una prueba directa sobre la ocurrencia del suceso, no teniendo sentido que la fiscalía renuncie a su principal testigo, por ende, a través del interrogatorio cruzado podrá —a través de las preguntas respectivas— desarrollar su teoría del caso.

Y, frente a la perito, argumentó que cuando se inicia investigación existe un plan metodológico, a partir del cual la fiscalía organiza y emite las respectivas órdenes a sus asistentes o policía judicial, y eso fue lo que pasó, el asistente obró bajo la orden del fiscal de turno, que le dio al facultad de iniciar este proceso; por ende, no se trata de una prueba ilegal.

5.- CONSIDERACIONES

Es competente la Sala para resolver el asunto sometido a estudio, acorde con lo normado en el artículo 34 numeral 1 de la Ley 906 de 2004, en concordancia con el

artículo 359 inciso final de la misma obra, y como quiera que el límite del recurso lo impone la parte apelante, se atenderá estrictamente a esa argumentación para dar respuesta a la censura.

Revisados los motivos de inconformidad, se resolverán de la siguiente manera:

5.1. Prueba común.

De acuerdo con la jurisprudencia¹, nada impide para que las partes soliciten el interrogatorio directo de un testigo de la otra parte para demostrar su teoría del caso, y así ofrecerle al juez conocimientos que soporten aspectos relacionados con la estrategia de quien la solicitó, evento que legitima a que el declarante sea asumido como propio en lo que concierne al interés del fiscal o de la defensa.

Al respecto, ha explicado la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia:

“En providencia CSJ AP948-2018, rad. 51882 la Corte reiteró que una parte puede solicitar las pruebas pedidas por su antagonista «siempre y cuando explique por qué resultan pertinentes a la luz de su teoría del caso».

A través de dicha decisión, se expuso lo inadecuado que resultaba negar las pruebas pedidas por el oponente con el argumento fincado en que los temas de interés pueden ser ventilados durante el contrainterrogatorio. Ello, como lo ha indicado esta Sala, porque:

(i) si una prueba es pertinente para respaldar la teoría del caso, su práctica no puede quedar a merced del adversario, a quien le bastaría con renunciar a la misma para evitar el contrainterrogatorio; y, (ii) por las finalidades del interrogatorio directo y contrainterrogatorio: el primero se limitará a los aspectos principales de la controversia y a los hechos objeto del juicio o relativos a la credibilidad del declarante y, el segundo, es el medio para refutar, en todo o en parte, lo que el testigo ha contestado.

Sin embargo, se ha definido que si la defensa pretende solicitar también como suya aquella prueba peticionada por la Fiscalía, deberá ofrecer unos razonamientos de pertinencia que, teniendo en cuenta que sirven a una teoría del caso contraria a la del ente acusador, tendrán que ser diferentes a los presentados por este último. Ello resulta suficiente, tratándose de pruebas documentales, pues de ser esa pretendida prueba común un testimonio (como lo es para el caso bajo estudio), la petición debe venir acompañada de la argumentación adecuada, a partir de la cual pueda evidenciarse que el contrainterrogatorio no es suficiente para los propósitos de la parte.”².

Es por esto que la contraparte podrá reclamar interrogatorio directo, si agota una argumentación completa y suficiente en la audiencia preparatoria que le permita al juez determinar por qué se satisface la pretensión probatoria con ese tipo de interrogatorio,

¹ AP896-2015, Radicación 45011 del 25 de febrero de 2015

² CSJ. Sala Penal. Radicado 60130 de 2021

de lo contrario puede ser negado si ello no se vislumbra, incluso cuando solo se centra en abordar aquellos temas que su contraparte omite o cuando no expone con claridad lo que propone demostrar con la intervención del testigo y cuál es su aporte real y efectivo al proceso penal. Así lo ha explicado la Corte:

“Lo dicho conduce a recavar que en el caso de pruebas comunes, a la defensa se le exige una argumentación de pertinencia, conducencia y utilidad adicional a la que propone la fiscalía. Lo anterior es lógico, porque como distinto es el rol que cumplen la parte acusadora y la parte acusada, entonces la necesidad e interés para acudir a la misma prueba es bien disímil para ambos. Es así que en un sistema en el que la práctica probatoria es rogada, a las partes, en especial a quien pretende oponerse al pliego de cargos, no le está dado reclamar la práctica de una determinada prueba “a ver qué pasa” o “por si acaso”, pues debe tener claro y hacérselo saber de manera explícita al juez o corporación de conocimiento -deber que también le corresponde a la fiscalía- qué es en particular lo que busca obtener de la prueba, cómo esta es idónea y eficaz para acreditar lo que se quiere y por qué es relevante para su postura o para el caso, según el interés que se defienda y, en especial, por qué el ejercicio del contrainterrogatorio es insuficiente para obtener la información que se pretende”³.

Ahora bien, en este caso, se decretó a favor de la fiscalía la práctica de la prueba testimonial de MBH y se le negó a la defensa, quien también la requirió como directa, al considerar la juez que su aspiración probatoria puede satisfacerse a través del contrainterrogatorio, en lo cual le asiste razón conforme pasa a explicarse:

En la audiencia preparatoria el fiscal pidió el decreto de dicha prueba así:

“Con esta menor víctima vamos a probar que efectivamente se dio el hecho de abuso sexual, por lo tanto, nos va contar las circunstancias de tiempo, modo y lugar, como se dio el abuso sexual, en que lugares, de qué forma, en cuantas oportunidades, nos va hablar del autor, con ella vamos a probar quien era el autor de los hechos, que relación tiene con ella, hace cuanto lo conoce.

Vamos a probar en donde se dio el abuso sexual, si fue amenazada, si recibió algo a cambio, nos dirá con quien vivía para la época de los hechos, y también con ella vamos a probar señorita esas diferentes versiones que ha dado a las autoridades sobre los hechos y nos dirá algo muy importante, y es probar el estado emocional que tenía ella para la época de los hechos, igualmente vamos a probar esos varios intentos de suicidio que ha tenido la menor y que están relacionados con el hecho de abuso sexual.”⁴

A su vez, el defensor indicó:

“...Escuchar a esta menor es conducente, pertinente y útil para la teoría del caso de la defensa. Pues quien mejor que ella para que nos relate que todos estos señalamientos

³ Ibídem

hacen parte de la ficción. Escuchar a esta menor es tan importante para que nos diga quién la coaccionaba y cuándo la coaccionaba, de qué forma si física o psicológica, para señalar a x o y de estos hechos que están en tela de juicio en este estrado judicial. Nos relatara las amenazas, la coacción, la violencia psicológica y física a la que fue sometida por parte de la familia y la propia progenitora y nos dirá desde cuándo empezó a sentir que debía decir la verdad, nos dirá el por qué y cuándo, dónde y a quién le dijo la realidad de los hechos.

Con mucho tacto se indagará para no revictimizarla y nos dirá lo que realmente ocurrió detallando como pasaron los hechos y como realmente ocurrió”⁴

Lo anterior evidencia que la argumentación de la defensa no difiere de lo reclamado por la fiscalía; esto es, no explicó las razones por las cuales ello resultaba pertinente de cara a su teoría del caso o las razones por las cuales tales interrogantes no podían ser propuestos en el contrainterrogatorio, y el hecho de que el censor diga que puede ocurrir que la fiscalía no toque ciertos temas o que renuncie al testigo no justifica su decreto. pues claramente el propósito de ambas partes, con la declarante, es que se conozcan las circunstancias de modo tiempo y lugar en que ocurrieron los hechos, siendo poco probable que el ente acusador desista del testimonio de la persona presuntamente afectada.

De esta manera, se confirmará la decisión adoptada por el a quo, en lo que atañe a la inadmisión del testimonio de MBH a favor de la defensa de Cristian David Oquendo Montoya.

5.2. Exclusión Probatoria.

En este asunto, el objeto de debate se centra en la exclusión de dos medios de prueba decretados a la fiscalía, y frente a los cuales, la defensa pide sean rechazados, en tanto, habrían sido obtenidos sin el cumplimiento de los requisitos legales y con lo cual, se vulneraron los derechos fundamentales de la menor víctima.

Al respecto, lo primero que ha indicarse es que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha explicado que, frente al auto que decreta la práctica de una prueba no procede recurso de apelación, así lo ha indicado:

“...de conformidad con el artículo 176 de la Ley 906 de 2004, la reposición “procede para todas las decisiones”, con excepción de la sentencia; en tanto que la apelación procede contra la última de las mencionadas y los autos adoptados durante el desarrollo de las audiencias, “salvo los casos previstos en este código”.

⁴ Audiencia 1 de marzo de 2023. Min 42

Tratándose de la decisión que resuelve las solicitudes probatorias elevadas por las partes, el Código de Procedimiento Penal diferencia entre el auto que accede a su práctica y aquél que la niega.

De este modo, contra el primero solamente procede el recurso de reposición, de conformidad con lo establecido por el citado canon 176. En tanto contra aquél que excluya, rechace o inadmita una prueba, proceden el de reposición y/o el de apelación, tal como lo consagra el inciso 3° del artículo 359, en concordancia con el numeral 4° del artículo 177 ibídem.

Luego entonces, concluye la Corte, contra aquella decisión que admite el decreto de pruebas, no procede el recurso vertical de apelación⁵ y la parte favorecida con la prueba, carece de legitimidad en la causa para atacarla.⁶

Sin embargo, 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"⁷.

En este asunto, la juez de instancia, una vez negó la exclusión probatoria, admitió como prueba de la fiscalía el testimonio de la perito Yesica Diaz Casas, quien realizó el examen sexológico a la menor, derivado de la denuncia por abuso sexual, y la oposición de la defensa en la alzada se centró en la incompetencia del asistente del fiscal para ordenar tal valoración y en el término en que se llevó a cabo, lo que de suyo evidencia que no se soporta tal petición en la ilicitud del medio probatorio sino en la ilegalidad del mismo.

Recuérdese que la prueba ilícita apunta a que fue obtenida con violación a derechos fundamentales, y puede tener su origen según la Corte en varias causas:

"(i) Puede ser el resultado de una violación al derecho fundamental de la dignidad humana (art. 1° Constitución Política), esto es, efecto de una tortura (arts. 137 y 178 C. Penal), constreñimiento ilegal (art. 182 C.P.), constreñimiento para delinquir (art. 184 C.P.) o de un trato cruel, inhumano o degradante (art. 12 Constitución Política).

(ii) Así mismo la prueba ilícita puede ser consecuencia de una violación al derecho fundamental de la intimidad (art. 15 Constitución Política), al haberse obtenido con ocasión de unos allanamientos y registros de domicilio o de trabajo ilícitos (art. 28 C. Política, arts. 189, 190 y 191 C. Penal), por violación ilícita de comunicaciones (art. 15 C. Política, art. 192 C. Penal), por retención y apertura de correspondencia ilegales (art. 15 C. Política, art. 192 C. Penal), por acceso abusivo a un sistema informático (art. 195 C.

⁵ En este sentido, CSJ AP 3805-2015 Rad 46262 8 Jul 2015, CSJ AP4812-2016 Rad 47469 27 Jul 2016.

⁶ CSJ. Sala Penal. Rad. 57865 de 2020

⁷ véase decisiones como CSJ AP1319-2018, Rad. 52345, reiterada en el AP234-2020, Rad. 57865 del 16 de septiembre de 2020.

Penal) o por violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial (art. 196 C. Penal).

(iii) En igual sentido, la prueba ilícita puede ser el efecto de un falso testimonio (art. 442 C. Penal), de un soborno (art. 444 C. Penal) o de un soborno en la actuación penal (art. 444 A C. Penal) o de una falsedad en documento público o privado (arts. 286, 287 y 289 C. Penal).⁸

De otro lado, la prueba ilegal *“que extiende sus alcances hacia los “actos de investigación” y “actos probatorios” propiamente dichos, es aquella que se ha obtenido o practicado al margen del procedimiento fijado en la ley.”⁹*

Así, luce evidente que no hay en debate ningún tema de exclusión probatoria por ilicitud, pues lo que se plantea es que no se aplicaron las formalidades establecidas para la obtención de la prueba; esto es, lo que censura es la ilegalidad de la prueba por no cumplirse a su juicio el procedimiento fijado en la ley, lo que traslada la discusión al ámbito de la valoración probatoria por su capacidad suasoria y no guarda relación con una afrenta a derechos fundamentales, de allí la improcedencia del recurso de apelación.

Entonces, en la medida en que lo pretendido por la defensa es que se revoque la decisión del juez de decretar a favor de la fiscalía una prueba, se rechazará el recurso de apelación por improcedente, dado que se trata de una orden no susceptible del recurso de alzada.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN**, Sala Penal de Decisión,

RESUELVE,

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión objeto de apelación, respecto a la prueba común.

SEGUNDO: INADMITIR el recurso de apelación interpuesto por el defensor contra la decisión que decretó, como prueba de la fiscalía, el testimonio de la perito Yesica Diaz Casas.

⁸ 5 Auto del 10 de septiembre de 2008, radicado No. 29.152.

⁹ CSJ. Sala Penal. Rad, 60130 de 2021

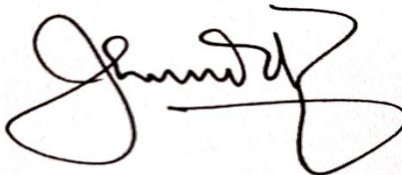
Esta providencia queda notificada en estrados y contra ella no procede recurso alguno.

Devuélvase al juzgado de origen, no sin antes dejar copia de la misma.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



GABRIEL FERNANDO ROLDÁN RESTREPO
MAGISTRADO



JORGE ENRIQUE ORTIZ GÓMEZ
MAGISTRADO



CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO
MAGISTRADO
