



SALA PENAL

Medellín, martes quince (15) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

Aprobado en la fecha, acta Nro. 134

Auto interlocutorio de segunda instancia Nro.57

Radicado: 05-001-60-99166-2022-71004

Delito: Actos sexuales con menor de 14 años agravado

Acusado: José Antonio Perozo Castillo

M. Ponente: César Augusto Rengifo Cuello

Lectura: jueves 17 de agosto de 2023. Hora: 11:00 a.m.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa de JOSÉ ANTONIO PEROZO CASTILLO, contra la decisión interlocutoria proferida por el Juez Segundo Penal del Circuito de Itagüí, Antioquia, inadmitiendo los testimonios solicitados como testigos comunes por la defensa del prenombrado acusado, en desarrollo del juicio adelantado en su contra por el delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado.

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Ante el Juez Segundo Penal del Circuito de Itagüí, Antioquia, se adelanta la etapa de juzgamiento en el proceso que se sigue en contra de JOSÉ ANTONIO PEROZO CASTILLO por el delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado.

2. En el trámite de la audiencia preparatoria adelantada el 1° de agosto de 2023, y para lo que nos convoca, el a quo inadmitió los siguientes testigos solicitados como comunes por la defensa del procesado, entre los que se cuenta a la víctima y varios profesionales de la salud, médicos y psicólogos.

- Risela Nahomi Castillo de Perozo

- Alexis Nathalys Montenegro Salazar
- Ailet katerine Brito Suarez
- Maricruz Sánchez Valencia (Médica y Perito Forense)
- Yineth Adriana Peñata Orozco (Médico general Clínica Antioquia)
- Juliana Ángel Pérez (Trabajadora Social Clínica Antioquia)
- José Alejandro Pino Taborda (Psicólogo Clínica Antioquia)
- Esteban Quintero Castaño (Médico General Clínica Antioquia)
- Erika Lucia Peña Londoño (Psicóloga y Técnica Investigadora de la FGN)
- Chyntia Yurany Gómez Arenas (Psicóloga Fundación Crecer con Cariño)
- Yuli García Atehortua (Psicóloga Fundación Crecer con Cariño)
- R.Y.P.C. (Víctima).

Solicita el letrado que se decreten de los referidos medios de prueba como testigos comunes, ya que de esta manera podrá abordar aquellos aspectos que resulten importantes para su teoría del caso y que la Fiscalía no toque durante el interrogatorio. Así mismo, porque su contraparte puede desistir de los testigos cercenándole la posibilidad de interrogarlos.

En lo que hace al testimonio de la víctima, arguye que se debe tener en cuenta los derechos del sujeto pasivo, pero, también, que entran en juego los del ciudadano llamado a responder en juicio ante la justicia penal, por manera que la jurisprudencia enseña que no existe impedimento legal para que los menores en este tipo de procesos sean llamadas a rendir testimonio, y con el cuidado que amerita la defensa los pueda interrogar.

3. Por su parte la delegada de la Fiscalía se opone a la petición del señor defensor, pues considera que, en punto de la pertinencia, conducencia, utilidad y necesidad, el letrado no argumentó nada diferente a su contraparte, y en desarrollo del contrainterrogatorio puede evacuar los aspectos genéricos reseñados en su intervención.

4. En idéntico sentido se pronunció la representación de víctimas, estimando en síntesis que el defensor no demostró la necesidad de decretar los testigos comunes pretextados.

5. A su turno la representante de la sociedad asevera que la defensa no cumplió con la carga de demostrar una pertinencia diferente a la expuesta por la Fiscalía, simplemente se especula que se podrán tocar temas de importancia para la defensa, sin entrar a concretar como lo demanda la

preparación del juicio lo que será objeto de prueba, estimando en definitiva que el concontrinterrogatorio basta para abordar lo que propone la parte.

6. El a quo no accede a lo solicitado por la defensa, pues en su criterio en estos casos no basta alegar que la Fiscalía puede desistir de los testigos, y lo que hace a la madre y a la abuela de la menor resulta suficiente en el marco propuesto por el letrado la posibilidad de concontrinterrogar, sin que expusiera una situación diferente para su decreto como testigos comunes, reflexiones que hace extensivas a los demás deponentes.

En cuanto al testimonio de la menor, observa que la defensa no la enunció como parte de la prueba testimonial, sin embargo, al alegar sobre pertinencia, conducencia y necesidad de los medios reclamados la incluyó, a lo que se suma que se trata de un sujeto de especial protección constitucional y por lo tanto se debe evitar la revictimización, por lo que si el sujeto pasivo decide ofrecer su testimonio en juicio, resulta suficiente para garantizar el derecho de defensa la posibilidad de concontrinterrogar que le asistiría al sujeto procesal.

7. La defensa interpone el recurso vertical de apelación, insistiendo en sus iniciales argumentos, agregando que la técnica que impone la ley 906/04 en lo que hace al interrogatorio directo termina restringiendo la posibilidad que se tiene de abordar tópicos diferentes a los tocados por el sujeto procesal, por lo su pretensión se encamina a que la defensa pueda contar con la mencionada vía sin necesidad de postular una teoría del caso, ya que dicha exigencia solo opera para el persecutor.

Por otra parte, insiste en que no hay normativa que impida interrogar en juicio a la víctima, a lo que se suma que se debe tener en cuenta que el acusado es un extranjero, o que la Fiscalía puede desistir del testimonio de la presunta agraviada, y que el juez en su decisión no acreditó cómo la defensa podría desconocer los derechos de la menor y terminar revictimizándola.

8. La delegada del ente persecutor insiste en que la defensa no argumentó una conducencia, pertinencia, y utilidad diferente, sin que resulte suficiente alegar que se interrogará de forma directa a los testigos sobre aquello que no

aborde la Fiscalía, solicitando en consecuencia que se confirma la decisión de primera instancia.

9. En similares términos se pronuncia la representante de víctimas, añadiendo que no se le está solicitando a la defensa que exponga una teoría del caso, o que la condición de extranjero del acusado releve al sujeto procesal de la carga de cumplir con los requisitos para el decreto de testigos comunes.

10. Finalmente, la representante del Ministerio Público considera que ni siquiera en la apelación la defensa dijo cuáles son esos temas que pretende abordar con los testigos comunes que habiliten su decreto como tal. En cuanto a la víctima no se planteó un argumento distinto a lo dicho por la Fiscalía, siendo estas en síntesis las razones por las que solicita que se confirme la decisión recurrida.

11. Concedido el recurso vertical por el juez de primera instancia, conoce esta Sala de Decisión Penal para resolver la alzada.

CONSIDERACIONES EN ORDEN A PROVEER

En virtud del factor funcional contemplado en el numeral 1° del art. 34 de la ley 906/04, esta Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín es competente para decidir de fondo el asunto que nos concita.

Visto lo que es objeto de impugnación, así como las razones expuestas por el funcionario de primer grado para negar los testimonios solicitados por la defensa del procesado como testigos comunes, este colegiado se ocupará en determinar si permanece incólume la presunción de acierto y legalidad del proveído criticado.

Así las cosas, previo a adentrarnos en el análisis de fondo del problema jurídico que se nos plantea y como acostumbra la Sala en este tipo de casos, en orden metodológico se hace necesario traer a colación algunas ideas centrales en relación con el derecho a la prueba y lo que hace a la figura de los testigos comunes, para descender finalmente en el análisis del caso y adoptar la decisión que en derecho corresponda.

Para iniciar, en clave de doctrina podemos decir que el derecho a la prueba es una garantía que se integra al debido proceso, art. 29 de la Constitución Política, y consecuencialmente al derecho de defensa en sus aristas de legalidad, art. 6 de la ley 906/04, lo mismo que al derecho de contradicción, art. 15 ibíd., y que de vieja data cuenta con reconocimiento y amparo de gran radio en el derecho internacional de los derechos humanos¹, así como reconocimiento constitucional y legal en el derecho interno.

La mencionada garantía hace parte de diversos instrumentos internacionales que a su vez se encuentran integrados a nuestro ordenamiento jurídico a través del bloque de constitucionalidad, y se singularizan en dispositivos con igual jerarquía jurídica, art. 29 de la Carta Política, así como en otros de rango legal, tal como ocurre con las previsiones consagradas en el artículo 8, literal j), art. 15, art. 16, art. 124 y canon 125 de la ley 906/04, actual Código Procedimental Penal, en lo que hace al derecho de defensa, principio de contradicción, intermediación, derechos y facultades, deberes y atribuciones especiales de la defensa, respectivamente.

Así las cosas, se puede decir que dentro de la actual sistemática procedimental penal el derecho de defensa comporta uno de sus más caros principios y se erige en pilar fundamental dentro de la arquitectura del sistema con tendencia acusatoria; y en relación con las fases o estadios del proceso penal previsto en la ley 906/04, huelga significar que por antonomasia la audiencia preparatoria es el escenario natural en el que se realiza la solicitud de medios de prueba.

Es en dicho momento, estadio, o escenario procedimental penal en el que de ordinario los sujetos procesales solicitan las pruebas que consideran conducentes, pertinentes, necesarias, y útiles para demostrar su particular teoría del caso, ya sea con miras a consolidar la acusación, ora para morigerar o desvirtuar el pliego de cargos.

¹Entre otros, los artículos 10 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos consagran el derecho al debido proceso legal al desarrollar los principios de igualdad, presunción de inocencia, legalidad, doble instancia e independencia e imparcialidad judicial, en tanto la Convención Americana de Derechos Humanos, contempla en los artículos 8 y 25 el derecho al debido proceso legal en el sentido de establecer las garantías judiciales propias de este derecho y los principios de la protección judicial.

Por su parte la Ley 906 de 2004 consagra tal oportunidad de pruebas así: “artículo 374. Toda prueba deberá ser solicitada o presentada en la audiencia preparatoria, salvo lo dispuesto en el inciso final del artículo 357, y se practicará en el momento correspondiente del juicio oral y público”².

A su vez el art. 372 del mencionado compendio adjetivo en lo penal prevé que: “Las pruebas tienen por fin llevar al conocimiento del juez, más allá de toda duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe”.

Es claro, asimismo, que nuestro ordenamiento procesal en materia de pruebas se encuentra regido, entre otros, por el principio de libertad probatoria³, conforme al cual los hechos y circunstancias que interesan al proceso pueden demostrarse a través de cualquier medio de prueba siempre que cumpla las exigencias de legalidad y licitud, en tanto no se exige que determinado hecho se acredite a partir de un medio de prueba en particular, ni tampoco se le asigna un poder demostrativo especial o se le resta mérito a otro.

En tal orden de ideas resta precisar que en tratándose de pruebas existe libertad y sólo se prevé una tarifa legal probatoria en sentido negativo que se encuentra regulada en forma expresa en el artículo 381 del Estatuto Procedimental Penal, dispositivo normativo según el cual la sentencia condenatoria no puede fundarse exclusivamente en prueba de referencia.

De otro lado, cabe señalar que el artículo 382 *ibid.*, establece como: “medios de conocimiento **la prueba testimonial**, la prueba pericial, la prueba documental, la prueba de inspección, los elementos materiales probatorios, evidencia física, o cualquier otro medio técnico o científico, que no viole el ordenamiento jurídico.” (Negrilla de la Sala).

En esa misma línea, el artículo 16 del compendio instrumental en materia penal y como norma rectora establece que “en el juicio únicamente se

² La solicitud de prueba anticipada ante los jueces de control de garantías constituye una clara excepción a la petición probatoria en sede de la audiencia preparatoria del juicio oral.

³ Artículo 373 de la ley 906/04, actual Código de Procedimiento Penal.

estimaré como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada y sujeta a confrontación y contradicción...”.

Ahora, cuando se trata de la solicitud de práctica de pruebas comunes, toda vez que su admisión sugiere un evidente menoscabo de los principios de celeridad y razonabilidad que deben regir la práctica probatoria, para que el juez pueda acceder a su decreto, según los criterios jurisprudenciales, el sujeto procesal debe agotar una argumentación completa y suficiente en punto a que el juez pueda identificar que: i) el conainterrogatorio no será idóneo ni suficiente para satisfacer las pretensiones probatorias, encaminadas a sustentar la teoría del caso; ii) no tenga como finalidad interrogar sobre lo que omite la contraparte; iii) no se trate de precaver el desistimiento de la práctica de la prueba por el oponente; y, iv) los razonamientos sobre su pertinencia, conducencia y utilidad, sean diferentes a los presentados por quien ya solicitó la prueba.

Todo lo anterior, según la Corte, porque la llamada “presunción de pertinencia, conducencia o utilidad” de los testigos que ya le fueron decretados a la Fiscalía no existe, ni corresponde realizar tal análisis al juzgador, ni mucho menos proceder a complementar los argumentos de los peticionarios, pues de existir tal posibilidad, se rompería el equilibrio entre las partes.

Partiendo entonces del vacilar argumento expuesto por el defensor, no puede pasar inadvertido que de vieja data el tribunal de cierre en materia penal tiene decantado al respecto:

*“... Y si ello es así, **mal puede una parte reclamar como su testigo –para efectos de someterlo a un interrogatorio directo- a aquel presentado por la contraparte, solamente aduciendo que eventualmente pueden quedar temas sin abordar cuando lo interroga esta,** o puede surgir un específico interés de conformidad con las respuestas que vaya entregando el declarante.*

Ello contraviene de manera expresa los fundamentos que atrás se reseñaron, pues, ya no se trata, cuando así sucede, de una prueba que represente la particular teoría del caso de quien la solicita, o se encamine a demostrar su concreta pretensión, sino apenas de una especie de albur que corresponde más a la típica postura procesal de quien no cuenta con sólidos fundamentos argumentales o probatorios y decide esperar que el trámite de la audiencia le ofrezca las herramientas que por su molicie investigativa o

contundencia de lo recogido por la contraparte, no fue posible utilizar en el momento procesal adecuado. (...)

Junto con lo anotado, si se ha demostrado claro que a cada parte corresponde argumentar en pro de la práctica probatoria solicitada, dentro de los presupuestos de conducencia, pertinencia y licitud que regulan la decisión del juez de conocimiento, de ninguna manera puede decirse que ello ha ocurrido, respetando lo que expresamente demanda la ley sobre el particular, cuando la contraparte se limita a significar que el interrogatorio directo que solicita asomará solo eventual y respecto de temas que le puedan interesar una vez se halle rindiendo su declaración el testigo. (...)

Se atenta, no cabe duda, contra los principios de economía procesal, celeridad y eficiencia, cuando, sin que se conozca de pretensión específica u objeto concreto, de manera farragosa e innecesaria el juez de conocimiento permite que todos los testigos de una parte –que en un primer momento son sometidos a interrogatorio directo, contrainterrogatorio, nuevo interrogatorio y último contrainterrogatorio, para no hablar de las preguntas complementarias que para claridad hagan el Ministerio Público o el juez-, de nuevo sean llamados por la contraparte como sus testigos, adelantándose otra vez la mecánica de interrogatorios y contrainterrogatorios, sólo para que esta pueda intentar hallar allí lo que nunca encontró para su teoría del caso.

Y, además, se desnaturaliza completamente el sentido y efectos del contrainterrogatorio, erigido por antonomasia en el medio legal estatuido para ejercer el derecho de contradicción respecto de la prueba allegada en contra, cuando paralelamente se erige el nuevo interrogatorio directo como la mejor manera de controversia.

Lo anotado en precedencia, permite a la Corte responder al interrogante planteado, de manera negativa, pues, si la parte no demuestra un objeto específico, consustancial a su pretensión, que permita al juez evaluar los presupuestos de pertinencia, conducencia, licitud y necesidad, ha incumplido la carga procesal que se le impone y, en consecuencia, al funcionario no le queda camino diferente al de negar la solicitud” (CSJ AP, 26 Oct. 2007, Rad. 27608; CSJ AP 23 May. 2012, Rad. 38382).

De la anterior cita jurisprudencial se puede concluir que, si bien las partes procesales pueden solicitar un testigo en común, la justificación para requerirlo no puede ser sencillamente la de abordar aquellos temas que su contraparte omite, sino que debe exponer con claridad qué se propone demostrar con la intervención del testigo y cuál es su aporte real y efectivo al proceso penal.”⁴

Así las cosas, encuentra la Sala que la justificación dada por la defensa para requerir los testigos más arriba mencionados resulta insuficiente, toda vez que

⁴ CSJ, SP. (Auto del 13 de abril de 2016, Rad. AP2197-2016, 43.921, M.P. Luís Guillermo Salazar Otero).

no puede alegar que lo necesita para abordar aquellos temas que no sean tocados por el ente acusador, generando así una clara situación de indefinición que impide saber cuál es el verdadero objetivo que pretende con estas pruebas y su aporte en la teoría del caso, al proceso como tal, y, más concretamente, su conducencia y pertinencia.

En fin, una lapidaria y definitoria circunstancia o condición que permita concebir razonablemente que el conainterrogatorio no se erige como medio idóneo para absolver ciertas cuestiones que el letrado pueda considerar nucleares para sacar adelante su particular teoría del caso, y que ni siquiera en esta oportunidad pone de presente para sustentar su pretensión, ideas estas que indefectiblemente se conectan con aquella según la cual en el sistema procesal acusatorio, el juez tiene la tarea fundamental de velar porque: "... ninguna de las partes obtenga ventaja sobre la otra a través del cercenamiento o limitación de los principios de igualdad, lealtad, y controversia..."⁵

En lo atinente a la víctima, resta por decir que, salvo mejor criterio, nos encontramos de acuerdo con que en su condición de sujeto de especial protección no se la puede obligar a rendir testimonio en juicio, pues dicha postura implica una inaceptable revictimización de los menores de edad presuntas víctimas de delitos sexuales. No obstante, si la menor libremente decide ofrecer su testimonio en el foro público, para la defensa queda a salvo la posibilidad de ejercitar con el pleno de garantías el conainterrogatorio.

Por obvias razones se impone confirmar en su integridad la decisión recurrida sin necesidad de mayores elucubraciones.

*Por lo expuesto, esta Sala de Decisión Penal del **Tribunal Superior de Medellín,***

RESUELVE:

CONFIRMAR en su integridad la decisión apelada.

⁵ REYES ALVARADO, Yesid. *El control de la prueba en el proceso adversarial*, pág. 21.

Magistrado Ponente: César Augusto Rengifo Cuello
Radicado: 05-001-60-99166-2022-71004
Acusado: José Antonio Perozo Castillo
Delito: Actos sexuales con menor de 14 años
agravado

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

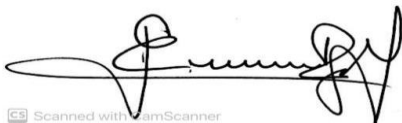
Una vez leída se ordena el envío inmediato de la carpeta al juez de instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los Magistrados⁶,



CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO


Scanned with CamScanner

LUÍS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ


JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
Magistrado

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE

(Aclara voto)

⁶ El presente proveído se suscribe de conformidad con lo previsto en el art. 11 del Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, por cuya virtud se autoriza la "firma autógrafa mecánica, digitalizadas o escaneadas".



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellín

SALA DE DECISIÓN PENAL

Radicado: 05001-60-99166-2022-71004
Procesado: José Antonio Perozo Castillo
Delito: Actos Sexuales con Menor de 14 Años Agravado
Asunto: Aclaración de voto
M. Ponente: Cesar Augusto Rengifo Cuello

Si bien en esta oportunidad estuve de acuerdo con el fondo de la decisión en cuanto a que los argumentos esbozados por la Defensa del acusado a efectos de obtener por parte de la primera instancia el decreto de varios testimonios comunes, fueron insuficientes y en tal sentido lo razonable era confirmar la negativa en el decreto de esas pruebas, consideré necesario aclarar mi voto bajo el entendido que otra Sala de Decisión de este Tribunal, concretamente en la que soy ponente, al resolver problemas jurídicos analógicos, hemos venido sosteniendo lo siguiente:

“Dicho lo anterior, le preocupa a la Sala que tal decisión tenga carácter permanente al interior de este proceso y limite el principio rector de la actuación penal de contradicción establecido en el artículo 15 de la Ley 906 de 2004 en su literalidad y teleología cuando ordena que las partes tendrán derecho a conocer y controvertir las pruebas, así como a intervenir en su formación y por ello encuentra necesario considerar la posibilidad de que en la audiencia del juicio se presente una situación extrema en la que los derechos a la prueba y el de contradicción puedan verse seriamente comprometidos ante la decisión de una de las partes de desistir de algunas de sus pruebas. Por ello compartimos la tesis de que la solicitud de testigos comunes debe debatirse en la audiencia de juicio oral y no en preparatoria, en el entendido de que esto podría resultar más garantista del derecho a la prueba; al respecto el doctor Alejandro Decastro González en su ponencia

“Apuntes sobre la práctica del conainterrogatorio en el sistema penal acusatorio”¹ acotó a modo de conclusión:

*“g. La regla que limita los temas del conainterrogatorio a los abordados en el interrogatorio directo no le prohíbe a la contraparte obtener del testigo la información no tratada en este; simplemente regula la oportunidad procesal para hacerlo: no sería en el conainterrogatorio, sino en un posterior interrogatorio del testigo, si la parte así lo solicita. **Para este efecto, la parte interesada puede sustentar las razones por las cuales el testigo debe ser llamado nuevamente a declarar en un segundo interrogatorio.** La única excepción son los testigos amparados por un privilegio para negarse a ser interrogados por la contraparte.*

*h. El desistimiento en juicio de un testigo decretado en la preparatoria no le impide per se a la contraparte solicitarlo para sí en su turno de presentación del caso, **cuando se sustenten adecuadamente las razones que así lo exigen para garantizar los derechos de la parte afectada con el desistimiento.**” (Negrillas de la Sala)*

Lo anterior tiene mayor sentido si nos remitimos al inciso final del artículo 393 del Código de Procedimiento Penal que establece “El testigo deberá permanecer a disposición del juez durante el término que éste determine, el cual no podrá exceder la duración de la práctica de las pruebas, quien podrá ser requerido por las partes para una aclaración o adición de su testimonio, de acuerdo con las reglas anteriores.”.

Considera la Sala entonces que, en aras de garantizar el derecho a la prueba y reiterando siempre que una de las finalidades del proceso penal es la búsqueda de la verdad, es loable que si una parte desiste en juicio de la práctica de una prueba que puede ser imprescindible para la contraparte, se habilite a esta en ese estadio procesal a efectos de que justifique y argumente con suficiencia la pertinencia, conducencia y utilidad de esa prueba a la que el otro renunció y que sea allí mismo que el Juez decida razonablemente si le asiste o no razón a quien lo está solicitando; es por ello que para esta Sala el tema de las pruebas comunes no debería ser objeto de preparatoria sino del juicio oral.”

Aunado a lo anterior, al igual que lo hace el proyecto presentado por el Magistrado Rengifo Cuello y el cual hemos aprobado, se resalta la obligación de garantizar la igualdad, lealtad y contradicción en el proceso, empero se

¹ DERECHO PROCESAL PENAL II, Cuestiones fundamentales, Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal Penal.

ahonda un poco más en este asunto por lo que en ese sentido considero imperioso aclarar mi voto y, en dichos términos, lo dejo consignado.

Fecha ut supra,


JOSE IGNACIO SANCHEZ CALLE
Magistrado