

República De Colombia



*Tribunal Superior de Medellín
Sala Penal*

INTERLOCUTORIO Nro. 036- 2024

Radicado: 05-001-60-00207-2021-0370

PROCESADO: JOHN JAIRO ANGARITA QUIROZ
DELITOS: ACTOS SEXUALES ABUSIVOS CON MENOR DE 14 AÑOS
DECISIÓN: CONFIRMA
M. PONENTE: HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA

(Aprobado mediante Acta Nro. 061)

(Sesión del veinticuatro (24) de junio de 2024)

Medellín, veintiséis (26) de junio de dos mil veinticuatro (2024). Fecha lectura.

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación elevado por la defensa del acusado JOHN JAIRO ANGARITA QUIROZ, presentado en la audiencia de juicio oral del 29 de enero pasado, en la que el Juez Primero Penal del Circuito de Medellín, negó el decreto de una prueba sobreviniente de carácter testimonial.

1. ANTECEDENTES

HECHOS. De acuerdo con el escrito de acusación, ocurrieron en la carrera 45 No. 40-49 del barrio Colón de Medellín, en la vivienda de la bisabuela materna del niño I.A.A.¹, cuando su tío, JOHN JAIRO ANGARITA QUIROZ, al parecer, le cogió y apretó

¹ Con escasos 3 años de edad para esa época.

el pene, por encima de la ropa, cuando estaba acostado jugando dentro de la cajita azul².

ACTUACIÓN PROCESAL: El 26 de marzo de 2021, la Fiscalía solicitó orden de captura en contra de JOHN JAIRO ANGARITA QUIROZ. El 29 de octubre de 2021, ante el Juzgado Noveno Penal Municipal de Medellín con Función de Control de Garantías, se realizaron las audiencias preliminares de legalización de captura y formulación de imputación, por el delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años, cargos que no fueron aceptados, para finalmente imponérsele medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

El 21 de enero de 2022, la Fiscalía presentó escrito de acusación, correspondiéndole al Juzgado Primero Penal del Circuito de Medellín su conocimiento, donde se realizó la audiencia de acusación el 15 de febrero de 2022. La audiencia preparatoria se practicó el 16 de junio de 2023, dándose inicio al juicio oral el 17 de julio siguiente, habiéndose adelantado sesiones los días 11 de agosto y 29 de noviembre del 2023, continuándose el 29 de enero de 2024, oportunidad en la cual la defensa solicitó como prueba sobreviniente, el testimonio de la señora Xiomara Arenas Quiroz, la cual fue negada por el *a quo*, por lo que la defensa presentó recurso de apelación, siendo esta la razón por la cual conoce la Sala de estas diligencias.

2. PETICIÓN PROBATORIA

La defensa solicitó decretar como prueba sobreviniente el testimonio de la señora Xiomara Arenas Quiroz, teniendo en cuenta que la Fiscalía renunció al mismo, el cual resulta pertinente porque es consecuencia directa de la prueba practicada en juicio, esto es, de lo relatado por la testigo Dolly Cecilia Quiroz Restrepo, pues aquella, al parecer, tiene información relevante que puede servir a la solución del caso.

3. OPOSICIÓN A LA PETICIÓN

La Fiscalía y la apoderada de víctimas manifestaron su oposición, arguyendo que la señora Xiomara Arenas Quiroz, no es testigo directo de los hechos, razón por la cual

² Juguete en el que caben varios niños.

el ente acusador renunció a escucharla en el juicio, máxime porque la víctima ya declaró y su madre también, en consecuencia, la información que podría traer esta testigo es sobre asuntos relacionados con el comportamiento del menor de edad, luego de los hechos, pues vivió con ella algún tiempo, pero no porque fuera testigo directo de los acontecimientos como lo refiere la defensa.

El delegado del Ministerio Público adujo que no resulta comprensible cuál es la pertinencia del testimonio de la señora Xiomara Arenas Quiroz, ni cuál era el tema por probar, elevando una solicitud genérica, por lo cual considera que no se debe acceder a la solicitud de la defensa.

4. DECISIÓN APELADA

El Juez de primera instancia negó la prueba sobreviniente pedida, por insuficiencia argumentativa en torno a la pertinencia y, además, por no cumplir con tres de los requisitos establecidos para la admisión de este tipo de pruebas:

1. No se trata de una prueba que haya surgido en el juicio oral y menos del testimonio de la señora Dolly Cecilia, pues se conocía desde el descubrimiento formal plasmado en el anexo del escrito de acusación, por lo que bien pudo haberla solicitado como prueba común.
2. La ausencia de solicitud oportuna del testimonio por parte de quien fungió como Defensora Pública en la audiencia preparatoria, habiéndose podido solicitar como testigo común. Además, porque en virtud de la unidad de defensa, no resulta posible basar el pedido en la negligencia de la antecesora.
3. Subsidiariamente, por precariedad argumentativa en la sustentación de la pertinencia, omitiendo indicar el hecho que pretende probar y la relación con el tema *probandum*.

Fundamenta su decisión en jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, radicados 54182 del 6 de febrero de 2019; 58498 del 2021, 51882 del 2018, 54266 y 52121 del 2020.

5. APELACIÓN

El defensor, como recurrente, adujo que, en virtud del principio de concentración, todos escucharon las manifestaciones de la señora Dolly Cecilia cuando dijo que Xiomara no iba a declarar en el juicio porque todo se trataba de un chisme en contra de JOHN JAIRO.

Aclara que no censura la posición de su antecesora en la defensa, pues ella no podía saber que Xiomara iba a tomar la decisión de no declarar en contra de su pariente consanguíneo, ni que la Fiscalía iba a renunciar al testimonio de ésta.

Asegura que la defensa se enteró de la nueva postura adoptada por la señora Xiomara, en virtud de lo señalado por Dolly Cecilia en el juicio. Agrega que la pertinencia solamente debe cumplir con los parámetros del artículo 375 del C.P.P., esto es, hacer más o menos probable la responsabilidad penal del procesado y no obliga por ello a la defensa a revelar su teoría del caso.

Considera necesario que la señora Xiomara venga al juicio y explique cómo tomó la decisión de pasar de ser testigo de cargo de la Fiscalía a no serlo, y cuáles fueron las razones que la llevaron a eso, pues según la testigo Dolly Cecilia, fue porque se enteró de que todo se trataba de un chisme.

6. NO RECURRENTE

La delegada Fiscal. Solicita al *ad quem*, no acceder a la petición de la defensa. Advierte que no se trata de habilitar un periodo de descubrimiento, porque acá se trata de una testigo que no presencié los hechos. Además, señala que no es el momento procesal para hacer tal solicitud probatoria, pues esta testigo era conocida desde la acusación. Frente a la pertinencia, afirma que no basta decir que es para hacer más probable la teoría del caso de la defensa o menos probable la de la Fiscalía; la pertinencia tiene que ver directamente con los hechos, y lo pretendido en un primer momento con Xiomara era que contara cómo era el comportamiento del niño después de los hechos.

La Apoderada de la víctima. Solicita que se confirme la decisión del *a quo*, porque se observa que la defensa, desde el inicio, puede analizar y prever que algún testigo decida no declarar en el juicio por una u otra razón, por eso debe verificar y si es del caso solicitar su ingreso como testigo común. Tampoco considera que sea prueba sobreviniente, porque la señora Dolly no dijo el nombre de una nueva persona, de un nuevo hecho o una nueva declaración como para que sea considerada Xiomara como una prueba sobreviniente.

El delegado del Ministerio Público. Adujo que no se puede tomar como una razón válida para solicitar una prueba sobreviniente que la Fiscalía decline de un testimonio. La solicitud probatoria se pudo hacer desde la audiencia preparatoria, teniendo en cuenta que la defensa conocía a la testigo. Advierte que no es aceptable que la defensa argumente la pertinencia de la prueba exponiendo los mismos motivos que utilizó la Fiscalía; en este caso, la defensa quiere que se practique esta prueba porque la considera relevante, pero no especifica las razones, porqué resulta tan relevante y qué quiere probar, pues lo que hace son conjeturas de lo que cree que puede estar pasando, lo cual se torna confuso.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El Tribunal es competente para conocer de las decisiones adoptadas, de conformidad con los artículos 34-1 y 177-3 de la Ley 906 de 2004, por lo cual se entrará a analizar la decisión tomada en el desarrollo del juicio oral de no decretar como prueba sobreviniente el testimonio de la señora Xiomara Arenas Quiroz.

En lo que atañe al descubrimiento probatorio, es menester indicar que éste es un asunto de no poca transcendencia en el sistema de enjuiciamiento penal con tendencia acusatoria, que describe la Ley 906 de 2004, mediante el cual se materializan caros principios de estirpe democrática que hacen parte del debido proceso y que, como tal, gobiernan las actuaciones dentro del ámbito procesal penal, particularmente, tratándose de pruebas; de esta naturaleza participan el derecho de defensa y contradicción, además de los principios de igualdad, legalidad, defensa y lealtad procesal, los cuales se materializan cuando el material probatorio se descubre



de manera completa, adecuada y dentro del término procesal oportuno, pues dicha actividad, en palabras de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, se debe desarrollar de manera metódica y cronológica.

Por ello, es necesario que el descubrimiento probatorio que lleven a cabo las partes se efectúe de la manera completa, adecuada y oportuna. No obstante, el legislador ha previsto que debido a causas excepcionales el descubrimiento de un determinado medio de convicción o evidencia física, así como la solicitud de su decreto se realice por fuera del término procesal consagrado para tal fin; tal es el caso de la prueba sobreviviente, configurándose así un descubrimiento excepcional efectuado con posterioridad a la realización de la audiencia preparatoria y en pleno debate público.

Ahora bien, para la admisión probatoria, incluida la sobreviviente, el juez debe examinar los requisitos de legalidad, de manera que se constate su pertinencia, conducencia, racionalidad y utilidad, por ello, es carga de la parte, mostrarle al juez que el elemento material probatorio, evidencia física y en general el elemento de convicción 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.

Sobre el tema de la carga argumentativa a la hora de soportar la relevancia de una prueba, la máxima Corporación enseña en su jurisprudencia:

"La carga argumentativa a la hora de soportar la relevancia de una prueba dependerá del enunciado fáctico que la parte quiera demostrar, de su relación (directa o indirecta) con el hecho principal imputado y de la hipótesis o teoría que el respecto pretenda plantear en desarrollo del juicio", y en todo caso el "juez de conocimiento, por lo anterior, negará la práctica de la prueba cuando sea evidente su impertinencia, una vez agotadas las cargas procesales y garantizando el contradictorio".³

Así mismo, acerca del examen que debe realizar el juez en orden a decretar las pruebas, la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

"Como tal le corresponde, en orden a decretar las pruebas que se han de practicar en el juicio, realizar un test acerca de la necesidad de la prueba, determinar el vínculo entre el medio y los hechos (pertinencia) y su aptitud legal (conducencia), para lo cual ha de tener en cuenta los supuestos fácticos del escrito de acusación, las normas que definen la relevancia jurídica del comportamiento, los medios probatorios

³ Corte Suprema de Justicia, Sentencia Radicado 35130 del 8 de junio de 2011.

*enunciados, las estipulaciones y la solicitud probatorias de las partes, sustentada en su pertinencia, utilidad y conducencia, todo lo cual le permitiría objetivamente develar la necesidad de decretar las pruebas solicitadas”.*⁴

Según la jurisprudencia y normatividad referidas, se concluye que, en el sistema procesal penal con tendencia adversarial adoptado en nuestro país, el desarrollo de la actividad probatoria es en esencia un rol de partes que excluye al juez, y si bien dicha actividad se rige por el principio de la libertad probatoria, el mismo se complementa, entre otros, con el de legalidad de las pruebas. En este orden, la petición de pruebas, tópico a tratar en el presente asunto, reclama entonces una adecuada sustentación en cuanto a su pertinencia, conducencia, utilidad o necesidad, para lograr que el juez logre *"discernir acerca de estos tópicos sin sustituir a las partes o colmar sus deficiencias”*.⁵

Así las cosas, la pertinencia, siguiendo lo dispuesto en el artículo 375 del C. de P.P., puede decirse que: *"es la adecuación entre los hechos que se pretenden llevar al proceso y los hechos que son tema de la prueba en éste. En otras palabras, es la relación de facto entre los hechos que se pretenden demostrar y el tema del proceso.”*⁶

La conducencia de la prueba puede definirse como *"la idoneidad que tiene una prueba para demostrar determinado hecho. Supone que no exista una norma legal que prohíba el empleo del medio para demostrar un hecho determinado. El sistema de la prueba legal, de otra parte, supone que el medio que se emplea, para demostrar el hecho, está consagrado en la ley. La conducencia es una comparación entre el medio probatorio y la ley, a fin de saber, si el hecho se puede demostrar en el proceso, con el empleo de ese medio probatorio”*.⁷

El tercer elemento referido, utilidad o necesidad de la prueba, tiene que ver con el móvil que debe impulsar esa actividad probatoria, que no es otro que el aportar

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto del 18 de junio de 2014, radicado AP3299-2014, 43.554, M.P. Eugenio Fernández Carlier.

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto del 18 de junio de 2014, radicado AP3299-2014, 43.554, M.P. Eugenio Fernández Carlier.

⁶ JARIO PARRA QUIJANO. Manual de Derecho Probatorio. Decimoctava Edición. Ediciones del Profesional Ltda, 2013, pag. 145.

⁷ JARIO PARRA QUIJANO. Manual de Derecho Probatorio. Decimoctava Edición. Ediciones del Profesional Ltda., 2013, pag. 145.

probanzas que presten algún servicio en el proceso para la convicción del juez, de tal suerte que, si no persigue ese propósito, se genera su rechazo de plano.

Por su parte, el apartado final del artículo 344 de la Ley 906 de 2004 consagra la posibilidad excepcional de que se decrete una prueba que no fuera descubierta con anterioridad a la audiencia de juicio. La parte final del aludido dispositivo es del siguiente tenor:

"...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".

Respecto al alcance y posibilidad de que se decreten pruebas sobrevinientes, la Corte en la decisión con radicado 39948 del 21 de noviembre de 2012, M.P. Luís Guillermo Salazar Otero, ha reiterado que:

"Existe, sin embargo, la posibilidad de que ya en el juicio oral alguna de las partes intervinientes solicite la práctica de una prueba, la cual podrá ser decretada por el Juez, si se reúnen las condiciones exigidas en el inciso final del artículo 344 del Código de Procedimiento Penal. Es decir, que ese medio de prueba solicitado se hubiere encontrado durante el desarrollo del juicio, que sea muy significativo por su incidencia en el juzgamiento y que, por ende, deba ser descubierto".

"En tal evento, dice la norma, 'oídas las partes y considerando el perjuicio que podría producirse al derecho de defensa y la integridad del juicio', el Juez decidirá si excepcionalmente la prueba encontrada y solicitada es admisible o si debe excluirse.

Un caso de esta naturaleza podría presentarse cuando de una prueba practicada en el juicio surja la necesidad de practicar otra; o cuando en desarrollo del juzgamiento alguna de las partes 'encuentre' o se entere sobre la existencia de un medio de conocimiento que antes ignoraba, por alguna razón lógica y atendible.

No clasifican dentro de este rango de pruebas excepcionales (encontradas o derivadas), aquellas que conociéndose con antelación, o siendo evidentes y obvias, no se hubiesen enunciado ni descubierto en las oportunidades legales para ello, por causas atribuibles a la parte interesada en la prueba; entre ellas, incuria, negligencia o mala fe⁸.

Acorde a la normatividad y glosas transcritas en párrafos precedentes, es claro que para que se pueda hablar de prueba sobreviniente, además de los requisitos legales sobre pertinencia, conducencia, racionalidad y utilidad, la parte que pretenda la

⁸ Sentencia del 30 de marzo de 2006. Rad. 24468.

introducción del elemento debe demostrarle al juez de conocimiento que se reúnen las exigencias que contempla el canon 344 ibidem, para que proceda el decreto excepcional de la práctica probatoria solicitada en la audiencia del juicio oral.

Así, conforme a lo dispuesto en el canon 344 del C.P.P., un correcto entendimiento del concepto de prueba sobreviniente indica que, debido al carácter excepcional y naturaleza especial de este tipo de elementos o evidencias físicas, su admisión excepcional conlleva una fuerte carga argumentativa para la parte interesada en el decreto, mayor a la que normalmente se le exige para aquella que se solicita en la audiencia preparatoria.

Tal exigencia consiste en que, además de los requisitos legales de pertinencia, conducencia, racionalidad y utilidad, debe demostrarse que sólo hasta el momento procesal de la audiencia de fondo, la parte que deprecia el decreto del elemento conoció sobre su existencia y por dicho motivo su descubrimiento no se realizó con anterioridad.

Debe también el juez determinar que no se trate de cualquier elemento, sino de uno de tal entidad que sea significativo, relevante y de vital importancia para la teoría del caso de la parte que pretende su decreto y en general para el debate público adelantado con el fin de establecer la verdad de los hechos. Imperativo legal⁹ que no huelga decir, en contraposición a las leyes de las ciencias exactas, en términos jurídicos, resulta relativo, pues lógicamente el transcurso del tiempo impide la reconstrucción absoluta de la conducta humana investigada, o como lo expresara esta misma Sala en pretérita oportunidad:

"No resulta conforme con la teoría del conocimiento exigir que la demostración de la conducta humana objeto de investigación sea absoluta, pues ello siempre será, como ya se dijo, un ideal imposible de alcanzar, en cuanto resulta frecuente que varios aspectos del acontecer que constituyó la génesis de un proceso penal no resulten cabalmente acreditados, caso en el cual, si tales detalles son nimios o intrascendentes frente a la información probatoria valorada en conjunto, se habrá conseguido la certeza racional, más allá de toda duda, requerida para proferir fallo de condena."¹⁰

⁹ Artículo 5 de la Ley 906 de 2004.

¹⁰ Proveído Radicado 2011-46677 del 24 de septiembre de 2013.



Y es que conforme a lo dispuesto en el artículo 5° de la Ley 906 de 2004, los jueces están obligados a orientarse por el imperativo de establecer con objetividad la verdad de los hechos objeto de investigación en el proceso penal y de la justicia¹¹, idea que se encuentra íntimamente ligada con el principio de justicia material consagrado en la Constitución Política de 1991.

Dicho principio enseña que en aras de hallar la verdad real o material de los hechos objeto de investigación y juzgamiento penal en un caso concreto, es procedente que se decrete una prueba, así se encuentre en desarrollo la audiencia de juicio oral, cuando se observe que la misma es esencial para las resultas del debate público y no genere un grave daño al derecho de defensa e indemnidad del juicio. Estos dos últimos aspectos constituyen los requisitos finales que contempla la normatividad penal para el decreto de la prueba sobreviniente, se itera, que no se genere grave daño al derecho de defensa, así como a la indemnidad del juicio oral.

De cara a los argumentos expuestos, es claro para la Sala que la potencial testigo, Xiomara Arenas Quiroz, fue descubierta como prueba de cargo desde el escrito de acusación y al momento de su admisión no fue solicitada por la defensa como testigo común. En este caso, en el desarrollo del juicio oral, la Fiscalía declinó de la práctica de ese testimonio, lo cual no significa que automáticamente el testimonio de esa persona sea aceptado como prueba sobreviniente, pues para ello deben cumplirse los presupuestos previamente citados: primero, que el hallazgo se produzca con posterioridad a la audiencia preparatoria; y, segundo, que ese elemento de convicción sea de vital trascendencia para el debate probatorio, cuya ausencia pueda perjudicar de manera grave el derecho a la defensa o el derecho a la integridad del juicio.

En criterio de la Sala, le asiste razón al juez para denegar el testimonio de la señora Xiomara Arenas Quiroz como prueba sobreviniente, pues se trata de una prueba de cargo que durante el juicio fue declinada, es decir, su descubrimiento se produjo oportunamente, por lo cual, si la defensa consideraba que el dicho de la testigo era relevante, debió solicitarlo como prueba común, previendo cualquier vicisitud en el desarrollo del juicio; ahora bien, lo que argumenta la defensa es que tan solo vino



a conocer el cambio de postura de la testigo, basado en el testimonio de Dolly Cecilia Quiroz, lo cual es claramente especulativo, pues según lo dicho en el juicio, la señora Xiomara no quería atestiguar porque se dio cuenta de que todo se trataba de un chisme, mientras que la Fiscalía, afirmó que declinó de llevar a Xiomara como testigo, porque ella le manifestó que haría uso de su derecho a no declarar en contra de su pariente en segundo grado de consanguinidad, además, porque teniendo ya la declaración en juicio de la víctima y su madre, lo que podría venir a decir Xiomara, no tendría conducencia y relevancia para el proceso, estas a grandes rasgos fueron sus razones.

Así las cosas, no es clara la razón por la cual la defensa requiere ese testimonio o cuál es esa vital relevancia para el esclarecimiento de los hechos, pues la defensa fundamenta la pertinencia en especulaciones sobre lo que podría ir a deponer, si es que lo hace, porque también existe la posibilidad legal de que se rehúse a ello, en ese sentido le asiste razón al delegado del Ministerio Público al señalar que no hubo una adecuada carga argumentativa por parte de la defensa y que no puede utilizar los mismos argumentos que utilizó la Fiscalía al solicitar la prueba, pues ello no se acompasa con la necesaria argumentación para la admisibilidad excepcional.

Finalmente, concluye la Sala que, en este caso, no se cumplen los requisitos que la naturaleza excepcional de la prueba sobreviniente demanda, razón para confirmar la decisión de primera instancia.

8. DECISIÓN

En razón y mérito de lo expuesto, esta Sala de decisión Penal del **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, CONFIRMA** la decisión adoptada en desarrollo de la audiencia de juicio oral, por el Juez Primero Penal del Circuito de Medellín, mediante la cual no accedió al decreto de la prueba sobreviniente deprecada por la defensa, acorde a los motivos expuestos en la parte considerativa de esta decisión. Remítase la actuación al Despacho de origen, para lo de su cargo. Así fue aprobada en Sala por los Magistrados que la integran, según consta en la respectiva acta. Esta decisión queda notificada en estrados y contra la misma no procede recurso alguno.



NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA
Magistrado Ponente

CLAUDIA PATRICIA VÁSQUEZ TOBÓN
Magistrada

ÓSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ
Magistrado