



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellín

SALA PENAL

Radicado: 05-001-60-00207-2022-50436
Acusado: Wilmar Manuel Ramírez Arias
Delito: Acto sexual abusivo con incapaz de resistir agravado
Asunto: Apelación de auto que decreta pruebas
M. Ponente: Miguel Humberto Jaime Contreras

Aprobado por Acta No. 037

Medellín, veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

1. EL ASUNTO

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la defensa en contra del auto proferido el 27 de febrero de 2024, por el Juzgado 2° Penal del Circuito de Itagüí, porque, aunque se le decretaron las pruebas solicitadas, una de ellas fue sometida a condición para su práctica.

2. ANTECEDENTES

2.1. La acusación

El 1 de septiembre de 2023, la Fiscalía acusó a Wilmar Manuel Ramírez Arias de ser autor del concurso homogéneo de cuando menos diez eventos de acto sexual abusivo con incapaz de resistir, agravado por tratarse del padre de la víctima (artículo 210 inciso 1° y 211 numeral 5° del Código

Penal), por hechos que habrían ocurrido entre el 19 de junio de 2021 y el 26 de enero de 2022, en la vivienda ubicada en la carrera 41 #54-192 del barrio Santa Cruz del municipio de Itagüí, en donde él, aprovechando el estado de inconciencia de su hija KSRQ mientras esta dormía, le realizó diversos actos sexuales consistentes en tocarle los senos, la nalga y la vagina por encima y por debajo de la ropa, además de meterle los dedos en la vagina y cogerle las manos para ponerlas en su pene. Estos abusos se habrían perpetrado cuando la víctima contaba 15 años hasta cuando su madre descubrió lo sucedido y activó la ruta de atención.

2.2. La solicitud probatoria de la defensa

La audiencia preparatoria se realizó los días 4 de marzo, 10 de mayo, 15 de junio, 11 de agosto, 5 y 12 de septiembre de 2022, en la que se efectuó el descubrimiento probatorio y las partes enunciaron y pidieron las pruebas que pretendían hacer valer en el juicio.

En virtud de que lo impugnado es el condicionamiento específico de la práctica de una prueba, solo se reseñará lo concerniente a la solicitud probatoria en la que se puso la restricción censurada por el apelante.

En audiencia del 27 de febrero de 2024, la defensa solicitó el testimonio de la víctima KSRQ, como testigo común de la Fiscalía en el evento de que desista de su práctica, teniendo en cuenta que la fiscal solicitó los testimonios de los profesionales que atendieron a la menor previendo que ello

podría ocurrir. Señaló que el interrogatorio se haría conservando las especificaciones para ese tipo de testimonios, sin que puede decirse desde ya que se va a dar un escenario de revictimización o que la defensa violentara los derechos de la menor, garantizándose así el debido proceso y la libertad probatoria.

Adicionalmente, solicitó que, en el evento de que la víctima acuda a rendir testimonio, se le permita a la defensa ingresar en tópicos no abordados por la Fiscalía.

2.3. La decisión de primera instancia.

La juez resolvió las solicitudes probatorias, decretando la totalidad de las pruebas solicitadas por la Fiscalía, así como las de la defensa, al considerarlas pertinentes y de utilidad; no obstante, frente a la práctica de ciertas pruebas de esta última parte procesal, hizo algunas precisiones.

En cuanto a los testimonios de la menor KSRQ y de su madre Francy Julieth, estimó que la defensa no indicó si había algún aspecto en particular que pretendiera probar con estos testimonios por lo que entendió que la pertinencia en concreto tiene relación con la argumentada por la Fiscalía, pues no habría una temática por fuera de la propuesta por el ente acusador.

Dispuso que, en lo referente a la testigo Francy Julieth, esta podrá ser llamada al juicio directamente por la defensa si la fiscalía desiste del testimonio, y frente a la menor KSRQ

negó la posibilidad de que la defensa la llame a juicio porque, al efectuar el análisis sobre la eventual falta de comparecencia, debe partirse del interés superior de los niños y adolescentes, y en este evento la Fiscalía indicó que haría una solicitud de prueba de referencia solo en el caso de que KSRQ no compareciera, situación que se presenta cuando la Fiscalía, en asocio con el representante de víctimas y con el defensor de familia del ICBF, decide sobre la inconveniencia de traer al menor de edad porque esto podría generar una afectación a sus garantías fundamentales.

Por ende, en su sentir, resultaría contradictorio que cuando la Fiscalía, en aras de brindar una mayor protección al menor de edad y no generar una revictimización, se le permita a la defensa hacer un llamado directo a la testigo en contravía de los postulados del Código de la Infancia y la Adolescencia y de lo dispuesto en el artículo 206 del Código de Procedimiento Penal la ley 1098 de 2006 sino también en relación con lo que establece el artículo 206 del Código de Procedimiento Penal. Por tanto, no decretó el testimonio directo de KSRQ, y en el evento de que comparezca a juicio la defensa tendrá que ejercer su rol a partir del conainterrogatorio.

2.4. La sustentación de los recursos por la defensa.

La defensa interpuso el recurso de reposición y, en subsidio el de apelación, invocando que su solicitud se hizo con base en la garantía constitucional al debido proceso y con suficiente argumentación sobre la necesidad, pertinencia y

conducencia del testimonio de la presunta víctima, reiterando que no es posible afirmar que se la vaya a revictimizar, en tanto la defensa es consciente de la prevalencia de los derechos de los niños y de la aplicación del principio *pro infans*, pero también que se deben brindar las garantías procesales, entre ellas el derecho a la prueba, debiendo existir un equilibrio del debido proceso ante la tensión de derechos generada. Para sustentar su posición cita la sentencia SP 3332-2016 del 16 de marzo de 2016, radicado 43866, M. P. Patricia Salazar Cuéllar de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la cual alude a la armonización necesaria de esos derechos y a la viabilidad de que un menor concorra al juicio a testificar.

Sostiene que en el evento en que la menor no pueda concurrir a rendir testimonio, pone en desventaja a la defensa y quedarán vacíos sobre la verdad que pueda ser brindada por la presunta víctima, reconduciéndose a simple manifestaciones de referencia porque en eso se convertirán los testimonios de técnicos y peritos o de quienes hayan intervenido en escenarios propios de entrevistas y demás.

De otro lado, con relación al condicionamiento en el testimonio de la menor, sostuvo que pretende interrogar sobre tópicos especiales que no sean abordados por la Fiscalía y, aunque no se especificaron, ello sucede debido a la imposibilidad de obtener una debida comunicación con el procesado que se encuentra privado de libertad en una estación de policía, con quien no ha sido posible obtener acercamiento distinto al previo de las audiencias en sí. Lo

anterior, indica, con base en la garantía del debido proceso probatorio y del principio *pro infans*, con vinculación al pacto de San José de Costa Rica, que fue adecuado por el constituyente en el artículo 95 de la Constitución Política respecto de los derechos, deberes y obligaciones del ciudadano, entre ellos, el derecho al debido proceso.

2.5. La opinión de los sujetos procesales no recurrentes.

2.5.1. La fiscal, como no recurrente, solicita se mantenga la decisión de inadmisión de KSRQ como testigo directo de la defensa, máxime cuando la Fiscalía solicitó su testimonio, lo cual estaría condicionado a que en el evento de no comparecer se ingresaría la declaración anterior como prueba de referencia como lo señala el 438 literal e) del C. P. P.

2.5.2. El representante judicial de la víctima, como no recurrente, opina que, aunque la decisión de la juez fue acertada, debe dársele la oportunidad a la defensa y acceder a lo solicitado con miras a brindar celeridad procesal.

2.6. La resolución del recurso de reposición

La juez de primer grado señaló que en este caso la víctima es mayor de 16 años, aunque menor de 18, mientras que la solicitud del defensor de tenerla como testigo directa está sustentada en la posibilidad de que la fiscalía desista del testimonio, discutiendo la tensión entre el derecho al debido proceso y el interés superior de los menores, para lo cual —asevera la funcionaria— debe partirse de las circunstancias

individuales de cada menor por tratarse de un juicio relacional.

Advirtió que para este momento es apenas una suposición que eventualmente la Fiscalía pueda desistir del testimonio de la menor, el cual sería una prueba esencial para efectos del juicio y no se ha sugerido que pueda haber realmente una afectación de derechos fundamentales de la víctima, motivo por el cual decidió reponer su decisión para decretar el testimonio común de la menor KSRQ, pero con la condición de que solo sea testigo directo de la defensa si la Fiscalía desiste, y con la precisión de que la judicatura en todo caso citará al defensor de familia como lo impone la ley y, en el evento de que este manifieste que no es aconsejable el testimonio, entonces en ese momento tendrá que someterse al criterio de la judicatura.

Ante el requerimiento del defensor en el sentido de que la reposición había sido parcial al no haberse resuelto acerca de permitirse el testimonio directo de la menor para abordar tópicos no propuestos por la Fiscalía, la juez de primer grado aclaró que la defensa no precisó cuál era su propósito demostrativo que tuviera que ver con los hechos, es decir, con las circunstancias de tiempo modo y lugar a los que se refirió la fiscal y en esa medida, entonces, no sería posible otorgar esa gabela al no saberse cuáles serían esos nuevos aspectos de relevancia para la defensa mediante los cuales interrogaría a la testigo si no los toca la fiscal.

Por consiguiente, le dio trámite ante este Tribunal al recurso de apelación interpuesto como subsidiario por la defensa.

3. CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo reseñado, le corresponde a la Sala resolver si en el caso procede decretar el testimonio común de la menor KSRQ, de 16 años de edad, considerada víctima en el caso, sin la condición de que solo sea testigo directo de la defensa si la Fiscalía desiste de su práctica.

En sentido contrario, la decisión de la juez de conocimiento impide que la víctima sea testigo de la defensa si no desiste de su práctica la Fiscalía, vedándose, en consecuencia. Esto se traduce en que, de comparecer la testigo, el defensor no pueda cuestionar temas distintos a los que la parte acusadora indague, salvo credibilidad, por la que siempre podrá indagar.

La razón para que la juez impusiera la condición antes dicha se basa en que para este momento se desconocen esos nuevos aspectos de relevancia para la defensa mediante los cuales interrogaría a la testigo, si de ellos no se ocupa la fiscal, lo cual es enfrentado por el recurrente bajo la alegación de que tiene derecho a la prueba, sin que se afecten los intereses de la menor, aclarando que si no precisó los aspectos de los que se ocuparía, se debe a dificultades de comunicación con su asistido.

La primera conclusión que se extrae de lo dicho es que la condición puesta por la juez eventualmente impedirá que la defensa pueda acceder al testimonio de la víctima, de modo que la decisión es pasible de recursos, en tanto tiene la virtualidad de afectar la práctica de la prueba.

Ingresaremos, en consecuencia, en el fondo del asunto, en el que conviene partir del esclarecimiento de la doctrina que regula el decreto de la prueba solicitada en común por la Fiscalía y la defensa.

Primero, se tuvo la visión que se encuentra en providencias de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia como la SP6361-2014 del 21 de mayo de 2014, radicación No. 42864, M. P. José Luis Barceló Camacho, la cual sostiene lo siguiente:

“[...]”

Es precisamente por lo anterior que si la defensa pretende servirse de la prueba común debe hacerlo con argumentos de justificación de pertinencia, conducencia y utilidad distintos a los que propone el acusador.”

Sin embargo, esta doctrina padece de debilidad en su fundamentación para explicar por qué se le impone una carga adicional a una parte en razón de no haber sido la primera en pedir la prueba; a más que, establecida la clara pertinencia del testimonio, los diversos tópicos de que se ocuparán las preguntas se ubican más en su utilidad, de modo que su control, como el de pertinencia, bien podría hacerse durante su práctica, como ha dispuesto la Sala de Casación Penal de

la Corte Suprema de Justicia en casos en que no estando establecida la inutilidad de la prueba, esta eventualmente pueda resultar de importancia para la demostración de la teoría del caso de la parte que lo solicita. Al respecto, en el auto AP7577-2017 del 8 noviembre de 2017, radicación n° 51410, M. P. Patricia Salazar Cuellar, la alta corporación se pronunció en el sentido de diferir el control de utilidad para el momento de la práctica de la prueba, salvo que se pueda descartar su escaso valor de una vez. Veamos:

“Por tanto, aunque una prueba haya sido decretada en la audiencia preparatoria, a partir de la explicación de pertinencia que hizo la parte, en el juicio oral se debe velar porque solo ingrese la información que tiene relación directa o indirecta con el tema de prueba, bien para evitar los efectos nocivos de las dilaciones injustificadas, ora para impedir que los aspectos relevantes del caso se diluyan entre temas intrascendentes.

Lo mismo puede predicarse de la utilidad, porque es posible que durante la audiencia preparatoria, por las razones indicadas, no se visualice el carácter repetitivo o superfluo de algunas pruebas (o parte de ellas, como sucede con algunos temas abordados con los testigos), sin que ello implique que el juez no pueda ejercer sus funciones de director de la audiencia, encaminadas a lograr el punto de equilibrio a que se hizo alusión en los párrafos precedentes

(...)

La Sala no tiene elementos de juicio suficientes para decidir en este momento sobre ese aspecto puntual, porque los registros de las audiencias fueron solicitados como prueba por el Ministerio Público. Será el Tribunal, en calidad de director del proceso, quien en su momento resuelva sobre la utilidad de la prueba testimonial solicitada por las partes para demostrar lo acontecido en las referidas audiencias, según lo que suceda con la prueba solicitada por la delegada

de la Procuraduría, bajo el entendido de que el control de la pertinencia y de la utilidad comienza en la audiencia preparatoria y se concreta en la audiencia de juicio oral.”
(Subrayas fuera del texto)

Esta postura auspicia la práctica de testimonios pertinentes que puedan llegar a ser útiles, puesto que, de cierta forma, al diferirse el examen de la utilidad al momento de su práctica, cuando se rechace la indagación sobre ciertos temas es porque se conoce con seguridad que el interrogatorio al respecto es inútil.

Según el artículo 5 de la Ley 906 de 2004, los jueces, incluido el de juzgamiento, “se orientaran por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia”, mandato de imparcialidad que de contera obliga a favorecer la contradicción entre acusación y defensa, pues sabido es que en el sistema acusatorio son estas partes las que tienen a su cargo la confrontación de la que se espera surja la verdad; además de que el juez puede dirigir la aducción de la prueba para que sea concreta, no ingrese en lo impertinente o inútil y en la prueba testimonial puede hacer preguntas complementarias, aunque no abrir la indagación sobre otras hipótesis fácticas, distintas a las establecidas por las partes.

Dicho de mejor modo, el imperativo de orientarse por la verdad está referido al modo como se obtiene esta en el sistema acusatorio, en el que la contradicción es su factor decisivo, por cuanto no se trata de que la norma habilite a buscar la verdad inquisitiva, es decir, no autoriza al juez a ser un inquisidor.

Por tanto, abogar por la verdad en un sistema acusatorio es incompatible con una visión restriccionista de la contradicción, de ahí la sana inclinación por el auspicio de la búsqueda de la verdad al modo acusatorio que quizás llevó a la revaluación del modo de resolver la solicitud de un medio de prueba, tanto para la acusación como para la defensa.

Actualmente, entendemos rige la siguiente visión:

“(…)

(iv) Si bien, la Sala inicialmente sostuvo que tratándose de una prueba común, a la defensa debía exigírsele una *argumentación adicional* de pertinencia, conducencia y utilidad a la expuesta por la Fiscalía¹, en la actualidad se considera que el interrogatorio directo de una prueba se justifica en razón a que ambas partes persiguen objetivos antagónicos: la una de responsabilidad y la otra de inocencia².

Es decir, que cuando la defensa solicita una prueba, ya requerida por la Fiscalía, el interrogatorio directo «*no puede tildarse en términos formalistas y anticipados de repetitivo*»³ y, por esa vía, negar o condicionar su examen probatorio. Inclusive, con este enfoque se ha aceptado el decreto de prueba testimonial con homogeneidad de fundamentos de pertinencia de la Fiscalía y la defensa -en el marco de cada teoría del caso-, entendiendo que con la práctica de la prueba buscan elementos distintos⁴.” (Auto AP2421-2020 del 23 de septiembre de 2020, radicado 57239, con ponencia del Magistrado Fabio Ospitia Garzón)

Pues bien, retomando el caso concreto, se tiene que el testimonio solicitado de la víctima es claramente pertinente

¹ SP6361-2014, rad. 42864

² AP2901-2019, rad. 55136.

³ CSJ AP896-2015, rad. 45011 y AP2901-2019, rad. 55136.

⁴ Cfr. CSJ AP2901-2019, rad. 55136.

porque tiene conocimiento directo del suceso atribuido; sin embargo, se podría poner en duda su utilidad si a instancias de la Fiscalía comparece y se ocupa de todos los temas, pero de no hacerlo y subsistir alguno que no solo sea pertinente sino también útil, se debería permitir el interrogatorio directo.

Entonces, por ahora tenemos que la prueba solicitada por la defensa es pertinente y aún no puede descartarse que sea útil, por lo que de una vez puede anticiparse que se revocará la condición impuesta, la que será reemplazada por una que, se diga o no, opera siempre, como es el control, al momento de su práctica (*in situ*), de la utilidad o admisibilidad.

Conviene advertir que por ahora tampoco se percibe que se deba relevar a la menor de atestiguar por su eventual revictimización, lo que de plantearse y tener fundamento no queda de resorte del fiscal definir el asunto, como parece entenderlo la juez, sino precisamente a ella misma a quien no solo le corresponde dirigir el debate sino también velar por los derechos de todos, incluidos los de la menor y los del procesado. En consecuencia, de presentarse esta contingencia, será la juez la que defina en derecho lo que corresponda.

En suma, la víctima también será testigo directa de la defensa sin que se afecte su práctica porque la Fiscalía también aduzca el testimonio, pero quedará a cargo de la juez controlar la pertinencia, utilidad y los derechos de la menor a no ser revictimizada.

En mérito de lo anteriormente expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE

Modificar el auto recurrido para disponer la recepción del testimonio de la víctima también a instancia de la defensa, sin restricción alguna, salvo los motivos que obliguen a ello durante su práctica, conforme con lo dicho en la parte motiva. En lo demás rige la providencia impugnada.

Contra esta decisión, la que queda notificada en estrados al momento de su lectura, no caben recursos, por lo que se ordena la devolución inmediata del expediente al juzgado de conocimiento.

MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS
MAGISTRADO

PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN
MAGISTRADO

JORGE ENRIQUE ORTIZ GÓMEZ
MAGISTRADO

Firmado Por:

Miguel Humberto Jaime Contreras
Magistrado
Sala 08 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Jorge Enrique Ortiz Gomez
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División De Sistemas De Ingeniería
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Pio Nicolas Jaramillo Marin
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División De Sistemas De Ingeniería
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **df3c09d4cac9494e50209026556d98db1082aaaf69278d713ad35087d698b8d2**

Documento generado en 22/03/2024 02:35:25 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>