



## **SALA PENAL**

Magistrado Ponente:

**JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ.**

Auto pruebas: 2021-50310

Aprobado mediante acta 151

Medellín, octubre veinticuatro (24) de dos mil veintidós (2022).

Se resuelve el recurso de apelación presentado por la defensora de **Diego Albeiro García Palacio** contra la decisión del 15 de septiembre último, recibida el 21 de septiembre siguiente, proferida por el Juez Primero Penal del Circuito de Itagüí, mediante la cual inadmitió la práctica de una prueba documental en la audiencia preparatoria, respecto de la actuación que se adelanta por las conductas de acceso carnal abusivo con menor de catorce años y actos sexuales con menor de catorce años, agravados, ambos en concurso homogéneo y sucesivo.

### **ANTECEDENTES**

#### **1. la acusación.**

En audiencia realizada el 25 de abril de este año se acusó al señor **Diego Albeiro García Palacio** como autor del concurso

de delitos de acceso carnal abusivo con menor de catorce años y actos sexuales con menor de catorce años, ambos agravados, previstos en los artículos 208, 209 y 211, numeral 5, del Código Penal "*por realizarse sobre pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad*", en atención a los siguientes hechos informados en la audiencia:

Entre los meses de febrero y agosto de 2020, en el barrio San Gabriel del municipio de Itagüí, Antioquia, el señor **Diego Albeiro García Palacio** en varias ocasiones realizó actos de carácter erótico sexual a su hija S.V.G.M. cuando contaba con 13 años de edad. El señor **Diego Albeiro** en el mes de febrero de 2020 comenzó a realizar tocamientos con su mano de carácter sexual en la vagina y los senos de su hija por debajo de la ropa, época en que la niña vivía con él, asimismo en otras ocasiones le lamía la vagina con su lengua, le introducía los dedos en la vagina y posteriormente en múltiples ocasiones la accedió carnalmente con su pene en la vagina, el último hecho sucedió en agosto de 2020...

## **2. Las solicitudes probatorias.**

La audiencia preparatoria se realizó el 15 de septiembre de la presente anualidad, en la que las partes solicitaron la práctica de varias pruebas, entre ellas, en lo que va a ser objeto de apelación por su inadmisión, la defensora pidió que se decretara como prueba unas transcripciones de conversaciones sostenidas por *WhatsApp* entre la menor S.V., su hermano Juan David García Bustamante, y una amiga, Isabella Gómez Monsalve, conocida del barrio de donde ocurrieron los hechos.

Explicó que esos interlocutores voluntariamente ofrecieron estas conversaciones y audios, que le parece son pruebas

conducentes porque son de antes, durante y después de los hechos, y *“demuestran actitudes, comportamientos, no normales en una niña de la edad que tengo entendido cuando ocurrieron los hechos, ella estaba ad portas de cumplir sus 14 años de edad, porque ya tiene 16 años, que no son acordes con una niña de esta edad, las conversaciones son fuertes, son conversaciones agresivas, son conversaciones de tipo sexual, no de una persona que tuviera esa madurez psicológica para la edad que tiene esta niña, yo no soy psicóloga señor Juez por eso traigo también a juicio un psicólogo que nos ayudará a entender mejor estas situaciones, soy madre también, tengo dos hijas mujeres, y la verdad señor Juez esto asusta, esto impresiona, estas conversaciones realmente señor Juez darían mucho que pensar sobre realmente el perjuicio moral o psicológico, inclusive físico que dice la mamá fue víctima Sara Valentina”*<sup>1</sup>, aclarando que su intención no era degradar a la niña.

En ese punto, el Juez requirió a la abogada acerca de que especificara la pertinencia y conducencia de la prueba, si es que se refería a que la víctima era mendaz, porque si se trataba de virtudes no existentes o vicios, ello no sería admisible, razón por la cual la defensora indicó que *“son exactamente comportamientos sexuales de la menor que a la defensa le dan a entender que no es, vuelvo e insisto con todo respeto, que la niña inocente o virgen que la mamá quiere hacer ver cuando denunció a mi prohijado”*.

---

<sup>1</sup> Registro 42:39.

### 3. La decisión.

El Juez inadmitió la prueba documental mencionada.

Infirió que, según lo expuesto por la defensa son dos puntos de pertinencia que se pretenden adjudicar a la prueba, el primero de ellos lo dedujo de que como se mencionó que la menor no es quién se creía que era y tenía comportamientos sexuales desde muy temprana edad, se pretendía demostrar que sí llegare a ser probado que esos encuentros sexuales ocurrieron, la menor ya entendía lo que estaba haciendo y fueron consentidos, lo que lo llevaba a citar una decisión de la Corte Suprema de Justicia, radicado 50889 del 6 de mayo de 2020, en el que se dejó claro que los tipos penales contenidos en los artículos 208 y 209, tienen una presunción de derecho que no admite prueba en contrario, relacionada con que se comete la conducta cuando se accede al menor o cuando se realizan actos diversos al acceso carnal, aun con su consentimiento, así que *si esa es la vía de su argumentación*, se trata de una prueba impertinente.

Segundo, indicó que de las argumentaciones de la defensa podría también entenderse que *“la menor Valentina no es la niña inocente que se creía que era o como la mamá pretende hacerla ver y es que ella tiene alguna especie de vicios o algo similar”*, enunciando decisión de la Corte, radicado 52394, que establece que las pruebas que se refieran a la personalidad de un sujeto son inadmisibles en el proceso penal.

Resaltó que le consultó a la defensora si en esos chats y audios eventualmente había quedado consignado algún mensaje que permitiera revelar que había dicho alguna mentira, o que era frecuente en ella faltar a la verdad, pero no lo precisó así, sino que dijo que tenía que ver con manifestaciones sexuales muy prematuras para su edad y bajo ese orden de ideas no era *decretable* la prueba.

#### **4. Los recursos.**

La defensora interpuso los recursos de reposición y apelación.

Inicialmente reconoció *“que me enredé un poco indicando la pertinencia, la conducción y la utilidad de estas pruebas”* pero que no pretendía defender a su representado diciendo que la niña permitió o no el abuso sexual, del cual presuntamente fue víctima, tampoco mostrar aspectos negativos relacionados con el carácter y comportamiento de la menor, sino que lo que quería era restarle credibilidad a la acusación que hizo la menor a través de su madre.

Insistió en que la intención de la prueba solicitada no era hacer quedar mal a la presunta víctima, pero que en todo caso demuestra una madurez psicológica y determina un poco su actitud frente a varias situaciones de la vida, del entorno social, familiar y académico, y aunque entiende lo que trae a colación el Juez acerca de las sentencias de la exclusión de la prueba *“yo insisto señor Juez en que así como Sara Valentina tiene derecho a que a través de la fiscalía se le haga una buena defensa de los derechos que le fueron vulnerados, también mi representado, y yo insisto en y considero en que sí son*

*pertinentes, conducentes y útiles, para esclarecer los hechos, o digamos señor juez, no tanto los hechos, sino digamos cierta manipulación que yo advierto o es la percepción que tengo por lo que he escuchado, he leído y he observado a lo largo de este juicio”.*

## **5. No recurrente.**

La Fiscal solicitó se confirme la decisión.

Destacó que el término para manifestar la pertinencia de una prueba es de carácter preclusivo, la defensora no fue clara en su exposición y si lo que pretende es demostrar situaciones de madurez respecto de la sexualidad de la menor no es un tema que nos atañe en este caso.

## **6. La solución del recurso de reposición.**

El Juez no repuso su decisión, indicando que lo expuesto por la recurrente en su recurso era insuficiente al no haber indicado alguna razón para que se apartara de los precedentes, ni haya manifestado que la situación era diferente a la que sirvió de base al criterio jurídico aplicado. Tampoco se explicó porque los criterios jurídicos eran equivocados.

Arguyó que la apelante pretende sobreponer el derecho a la defensa, pero es que ningún derecho es absoluto. No puede emplearse la defensa como un mecanismo que termina

afectando la dignidad de los testigos, y en este caso al exhibir sin ninguna justificación la vida sexual de una menor de edad, resultaba humillante, sin que se ofreciera información relevante conforme le insistió a la defensa.

Explicó que los audios no se refieren a algún asunto que pueda refutar la credibilidad del testimonio, porque no se refiere a la posible mendacidad, y por ello no observaba ninguna razón para imponer el derecho de defensa sobre la dignidad de la declarante. En consecuencia, concedió el recurso de apelación ante esta Corporación.

### **CONSIDERACIONES**

Analizada por la Sala la discusión presentada, concluimos que la decisión deberá ser confirmada.

Como derrotero inicial de análisis, debemos recordar que las pruebas tienen como finalidad llevar al conocimiento del juez, más allá de toda duda razonable, los hechos, sus circunstancias y la responsabilidad o no de a quien se le está acusando de ser autor o partícipe de alguna de las conductas tipificadas como punibles por el legislador, y para ello, conforme lo establece el artículo 357 de la Ley 906 de 2004, en su inciso segundo, se decretarán las pruebas solicitadas por las partes cuando *“se refieran a los hechos de la acusación que requieren prueba, de acuerdo con las reglas de pertinencia y admisibilidad”*.

La pertinencia, entonces, está ligada al tema de prueba, que a su vez está determinado por los hechos jurídicamente relevantes expuestos bien sea por la fiscalía en la acusación, o en todo caso por la defensa cuando tiene una hipótesis de ocurrencia distinta. Luego debe estudiarse si el elemento solicitado resulta conducente, es decir, si es apto legalmente para ser tenido en cuenta (por ejemplo sin prohibición normativa) y, por último, si es útil o reporta interés para definir el objeto o materia que se debate.

En nuestro caso ninguno de estos tres tamices fue superado, especialmente en lo atinente a la pertinencia de la prueba, de especial trascendencia en las solicitudes probatorias<sup>2</sup>.

Los elementos que pretenden ser incorporados al juicio, que recordemos se trata de varias conversaciones y audios de *WhatsApp* de la víctima con un hermano menor y una amiga, y que al parecer tienen ciertas referencias sexuales, fueron solicitados para demostrar un comportamiento sexual anormal de la menor *"que no son acordes con una niña de esta edad"*, que *"darían mucho que pensar sobre realmente el perjuicio moral o psicológico"*, y que *"son exactamente comportamientos sexuales de la menor que a la defensa le dan a entender que no es, vuelvo e insisto con todo respeto, que la niña inocente o virgen que la mamá quiere hacer ver cuando*

---

<sup>2</sup> Si se tiene en cuenta la jurisprudencia actual de la Corte respecto de la forma de abordar las solicitudes probatorias: "Así, la Sala considera razonable que la parte que solicita la prueba debe explicar su pertinencia, y que la excepcional falta de conducencia debe ser alegada por quien considere que el medio probatorio elegido está prohibido por el ordenamiento jurídico, o que existe una norma que obliga a probar ese hecho en particular con un determinado medio de prueba. De la misma manera debe procederse cuando se alegue que la prueba solicitada por la parte carece de utilidad." Auto del 30 de septiembre de 2015, radicado 46153.



*denunció a mi prohijado*”, pero ninguna pertinencia con los hechos que se atribuyen, fue explicada.

El Juez en un esfuerzo por entender la finalidad de la petición probatoria, divagó entre dos precedentes jurisprudenciales referidos a la imposibilidad de tener en cuenta un consentimiento por parte de la víctima menor de catorce años respecto de los actos y accesos sexuales, y la inadmisibilidad de las pruebas que se refieren a la personalidad de un individuo, pero es que la defensora ningún argumento ofreció diferente a establecer un comportamiento sexual inadecuado que la *“asusta”* o *“impresiona”*, como para poder entender la pertinencia del medio de conocimiento, mínimamente, conforme lo explicó de manera correcta el Juez, acerca de la credibilidad de la testigo víctima.

En ese sentido, debemos precisar que la posibilidad de credibilidad o no de la versión de la víctima, no depende de su conducta previa, concomitante o posterior a los hechos, sus costumbres o inclinaciones sexuales, sencillamente porque ello no hace parte de los hechos relevantes que están por juzgarse, y en todo caso se trata de una indebida argumentación con contenido de discriminación de género, en la medida en que la conclusión que se pretende entonces sería que sólo es posible entender que la niña no pudo ser víctima de un delito sexual porque en la opinión particular de la apelante resultaba inidónea moralmente, que es lo único que podemos percibir cuando la recurrente manifiesta que S.V. no es *“la niña inocente o virgen que la mamá quiere hacer ver cuando denunció a mi prohijado”*. Este tipo de pruebas, en las

que se pretende cambiar los roles y proyectar la responsabilidad en la víctima son, además, ilegales.

En la sustentación del recurso, la apelante adiciona el argumento de pertinencia con que debe prevalecer el derecho de defensa, y que si a la menor se le está garantizando *“que a través de la fiscalía se le haga una buena defensa de los derechos que le fueron vulnerados”*, lo mismo debe ocurrir con el acusado, y con ese fundamento pretende que tengamos que entender que, por alguna razón que desconocemos, la prueba debe ser pertinente y admitida, típica falacia de petición de principio que contraría la obligación que tiene la parte solicitante de justificar la procedencia de la prueba requerida:

“Múltiples son las decisiones de esta Corte en las que se afirma que la pertinencia tiene que ver con los hechos. Así lo establece el artículo 375 de la Ley 906 de 2004 en cuanto señala que “el elemento material probatorio, la evidencia física y el medio de prueba, deberán referirse, 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. También es pertinente cuando sólo sirve para hacer más probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, o se refiere a la credibilidad de un testigo o de un perito”.

**Así, los debates en materia de pertinencia deben reducirse al análisis de la relación de los medios de prueba con el tema de prueba, esto es, con los hechos que deben probarse en cada caso en particular.<sup>3</sup>**

---

<sup>3</sup> Negrilla nuestra. Decisión de la Sala de Casación Penal de la Corte, del 30 de septiembre de 2015, radicado 46153.

En estas condiciones, como no se acreditó la pertinencia de las transcripciones de las conversaciones de *WhatsApp* solicitadas, su inadmisión será confirmada.

Sin más consideraciones, en mérito de lo expuesto, **el Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Penal:**

### **RESUELVE**

**Confirmar** la decisión que por apelación se revisa.

Cítese a audiencia para su notificación de manera 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.**