



SALA DE DECISIÓN PENAL

APROBADO ACTA N° 056

(Sesión del 5 de mayo de 2023)

Radicado: 05-001-60-99166-2022-69403
Procesado: Everto Manuel Solar Tapias
Delito: Acceso carnal violento
Asunto: Defensa recurre decisión que excluyó pruebas
Decisión: Se abstiene de conocer y Confirma de manera parcial
M. Ponente: José Ignacio Sánchez Calle

Medellín, 10 de mayo de 2023

(Fecha de lectura)

1. ASUNTO

La Sala resuelve el recurso de apelación que instauró el defensor del ciudadano procesado contra la decisión proferida el pasado 23 de marzo por medio de la cual, en audiencia preparatoria, el Juez Quinto Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Medellín excluyó la práctica de algunos elementos de prueba por él deprecados.

2. HECHOS

Conforme fueron anotados en el escrito de acusación se tiene que ocurrieron en esta ciudad, en el mes de enero de 2022, en la residencia ubicada en la Calle 10 # 44AA-39 del barrio Buenos Aires, sector Bomboná cuando el acusado Everto Manuel Solar Tapias accedió, de manera violenta, vía vaginal a la menor M.A.P¹, de 14 años de edad, a quien llevó con engaños hasta esa

¹ Se omite identificar al menor por respeto a su dignidad y a su derecho a un nombre de acuerdo con la Declaración de los Derechos del Niño y en acatamiento a los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de delitos y abuso de poder (Asamblea General de la ONU, Resolución No. 40/34 del 29 de noviembre de 1985) al contemplar que los procedimientos judiciales y administrativos deben adoptar medidas para evitar nuevamente su victimización,

residencia, la hizo ingresar a la misma para luego sujetarla y tirarla a la fuerza sobre una cama, la desnudó usando la fuerza, le tapa la boca, le toca los senos y la vagina con sus manos, para luego desnudarse él y proceder a realizar el acceso con su pene y terminar eyaculando en el piso mientras amenazaba a la joven indicándole que no podía contar lo sucedido.

3. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

3.1. Audiencia preparatoria.

En audiencia preparatoria llevada a cabo el pasado 23 de marzo, el Juez de primera instancia otorgó la palabra a las partes a efectos de que solicitaran y justificaran las pruebas que harían valer en el juicio oral.

3.1.1. Es así como, el defensor del acusado realizó su pedimento probatorio de manera deshilvanada, pero de lo que la Sala infiere razonablemente, solicitó como pruebas documentales:

i) 13 chats de comunicaciones entre el señor Luis Alberto Hoyos y la menor víctima, el primero sería el testigo de acreditación.

ii) 4 folios contentivos del perfil de la víctima en redes sociales, donde se observa físicamente y la edad que anota en las mismas y unos chats de WhatsApp extraídos del celular del acusado, con conversaciones -previas a la captura- en las que se puede ver la relación que tenían el acusado y la menor, así como el aspecto físico de esta última; la testigo de acreditación es Minerva Tapias, madre del procesado, quien tenía el celular de este en su poder.

iii) Un video de aproximadamente 2 minutos realizado por M.A.P. sobre este asunto; y un memorial suscrito por ella en el que informa su deseo de no declarar en juicio; el testigo de acreditación es Luis Alfonso Valencia Ángel primo de la víctima pues fue él quien los obtuvo.

en concordancia también con lo normado en los artículos 47.8 y 193.7 de la ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia).

Y iv) 41 folios de chats de conversaciones entre el procesado y la joven víctima, -posteriores a la captura de Solar Tapias- relacionados con los hechos materia de investigación; el testigo de acreditación es el procesado.

Argumentó la Defensa que la antedicha prueba documental es conducente y pertinente porque se refiere a lo que es materia de investigación en este asunto, es decir, si ocurrieron o no unos actos sexuales violentos contra la menor y bajo qué circunstancias.

3.1.2. Puntualmente respecto de las antedichas peticiones, la delegada de la Fiscalía General de la Nación se opuso al decreto de la prueba documental deprecada por la Defensa. Indicó, sobre el video realizado por Luis Alfonso Valencia Ángel –menor de edad- a quien funge como víctima, el cual contiene una manifestación de una menor de edad, considera que se debe excluir de plano porque se obtiene de una manera completamente ilícita, se trata de un menor de edad entrevistando a otra menor y esa no es la técnica para escucharlos en tanto para ello se requiere la presencia de un psicólogo, con la autorización de su representante legal y en presencia de un defensor de familia; afirma que nunca se permitirá entrevistar un menor por una persona que no tenga estas calidades. Considera que en este caso al parecer se trató de una “encerrona” que se le hizo a la joven para que hiciese una manifestación, que el Juez no puede permitir su incorporación al juicio en tanto se violan las garantías de la víctima, revictimizándola además sobre la ocurrencia de los hechos.

Sobre la carta en la que la menor se retracta o, al parecer dice que le mintió a la Fiscalía, arguye la Fiscal que esa retractación se debe dar es en el juicio oral, no se trata de una prueba sobreviniente como para permitir su práctica. Frente a esto deja constancia de que para el pasado 13 – de marzo último-, la señora María Angélica, madre de la menor, le escribió a su WhatsApp a las 9:37 de la noche “*buenas noches, como esta, qué pena la hora, pero es que me acabo de enterar que hoy vino una mujer a mi casa, acompañada de un primo de ellas y un amiguito de él y le hicieron firmar una carta que no sé de qué se trata, pero dicen que él tiene audiencia el miércoles*” y le compartió unos chats donde a la menor se le pide que se reúna con unas personas, pero que no puede contárselo a la mamá.”

Y con posterioridad, el día 15 de marzo la señora vuelve a escribir al WP a las 7:59 de la noche *“buenas noches, que pena la hora, le escribo para preguntarle, lo que pasa es que lo que yo le comenté, de verdad esa señora vino con un primo de mis hijas a mi casa y, sin mi autorización vino aquí aprovechando que yo estaba trabajando, para hacer que mi hija Melisa Ángel firmara un papel, no sé de qué se trata, pero lo que la niña me contó es que le dijeron todo lo que debía escribir y que dijera que había sido una mentira todo lo que le había pasado, y eso a mí no me gustó para nada porque ella es una menor de edad y la señora se aprovechó y vino porque yo no estaba y le hicieron firmar ese papel, usted me podrá decir qué puedo hacer, yo ahí sí le pongo una demanda a ella porque no puede venir a mi casa cuando yo estoy trabajando. Dígame qué puedo hacer”*. Arguye la Fiscal que de ninguna manera el joven Luis Alfonso Valencia Ángel –primo de la menor víctima– puede ser un testigo que incorpore el video ni ese memorial.

Frente a los chats de WhatsApp, reconoce la Fiscal que se podían aportar chats, pero, para ello debía autorizarse una búsqueda selectiva en base de datos. En este caso no está siquiera claro la forma como se obtuvieron esos chats pues según lo dicho por la Defensa, unos fueron obtenidos por la madre del procesado y, si es así, no se recolectaron de una manera clara ni con el cumplimiento de los presupuestos porque si fue la mamá necesariamente esos elementos se debían someter a un control de búsqueda selectiva en base de datos en razón al derecho a la intimidad que tienen la víctima y el acusado. Lo mismo sucede con el pantallazo de la red social de la menor pues también considera que se debió haber sometido a control por parte de un Juez de Garantías para que se hubiese autorizado.

3.1.3. Por su parte, la delegada del Ministerio Público coadyuvó los planteamientos de la señora Fiscal al estimar que, en efecto, ese video se obtuvo violando derechos y garantías fundamentales y por ende debe ser excluido. Ello en el entendido de que las entrevistas a menores de edad están debidamente reglamentadas en los artículos 206 y 206A del Código de Procedimiento Penal; en este caso se trató de un menor de edad que hace un video de la menor víctima sin haber sido autorizado para ello por quienes tenían la facultad de hacerlo.

Frente a la carta redactada por la menor, además de los anteriores argumentos, se tiene que la misma es inútil en tanto la menor fue llamada a declarar en juicio. Entonces, como declaración anterior no tiene ningún valor ni puede ser admitida ni mucho menos usada en juicio.

Sobre los chats obtenidos por la madre del acusado en relación con unas conversaciones que extrajo de un celular que no le pertenecía sino a su hijo, considera que por más que ella se hubiese quedado con el celular, en ningún momento se ha acreditado que el procesado hubiese autorizado que se invadiera su intimidad y se autorizara la inspección de su equipo, en todo caso de haberlo autorizado se debió acudir ante el Juez de Control de Garantías a solicitar el análisis de la información obtenida.

Anota que no entendió muy bien respecto de los chats del señor Luis Alberto Hoyos Arias y sobre cuál relación se pretendían acreditar, la Defensa entremezcló la sustentación de estos chats con los de la señora Minerva Tapias, entonces no quedó claro cómo se obtuvieron los mismos. Empero advierte que si es el propio procesado quien hará valer las conversaciones con la menor, ello sí es válido.

3.1.4. A su vez, la Representante de la víctima puntualizó en que la privacidad de la menor es algo que todo el mundo debe respetar en este caso, por lo que considera que el hecho de que un menor de edad le haya tomado un video y la haya hecho suscribir una carta a la víctima es preocupante pues ello se hizo sin autorización de su representante legal; lo mismo ocurre con los chats que no se recolectaron con las formalidades que la Ley establece para esa búsqueda en base de datos, la madre del acusado no tiene ningún derecho a estar ventilando conversaciones entre este y la menor, luego esas pruebas deben ser excluidas pues fueron recolectadas con violación de derechos y garantías fundamentales.

3.1.1.1. Tras estas interlocuciones el Juez de primera instancia nuevamente le otorgó el uso de la palabra al abogado defensor a efectos de que presentara una especie de réplica, ante lo cual este aclaró que los elementos recolectados por el menor de edad Luis Alfonso Valencia Ángel, esto es, un video y un

documento suscrito por la víctima no tienen ninguna mala fe pues fueron manifestaciones libres, espontáneas y, sobre todo, voluntarias por parte de la menor.

Señala que los testigos de la Defensa son personas del común que, sin tener conocimiento frente a la recolección probatoria, aportaron unos elementos con los que contaban y que adquirieron de una forma natural. Frente a los chats que obtuvo Minerva, madre del acusado, arguye que tiene que ser el acusado quien reclame su derecho a la intimidad. Entonces, afirma, no se puede inadmitir una prueba que tiene relación directa con los hechos materia de investigación alegando vulneraciones inexistentes.

3.2. Decisión recurrida.

Al resolver la petición de pruebas deprecadas por la Defensa, el *a quo* señaló que frente al video obtenido por el menor Luis Alfonso Valencia Ángel en el que al parecer la menor da cuenta de circunstancias como ocurrieron los hechos, se tiene que los artículos 206 y 206A del Código de Procedimiento Penal establecen la forma como se deben realizar las entrevistas a los menores de edad pues incluso en eventos en los que se ha seguido el protocolo de pedir autorización previa y posterior a los Jueces de Control de Garantías, la Corte Suprema ha puntualizado en el tema de la revictimización a los menores, pero además en este caso esa entrevista ni siquiera fue autorizada por la representante legal de la menor, su madre. Considera que ese video se torna ilegal y por ende debe excluirse al haber sido obtenido con violación de garantías fundamentales.

Sobre los chats entre la menor y el acusado, obtenidos por la madre de este y que el defensor aduce que nadie más que el procesado está legitimado para objetar esa obtención de conversaciones privadas y sería el único que podría deprecar la exclusión de sus conversaciones con la menor. Pues bien, frente a la obtención de esas conversaciones, se tiene que el artículo 244 del Código de Procedimiento Penal regula el tema de las búsquedas selectivas en bases de datos en donde incluso la Corte Constitucional en la sentencia C-333 de 2010 dice que requiere una autorización previa para poderse acudir a esa base

de datos que va a ser analizada. Considera que, si bien hay un derecho a la intimidad y el acusado que como titular de ese derecho puede disponer del mismo, lo cierto es que existe un procedimiento establecido en la ley para realizar esa búsqueda selectiva en base de datos, ese procedimiento es el que se ha pretendido obviar por la Defensa; bajo ese entendido esa prueba también se considera ilegal. Lo mismo ocurre con los chats entre la menor y el señor Luis Alberto Hoyos. Advierte que si el acusado decide declarar en juicio sí puede ingresar los chats de conversaciones entre él y la víctima.

Sobre el memorial de desistimiento suscrito por la menor considera el Juez de primera instancia, además de lo argüido por la delegada de la Fiscalía, que no tiene ninguna relevancia si se tiene en cuenta que ella acudirá a juicio a declarar.

3.3. Impugnación de la Defensa.

La Defensa interpuso el recurso de apelación solicitando se revoque la exclusión de las pruebas por él deprecadas y, en su lugar, se acceda al decreto de las mismas en tanto no es cierto que se hayan obtenido con vulneración de derechos fundamentales; insiste en que esas pruebas llegaron a la Defensa por los medios adecuados y, sin los mismos, quedaría desamparada su teoría del caso. De ninguna manera se busca revictimizar a la menor pues fue ella quien prestó ayuda para la obtención de esos elementos de manera libre, consciente y voluntaria; entonces no podría decirse que los dichos de la menor sean declaraciones y por ende no tiene por qué dárseles ese tratamiento o protocolo pues son manifestaciones espontáneas.

De los celulares, del señor Luis Alberto Hoyos y del acusado fue que se obtuvieron las conversaciones que se le quieren poner en conocimiento a la judicatura, ello no trasgrede en modo alguno el derecho a la intimidad del procesado. Negar la práctica de estas pruebas sí trasgrediría derechos como el de defensa y la igualdad de armas pues, arguye, la Defensa no cuenta con el mismo equipo investigativo de la Fiscalía, por lo que debe echar mano de todo lo que le allegan y que le sirva de soporte a su teoría del caso.

Resalta que no existe una tarifa legal, por el contrario, hay libertad probatoria y es el Juez el que tras la práctica de pruebas deberá determinar si las mismas son o no pertinentes para acreditar la ocurrencia o no del hecho.

3.4. Traslado a los no recurrentes.

3.4.1. La Fiscalía. Solicitó se confirme la decisión impugnada en tanto los elementos excluidos por la primera instancia sí trasgreden derechos y garantías fundamentales de la menor de edad. La Defensa contaba con otros medios dentro del proceso penal, que ratifican la igualdad de armas que reclama el censor, tales como buscar un defensor de familia a efectos de obtener esas manifestaciones pues existe un abordaje específico para estos temas en los que están involucrados menores de edad y derechos como el de la intimidad y, en este caso esos protocolos no se cumplieron y por ende se considera trasgredieron garantías fundamentales.

3.4.2. La Representante de la víctima. Solicitó se confirme íntegramente la decisión de exclusión probatoria pues si bien el defensor busca justificar la manera como se obtuvieron esos elementos lo cierto es que no se hizo con sujeción a lo que establece la ley. Es en garantía de esa igualdad de armas que la Defensa estaba en la obligación de acudir ante el Juez de Control Garantías para legalizar las labores investigativas por él adelantadas.

3.4.3. La delegada del Ministerio Público. Coadyuvó la solicitud de la Fiscalía y la representación de víctimas de que se confirme la decisión de exclusión pues considera que en la misma no se ha incurrido en errores de hecho ni de derecho.

4. CONSIDERACIONES DE LA SALA

4.1. Competencia.

Esta Sala de Decisión es competente para conocer el asunto según lo prevé el numeral primero del artículo 34 de la Ley 906 de 2004².

4.2. Problema jurídico.

La Sala determinará si la decisión adoptada por el Juez de primera instancia de excluir algunos elementos de prueba deprecados por la Defensa es consistente con la normatividad y jurisprudencia aplicable.

4.3. Respuesta y solución al problema jurídico.

4.3.1. Partiremos por advertir de entrada que en cuanto a delitos sexuales cometidos en contra de menores de edad, la responsabilidad de las partes en materia investigativa tiene una connotación especial, de un lado, por la protección constitucional reforzada que le otorga nuestro ordenamiento jurídico a los sujetos pasivos de este tipo de conductas, en especial para evitar su revictimización y lograr efectivizar sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación; pero, de otro, para la preservación de las garantías procesales del acusado.

Lo anterior implica un delicado ejercicio de equilibrio y ponderación no solo por parte del legislador sino de los jueces para tratar de encontrar el justo medio en donde los derechos de los unos no avasallen los de los otros y, por el contrario, dentro del proceso convivan de la manera más armónica posible para que las decisiones que se adopten se ajusten en lo posible al valor justicia. Fruto de esa ponderación, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha habilitado cuatro posibilidades para que las versiones rendidas por los menores se arriben a la audiencia de juicio oral, girando en torno al principio *pro infans* y con el claro propósito de prevenir su revictimización.

La primera -evidente dentro de un sistema de justicia regido por la publicidad, la oralidad y la inmediación- consiste en la práctica del testimonio directamente

² Artículo 34. De los tribunales superiores de distrito. Las salas penales de los tribunales superiores de distrito judicial conocen:

1. **De los recursos de apelación contra los autos** y sentencias que en primera instancia profieran los **jueces del circuito** y de las sentencias proferidas por los municipales del mismo distrito.

en el juicio oral, con todas las garantías hacia el menor para evitar una afectación sensible de sus derechos.

Una segunda manera de introducir a juicio la versión del menor es como prueba anticipada con fundamento en el artículo 274 del Código de Procedimiento Penal. En este caso le corresponde a la parte que la solicita la carga argumentativa frente al Juez de Garantías de demostrar con suficiencia que puede existir una alteración en el medio de prueba testimonial, ya sea por evitar una victimización secundaria del menor o por la pérdida de la memoria de este gracias a la superación del daño psicológico causado o por el simple paso del tiempo. Una tercera opción, es la posibilidad de arribar los dichos del menor, rendidos con antelación al juicio como prueba de referencia, aun cuando la víctima esté disponible para comparecer a la vista pública. La segunda y tercera opción llevan implícita la necesidad de la no victimización secundaria, así como la manifestación de que se debe propender porque el menor declare solo una vez.

Es menester señalar que, si bien resulta legalmente admisible que se aduzca en juicio las declaraciones previas del menor víctima, ello no opera de forma automática, pues al constituirse la prueba de referencia en una práctica excepcionalísima en los sistemas penales con tendencia acusatoria y que va en contra del principio de inmediación, su inclusión en juicio debe obedecer a puntuales eventos en los que se demuestre la indisponibilidad completa del testigo -cuando este no comparece a juicio por las razones expuestas en el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal-, o su indisponibilidad relativa -que estando el testigo presente en el juicio, por cualquier situación se le imposibilite o dificulte declarar de manera adecuada-.

Al respecto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SP1790-2021, fue categórica al establecer los requisitos de admisibilidad de esta forma de introducción de los dichos de los menores, así: *“i) la identificación de la declaración anterior que pretende ser introducida en esa calidad; ii) la explicación de la causal excepcional de admisión de ese tipo de pruebas; y iii) la solicitud expresa al Juez en orden a que, con plena garantía del contradictorio, tome la decisión que considere procedente, lo que, además, genera seguridad sobre*

las pruebas que podrán ser tenidas como fundamento de la sentencia y facilita a los interesados el ejercicio de la contradicción y la confrontación”.

Ahora bien, en caso de que el menor acuda a la audiencia de juicio oral y en el decurso de su declaración haya una retracción sustancial de la versión que rindió extraprocesalmente, con la debida técnica y ritualidad, establecida con toda precisión por la Sala de Casación Penal³, y como una cuarta forma de introducción de sus dichos, se podrá incorporar en su integralidad tal versión anterior, como testimonio adjunto para que el Juez al momento de dictar sentencia pueda valorar en su totalidad las dos versiones confrontadas.

Para efectos del testimonio adjunto, la Alta Corporación, ha sido categórica al dictar las pautas de admisibilidad, señalando que:

“En ese entendido, para que una declaración previa pueda incorporarse a la atestación producida en el juicio oral en tal calidad, deben satisfacerse los siguientes requisitos⁴:

(i) El testigo debe estar disponible para declarar en el juicio, no sólo físicamente, esto es, con su presencia en la diligencia, sino también funcionalmente, es decir, en condiciones de servir o ejercer efectivamente como medio de prueba. (...)

(ii) El testigo debe retractarse en la vista pública de sus aseveraciones antecedentes u ofrecer una versión sustancialmente diferente de la contenida en aquéllas. De lo contrario – es decir, de persistir el testigo en su narración primigenia – resultaría innecesaria cualquier referencia a lo dicho con anterioridad y la prueba consistiría sencillamente de lo que diga en la diligencia.

(iii) La declaración anterior debe incorporarse a través de su lectura, a solicitud de la parte interesada, de modo que el Juez cuente con las dos versiones y pueda valorarlas en su integridad a efectos de discernir, con apego a la sana crítica, cuál de ellas (si es que alguna) le merece credibilidad.

Ahora bien, lo fundamental para que las declaraciones previas adquieran la condición de testimonio adjunto, según se esbozó, es que a la parte contra la cual se aducen se le garanticen los derechos de contradicción y confrontación. De ahí que la lectura que habilita su incorporación es la que se hace durante el interrogatorio de la persona que las suministró (en principio, por el mismo testigo o, excepcionalmente, por quien conduce el interrogatorio, si aquél, verbigracia, no sabe leer o está en incapacidad de hacerlo) y no la que eventualmente pueda realizar quien las recabó (investigadores, psicólogos, médicos, etc.) o cualquier otro testigo.

(...)

³ CSJ, Radicado 52045 del 20 de mayo de 2020.

⁴ Cfr. CSJ, SP del 25 de enero de 2017, Radicado 44950.

La aducción de esas manifestaciones anteriores no puede obrar automáticamente y de oficio, sin un pedido expreso de la parte interesada. En primer lugar, porque ello comportaría una suerte de actividad probatoria oficiosa, inequívocamente vedada en el ordenamiento procesal aplicable a este asunto; mal podría el funcionario valorar como testimonio adjunto (esto es, como una verdadera prueba) una declaración previa cuya incorporación en tal calidad no fue solicitada oportunamente, pues con ello estaría arrogándose una iniciativa de la que está desprovisto⁵.

De otro lado, porque así resultaría sorprendida la parte contraria, para la cual, entonces, resultaría pretermitida la posibilidad de oponerse a tal incorporación y de controvertir los fundamentos de la misma, con ostensible violación del debido proceso probatorio.

En esa comprensión, quien pretende la aducción de una declaración como testimonio adjunto debe solicitarla y, para ello, tiene la carga argumentativa de demostrar que (i) el testigo está disponible en el juicio; (ii) al rendir testimonio se retractó de sus anteriores aseveraciones o las modificó sustancialmente y; (iii) la deposición previa fue leída durante el interrogatorio de quien la produjo, con lo cual se le permitió a la contraparte ejercer la confrontación respecto de sus contenidos.

Sobre tal petición (como sobre cualquier otra de naturaleza probatoria) necesariamente deberá permitirse a la contraparte intervenir, a efectos de que, si a bien lo tiene, refute el cumplimiento de una o más de las condiciones que habilitan la incorporación del testimonio adjunto, por ejemplo, porque (i) en realidad el testigo no estuvo disponible, (ii) no existió una retractación, o (iii) no se le dio lectura ni se materializó el derecho de confrontación frente a la declaración anterior.”

De lo expuesto en precedencia resulta claro que cualquiera que sea la opción que utilice una parte para aducir los dichos del menor, siempre se ha de tener en cuenta su interés superior, sin que ello, reiteramos, pueda constituir un avasallamiento a los derechos del procesado ni al desconocimiento de las formas propias del enjuiciamiento criminal, la anulación de los principios probatorios establecidos en el Código de Procedimiento Penal ni mucho menos, el desconocimiento de la prohibición de estructurar sentencias de condena solo con prueba de referencia, como manifestación de una errónea y desfazada política represiva en materia de delitos sexuales.

4.3.2. Ahora bien, sea lo primero recordar que una prueba es ilícita cuando se ha obtenido o producido con violación de derechos y garantías fundamentales; frente al tema, resulta pertinente traer a colación lo referido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en providencia del 5 de diciembre de 2018 con Radicado 53722:

⁵ Al respecto, véase SP del 7 de febrero de 2018, Radicado 43651.

“Huelga recordar la prueba ilícita es aquella que se ha obtenido o producido con violación de derechos y garantías fundamentales, género entre el que se encuentran las pruebas prohibidas. Ella puede tener su génesis en varias causalidades a saber:

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

(ii) Así mismo la prueba ilícita puede ser consecuencia de una violación al derecho fundamental de la intimidad (art. 15 Constitución Política), al haberse obtenido con ocasión de unos allanamientos y registros de domicilio o de trabajo ilícitos (art. 28 C Política, arts. 189, 190 y 191 C. Penal), por violación ilícita de comunicaciones (art. 15 C. Política, art. 192 C. Penal), por retención y apertura de correspondencia ilegales (art. 15 C. Política, art. 192 C. Penal), por acceso abusivo a un sistema informático (art. 195 C. Penal) o por violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial (art. 196 C. Penal).

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

Decantado está que la consecuencia de una prueba ilícita es su exclusión pues así se encuentra previsto en los artículos 29 inciso cuarto de la Carta Magna y 23 del Código de Procedimiento Penal cuando establecen que toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que debe prescindirse de la actuación procesal, al igual que las que sean consecuencia de las pruebas excluidas o las que solamente puedan explicarse en razón de su existencia -exceptuando las hipótesis del vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y las demás que establezca la Ley, según el artículo 455 del Código de Procedimiento Penal-

Aunado a lo anterior resulta importante precisar que la expresión *“nula de pleno derecho”* a la que se hace referencia no tiene relación con la nulidad procesal, *“sino a la inexistencia jurídica del medio de convicción, que no implica retrotraer el proceso a etapas anteriores, sino a ignorar, el elemento de juicio obtenido en forma ilegal o ilícita, según se configure cualquiera de las situaciones antes reseñadas”*⁶.

⁶ CSJ, AP del 5 de dic de 2018, Radicado 53722.

Es importante en todo caso distinguir la prueba ilícita de otro tipo de pruebas que pueden ser o traer consecuencias similares, como también los efectos negativos que respecto de una solicitud probatoria puede haber. Luego entonces, reiterando que la prueba ilícita es la que se obtiene con violación a derechos fundamentales, la ilegal es la que en cuya obtención se ha infringido la legalidad ordinaria que se requiere para ser obtenida o la que se ha practicado sin las formalidades establecidas en la ley, esto es, aquella cuyo desarrollo no se ajusta a las previsiones o al procedimiento previsto en el plexo normativo, y que, por ende, extiende sus alcances a los actos de investigación como a los probatorios como tal. Pese a dicha diferencia, la consecuencia normativa de la prueba ilegal -o irregular- como de la ilícita es en ambos casos la exclusión, que no el rechazo o la inadmisibilidad.

Si bien los anteriores conceptos pudieran aparecer como sinónimos, lo cierto es que no lo son⁷ de un lado, el rechazo conforme el artículo 346 del Código de Procedimiento Penal se predica de aquellos casos en los que se incumplió con las obligaciones atinentes al descubrimiento; la inadmisibilidad opera para los eventos en los cuales no se ha demostrado por el peticionario la pertinencia, conducencia o utilidad, o en las hipótesis del artículo 376 *ibídem*; mientras que la exclusión se produce por tener una prueba ilegal y/o ilícita.

4.3.3. Sobre el video realizado a la joven víctima. Considera la Sala que le asistió razón al Juez de primera instancia al decretar la exclusión de este elemento por considerarlo ilícito. No hubo un consentimiento informado suscrito por quien ostenta la representación legal de la menor para la realización de dicho documento electrónico, cobrando vigencia entonces la expresión utilizada por la delegada de la Fiscalía General de la Nación de que a la menor se le hizo una “*encerrona*” y que a todas luces se afectó el derecho a la intimidad de las conversaciones privadas; es decir, a efectos de la obtención de ese elemento, no hubo presencia de alguien que obrara como garante de los derechos de esa menor de edad.

⁷ CSJ, AP del 7 de marzo de 2018, Radicado 51882.

Entonces, frente a este aspecto es importante advertir que si bien no se sabe a ciencia cierta cómo fue obtenido el mismo, pero según las afirmaciones de la Fiscal y de la Representante de la víctima, ello se hizo a escondidas de la progenitora y representante legal de la menor, es decir, sin el consentimiento informado ni la autorización de esta; luego no se respetaron las pautas establecidas en los artículos 206 y 206A del Código de Procedimiento Penal para la recepción de entrevistas a los menores y 150 de la Ley 1098 de 2006.

4.3.4. Sobre el memorial suscrito por M.A.P.

En el *sub judice*, la Defensa pretendió se decretara como prueba documental un memorial suscrito por la menor en el que informa su deseo de no declarar en juicio. Al respecto dijo textualmente el defensor: “*La joven Melisa suscribió un documento donde manifestó que quería o tenía el interés de ampararse de manera libre, consciente y voluntaria al Artículo 33, ese documento también se le descubre a la fiscalía*”, argumentó que la prueba es conducente y pertinente porque se refiere a lo que es materia de investigación en este asunto, es decir, si ocurrieron o no unos actos sexuales violentos contra la menor y bajo qué circunstancias. El juez consideró que la carta o memorial había sido obtenida de manera ilícita y decretó su exclusión, también consideró que no tiene ninguna relevancia ya que la menor acudirá al juicio a declarar.

El llamado “*documento*” descubierto por la Defensa, evidentemente no es prueba documental y ni siquiera alcanza la categoría de testimonio que se refiera a los hechos y circunstancias materia del juicio que pudiera, de manera hipotética, ingresar durante el interrogatorio cruzado del testigo, como prueba anticipada, como prueba de referencia o como testimonio adjunto.

El artículo 29 Superior dispone que “*es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación al debido proceso*”, por su parte el artículo 23 del Código de Procedimiento Penal desarrolla el concepto, ordenando la exclusión de la actuación procesal de esa categoría de pruebas. Pues bien, en este caso el llamado “*documento*”, no es una de aquellas pruebas que tienen como finalidad llevar al conocimiento del Juez los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, por lo que resulta evidente que esa manifestación de la menor por fuera del juicio no es un

elemento material probatorio que cumpla con alguna de las finalidades de la prueba, es una mera afirmación que contiene información respecto de que se acoge al privilegio constitucional de no declarar, por lo que consideramos, resultaba inane decretar la exclusión probatoria de una manifestación de este tenor, la citada manifestación no contiene ninguna información probatoria útil para el juicio y si declara o no, y si le asiste o no el privilegio constitucional de no declarar será asunto del juicio oral si se llegare a presentar dicha eventualidad y por lo tanto deberá la Sala abstenerse de conocer el recurso de apelación respecto de este elemento.

4.3.5. Sobre los chats de WhatsApp. Partiremos por advertir que, de la confusa exposición de la Defensa al momento de formular sus solicitudes probatorias se desprende que existen unas conversaciones extraídas por la madre de procesado del celular de este, sostenidas entre la víctima y el victimario las cuales se ingresarían con la señora Minerva Tapias; que existen otras conversaciones sostenidas entre la víctima y Luis Alberto Hoyos - hermano del acusado- sobre la ocurrencia de los hechos, las cuales se ingresarían con este último; y, además hay otras conversaciones que sostuvieron Everto Manuel Solar Tapias y M.A.P. luego de la captura de este, las cuales ingresarían por él.

Frente a los últimos no hubo punto de debate en la alzada pues fueron decretados por el *a quo* bajo el entendido de que serían ingresados por uno de sus interlocutores, el acusado. Y, en efecto, son conversaciones entre él y la menor, posteriores a la captura de este, en las que se posiblemente se establezcan aspectos relevantes dentro de esta causa.

Empero, no ocurre lo mismo con las conversaciones que se pretenden ingresar con la madre y el hermano del acusado. Las primeras porque es claro que la señora Minerva no estaba legitimada para disponer de esa información y que, para el efecto debió ser autorizada por un Juez de Control de Garantías, y las segundas -lo cual aplica jurídicamente también a las primeras- porque ciertamente vulneraría el derecho a la intimidad de la menor quien, según se dice, buscó por redes sociales al señor Luis Alberto Hoyos para hablar sobre lo acaecido. Pues bien, frente a este aspecto es importante establecer si, con

el fin de establecer la responsabilidad penal en los delitos sexuales, alguna incidencia tiene ahondar en la conducta de la víctima, para lo cual se trae a colación lo referido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en providencia con Radicado 20413 del 23 de enero de 2008, en la que señaló:

“En lo que atañe al segundo problema probatorio tratado por el demandante, relativo a la existencia de una relación sentimental anterior entre el procesado y la víctima como factor para cuestionar la realidad del señalamiento de esta última, ha sido pacífica la postura de la Corte, en el sentido de que “las condiciones éticas, sexuales, morales, culturales, políticas, psicológicas, etc., de una persona no la excluye de ser sujeto pasivo de un delito sexual, puesto que lo que se busca proteger es la libertad sexual y la dignidad de las personas, esto es, el derecho que se tiene para disponer del cuerpo en el ámbito erótico sexual como a bien tenga.”⁸

Así pues, para esta Sala es claro que aquellas pruebas encaminadas a discurrir sobre la historia, comportamiento anterior e intimidad de la víctima, en esas esferas propias de su sexualidad, vulneran su derecho a la intimidad y, de contera, el debido proceso, máxime si se trata de una menor de edad, convirtiendo el trámite en una investigación sobre los componentes o “condiciones éticas, sexuales, morales, culturales, políticas, psicológicas, etc.,” que como atinadamente lo refiere la Alta Corporación, de ninguna manera la excluye de ser sujeto pasivo de un delito sexual.

Resulta imperioso advertir que si bien del pedimento probatorio realizado por la Defensa, su teoría del caso apunta a ventilar en juicio la vida privada de los involucrados en este asunto, ello no puede abrir una puerta a que más allá del hecho investigado, se ventile libremente en juicio aspectos que involucran esferas privadas de la vida de la víctima que terminan vulnerando sus derechos a la intimidad y la dignidad de la víctima, pues considera esta Sala que, para demostrar si entre víctima y victimario había previamente una relación del algún tipo, la Defensa cuenta con otros medios o posibilidades legales, otras formas o maneras que excluyan la revictimización e innecesaria intromisión en ámbitos tan delicados de la vida de la menor como presunta sujeto pasivo de la conducta delictiva investigada.

⁸ Postura que ha sido reiterada por la Corte en decisiones como la AP del 6 de mayo de 2009 con Radicado 26013, la SP del 23 de septiembre de 2009 con Radicado 23508 y la SP del 6 de mayo de 2015 con Radicado 43880

4.3.6. Otras determinaciones.

Al respecto, para esta Sala es importante hacer énfasis en que esa actuación de ir hasta la casa de M.A.P., aprovechando que se encontraba sola y hacerle la “encerrona” para que grabara un video y suscribiera un memorial, se advierte como una maniobra intimidatoria que exige la expedición de órdenes para la protección de la indemnidad de la menor y, en tal sentido es necesario exhortar a la Fiscalía General de la Nación, pues pareciera que por parte de la Defensa se está actuando subrepticamente y en contra de las normas legales, siendo imperioso que se cumpla por parte del Ente Acusador con el deber de proteger a los testigos⁹, con mayor razón cuando se trata de una víctima de un delito sexual y es menor de edad.

Conforme a lo esbozado, ningún reproche merece la decisión impugnada y, por ende, habrá de ser confirmada.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA DE DECISIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

PRIMERO: SE ABSTIENE de conocer el recurso de apelación respecto de la exclusión del memorial suscrito por M.A.P.

SEGUNDO: En lo demás, **SE CONFIRMA** la decisión objeto de alzada.

TERCERO: Esta providencia se notifica en estrados. Contra la decisión contenida en el numeral PRIMERO procede el recurso de reposición. A la del numeral SEGUNDO no le proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

⁹ Conforme lo establece el numeral 7° del artículo 250 de la Constitución Nacional.



JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
Magistrado



NELSON SARAY BOTERO
Magistrado

NELSON SARAY BOTERO
Magistrado



HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA
Magistrado