



SALA PENAL

Medellín, diez de marzo de dos mil veintitrés.

CUI: 05 360 60 99057 2021 00148
Procesado: Fabio Alberto Restrepo Velásquez
Delito: Actos sexuales con menor de catorce años
Asunto: Apelación de interlocutorio por el cual se inadmitieron unas solicitudes probatorias de la defensa y se admitieron unos testimonios de la Fiscalía
Interlocutorio: N° 14 aprobado por acta 45 de la fecha
Decisión: Modifica y confirma
Lectura: Quince de marzo de dos mil veintitrés

Magistrado Ponente
JORGE ENRIQUE ORTIZ GÓMEZ

1. ASUNTO

Se resuelve la apelación presentada por la defensa contra decisión que profiriera el 19 de mayo de 2021 el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Itagüí, mediante la cual se le inadmitieron algunas solicitudes probatorias y se admitieron unas de la Fiscalía, frente a las cuales la defensa pretendía su exclusión.

2. HECHOS

Según el escrito de acusación, a las 2 de la tarde del 23 de febrero de 2021, Franncy Yullieht Arboleda Mejía —recicladora—, arribó con su hijo JMAM —de 13 años de edad— a la ferretería El Renolazo — ubicada en la carrera 52 No. 63-12, barrio Simón Bolívar del municipio de Itagüí (Antioquia)— de FABIO ALBERTO RESTREPO VELÁSQUEZ, a recoger artículos de reciclaje que en ese lugar le proveía este. Como se movilizaba con una carretilla que no podía estacionar sobre la vía, dejó a JMAM para recibir el reciclaje y, en el interior del establecimiento, RESTREPO VELÁSQUEZ

sorpresivamente tomó con sus manos, y con fuerza, los testículos del menor y lo invitó a seguir los tocamientos dentro de un carro, a lo cual no accedió el adolescente, que abandonó rápidamente el lugar.

3. ACTUACIÓN PROCESAL

En razón de esos hechos, ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Itagüí, el 25 de febrero de 2021 se formuló imputación a FABIO ALBERTO RESTREPO VELÁSQUEZ por Actos sexuales con menor de catorce años (artículo 209 del CP), cargo al cual no se allanó, y se le impusieron como medida de aseguramiento no privativa de la libertad, las obligaciones establecidas en los numerales 4°, 6° y 7° del literal B. del artículo 307 del CPP.

La Fiscalía General de la Nación radicó escrito de acusación contra RESTREPO VELÁSQUEZ y correspondió al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Itagüí, despacho ante el cual se hizo la respectiva formulación el 17 de marzo de 2021 —sin variación en la calificación jurídica inicial—.

El 19 de mayo siguiente se realizó la audiencia preparatoria, y en ella la defensa hizo su descubrimiento probatorio, concretamente en lo que corresponde al objeto de apelación: dos videos llamados “*Doña María*” calle 63 con carrera 52 CDR 35, del 25 de febrero de 2021 y cinco videos identificados así: C2596C54, 098935A3, 32EBC350, B26138B7 y 7ED3E6E1, así como el testimonio de la investigadora Laura Valero. En el momento oportuno enunció el defensor dichos elementos materiales probatorios, y al hacer las solicitudes probatorias de los mismos, en torno a pertinencia, conducencia y utilidad, expuso textualmente:

“... es pertinente que se decreten tanto el oficio de respuesta, la respuesta al derecho de petición y el derecho de petición elevados por la doctora Laura Valero y sus respectivos anexos, y esto de los anexos son los videos aportados por la Secretaría de Seguridad de la Alcaldía de Itagüí, toda vez que son el reflejo fiel y fidedigno de lo que ocurrió ese día de los hechos, si bien con ello no podemos dar cuenta su señoría de lo que pasó adentro del establecimiento de comercio, con esos videos se podrá dar cuenta de los momentos anteriores, concomitantes y posteriores a la supuesta conducta. Estos videos reflejan lo que pasó después de los hechos y la actitud que asume el menor cuando sale del establecimiento, considera la defensa que son pertinentes para indicar y realizar un análisis lógico jurídico respecto a la situación que se presentó, lo que es acusado por la Fiscalía y si eso refleja o no la situación que se expone en disfavor del señor Fabio. Así mismo los videos obtenidos por la señora Laura Valero, no solo estos dos videos de la Alcaldía de Itagüí sino los demás videos enunciados y descubiertos, toda vez que en esos videos también —que son aledaños al sector en el que ocurrieron los hechos— esos videos darán cuenta de cuál es la actitud del menor

cuando sale igualmente del establecimiento de comercio donde supuestamente sucedieron los hechos, esto es porque es una postura o es una escena distinta a la que nos muestran los videos de la Alcaldía de Itagüí, por ende considera la defensa que no son repetitivos toda vez que a pesar de que marcan la misma hora, enmarcan la escena desde puntos de vista distinto”.

En lo que respecta al testimonio de Laura Valero, argumentó la defensa:

“Es quien hacía parte de la defensa y recolectó elementos materiales probatorios que pueden dar cuenta de los hechos de este día, es esta persona quien solicitó los videos a la Alcaldía de Itagüí y es esta persona que también solicitó los videos a las cámaras aledañas de vecinos, cámaras privadas de vecinos que dan cuenta, como repito la situación anterior, concomitante y posterior a los hechos acusados, es esta la persona que rinde el informe y con quien se incorporarán dichos videos para que sean practicados como prueba durante el juicio.”

La Fiscalía por su parte, hizo entre otras solicitudes probatorias los testimonios de los patrulleros Luis Carlos Bautista y Eder Alexander Cortés, argumentando:

“... con ellos su señoría se corroborará la razón por la cual fueron —según se les informó a ellos— citados al lugar donde fue capturado el acusado, indicarán a usted señoría como era el estado anímico o emocional en el que se encontró a la víctima cuando fue abordado por ellos. De la misma manera, señoría, como ellos fueron los encargados de darle captura al acusado en ese momento le indicaran a usted también como es la estructura del lugar, es decir, del establecimiento en donde de acuerdo con el señalamiento de la víctima se llevaron a cabo esos hechos. La Fiscalía se va a reservar el derecho señora juez de llevar a uno, solamente a uno de estos patrulleros, me explicó si comparece uno de ellos pues ya la Fiscalía estaría renunciando a la comparecencia en el juicio del otro”

4. DECISIÓN IMPUGNADA

El juzgado admitió todas las solicitudes probatorias de la Fiscalía, a pesar de la exclusión solicitada por la defensa frente a los testimonios de los patrullero de la Policía Nacional Luis Carlos Bautista y Eder Alejandro Cortés, quienes realizaron la captura en flagrancia del procesado —que a la postre fue declarada ilegal en segunda instancia—, motivo por el cual considera la defensa que el conocimiento personal de dichos uniformados, obtenido en virtud del procedimiento ilegal, no puede utilizarse en el juicio oral porque deviene de una vulneración de derechos fundamentales.

Pero la judicatura no accedió a la pretensión de exclusión de la defensa, al considerar que una cosa es que el procedimiento de captura haya sido declarado ilegal y otra el medio de prueba equivalente a los testimonios que darían cuenta de aquello que los

testigos percibieron a través de sus sentidos. Ambas partes mostraron interés en saber lo que pasó después de la presunta agresión sexual y la Fiscalía ofreció como medio de prueba —para demostrar esa circunstancia— los testimonios de los patrulleros, es decir para que manifiesten qué observaron, cuál fue la vivencia que ese día tuvieron, lo cual no puede considerarse *per se* ilegal, porque la captura haya tenido un defecto que conllevó a su declaratoria de ilegalidad. Los patrulleros declararán en el juicio oral bajo la gravedad del juramento y estarán obligados a decir la verdad con relación a aquello que percibieron a través de los sentidos y por qué acudieron al lugar donde presuntamente ocurrieron los hechos, es decir que la solicitud probatoria no se refiere a la captura que fue declarada ilegal.

Dijo igualmente la juez *a quo*, que la defensa no demostró por qué los testimonios de los patrulleros de la Policía Nacional serían prueba ilegal y si el motivo de exclusión estaría fundado en lo que es la prueba ilícita o la prueba ilegal, al ser circunstancias sustancialmente distintas, como también lo es la consecuencia jurídica de la exclusión. En uno de los casos procedería aplicar la teoría del árbol envenenado y en el otro ello resultaría totalmente improcedente.

De otro lado, la primera instancia admitió algunas pruebas de las pedidas por la defensa e inadmitió las relacionadas en precedencia —los siete videos y el testimonio de Laura Valera— bajo las siguientes consideraciones, lo cual dio lugar a la interposición del recurso que se resuelve:

Argumentó la funcionaria que hay una dificultad en lo que tiene que ver con la posibilidad de decretar como prueba documental la totalidad de los videos solicitados por la defensa, pues a *grosso modo* el defensor indicó que todos esos videos se dirigen a demostrar la actitud del menor cuando salió del establecimiento comercial donde presuntamente fue agredido sexualmente, sin embargo no expresó cómo fueron recaudados esos videos, siendo insuficiente —para el efecto— manifestar por ejemplo, que dos de ellos provienen de otro establecimiento comercial: “*lo digo por un conocimiento íntimo que tengo, aunque no lo dijo el señor defensor, un restaurante llamado “Doña María, que queda en cercanías del lugar donde presuntamente ocurrieron los hechos y esto también es una inferencia que hace esta servidora a partir de lo que dijo el señor defensor”*”, pero no se indicó por ejemplo la duración de esos videos, cuál es la garantía de que no han sido modificados desde cuando se hizo su grabación. Y aunque el defensor aseguró que fueron obtenidos a través de la investigadora Laura Valero, no informó de qué manera lo hizo, de ahí que no hay forma de garantizar que esa prueba documental sea realmente admisible.

Señaló además, la juez, que la testigo de acreditación es la investigadora Laura Valera, pero la defensa tampoco concretó a quiénes se puede observar en esas grabaciones, *“sí infiere esta servidora que si lo que se presente demostrar es la actitud de la presunta víctima, pues probablemente en los videos aparezca la víctima, pero eso no quedó claro a través de la argumentación, de hecho no logró entender esta funcionaria por qué si lo que se pretende demostrar con esos dos videos de Doña Rosa (sic), del 25 de febrero de 2021, por qué son dos videos y no uno, si había dos cámaras que en ese momento se encargaban de la grabación o si existía una sola cámara que hizo un video primero y otro video después.”* Así que decretar esas pruebas bajo las mencionadas circunstancias podría alterar gravemente el debido proceso. Además, la argumentación de la defensa no cumplió estrictamente con la carga que le correspondía, en especial en lo que tiene que ver con la posibilidad de comprobar la autenticidad de esas pruebas documentales.

Agregó la primera instancia que lo mismo sucede con los cinco videos solicitados, los cuales de acuerdo con lo argumentado por el defensor fueron grabados por las cámaras de la Policía Nacional, pero no quedó claro si fueron de distintas o de la misma cámara en distintos momentos. Tampoco se sabe qué duración tiene cada uno de esos cinco videos, ni por qué sería necesario observarlos en el juicio, además del propósito demostrativo de la actitud de la víctima, que se supone sería probado con los dos videos de “Dona Rosa” (sic) que se inadmiten, situación que podría desgastar injustificadamente el juicio oral, sobre todo porque se desconoce la duración de cada grabación y su contenido.

Consideró la juez que se desconoce cuál otra función, adicional a la de demostrar la actitud del menor cuando salió del establecimiento, cumplen los videos solicitados; es decir no se sabe qué aporte harán al objeto de juzgamiento —que es demostrar si ocurrió o no la agresión sexual y si el procesado es o no responsable de esta— es decir que no hay forma de establecer su pertinencia y conducencia. Debiendo aplicarse lo que dispone el legislador sobre la manera de autenticar los documentos en el juicio oral, para garantizar precisamente que correspondan con la realidad, que no sea posible aducir una prueba documental alterada o que contengan información sesgada y con la argumentación del defensor no se cumple con ese parámetro, establecido en la Ley 906 en lo que tiene que ver con la prueba documental.

Inadmitió igualmente el testimonio de la investigadora Laura Valero porque, de acuerdo con lo argumentado por la defensa, el propósito de su testimonio se limita a la

incorporación de esos siete videos —que no pueden decretarse porque no se cumplieron los parámetros establecidos por el legislador para que puedan aducirse como prueba en el juicio oral—.

5. ARGUMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

La defensa interpuso el recurso de reposición, única y exclusivamente respecto de la inadmisión del testimonio de la investigadora Laura Valero y de los dos videos obtenidos de la Alcaldía de Itagüí, manifestando que hubo una confusión, puesto que los dos mencionados videos son los que se llaman “*Doña María*” —como se argumentó en las solicitudes probatorias—, que fueron obtenidos por Laura Valero mediante derecho de petición a la Alcaldía de Itagüí y se anexan los dos oficios de respuesta, situación que indicó la defensa. Entonces no es cierto que no se haya acreditado cómo se obtuvieron.

Argumentó igualmente el impugnante que si se admiten los dos mencionados videos, el testimonio de Laura Valero no es impertinente o carente de utilidad en el proceso, toda vez que esos videos fueron obtenidos como se explicó, fueron trasladados a los sujetos procesales, y serán los que se reproducirán en el juicio oral.

La defensa presentó igualmente apelación frente a la negativa de excluir los testimonios de los patrulleros de la Policía Nacional, asegurando que fue clara en cuanto a la imposibilidad de excluir el testimonio completo de los policías porque, dentro de su conocimiento personal y directo, saben de situaciones que fueron obtenidas a través de medios legales y de otras que no; por ende a pesar de que el medio de prueba es el testimonio de los uniformados, solicitó que se excluyera lo que tuviera relación con el procedimiento de captura y posterior a ello, no antes de eso, y en su momento indicó que el conocimiento que los policías obtuvieron devino de un procedimiento ilegal, como fue la captura de FABIO ALBERTO RESTREPO VELÁSQUEZ, con vulneración de garantías fundamentales —debido proceso y derecho a la libertad— y, por ello, el conocimiento que los patrulleros obtuvieron en ese momento no puede valorarse, al haberse obtenido con trasgresión de derechos fundamentales. Así que se presenta un falso juicio de legalidad y de existencia, y la defensa si argumentó cuál era la forma como debe excluirse dicho medio probatorio, es decir la parte del testimonio de los uniformados proveniente de un conocimiento ilegal e ilícito.

Añadió que respecto de los videos que no fueron decretados, erró la judicatura al exponer que la defensa no acreditó y no argumentó cómo se obtuvieron esos vídeos, pues oportunamente manifestó que los dos de la Alcaldía fueron obtenidos con derecho de petición elevado por Laura Valero, y en las dos respuestas, suscritas por Ramiro Alexander y Rafael Andrés Otálvaro, se indicó que se aportaba un CD-DVD y que esos videos se llaman *“Doña María”*.

Argumentó el apelante que la admisibilidad de las pruebas está supeditada a su pertinencia, según el artículo 376 del CPP, por lo tanto *“es un tropiezo jurídico”* exigir la cadena de custodia de cara a la admisión de las solicitudes probatorias, sin que haya explicado la judicatura alguna de los tres eventos establecidos en el mencionado artículo, para inadmitir las pruebas. La cadena de custodia no puede considerarse para rechazar, inadmitir o excluir un elemento, en tanto los defectos en la cadena de custodia impactan en la valoración probatoria, mas no en admisibilidad del elemento para ser valorado y practicado como prueba.

Reiteró el apelante que, en el momento correspondiente, indicó que los dos videos grabaron los momentos anteriores, concomitantes y posteriores a los hechos, en el lugar de los mismos. Y respecto de los cinco videos de lugares aledaños, se expuso que en ellos se reflejaba la actitud del menor, de ahí su pertinencia para demostrar cómo salió del lugar de los hechos luego del acontecimiento objeto de juzgamiento. Además, al momento de argumentar lo respectivo a los obtenidos de la alcaldía, se reveló que se identifican como *“Doña María”*, porque así es como están denominados en la grabación, no es un nombre inventado ni de algún establecimiento *“Doña María”* —como expresamente lo dijo la juez *a quo*, al indicar *“que esos videos obtenidos de un establecimiento Doña María no se argumentó por parte de la defensa como los obtuvo”*—. Añadió el apelante que expresó la juez de instancia que no podían decretarse dichos elementos —los videos— porque ni siquiera se argumentó por la defensa cuál era su duración, pero eso no es requisito para decretar un elemento, sino cuál es su pertinencia, y en la declaración del menor, que fue decretada para la Fiscalía —en caso de no concurrir al juicio oral el menor—, no se indicó por el acusador cómo está grabada la declaración o cuánto dura, solamente dijo quién hizo esa entrevista, pero no quién o cómo lo grabó.

Finalmente dijo el apelante que la providencia apelada vulnera los cánones 376 (admisibilidad), 426 (de criterios de autenticación) y 375 (pertinencia), por las razones expuestas y, por lo tanto, solicita que *“se excluya de la actuación y del testimonio de los policías lo que tenga que ver con la captura, el procedimiento de captura y ese*

conocimiento que tengan de ello, de allí para adelante, es decir, lo posterior a ese procedimiento... incluida la captura”, se admita el testimonio de la investigadora Laura Valero y se decreten —como pruebas documentales— los siete videos obtenidos por la defensa, que fueron debidamente descubiertos, enunciados y solicitados.

6. PRONUNCIAMIENTOS DE LOS NO RECURRENTES

6.1. De la Fiscalía General de la Nación.

Manifestó el fiscal que, por coherencia y lealtad, estima que carece de interés jurídico para responder a los argumentos presentados por defensor, de cara a buscar la reposición de la decisión o su revocatoria en segunda instancia, porque la Fiscalía en su momento no se opuso al ingreso de los medios probatorios de la defensa, por eso no refutarlas apreciaciones del defensor en punto del ingreso de los videos, sin embargo aclara que, en caso de admitirse las pruebas documentales de la defensa, al momento del ingreso de las mismas en el juicio oral la Fiscalía se reserva el derecho de exigir que se anexe la autenticidad de esos elementos materiales documentales.

Frente a la pretensión de exclusión de la defensa dijo el fiscal que hay una confusión en lo que atañe al decreto de la ilegalidad de la captura, puesto que se desconoce por qué se declaró ilegal y no hay forma de presumirlo, además la carga dinámica de la prueba impone probar lo que se afirma, por lo tanto la defensa debió acreditar tal situación toda vez que hay múltiples razones para invalidar un procedimiento de captura, en tal sentido, *“no tendremos por qué entonces asumir nosotros de oficio que esa razón por la que la segunda instancia declaró ilegal la captura está directamente relacionada con el medio de prueba, es decir, el testimonio de policías que ahora se está invocando”.*

Añadió que tampoco argumentó el defensor de qué manera en este caso se presenta la teoría del árbol envenenado, insistiendo en que una cosa es la captura del acusado y otra, muy distinta, lo que sucedió antes, *“un policía puede pasar por donde quiera, entonces si pasa por un lugar y aborda a un menor y el menor le dice tal cosa yo no veo que eso guarde relación con la captura por una sencilla razón elemental, porque es que todavía no se ha capturado la persona, entonces ¿Cuál es el hecho ilícito?”* verbi gracia lo que se consignó en el informe, de acuerdo con el cual es claro que se está relacionando cómo el menor abordó a los uniformados, qué dijo y por qué se procedió a la captura. Con el testimonio de los patrulleros se pretende que estos revelen qué les dijo el menor y cuál era su estado anímico, situaciones evidenciadas antes de producirse la captura, y

lo que pasó con posterioridad a la misma, de ahí que la nulidad del procedimiento de captura no está ligada con esos aspectos.

En conclusión, solicita que no se acceda a la pretensión de exclusión planteada por la defensa, es decir que se confirme la decisión de primera instancia, toda vez que no hay ninguna relación entre lo que va a probar la Fiscalía con los testimonios de los patrulleros y la declaratoria de ilegalidad de la captura del procesado, cuya causa inclusive se desconoce, cosa que le correspondía a la defensa demostrar, pues tampoco se sabe si hay una relación inescindible entre el motivo de la ilegalidad de la captura y el hecho que la fiscalía quiere probar.

6.2 De la Representación Judicial de la Víctima.

Dijo que los jueces en sus providencias están sometidos al imperio de la ley y que eso fue lo que se aplicó en decisión que tomó la *a quo*, quien tiene como función principal “*blindar el proceso y cada una de sus actuaciones con la exaltación del principio de legalidad*”. La cadena de custodia se exige a todas las partes y la defensa no indicó nada al respecto, para que con base en el principio de contradicción “*se pudieran establecer unas reglas sanas para el juicio oral*”, y no se identificaron las características propias de los videos. Además, en relación con la exclusión pretendida no hay nexo de causalidad entre la ilegalidad de la captura y los testimonios de los patrulleros, por lo cual solicita confirmar la decisión de primera instancia.

7. ARGUMENTOS DE LA PRIMERA INSTANCIA PARA NO REPONER LA DECISIÓN INICIAL

Manifestó la judicatura que no repondría la decisión de inadmitir los dos videos Doña María y el testimonio de Laura Valera, y que —atendiendo al principio de preclusividad de los actos procesales— en la argumentación del recurso no puede complementarse la pretensión, sin embargo en este caso el recurrente indicó que los videos identificados como Doña María no fueron obtenidos de un establecimiento comercial —como lo asumió la judicatura a partir de su argumentación— sino que fueron entregados por la Alcaldía de Itagüí, pero esa información no quedó inicialmente clara, a pesar de que en el descubrimiento probatorio la defensa se refirió a una respuesta del Secretario de Seguridad de Itagüí. Y a pesar de que la defensa se aprovechó de la apelación para argumentar y complementar su pretensión, de todas maneras, no

aportó la información suficiente que permita concluir que deban admitirse los videos al ser pertinentes, no expuso cuál es su duración y, de acuerdo con lo señalado en el artículo 376 del CPP, mal se haría en decretar un video que podría ser inclusive de las 24 horas que tiene un día, porque aunque la defensa manifestó que se trata de establecer lo que había ocurrido antes, durante y después de los hechos, es tan amplia esa descripción que puede conllevar a una dilación injustificada del tema y, además, de cara a la pertinencia cuál podría ser en este caso la de conocer lo que ocurrió una, dos, tres o cuatro horas después o antes del presunto punible. Adicionalmente, no se determinó si se trata de dos cámaras distintas o es una que grabó dos videos en momento distintos, en fin la defensa no cumplió, al e sustentar el recurso, con la exhibición del defecto de la decisión recurrida, es decir, que no puede reponerse esta porque no se advierte que haya realmente un error en la valoración fáctica o en la aplicación de la norma.

8. COMPETENCIA

Esta Corporación es competente para conocer de la presente impugnación según lo dispuesto en el artículo 33-1 del Código de P. Penal —Ley 906 de 2004— toda vez que la decisión de primera instancia fue proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Itagüí, que hace parte de este distrito judicial.

9. CONSIDERACIONES

La Sala establecerá si acertó la funcionaria *a quo* al admitir a la Fiscalía los testimonios de los patrulleros de la Policía Nacional —Luis Carlos Bautista y Eder Alexander Cortés— a pesar de la pretensión de exclusión invocada por la defensa, evento en el cual se confirmará la decisión, o de lo contrario se revocará. Igualmente deberá determinarse si atinó la juez al inadmitir las solicitudes probatorias de la defensa que se han relacionado en esta providencia, siendo procedente confirmar tal determinación o si, *a contrario sensu*, se impone revocarla por no ajustarse a las reglas constitucionales y legales aplicables al caso.

Frente al primer problema jurídico planteado, se tiene que la defensa solicitó la exclusión de los testimonios de los patrulleros Luis Carlos Bautista y Eder Alexander Cortés en relación con el procedimiento de captura y lo ocurrido con posterioridad al mismo, bajo el argumento de que uno de los tópicos a tratar por ellos —de acuerdo

con la argumentación de pertinencia— tiene relación con el momento de la captura y lo que posteriormente se dio, en razón de la misma; no obstante, al haberse decretado ilegal el procedimiento de captura por inobservancia de exigencias procedimentales, considera la defensa que debe excluirse del testimonio de los uniformados el tema específico del procedimiento de captura y lo posterior a ello, toda vez que fueron dichos uniformados quienes dieron origen al procedimiento ilegal que vulneró los derechos a la libertad y al debido proceso a FABIO ALBERTO, de ahí que la visión y el conocimiento personal directo del cual darían cuenta en el juicio oral deviene ilegal.

Es oportuno señalar que, de conformidad con el artículo 29 de la Constitución Política, “*es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación al debido proceso*”. Por su parte el artículo 23 de la Ley 906 establece la cláusula de exclusión, según la cual no solo se excluyen las pruebas obtenidas con violación de garantías fundamentales, sino también aquellas que sean consecuencia de éstas o cuya existencia dependa de ellas.

La jurisprudencia se ha referido a la prueba ilegal y la prueba ilícita, así:

“(...) en el primer caso, a aquellas que padecen yerros en las formas propias de ordenación, práctica y/o incorporación a la actuación (debido proceso probatorio), y en el segundo, a aquellas obtenidas, en general, con desconocimiento de las garantías fundamentales de las personas, por ejemplo, por violación de los derechos a la no autoincriminación, a la solidaridad íntima, a la intimidad, a la inviolabilidad del domicilio, etc.”¹.

Se ha dicho también que, frente a una y otra –prueba ilegal y prueba ilícita–, opera la cláusula de exclusión; sin embargo, se ha matizado su efecto:

“(...) en tratándose del primer grupo (las ilegales), ha señalado que el funcionario debe sopesar si el requisito legal pretermitido es esencial y verificar su trascendencia con el fin de determinar si es perentoria su eliminación, por cuanto si la irregularidad no tiene carácter medular, sustancial o relevante, no es posible sacar del ámbito de valoración el medio de convicción tachado de ilegal.”² (Negrillas no originales)

Igualmente la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, respecto al tema en mención ha señalado:

“Ahora, si la prueba es irregular, existen dos hipótesis. Cuando el rito pretermitido o vulnerado no tiene carácter medular, sustancial o relevante, no es posible sacar del ámbito de valoración el medio de convicción tachado de tal, pues no toda anomalía afecta su validez. Únicamente, de ser fundamental la formalidad que entraña el acto procesal, aquel debe afrontar exacto efecto-sanción de inexistencia³. (Negrillas no originales).

¹ SP1036-2018, Radicación 43533 del 11 de abril de 2018.

² *Ibíd*em

³ CSJ AP 2372, Rad. 53759 del 18 de junio de 2019 y CSJ SP 10303, Rad. 43691 del 5 de agosto de 2014.

En este caso, de acuerdo con la argumentación de pertinencia, conducencia, utilidad y necesidad expuesta por la Fiscalía, respecto de los testimonios de Luis Carlos Bautista y Eder Alexander Cortés, estos en el juicio oral corroborarían la razón por la cual fueron citados al lugar donde fue capturado el acusado, *“indicarán cómo era el estado anímico o emocional en el que se encontró a la víctima cuando fue abordado por ellos. De la misma manera — como ellos fueron los encargados de darle captura al acusado en ese momento— le indicaran a usted también como es la estructura del lugar, es decir, del establecimiento en donde de acuerdo con el señalamiento de la víctima se llevaron a cabo esos hechos”*. El defensor asegura que el procedimiento de captura fue declarado ilegal, *al parecer* por inobservancia de los parámetros de la flagrancia y que por eso los uniformados que la ejecutaron no pueden declarar en el juicio oral con relación a dicho procedimiento ni sobre los hechos posteriores al mismo, sin embargo, de acuerdo con la argumentación de la Fiscalía, la finalidad pretendida con el testimonio de los patrulleros no está referida al procedimiento de captura —como tal— sino a circunstancias de las cuales los uniformados tuvieron conocimiento directo en razón de sus funciones —al parecer— en razón del requerimiento ciudadano, por unos hechos presuntamente delictivos.

Es decir que, la declaración de ilegalidad de la captura al parecer, por desconocimiento de reglas procedimentales, no vicia *per se* el testimonio de los patrulleros que participaron en la misma, ni tampoco lo que respecto a dicho asunto concreto apreciaron, puesto que esa invalidación opera con relación al procedimiento como tal, mas no impacta el conocimiento directo que de los hechos obtuvieron los patrulleros en ejercicio de las funciones propias de su cargo. De allí que acertó la *a quo* al admitir, sin condicionamiento alguno, los testimonios de los patrulleros. Se trata de dos situaciones independientes, el procedimiento de captura ilegal y los testimonios de los uniformados que presenciaron circunstancias que rodearon los hechos objeto de juzgamiento y, en todo caso, aunque se haya eliminado el acto ilegal —procedimiento de captura— no con ello el conocimiento directo que obtuvieron los uniformados frente a cómo vieron al menor, qué les reveló este y cómo era el lugar de los acontecimientos. Además, los policías no fueron ofrecidos para declarar concretamente sobre el procedimiento de captura, sino respecto de las circunstancias que la rodearon. Sin que pueda perderse de vista que *“La prueba ilícita o ilegal afectada es la prueba misma sin que se proyecte el vicio al proceso penal, pues se trata de vicios in iudicando que no socavan la estructura del proceso, lo que procede entonces es no valorar esa prueba*

y dictar el fallo omitiendo el medio irregularmente allegado o producido”⁴. Así las cosas, es claro que los testimonios de los patrulleros no constituyen prueba ilegal, o al menos no demostró la defensa que lo fueran, y el conocimiento del que darán cuenta en el juicio oral lo obtuvieron en ejercicio de sus funciones legales, por lo tanto se confirmará la decisión de primera instancia de admitir sin condicionamiento alguno los testimonios de los policiales solicitados por la Fiscalía.

Con relación al segundo problema jurídico planteado, se advierte que la defensa descubrió dos videos nominados “Doña María” calle 63 con carrera 52 CDR 35, del 25 de febrero de 2021, y cinco identificados así: C2596C54, 098935A3, 32EBC350, B26138B7 y 7ED3E6E1 y, además, el testimonio de la investigadora Laura Valero como testigo de acreditación de los mismos. Posteriormente, los enunció y finalmente los solicitó, argumentando que el oficio de respuesta, la respuesta al derecho de petición y el derecho de petición elevados por Laura Valero también fueron descubiertos y enunciados, como sus respectivos anexos, de manera que los videos aportados por la Secretaría de Seguridad de la Alcaldía de Itagüí son pertinentes, porque **“son el reflejo fiel y fidedigno de lo que ocurrió ese día de los hechos, si bien con ello no podemos dar cuenta (...) de lo que pasó adentro del establecimiento de comercio, con esos videos se podrá dar cuenta de los momentos anteriores, concomitantes y posteriores a la supuesta conducta. Estos videos reflejan lo que pasó después de los hechos y la actitud que asume el menor cuando sale del establecimiento. Considera la defensa que son pertinentes para indicar y realizar un análisis lógico jurídico respecto a la situación que se presentó, lo que es acusado por la Fiscalía y si eso refleja o no la situación que se expone en disfavor del señor FABIO”**.

Igualmente solicitó el defensor los otros cinco videos, manifestando que corresponden a lugares aledaños a aquel donde ocurrieron los hechos, y darán cuenta **“de cuál es la actitud del menor cuando sale igualmente del establecimiento de comercio donde supuestamente sucedieron los hechos, esto es porque es una postura o es una escena distinta a la que nos muestran los videos de la Alcaldía de Itagüí, por ende considera la defensa que no son repetitivos toda vez que a pesar de que marcan la misma hora, enmarcan la escena desde puntos de vista distinto”**

Así las cosas, de acuerdo con lo argumentado por la defensa dos videos de los siete solicitados se llaman “Doña María” y fueron suministrados por la Secretaría de Seguridad de la Alcaldía de Itagüí, los otros cinco se identifican como C2596C54,

⁴ SARAY BOTERO Nelson. Procedimiento Penal Acusatorio. Editorial Uniacademia Leyer. Página 582.

098935A3, 32EBC350, B26138B7 y 7ED3E6E1, y son de un sitio adyacente a donde ocurrieron los hechos, es decir que otorgan una panorámica distinta a los dos primeros, y con esos siete videos se pretende demostrar la actitud del menor de edad cuando salió del establecimiento comercial donde ocurrieron los hechos, situación que está ligada al objeto de juzgamiento —unos presuntos actos sexuales ocurridos en la Ferretería El Renolazo, de propiedad del acusado, habiéndose expuesto en el escrito de acusación que luego de los actos libidinosos del acusado contra la víctima, esta abandonó fugazmente el sitio, de allí que es pertinente observar cómo salió el adolescente del lugar, pues ello puede hacer más o menos probable la existencia del hecho, de ahí que es una solicitud probatoria pertinente, útil y conducente.

No puede pasarse por alto que las pruebas tienen como finalidad llevar al juez al convencimiento —más allá de toda duda— sobre los hechos y circunstancias materia de juicio y acerca de la responsabilidad penal del acusado (artículo 372 Código de Procedimiento Penal). Para ello las partes podrán probar los hechos o circunstancias que sean de su interés, por cualquiera de los medios establecidos en el ordenamiento jurídico (artículo 373 ibídem). Sin embargo no toda solicitud probatoria puede ser admitida, en tanto debe ser pertinente, eso es “deberá referirse, directamente o indirectamente, a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, así como a la identidad o a la responsabilidad penal del acusado. También es pertinente cuando solo sirve para hacer más probable o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionadas, o se refiere a la credibilidad de un testigo o de un perito”⁵

Para establecer la pertinencia, necesidad, conducencia y utilidad de las pruebas, como requisito de admisibilidad de las mismas es indispensable no perder de vista los hechos jurídicamente relevantes objeto de la acusación, en tanto es lo que fija y limita el debate probatorio, pues de acuerdo con el artículo 357, inciso 2°, “*El juez decretará la práctica de las pruebas solicitadas cuando ellas se refieran a los hechos de la acusación que requieran prueba, de acuerdo con las reglas de pertinencia y admisibilidad previstas en este Código*”. Siendo evidente que en este caso lo pretendido por la defensa a través de los siete videos atañe, indiscutiblemente, al objeto de juzgamiento pues, contrario a lo considerado por la judicatura, conocer el comportamiento o actitud del menor, presunta víctima, luego de los acontecimientos ocurridos dentro del establecimiento comercial donde supuestamente se desarrollaron, puede hacer más o menos probable su ocurrencia, máxime en los delitos sexuales donde es de gran relevancia la

⁵ Artículo 375 del CPP

corroboración periférica de los hechos, porque generalmente el único testigo directo de estos es la víctima.

Y si bien le corresponde a quien hace las solicitudes probatorias señalar con precisión el contenido de cada prueba documental y quién la elaboró o suscribió, entre otros aspectos que permitan su identificación, no es menos cierto que su autenticidad es un asunto propio de la práctica probatoria, que se realiza en el juicio oral, escenario propicio para interrogar y contrainterrogar al testigo de acreditación a través del cual se pretende aducir la prueba documental, y con ello obtener el conocimiento de cara a determinar la autenticidad de los documentos que posteriormente serán valorados por el juez, en la sentencia, pues inclusive el inciso 2º del artículo 277 del CPP establece: *“La demostración de la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física no sometidos a cadena de custodia, estará a cargo de la parte que los presente”* siendo claro que, en atención al principio de libertad probatoria, no solamente a través de la cadena de custodia puede demostrarse la autenticidad de los documentos, sino mediante cualquier otra prueba legalmente allegada, lo cual ratifica que el tema de autenticidad es un asunto objeto de debate y demostración en el juicio oral; de ahí que la falta de acreditación de autenticidad no puede ser argumento para denegar las pruebas documentales, como lo hizo en este caso la judicatura, siendo claro que están identificados cada uno de los videos que se pretenden como prueba, de ahí que es procedente su admisión, así como el testimonio de Laura Valero, al ser pertinente, útil, necesario y conducente, porque es la investigadora que los recolectó y, por tanto, es testigo de acreditación de los mismos.

Se debe aclarar que aunque la defensa, con relación a los dos videos *“Doña María”* manifestó que son necesarios para dar cuenta de los momentos anteriores y concomitantes a los hechos, esto es una afirmación tan amplia y general que no es posible admitirlos para esos dos aspectos, en tanto le asiste razón —en este punto— a la primera instancia, pues ello podría generar una dilación injustificada de la actuación, al no haberse concretado los minutos o momentos exactos que se requieren, por ello se admitirán los videos, única y exclusivamente en lo atinente a la acreditación del momento exacto en el cual el menor salió de la Ferretería El Renolazo el día de los aconteciendo que se juzgan.

Con sustento en lo anterior habrá de modificarse la decisión de primera instancia, bajo el entendido de admitir a la defensa los dos videos llamados *“Doña María”* calle 63 con carrera 52 CDR 35, del 25 de febrero de 2021, y los identificados así: C2596C54,

098935A3, 32EBC350, B26138B7 y 7ED3E6E1 y, además, el testimonio de la investigadora Laura Valero —como testigo de acreditación de los mismos—

En mérito de lo expuesto la Sala Once de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín,

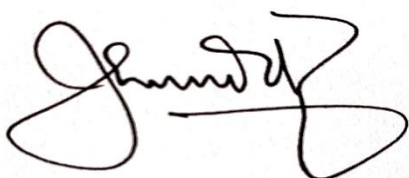
RESUELVE

PRIMERO MODIFICAR la decisión emitida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Itagüí, de inadmitir a la defensa unas solicitudes probatorias, para admitir a dicha parte, como prueba documental, dos videos llamados “Doña María” calle 63 con carrera 52 CDR 35, del día de los hechos objeto de juzgamiento y cinco videos identificados así: C2596C54, 098935A3, 32EBC350, B26138B7 y 7ED3E6E1, y el testimonio de la investigadora Laura Valero —como testigo de acreditación de los mismos—.

SEGUNDO CONFIRMAR las demás determinaciones de la providencia de primera instancia.

TERCERO Contra lo resuelto no procede recurso alguno, por tanto se ordena la devolución del expediente al juzgado de origen.

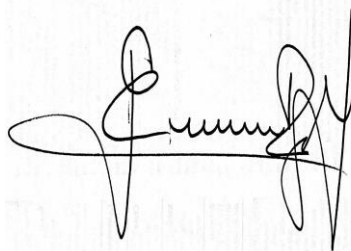
Notifíquese y cúmplase



JORGE ENRIQUE ORTIZ GÓMEZ
Magistrado



CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO
Magistrado



LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ
Magistrado