Proceso: 050016000207 **2022-50489**
Delito: Acceso carnal violento agravado y
Actos sexuales con menor de 14 años agravado
Acusado: Edier Ancisar Montañez Cano
Procedencia: Juzgado 13 Penal Circuito de Medellín
Objeto: Apelación de auto que inadmite pruebas
Decisión: Confirma
M. Ponente: Luis Enrique Restrepo Méndez
Auto No: 025-2024

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR
Medellín

SALA DECIMOSEGUNDA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, veintidós (22) de agosto de dos mil veinticuatro (2024)
Proyecto aprobado según acta Nro. 109

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía 093 CAIVAS y el defensor público de **Edier Ancisar Montañez Cano** contra el auto proferido por el Juzgado 13 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de esta ciudad, el 8 de agosto del año que avanza y mediante el cual resolvió las solicitudes probatorias dentro del proceso penal que se le adelanta por el delito de acceso carnal violento y actos sexuales con menor de 14 años, ambos agravado.

1. HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1.1 Según el escrito de acusación fueron los siguientes:

"Entre los meses de octubre del año 2020 y hasta el mes de agosto del año 2021, en la carrera 41-85-77 barrio Manrique y en la carrera 41 # 82-66, del barrio Manrique Central de la ciudad de Medellín, el señor EDIER

ANSIZAR MONTAÑEZ CANO accedió carnalmente de manera violenta a la menor VHM, de 13 año de edad, quien nació el 23 de octubre de 2007, quien es hija de su pareja sentimental con quienes vivía.

Concretamente, finalizado el año 2020 aproximadamente para el mes de octubre, en la carrera 41-85-77 barrio Manrique de la ciudad de Medellín, en varias oportunidades luego de invitar a la menor a ver películas en su habitación, inició a realizarle tocamientos en las piernas a la menor, posteriormente la toma con fuerza se abalanza sobre ella, le da besos en la boca, la despoja de su pantalón y ropa interior, para ello la toma con fuerza de sus manos para que no pudiera moverse, la menor trata de mover los pies para oponer resistencia y este termina por accederla carnalmente de manera violenta mediante la introducción de su miembro viril vía vaginal, en varias oportunidades.

Los hechos continuaron para el año 2021 hasta el mes de agosto, en la carrera 41 # 82-66 del barrio Manrique Central de la ciudad de Medellín, allí en varias oportunidades realizó tocamientos eróticos sexuales se ejecutaron o materializaron en momentos en que la menor se encontraba en la habitación suya viendo películas mientras la madre trabajaba, aprovechaba para realizarle tocamientos de carácter libidinoso en las partes íntimas, que consistieron en tocarla con sus manos en los senos y en la vagina; de la misma forma en una oportunidad le solicitó que le practicara sexo oral, actividad que consistió en introducir su miembro viril en la boca de la menor. Así mismo en una oportunidad a cambio de ayudarle a la menor con un permiso de su madre para poder salir, le solicitó que debía portarse bien con él para poder ayudarle, la menor se niega y él vuelve a tomarla por la fuerza, se abalanza sobre ella, la despoja de su ropa de la cintura para abajo e introduce su miembro viril vía vaginal."

1.2 El 1º de junio de 2022 ante el Juzgado 3º Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Medellín, se llevó a cabo la audiencia de formulación de imputación como presunto autor de la conducta punible de acceso carnal violento

agravado, en concurso homogéneo (5 oportunidades) con circunstancias de agravación punitiva (Art. 205 y 211 numerales 4 y 5 del C.P.). Así mismo en concurso heterogéneo con actos sexuales abusivos con menor de 14 años con circunstancias de agravación punitiva (Art. 209, 211 numerales 5 del C.P.), no se le impuso medida de aseguramiento y tampoco hubo allanamiento a cargos.

1.3 La fiscalía radicó el escrito de acusación con fecha 13 de julio de 2022 ante el Centro de Servicios Judiciales de esta ciudad, correspondiéndole por reparto para su conocimiento al Juzgado 13 Penal del Circuito quien llevó a cabo la formulación oral de los cargos el 16 de noviembre de 2022 por el mismo delito imputado.

1.4 La audiencia preparatoria se llevó a cabo el pasado 8 de agosto, en ésta se adelantó el trámite establecido en el art. 356 del C. de P.P., los intervinientes sustentaron sus pretensiones probatorias así:

De la solicitud probatoria de la fiscalía

Para efectos del recurso interpuesto se tendrán en cuenta solo aquellas que, para el caso, fueron admitidas de manera condicionada.

i) El testimonio de Eduardo Gutiérrez Gallego, intendente de la Policía Nacional de infancia y adolescencia. Dijo la fiscalía que este testigo es pertinente porque realizó actividades de policía judicial al inicio del proceso, bajo el entendido de que llega por conocimiento directo de la denuncia que se presenta ante la Fiscalía General de la Nación y realizó algunos actos urgentes.

Refirió que este declarante:

> *"Informará cómo conoció el caso, cuáles fueron las labores investigativas que realizó, por qué dejó a la menor a disposición de la Fiscalía General de la Nación, cómo fue el trato, cómo fue la puesta en conocimiento de derechos fundamentales que le realizó tanto a la menor como postulada víctima como a su madre, indicará cómo observó a la menor directamente ese día en que*

fue llevada ante la Fiscalía General de la Nación, es decir, él es testigo directo de esas manifestaciones que hace la menor, pero principalmente sobre su comportamiento al momento en que es puesta a disposición de la Fiscalía General de la Nación y en este sentido entonces hará más probable el hecho, corrobora las circunstancias periféricas de los hechos, pero principalmente del comportamiento de la menor al momento de ser trasladada ante la Fiscalía".

ii) El testimonio de Carol Viviana Cano Ríos, quien realizó entrevista forense a la postulada víctima e indicará:

"Qué tipo de entrevista le realizó a la menor, cuál es el protocolo utilizado, cuántos pasos tiene el protocolo utilizado, nos indicará si los utilizó todos para este caso concreto u omitió alguno de ellos indicándonos el motivo por el cual lo hizo, nos indicará si dentro de la entrevista forense se pudieron establecer los hechos jurídicamente relevantes, es decir, si pudo obtener información sobre quién es la persona denunciada, cuál es el rol que ejerce dentro de la unidad familiar de la menor postulada víctima, nos indicará además si se pudo obtener información de la fecha de ocurrencia de los presuntos hechos, nos indicará además, si pudo obtener información de cómo se llama el presunto agresor, en qué lugar se presentaron los presuntos hechos, nos indicará además qué información le entregó la menor postulada víctima sobre la ocurrencia de los mismos y nos indicará cómo observó a la menor al momento de realizar la entrevista forense y en qué fecha".

Dijo que esta testigo señalará en el juicio si se obtuvo consentimiento informado de la representante legal de la menor, así como autorización del defensor de familia y si dentro de la entrevista forense se utilizaron dibujos anatómicos para la ubicación de las partes íntimas o personales.

Solicitó que en el evento en que hubiese una retractación o si se presentan los eventos consagrados en el art. 438 del C. de P.P., se admita como prueba de referencia admisible y será con esta testigo que se incorporará la entrevista forense

y *agregó "ella hará más probable el hecho, obviamente, porque Carol Viviana tomó una entrevista en una fecha muy cercana a la ocurrencia de los hechos y es allí, entonces, en este aspecto que se tendrá que dilucidar"*[1].

Enseguida el a quo le otorgó la palabra a la defensa para que presentara sus oposiciones probatorias y en este sentido así lo hizo respecto de estas dos solicitudes.

En su sentir **Eduardo Gutiérrez Gallego y Carol Viviana Cano Ríos**, solo podrán declarar en el juicio, el primero, sobre las labores encomendadas y los actos investigativos por él realizado, pero no sobre las manifestaciones que le hiciera la menor respecto de los hechos jurídicamente relevantes. Criticó que la fiscalía señalara que es testigo directo de las manifestaciones que le hizo la menor, pues de ser así *"nunca habría prueba de referencia"*.

La segunda, respecto de cómo encontró a la menor desde el punto de vista cognitivo, si fue coherente, si comprendía la situación que se desarrollaba, pero no podrá decir si ésta le informó quién era el agresor, cuál fue la fecha de los hechos, eso lo deberá informar la presunta víctima quien fue llamada como testigo por la fiscalía[2].

De la solicitud probatoria de la defensa

A continuación, el juez de instancia le dio la palabra al defensor para que elevara sus solicitudes probatorias, para efectos de este recurso es necesario realizar un breve recuento de lo ocurrido en la audiencia preparatoria.

Inicialmente descubrió y enunció las pruebas que haría valer en el juicio así:

> *"1. Karla Cristina Miranda Echavarría (madre de la víctima), identificada con la cedula de ciudadanía 1.152.434.592. Testigo Común*

[1] Audiencia preparatoria del 8 de agosto de 2024. Audio No. 1. Minuto: 16:51
[2] Ídem. Minuto: 36:20

2. Jorge William Sánchez Atehortúa, identificado con cedula de ciudadanía 70.101.529

3. Manuela Montañez, identificada con la cédula de ciudadanía 1.020.493.734

4. Diana Hernández, identificada con la cédula de ciudadanía 112869498

5. ***Katherine Dahiana Álvarez Hernández*** *identificada con la cédula de ciudadanía 100136027*

6. Juan Carlos Bermúdez Robles (Fotógrafo Defensoría Pública)

7. Hernán Darío Restrepo (Topógrafo Defensoría Pública)

8. Luis Fernando Cerón (Investigador Defensoría Pública)

9. Edier Ancisar Montañez Cano (Acusado).

(…)

Para refrescar memoria e impugnar credibilidad i) Entrevista de Karla Cristina Miranda Echavarría y ii) Entrevista de Jorge William Sánchez Atehortúa"[3].

Al momento de hacer sus solicitudes probatorias[4] inició con las pruebas testimoniales en el mismo orden en que las enunció, cuando ya había sustentado la pertinencia de las tres primeras y estaba haciendo lo propio en relación con la testigo relacionada en el numeral 4, esto es Diana Hernández, interrumpió su argumentación para solicitarle al procesado el número telefónico de esta testigo y al advertir que tampoco tenía el de la siguiente **Katherine Dahiana Álvarez Hernández** hizo lo mismo.

Posteriormente continuó con la sustentación de pertinencia de Diana Hernández y enseguida se refirió al testigo no. 6 Juan Carlos Bermúdez Robles hasta terminar.

La fiscalía se opuso a que se admitiera en favor de la defensa el testimonio de **Katherine Dayana Álvarez Hernández**, pues si bien es cierto, fue descubierto y mencionado al punto que requirió al procesado para que indicara cuál era su ubicación, no argumentó la pertinencia de dicho medio de convicción, sin saber si

[3] Audiencia preparatoria del 8 de agosto de 2024. Audio No. 1. Minuto: 04:11
[4] Ídem. Minuto: 45:15

fue que la omitió o declinó de ella, empero, lo cierto es que superado el termino para hacer la sustentación de necesidad, pertinencia y utilidad e indicar con qué fines traería a esta ciudadana a declarar en el juicio, no es posible su admisión.

Se opuso, además, a que se le decretaran las entrevistas anteriores de Karla Cristina Miranda Echavarría y de Jorge William Sánchez Atehortúa, las cuales *"pareciera que fueran para refrescar memoria"* pero no estableció la pertinencia de éstas, por tanto, tampoco pueden ser decretadas[5].

2. DECISIÓN RECURRIDA

El a quo en primer lugar, se refirió a las oposiciones realizadas por la defensa a la prueba de la fiscalía. Para el efecto dijo que la menor declararía en el juicio, pero en caso de que no asista o haya una retractación están las figuras de la prueba de referencia o el testimonio adjunto, los cuales podrán ser incorporados con estos testigos, en ese sentido decretó, pero de forma condicionada la declaración de **Eduardo Gutiérrez Gallego y Carol Viviana Cano Ríos** *"a lo que realizaron en la labor desplegada por cada uno".*

En segundo término, indicó haber escuchado el audio de la audiencia preparatoria y encontró que la defensa pasó del punto cuarto que era la testigo Diana Hernández al testigo número 6, por tanto, al no estar acreditada la pertinencia es imposible su decreto como testigo.

Frente a las entrevistas de Karla Cristina Miranda Echavarría y de Jorge William Sánchez Atehortúa, las cuales fueron descubiertas en la solicitud probatoria advirtió que no se dijo su conducencia y pertinencia; por tanto, se escuchará sus testimonios, pero las entrevistas no podrán ingresar ni para refrescar memoria ni para impugnar credibilidad[6].

---

[5] Minuto: 58.00
[6] Audiencia preparatoria del 8 de agosto de 2024. Audio No.2. Minuto: 02:19

El delegado de la fiscalía interpuso el recurso de apelación en contra de la decisión de admitir de manera condicionada los testimonios de **Eduardo Gutiérrez Gallego**, intendente de la Policía Nacional de Infancia y Adolescencia y el de **Carol Viviana Cano Ríos**, entrevistadora forense adscrita al CAIVAS, y la defensa de Edier Ancisar Montañez Cano interpuso los recursos de reposición y en subsidio apelación, en contra de la decisión de inadmitir el testimonio de **Katherine Dayana Álvarez Hernández** y **las entrevistas anteriores** de Karla Cristina Miranda Echavarría y Jorge William Sánchez Atehortúa.

3. APELACIÓN

3.1 La fiscalía solicitó que la decisión del a quo fuera revocada. Para el efecto trajo a colación las decisiones de la Corte Suprema de Justicia y de este Tribunal[7] en las que se ha establecido que en tratándose de delitos sexuales donde son víctimas niños, niñas y adolescentes se requiere para tener certeza tres elementos fundamentales entre ellos i) la inexistencia de un posible rencor o enemistad que ponga en entredicho la aptitud probatoria del presunto agresor; ii) la corroboración que de este testimonio tenga en las circunstancias que rodean el hecho y iii) la persistencia en la incriminación, sin contradicciones ni ambigüedades. En ese sentido, a través del testimonio de Carol Viviana Cano Ríos, quien realizó la entrevista forense a la menor V.H.M., irá al juicio *"no con fines de demostrar el hecho jurídicamente relevante"*, sino que informará *"si dentro de la entrevista forense tuvo la oportunidad de saber quién era el presunto agresor, qué relación tenía con la menor, cuál es la fecha probable de los hechos, cuál es la dirección de los hechos y en síntesis una cantidad de información"* que le servirá como prueba de corroboración periférica para que haga más probable el hecho, porque de nada serviría escucharla en el juicio con los fines que fueron limitados, eso sería impertinente, inconducente *"no se hubiera decretado entonces"*.

Agregó que quien más que ella para que informe sobre esa reiteración, esa persistencia en la incriminación y contra quién se hizo, por qué hechos, en qué fecha

---

[7] Sentencia de 10 del 7 de septiembre de 2005, MP. Jorge Luis Quintero Milanés, SP-5395 con radicado 26128 y decisión de este Tribunal dentro el radicado 2018-03967

sucedieron, en dónde sucedieron en ese sentido solicitó revocar la decisión y en su defecto decretar estos testimonios el Eduardo Gutiérrez Gallego y Carol Viviana Cano Ríos para que sean escuchados sin limitación alguna y advirtió *"con ninguno de ellos se pretenden probar los hechos jurídicamente relevantes, si no la persistencia en la incriminación por parte de la menor"*[8].

3.2 La defensa sustentó los recursos de reposición y en subsidio apelación. Solicitó que se revoque la decisión con fundamento en los principios de buena fe y *"no de estricto formales".* Enseguida dijo estar decantado por la jurisprudencia que no es necesario decir que las entrevistas sirvan para impugnar credibilidad o refrescar memoria, por lo que haya omitido mencionarlo así no quiere decir que no las utilizará para esos fines. Nunca dijo que serían prueba documental.

Posteriormente y luego de un recuento de lo sucedido en la audiencia preparatoria dijo que descubrió y dio traslado de todos los testigos al punto que al procesado le preguntó por algunos datos de la testigo **Katherine Dayana,** adujo que fue un olvido involuntario no sustentar la pertinencia, pero en manera alguna desistió de ella, como lo sugirió la fiscalía, lo ideal hubiese sido que el a quo le preguntara si en efecto iba a desistir porque ya la había descubierto.

Indicó que ese castigo es exagerado porque él dio pautas desde el inicio de la audiencia de que iba a contar con esa testigo, solicitó corregir el error bajo el principio de la buena fe y dársele la oportunidad de manifestar si en efecto iba a desistir de esa prueba.

Advirtió una afectación al debido proceso por aspectos formales que violentan el derecho de defensa del acusado y solicitó retrotraer la actuación para solicitar esa prueba en debida forma[9].

4. DE LOS NO RECURRENTES

[8] Audiencia preparatoria del 8 de agosto de 2024. Audio No.2. Minuto: 32:12
[9] Ídem. Minuto: 17:38

4.1 El delegado de la fiscalía le solicitó al a quo no reponer la decisión y a esta instancia confirmarla. Señaló que la sanción al no sustentar en debida forma con indicación de pertinencia y conducencia la petición de una prueba es precisamente su inadmisión.

Refirió que las etapas son preclusivas y que ya le prescribió la oportunidad procesal al defensor para peticionarla[10].

4.2 El defensor de Edier Ancisar Montañez Cano dijo que la fiscalía en su recurso hizo una nueva sustentación probatoria lo que no es de recibo, él ya había argumentado en la oportunidad indicada, en todo caso lo importante es que tanto la investigadora judicial psicóloga que le tomó la entrevista forense a la menor, como el investigador que recibió la denuncia es prueba de referencia, ellos no deben declarar en el juicio sobre los dichos que escucharon de la presunta víctima.

Recordó que el fiscal en su solicitud inicial dijo que esta testigo iba a hablar del protocolo que utilizó, la metodología en la que se basó para tomar la entrevista forense y los aspectos cognitivos que ella, como entrevistadora judicial psicóloga, percibió en la menor, es decir, si el lenguaje era coherente, si sus manifestaciones fueron espontáneas; empero, temas como qué le dijo la menor, quién era el agresor o cuándo fueron los hechos son de referencia, lo mismo ocurre con el investigador que le recibió la denuncia, éste no puede decir lo que le haya manifestado la menor sobre los supuestos hechos, pues también serían manifestaciones de referencia[11].

5. CONSIDERACIONES

5.1 Es competente esta Sala para resolver el recurso de apelación, de conformidad con lo establecido en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, por cuanto versa sobre un auto proferido en primera instancia por el Juzgado 2º Penal del Circuito de Itagüí, Antioquia.

---

[10] Audiencia preparatoria del 8 de agosto de 2024. Audio No.2. Minuto: 27:09
[11] Ídem. Minuto: 38:02

5.2 Teniendo en cuenta la decisión objeto de alzada, así como la sustentación del recurso, la Sala resolverá si i) en contra de la decisión que accede al decreto de la prueba, de manera condicionada o limitada, procede el recurso de apelación, ii) se equivocó el a quo al admitir, de forma condicionada, los testimonios de los investigadores de la fiscalía Eduardo Gutiérrez Gallego y Carol Viviana Cano Ríos y iii) si el testimonio Katherine Dayana Álvarez Hernández y las entrevistas anteriores de Karla Cristina Miranda Echavarría y Jorge William Sánchez Atehortúa fueron debidamente inadmitidas o si, por el contrario, podían ser decretadas en favor de la defensa.

Del recurso de apelación contra el auto que decreta de manera condicionada una prueba

5.2.1 La Sala en reiteradas oportunidades ha indicado que los autos que decretan pruebas no son objeto de recurso de apelación, dado que allí el problema jurídico que se debate es de admisibilidad de la prueba y no de afectación a garantías fundamentales. Sin embargo, ha reconocido que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia no ha sido pacífica frente a este tema[12].

También ha indicado que el carácter adversarial del modelo acusatorio que conlleva la facultad probatoria de las partes, permite a su vez que la intervención del *ad quem* se habilite ante una restricción al derecho a probar, pues mientras el *a quo* avale las pretensiones que en tal sentido se le pongan de presentes, se estaría respetando tal iniciativa, sin que haya lugar a considerar que la decisión de admitir o decretar una prueba, negando su rechazo, lesiona los derechos de la contraparte, pues como se ha dicho, a su favor se halla la garantía de contradicción frente a la misma, la que materializa al momento de su práctica en el debate oral, así como en los alegatos de conclusión o al sustentar los recursos contra la providencia que pone fin al asunto.

---

[12] Decisiones CSJ SP, 30 Nov. 2011, Rad. 37298 y CSJ SP, 20 Mar. 2013, Rad. 39516, indicó con claridad que el auto que acepta una prueba no admite recursos; sin embargo, en otras oportunidades, como CSJ SP, 13 Jun. 2012, Rad. 36562, CSJ SP, 26 Sep. 2012, Rad. 39048 y CSJ SP, 22 May. 2013, Rad 41106, resolvió el tema de manera totalmente opuesta.

No obstante, en reciente decisión el Máximo Órgano de Justicia Ordinaria concluyó que contra el auto que admite una prueba de manera condicionada procede el recurso de apelación dado que una decisión en ese sentido puede lesionar el derecho a probar de una de las partes en conflicto. Esto dijo:

> *"Concluyendo que, si bien la Corte ha considerado que contra la decisión que admite el decreto de la prueba, no procede el recurso vertical de apelación y la parte favorecida con la prueba, carece de autorización legal para refutarla, postura que se ha mantenido de forma pacífica; esta regla debe ser entendida frente aquellos eventos en los que la admisión del medio probatorio es pura y simple, es decir no ocasiona ningún perjuicio para la parte interesada en su realización. En tal evento se carecería de interés jurídico para recurrir, pues no se ha sufrido un daño o perjuicio concreto con la decisión.*
>
> *Otra situación ocurre en los supuestos en que pese a admitirse la prueba, ésta se hace provocando un perjuicio que la parte interesada estima injustificado en su práctica. En tal evento surge el derecho a su impugnación, como garantía Constitucional tendiente a depurar el debate probatorio, en correspondencia con los postulados principialísticos del procedimiento adversarial, que propenden por la realización material de los derechos y la primacía del derecho sustancial"*[13].

En el *sub examine* el a quo admitió a favor de la fiscalía los testimonios de los investigadores Eduardo Gutiérrez Gallego y Carol Viviana Cano Ríos de manera condicionada, circunstancia que, en los términos del censor, limitaría su derecho a probar, por ende, habrá de resolverse de fondo el recurso.

De las pruebas admitidas de manera condicionada

[13] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal AP4640-2022 radicado 61078 del 24 de agosto de 2022.

5.2.2 El juez de primer grado admitió los testimonios de la entrevistadora forense Carol Viviana Cano Ruíz y el del intendente de la policía de infancia y adolescencia Eduardo Gutiérrez Gallego para que, de acuerdo con la solicitud de pertinencia de la fiscalía den cuenta de las labores por ellos desplegadas. Por ejemplo, la primera podrá indicar qué tipo de entrevista le realizó a la menor, cuál fue el protocolo utilizado y cómo percibió a la ofendida; el segundo, indicará cómo conoció el caso, cuáles fueron las labores investigativas que realizó, porqué se dejó a la menor a disposición de la fiscalía y cómo la observó, sin que ninguno de ellos, eso sí, haga referencia a aspectos esenciales de los hechos jurídicamente relevantes ya que para eso fue decretado el testimonio de la menor en el juicio.

La fiscalía además de los aspectos reseñados en párrafo que antecede, al momento de solicitar estos testimonios adujo que la investigadora forense *"indicará, además, si se pudo obtener información de la fecha de ocurrencia de los presuntos hechos",* en qué lugar se presentaron, cómo se llama el presunto agresor y qué *"información le entregó la menor postulada víctima sobre la ocurrencia de los mismos"*; manifestaciones que sin lugar a dudas están orientadas a incorporar el relato de la menor y, por tanto, son de referencia inadmisibles si es que la menor concurre al juicio, como parece ser la intención de la fiscalía. Ha de recordarse que la razón de ser de los testimonios decretados, no es la de reproducir la versión que de los hechos les ofreció la víctima, ese cometido está llamado a ser satisfecho por aquella en su intervención procesal. En ese orden la prueba fue decretada correctamente y la decisión tendrá que confirmarse. Se trata de un asunto sobre el cual la jurisprudencia ha sido insistente de manera pacífica, de allí que no amerite profundas argumentaciones.

Si llegado el momento de la práctica probatoria, la fiscalía desiste de su intención de hacer comparecer a la víctima, tendrá que deprecar de la judicatura la admisión de cualquiera de las versiones anteriores de aquella a título de prueba de referencia admisible. Sólo esta contingencia habilita el interrogatorio de estos deponentes en la forma en que la fiscalía lo postuló en su momento.

Así las cosas, la Sala no encuentra argumentos para revocar la restricción impuesta por el a quo.

De las pruebas inadmitidas a la defensa

Antes de descender al problema jurídico propuesto por el censor la Sala recordará que de conformidad con lo señalado en los artículos 346, 357 y 360 de la Ley 906 de 2004, se inadmitirán los medios de prueba que resulten impertinentes, inconducentes e inútiles, se rechazarán aquellos que no fueron descubiertos oportunamente y se excluirán los ilícitos e ilegales.

De otra parte, es del caso señalar que la admisión de los medios de convicción se vincula a la adecuada sustentación principalmente, en lo atinente a la pertinencia y utilidad[14].

Sobre estos conceptos ha reiterado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia[15]:

> *"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.*
> *(...) Por su parte, la conducencia se refiere a una cuestión de derecho. Sus principales expresiones son: (i) la obligación legal de probar un hecho con un determinado medio de prueba; (ii) la prohibición legal de probar un hecho con un determinado medio de prueba, y (iii) la prohibición de probar ciertos hechos, aunque en principio puedan ser catalogados como objeto de prueba[16]. Por ello, quien alega falta de conducencia debe indicar cuál es la norma jurídica que regula la obligación de usar un medio de prueba determinado u otra de las situaciones que acaban de mencionarse.*

[14] Auto del 7 de marzo de 2018, AP948-2018, Radicado: 51882
[15] Auto del 30 de septiembre de 2015, SP5785-2015, Radicado: 46153
[16] Devis Echandía, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Bogotá: Ed. Temis, 2002

(…) la utilidad de la prueba se refiere a su aporte concreto en punto del objeto de la investigación, en oposición a lo superfluo e intrascendente (CSJ AP, 17 Mar 2009, Rad. 22053). Este aspecto en buena medida fue regulado en el artículo 376 en cita, en cuanto consagra la regla general de admisibilidad de las pruebas pertinentes, salvo, entre otras, las que puedan generar confusión en lugar de mayor claridad al asunto, exhiban escaso valor probatorio o sean injustamente dilatorias del procedimiento".

5.2.3 La defensa al momento de solicitar sus pruebas no sustentó la pertinencia y conducencia del testimonio de **Katherine Dayana Álvarez Hernández**, lo anterior, según el censor obedeció a un error involuntario y no a que desistía de ella, pues al momento de descubrir sus pruebas lo enunció en debida forma, situación que, de acuerdo con el principio de la buena fe pudo ser corregida por el a quo.

Pues bien, frente al cuestionamiento realizado por la defensa, la Sala debe recordar que la sistemática procesal penal con tendencia acusatoria se rige por unos principios de adversariedad y preclusividad lo que significa que, por un lado, las partes deben estar atentas a cumplir con la carga que su rol les exige y por el otro, que superada una etapa procesal no es posible regresar a ella.

Lo anterior, para señalar que la defensa no puede intentar trasladar a su contraparte o al juez director del proceso su propia omisión u olvido. Estamos ante un sistema de partes, donde cada una de ellas corre con las consecuencias de incumplir con sus deberes, sin que pueda imponerse a la contraria o a la judicatura el deber de salvaguardarlo de cualquier omisión. En el asunto, simple y llanamente la defensa, al no explicar de manera sucinta y clara porqué el testimonio de **Katherine Dayana Álvarez Hernández** era pertinente para su teoría del caso, cómo se relacionaba con el hecho jurídicamente o qué pretendía demostrar a través de ella dejó al juez sin elementos de juicio para decidir sobre su decreto. Ahora bien, nada obsta para que el juez indague a la contraparte con el fin de verificar si estaría de acuerdo con ese pronunciamiento extraordinario sobre el punto. Empero en este caso, ante la expresa manifestación de la fiscalía de oponerse a una tal posibilidad, la decisión del juez fue la correcta.

El problema jurídico pendiente de desatar tiene que ver con el no decreto de las entrevistas anteriores de Karla Cristina Miranda Echavarría y Jorge William Sánchez Atehortúa en favor de la defensa, mismas que según el a quo fueron descubiertas, pero nada se dijo de su conducencia y pertinencia.

Lo primero que debe destacar la Sala es que la defensa al enunciar las pruebas fue clara en señalar que las entrevistas suministradas por Karla Cristina Miranda Echavarría y Jorge William Sánchez Atehortúa le servirían para refrescar memoria o impugnar credibilidad; por tanto, no son prueba documental, se trata de unas declaraciones de los testigos de descargo que se encuentran contenidas en un escrito y en ese orden, ha de regirse por las normas propias de la prueba testimonial, que solo adquiere esa condición en el momento en que se realiza ante el juez de conocimiento en sede del juicio oral. Mientras tanto, serán unas declaraciones anteriores, que al ser descubiertas por la defensa servirán como instrumento para refrescar memoria o impugnar la credibilidad de esos testigos, los cuales ya fueron decretados a su favor.

Por tanto, no es cierto, como lo adujo el a quo y la fiscalía en su intervención como no recurrente que de estos elementos, que no prueba, deba sustentarse su pertinencia o conducencia, incluso así lo indicó la Corte Suprema de Justicia cuando refirió: *"la utilización de una entrevista o declaración anterior con el fin de refrescar la memoria del testigo, no puede condicionarse a que sea solicitada y decretada como prueba autónoma por la parte que pretende valerse de ella en juicio puesto que solo es necesario haber agotado su descubrimiento"* (Sentencia del 10 de diciembre de 2015, radicado 45858).

En síntesis, las entrevistas no se decretan, basta con que se descubran para poder usarlas en el juicio con los fines que desde hace casi dos décadas ha decantado la jurisprudencia, esto es, como facilitadores del interrogatorio a modo de instrumento para refrescar memoria o impugnar credibilidad. Solo excepcionalmente adquieren la condición de prueba sustantiva en forma de prueba de referencia o testimonio adjunto, entre otras, fines para los cuales la primera condición es que hubiesen sido descubiertos oportunamente como en este caso.

En mérito de lo expuesto, **La Sala Decimosegunda de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, Resuelve: **CONFIRMAR** la decisión del 8 de agosto de este año emitida por el Juez 13 Penal del Circuito de con Funciones de Conocimiento de Medellín y **ACLARAR que las entrevistas suministradas por Karla Cristina Miranda Echavarría y Jorge William Sánchez Atehortúa, si bien no son pruebas por sí mismas, sí podrán ser usadas para refrescar memoria o impugnar credibilidad.**

Esta decisión se notifica en estrados y contra la misma no procede ningún recurso.

Remítanse las diligencias al juzgado de origen para que continúe con el trámite de la actuación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ
MAGISTRADO

GABRIEL FERNANDO ROLDÁN RESTREPO
MAGISTRADO

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
MAGISTRADO

Firmado Por:

Luis Enrique Restrepo Méndez
Magistrado

Sala Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Gabriel Fernando Roldan Restrepo

Magistrado

Sala Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Jose Ignacio Sanchez Calle

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 014 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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: 5cc2c6db09130bc22009064ad6e9b4cc1a1a7fe0d33aa3f261ef96389757ed8d

Documento generado en 22/08/2024 02:57:43 PM

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