



Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto
Sala Penal

DECRETO PROBATORIO - Le corresponde a la parte interesada explicar la conducencia, pertinencia y utilidad de sus solicitudes tendientes al decreto de determinada prueba. / **PERTINENCIA** - Directa e Indirecta. / **PERTINENCIA** - Puede estar referida a la credibilidad de un testigo o cuando solo sirve para hacer más probable o menos probable uno de los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias. / **PREVALENCIA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR** - Protección de los Derechos Fundamentales y deber de las autoridades de garantizar su tutela. / **DECRETO PROBATORIO DE PRUEBA TESTIMONIAL** – Al ser pertinente, procede su práctica – Hay lugar al decreto de la práctica de la prueba solicitada por la defensa, consistente en el ingreso al juicio oral del testimonio de quien depondrá sobre aspectos que permitan controvertir la credibilidad de la víctima y hacer menos probable la teoría del caso de la Fiscalía, en tanto se ha acreditado su pertinencia y una vez establecido, en aras de la protección especial y prevalente de los derechos fundamentales de la víctima menor de edad, que los aspectos mencionados por la defensa no son invasivos de su intimidad. Sin embargo, lo anterior no descarta los controles que deban adelantarse durante la práctica probatoria respecto de que el testigo solo deberá brindar su conocimiento de acuerdo a su percepción directa e impedir que haga valoraciones sobre las que se requiera de prueba pericial y sobre la afectación de derechos fundamentales de la menor víctima./

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrada Ponente : Dra. Blanca Lidia Arellano Moreno
Proceso No. : 520016000485201503526
Número Interno : 14424
Procesado : HERM
Delito : Actos sexuales con menor de 14 años
agravado
Aprobado : Acta No. 20 del 21 de agosto de 2018

San Juan de Pasto, veintiocho (28) de agosto de dos mil
dieciocho (2018)

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Se pronuncia la Sala respecto al recurso de apelación interpuesto por la defensa que representa al señor **HERM**, contra el auto del 24 de noviembre de 2017 proferido en audiencia preparatoria por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pasto, a través del cual se negó el decreto de una prueba (No. 4), en el proceso que se surte en contra del

precitado, a quien la Fiscalía acusa de la comisión del delito de **Actos sexuales con menor de 14 años agravado**.

1. ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

El 24 de septiembre de 2015, la Fiscalía Quince Seccional de Pasto, presentó escrito de acusación en contra del señor **HERM**, por el delito de Actos sexuales con menor de 14 años agravado, tipificado en el Código Penal, Libro Segundo, Título IV “Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales” Capítulo Segundo “De los Actos Sexuales Abusivos”, artículo 209; bajo la circunstancia de agravación punitiva, prevista en el artículo 211 del C.P., conforme a hechos que tuvieron ocurrencia el día 31 de julio de 2015 y por los cuales se les atribuye su intervención en calidad de autor material.

El asunto fue asignado al Juzgado Primero Penal del Circuito de Pasto, despacho en el cual se adelantó la audiencia de formulación de acusación el 19 de noviembre de 2015.

Para continuar con el trámite, se convocó para audiencia preparatoria, el día 24 de noviembre de 2017, emitiéndose durante su desarrollo el auto a través del cual la señora Jueza negó para la defensa la práctica del testimonio del señor JV, decisión contra la cual la defensa interpuso recurso de apelación.

Para lo que interesa en la presente decisión, es menester recordar lo fundamental de la solicitud probatoria expuesta por el apoderado del acusado **HERM**, indicando como pertinencia que el señor JV, como estudiante de la Academia de música ..., quien coincidía con el horario de estudio de clases de la menor víctima, ya sea antes o después o al mismo tiempo, declarará sobre lo que escuchó de la menor acerca de manifestaciones de carácter fantasioso en cuanto a la realización de viajes al extranjero durante el fin de semana; también declarará sobre el tipo de prevención que tendría el procesado con la menor víctima en atención al comportamiento irreverente que ella mantenía en las clases, lo que puede aportar a partir de la percepción directa.

El tipo de manifestaciones fantasiosas atacan la credibilidad de la testigo aunque no el testimonio, que es algo diferente. Por otro lado se presentará un cuadro conductual con lo cual se haría menos viable la teoría del caso de la Fiscalía y se haría más robusta la teoría de la defensa que se enfoca a demostrar la inexistencia del hecho.

Ante dicha solicitud la Fiscalía manifestó su oposición por cuanto el señor JV no es una persona que tenga un conocimiento especial, de tipo pericial, ni tampoco se ha acreditado que posea formación psicológica o psiquiátrica para establecer si las manifestaciones de la menor son fantasiosas. Igualmente porque en relación a la prevención del procesado, el llamado a acreditar tal aspecto es él directamente y no a través de la apreciación de un tercero, y finalmente porque sobre los temas de horarios y dinámica de clases sería repetitivo.

En cuanto al representante de víctimas también presenta oposición porque el testigo no sería pertinente respecto de manifestaciones fantasiosas.

En el mismo sentido el Delegado del Ministerio Público se opone a la solicitud probatoria porque lo que se busca establecer es un cuadro conductual de la menor lo cual debe realizarse a través de un perito en psicología o psiquiatría.

2. DECISIÓN IMPUGNADA

La a quo, no accedió a la solicitud probatoria realizada por la defensa respecto del testigo JV, dada su impertinencia, por las siguientes razones:

En primer lugar, porque si se trata de hacer exposición de manifestaciones fantasiosas que tenía la menor, se torna en un testimonio de referencia y por tanto la defensa puede obviar el mismo y utilizar el contra interrogatorio para establecer este aspecto directamente a través de la menor presuntamente ofendida.

En segundo lugar, acerca del aspecto relacionado con la prevención del acusado para con la menor, el testigo no es quien conoce directamente sobre ello, la persona llamada a declarar sobre ello es el mismo procesado, aunque depende de su decisión de declarar y estrategia defensiva.

Finalmente, en lo que respecta al comportamiento irreverente de la menor no es objeto del juicio en el cual se

busca establecer si efectivamente existió una conducta punible y en el caso que así sea, determinar quién es el responsable de esa conducta, se trata de hechos ajenos a los que son objeto de la conducta punible. Además no se explica en forma concreta por qué resulta pertinente y de lo que se expone no se determina que contribuya de alguna manera a establecer en mayor o menor grado la teoría de la defensa o de la fiscalía.

3. SUSTENTACIÓN DE LA IMPUGNACIÓN

Señala la Defensa que existe una relación de conexidad de carácter circunstancial, entre los aspectos sobre los cuales declarará el testigo y los hechos de la acusación teniendo en cuenta que los actos abusivos se habrían repetido en varias ocasiones durante el mes, período en el que resulta importante conocer que el comportamiento de la menor era irreverente, y con base en ello poder establecer que es menos probable que una persona con dicho comportamiento sea víctima de este tipo de conductas, por lo cual resulta pertinente acreditar aspectos que el testigo haya conocido por haber compartido horarios de estudio.

Ahora en cuanto a las manifestaciones fantasiosas si bien no puede aducirse al contenido de dichas manifestaciones para evitar la contaminación en el conocimiento del juzgador, pero es importante explicar que con el testimonio del señor JV se busca confrontar directamente la credibilidad de la testigo víctima, teniendo en cuenta que compartía el horario de estudio con la menor, y pudo observar de manera directa acerca del comportamiento

irreverente de la menor víctima y las manifestaciones fantasiosas de la misma, aspectos que hacen menos probable la teoría del caso de la Fiscalía.

Por otro lado no se presenta al testigo para que haga valoraciones de carácter psicológico o psiquiátrico sobre los aspectos señalados, además que en virtud del principio de libertad probatoria es factible que una persona pueda apreciar cuando unas manifestaciones puedan ser fantasiosas o exóticas, como también puede observar si un comportamiento es irreverente, sin que para ello deba poseer un título científico, más cuando se ha tenido oportunidad de escuchar esas manifestaciones y de observar el comportamiento, que dieron lugar a la prevención por parte del acusado, señor HR, en cuanto al trato especial que tenía con la menor.

Aclara la defensa que no es factible probar el aspecto alegado a través del testimonio del señor R, toda vez que él ha renunciado al derecho de estar presente en el juicio y por ende la defensa no puede contrariar esta decisión, como quiera que esa defensa material le corresponde de manera exclusiva a él, resultando necesario valerse de otros medios de prueba como el que se solicita.

Asimismo, no se puede catalogar el testimonio del señor JV como una prueba de referencia, porque el estándar probatorio previsto en el artículo 381 no está dirigido hacia la carga probatoria de la defensa sino de la Fiscalía, es así como la norma establece que un prueba de este tipo no podrá fundamentar una sentencia de condena al no haber

inmediación y confrontación, lo que afecta derechos del acusado, por lo cual si se trata de quien podría sufrir el perjuicio que no es otra persona que el acusado la admisibilidad de la prueba no tendría ningún inconveniente.

Además, se debe aclarar que la prueba solicitada no se debe clasificar como referencial porque la prevención del acusado la observó el testigo de manera directa según su propia percepción, por lo que no decretar su práctica implicaría que se obligue al acusado a renunciar a su derecho a guardar silencio, lo cual escapa a las facultades de la defensa técnica.

De esa forma, invoca los artículos 375 y 376 del Código de Procedimiento Penal, para que se revoque la determinación de la primera instancia y se decrete el testimonio solicitado.

4. INTERVENCIÓN DE LOS NO APELANTES

4.1. Fiscalía:

Solicita que se confirme la decisión de la primera instancia, aclarando que las solicitudes probatorias que se realizan en la audiencia tienen un término de tipo preclusivo y no es el recurso de apelación el escenario en el que se faculte al peticionario para realizar una argumentación más extensa o complementar la que debió hacer en su respectivo momento, por lo cual no es de recibo alegar en esta etapa que el fundamento de la pertinencia sea generar mayor o menor credibilidad de la teoría del caso, que es un aspecto adicionado en la sustentación de la apelación.

Por otra parte se insiste en que las manifestaciones de tipo fantasioso y el comportamiento irreverente, debe realizarse a través de un experto, y el señor V o el mismo acusado no son las personas idóneas para ello. Ahora como la Fiscalía ha solicitado se decrete el testimonio de un perito adscrito a medicina legal, durante su práctica el señor defensor podrá acudir al contrainterrogatorio para absolver estos cuestionamientos.

4.2. Representación de Víctimas:

En concordancia a la decisión de primera instancia, indica que la práctica probatoria que se debate no puede ser pertinente para demostrar que la menor sea fantasiosa y de eso derivar que el testimonio que expuso sea al igual fantástico.

Tampoco está de acuerdo en lo concerniente a la condición comportamental o de rebeldía para determinar que la menor no fue víctima de un posible abuso sexual, por lo que se opone a la práctica del testimonio del señor JV.

4.3. Ministerio Público:

Considera que en segunda instancia se debe confirmar la decisión que tomó la Jueza, en tanto a negar la prueba solicitada por el señor defensor, teniendo en cuenta que las actuaciones son preclusivas y no es posible que la parte apelante incluya en esta instancia argumentaciones complementarias o distintas las cuales llevaran a justificar el decreto de la prueba que en su momento fue negado.

Igualmente cuando la defensa hace mención a la libertad probatoria, es oportuno aclarar que ese no es un instituto absoluto y por ende no es posible que los testigos que no son peritos opinen.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1 COMPETENCIA

La Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 numeral 1° de la Ley 906 de 2004, es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto por la defensa en contra de la decisión emitida el 24 de noviembre de 2017, por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pasto.

Se tiene en cuenta además que el tema a tratar tiene que ver con la negativa al decreto probatorio de una prueba testimonial, lo cual no merece ninguna discusión respecto a la procedencia del recurso de apelación y la competencia que le corresponde a esta Sala para estudiar de fondo el asunto, conforme se explica por la Corte Suprema de Justicia en decisión del 27 de julio de 2016 dentro del Radicado No. 47469 con ponencia del Magistrado Gustavo Enrique Malo Fernández.

5.2 PROBLEMA JURÍDICO

La Sala se ocupará de establecer si debe ser admitida la solicitud probatoria realizada por la defensa, para que se

recepcione en juicio, el testimonio del señor JV, quien hará referencia a aspectos que permitan controvertir la credibilidad de la víctima y hacer menos probable la teoría del caso de la Fiscalía.

5.3 FUNDAMENTOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES

El debate probatorio en la audiencia preparatoria gira en torno a la carga argumentativa que le corresponde a las partes para explicar la conducencia, pertinencia y utilidad de sus solicitudes tendientes al decreto de determinada prueba, sobre lo cual la CSJ de manera muy concreta en auto AP2399-2017 del 18 de abril de 2017, radicado 48965 explica lo siguiente:

“(v) Exigencias de conducencia, pertinencia, utilidad y racionalidad de la prueba, como presupuestos para la ordenación de su práctica

Esta Sala ha sostenido pacíficamente que la conducencia presupone que la prueba solicitada debe estar legalmente permitida como elemento demostrativo de la materialidad de la conducta objeto de investigación o de la responsabilidad del procesado.

La pertinencia, que guarde relación con los hechos objeto del debate, y que tenga, por tanto, aptitud suficiente para demostrar las circunstancias relativas a la comisión de la conducta punible investigada y sus consecuencias, así como sus posibles autores.

La racionalidad, que materialmente sea posible su práctica, dentro de las circunstancias específicas que demanda su realización. Y la utilidad, que tenga capacidad para demostrar o refutar la hipótesis fáctica planteada.”¹.

¹ CSJ SP, 3 de septiembre de 2014, radicado 43254.

Ahora bien, de cara a la petición que realiza la defensa que es la parte a la cual se niega la práctica de la prueba testimonial, fundamentada en el tema de pertinencia, la normativa que lo regula es el artículo 375 de la Ley 906 de 2004, que enuncia:

“El elemento material probatorio, la evidencia física y el medio de prueba deberán referirse, directa 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 sólo sirve para hacer más probable o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, o se refiere a la credibilidad de un testigo o de un perito.”

Al respecto se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia, en los siguientes términos:

*«Según lo expuesto, el estudio de pertinencia comprende dos aspectos perfectamente diferenciables aunque estén íntimamente relacionados: **la trascendencia del hecho que se pretende probar y la relación del medio de prueba con ese hecho.** La inadmisión de la prueba puede estar fundamentada en una u otra circunstancia, o en ambas. En efecto, es posible que una parte logre demostrar que un determinado medio de prueba tiene relación directa o indirecta con un hecho, pero se establezca que el hecho no haga parte del tema de prueba en ese proceso en particular (...)*

En un sistema de tendencia acusatoria como el regulado en la Ley 906 de 2004, la delimitación de la acusación está confiada íntegramente a la Fiscalía, y, en general, las hipótesis de hechos jurídicamente relevantes corren a cargo de las partes. Siendo esto así, son éstas las que están en capacidad de explicar en la audiencia preparatoria por qué un determinado medio de conocimiento se relaciona con los hechos que constituyen el tema de prueba, correspondiéndole al juez evaluar la razonabilidad de los argumentos expuestos y tomar las decisiones que correspondan (...)²»

² CSJ AP5785-2015, 30 sep. 2015, rad. 46153

Esa pertinencia puede ser directa o indirecta, resultando más exigente la sustentación por la última vía como así lo explica la Alta Corporación³:

“De esta manera, si el enunciado fáctico propuesto con la solicitud probatoria tiene directa relación con el hecho jurídicamente relevante atribuido en el pliego de cargos (ya sea para demostrar su existencia o inexistencia), es obvio que cualquier prueba de este tipo resultará importante para los fines del proceso.

Situación más difícil se produce cuando la proposición fáctica a la que alude el medio probatorio versa respecto de un hecho secundario o accesorio, del cual podrían derivarse consecuencias lógicas relativas a la situación fáctica imputada. En estos casos, a la parte interesada le corresponde argumentar suficientemente dicha relación o, lo que es lo mismo, establecer de manera razonable el criterio a partir del cual sea posible formular la inferencia que va del hecho secundario al que cuenta con trascendencia jurídica y necesita ser demostrado⁴.

Por su parte, el juez de conocimiento valorará la relevancia de la prueba solicitada en la audiencia preparatoria mediante un juicio preliminar e hipotético del enunciado fáctico planteado por la parte y su relación con el hecho por probar. Para ello, deberá presuponer, en principio, que la prueba tendrá un resultado positivo respecto del enunciado por determinar y de ahí abordará su trascendencia para efectos de verificar o refutar (o también para sumar o restar en términos de probabilidad) la verdad histórica de la imputación⁵.

Si un análisis de tal índole arroja resultados negativos, el juez podrá negar la práctica de la prueba por irrelevante o impertinente, una vez escuchados los argumentos del solicitante, así como los de la otra parte y demás intervinientes. En caso de duda, lo recomendable será decretar la prueba solicitada, tal como lo advierte la opinión dominante en la doctrina:

³ CSJ SP 8 jun. 2011, rad. 35130

⁴ Cf. Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, Editorial Trotta, Madrid, 2002, p. 365.

⁵ *Ibidem*, p. 366: “[...] se trata de establecer si el hecho sobre el que versa la prueba es apto para constituir un elemento de confirmación de la hipótesis referida al hecho jurídico”.

“Sólo cuando la no pertinencia sea indudable o evidente, porque es imposible que el hecho por probar pueda relacionarse directa o indirectamente con los de la causa, debe el juez rechazar o declarar inadmisibile la prueba; pero si existe alguna posibilidad, por remota que parezca, de que ese hecho tenga alguna relación y resulte de algún interés para la decisión del litigio o del asunto voluntario, es mejor decretar y practicar la prueba”⁶.

Más adelante y al comparar los principios del anterior sistema y el acusatorio, enuncia:

“En la Ley 906 de 2004, en cambio, el procesado no sólo tiene como garantía insoslayable la de “[s]olicitar, conocer y controvertir las pruebas”⁷, sino además la de “intervenir en su formación”⁸, pautas que “prevalecen sobre cualquier otra disposición”⁹ y deben ser “utilizadas como fundamento de interpretación”¹⁰.

2.4. En este orden de ideas, la Sala extrae de lo hasta ahora expuesto las siguientes conclusiones:

(i) El derecho fundamental a la prueba se desconoce cuando el funcionario judicial le impide o no le permite a la defensa practicar o incorporar a la actuación aquellos medios probatorios que sean cruciales para sus pretensiones o que, en todo caso, busquen “arrojar luz sobre los hechos”.

(ii) En el sistema de la Ley 906 de 2004, el principio de convalidación de los actos procesales no es determinante a la hora de establecer la vulneración del derecho a la prueba que le asiste al procesado.

(iii) La carga argumentativa a la hora de sustentar la relevancia de una prueba dependerá del enunciado fáctico que la parte quiera demostrar, de su relación (directa o indirecta) con el hecho principal imputado y de la hipótesis o teoría que al respecto pretenda plantear en el desarrollo del juicio.

Y (iv) el juez de conocimiento, por lo anterior, negará la práctica de la prueba cuando sea evidente su impertinencia,

⁶ Devis Echandía, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Temis, Bogotá, 2006, tomo primero, p. 328.

⁷ Literal j) del artículo 8 de la Ley 906 de 2004.

⁸ Artículo 15 ibídem.

⁹ Artículo 26 ibídem.

¹⁰ Ibídem.

una vez agotadas las cargas procesales y garantizado el contradictorio.”.

Establecido el anterior derrotero, resulta también relevante para el presente asunto, recordar lo que nuestro procedimiento penal exige se tenga en cuenta a la hora de practicar la prueba testimonial, para lo que el artículo 402, fija como regla que *“el testigo únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir”*, y agrega que de mediar controversia sobre la base del conocimiento que presenta el testigo podrá objetarse *“mediante el procedimiento de impugnación de credibilidad del testigo”*, cuyas pautas están reguladas en el artículo 403, indicando la Corte al respecto lo siguiente:

“Sobre esta temática, en varias oportunidades la Sala ha resaltado lo siguiente: (i) el derecho a la confrontación está previsto en los artículos 8 y 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establecen las garantías judiciales mínimas del procesado; (ii) ese derecho está previsto en las normas rectoras 8 y 16 de la Ley 906 de 2004 y fue desarrollado en los artículos 391 y siguientes –ídem-, que regulan el interrogatorio cruzado de testigos, así como en la reglamentación de la prueba de referencia; (iii) entre sus elementos estructurales se destaca la posibilidad de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo; y (iv) su materialización depende, en buena medida, de que el testigo esté disponible en el juicio oral, lo que explica por qué la admisión de prueba de referencia es excepcional y está sometida a las causales previstas en el artículo 438 (CSJAP 785, 30 Sep. 2015, Rad. 46153, entre muchas otras).

También ha señalado que la posibilidad de impugnar la credibilidad de los testigos es una de las características del nuevo sistema de enjuiciamiento criminal, para lo que las partes cuentan con prerrogativas como las siguientes: (i)

pueden formularle preguntas a los testigos de la contraparte a manera de “contrainterrogatorio”, lo que las faculta para hacer preguntas sugestivas; (ii) con tal propósito, están habilitadas para utilizar las declaraciones rendidas por los testigos por fuera del juicio oral (Artículos 347, 393 y 403); (iii) incluso pueden presentar pruebas de refutación, esto es, “evidencia externa” atinente a la credibilidad del declarante, como cuando, por ejemplo, el testigo niega haber estado en un sitio determinado o la existencia de una relación de enemistad con el procesado, y se ofrece el testimonio de un tercero, un documento o cualquier otro medio de prueba para demostrar esa circunstancia; y (iv) estas facultades encuentran su límite en los derechos de los testigos, tal y como sucede con la impugnación por “carácter o patrón de conducta en cuanto a la mendacidad”, a que alude el artículo 403, numeral 5° (CSJSP 606, 25 Ene. 2017, Rad. 44950 y CSJAP 690, 8 Feb. 2017, Rad. 49405, entre otras)”¹¹

Por otra parte, en atención a que una de las objeciones en la que hubo unanimidad de oposición por la Fiscalía, representación de víctimas y ministerio público, y que fue acogida por la judicatura de primera instancia, se relaciona con la falta de idoneidad del testigo para realizar valoraciones que serían propias del campo de la psicología o psiquiatría, es importante también incluir en nuestro plexo normativo, el artículo 405 de la Ley 906 de 2004, en el que efectivamente se hace la exigencia para que se acuda a la prueba pericial “cuando sea necesario efectuar valoraciones que requieran conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados”.

Finalmente, no es posible dejar de lado aquella normativa aplicable en casos como el que centra la atención de la Sala, en el que se encuentran en juego los derechos de una menor víctima y delitos que atentan contra la libertad,

¹¹ CSJ, SP 17660, 25 oct 2017, rad. 44819

integridad y formación sexuales, a través de la cual se propende por la protección especial y prevalente de sus derechos fundamentales. Claro ejemplo de ello se encuentra en el artículo 33 de la Ley 1098 de 2006, Código de Infancia y Adolescencia, que establece:

“Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a la intimidad personal, mediante la protección contra toda injerencia arbitraria o ilegal en su vida privada, la de su familia, domicilio y correspondencia. Así mismo, serán protegidos contra toda conducta, acción o circunstancia que afecte su dignidad”. (Negrilla fuera del texto original).

Por ello, en los casos que las víctimas de delitos sean menores de edad, en el artículo 192 de la misma ley se indica *“el funcionario judicial tendrá en cuenta los principios del interés superior del niño, prevalencia de sus derechos, protección integral y los derechos consagrados en los Convenios Internacionales ratificados por Colombia, en la Constitución Política y en esta ley”*

A su vez el artículo 193, ibídem, establece que:

“Con el fin de hacer efectivos los principios previstos en el artículo anterior y garantizar el restablecimiento de los derechos, en los procesos por delitos en los cuales sean víctimas los niños, las niñas y los adolescentes la autoridad judicial tendrá en cuenta los siguientes criterios específicos:

(...) 7. Pondrá especial atención para que en todas las diligencias en que intervengan niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos se les tenga en cuenta su opinión, su calidad de niños, se les respete su dignidad, intimidad y demás derechos consagrados en esta ley. Igualmente velará porque no se les estigmatice, ni se les generen nuevos daños con el desarrollo de proceso judicial de los responsables.”

Justamente en torno a la prevalencia del interés del menor, la protección de su intimidad y el deber de las autoridades de garantizar su tutela, la Corte Constitucional, así lo ha desarrollado a lo largo de su jurisprudencia:

“En ese orden, el interés superior del menor y la aplicación del principio pro infans deben sopesarse frente a otras garantías de los intervinientes, dando prelación a los primeros, dada su preponderancia constitucional y el estado de vulnerabilidad y debilidad manifiesta en la que se encuentran los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos atroces.”¹²

ESTUDIO DEL CASO

La defensa requiere que se ordene el testimonio del señor JV, para que deponga sobre tres puntos, el primero acerca de manifestaciones fantasiosas sobre viajes al exterior en fin de semana, que escuchó de la menor víctima cuando asistía a clases, el segundo relacionado con su comportamiento irreverente asumido hacia el acusado y finalmente la actitud prevenida de éste hacia ella. El objeto de dicha prueba lo centra en dos aspectos, por un lado pretende impugnar la credibilidad del testimonio de la menor víctima y por otro busca hacer más probable su teoría del caso y por ende menos probable la de la Fiscalía.

Al respecto, si bien la defensa no concretó qué aspecto iba dirigido hacia qué objeto, del contexto expuesto y aplicando el principio de caridad, es posible hacer una diferenciación que lleve a la Sala a la comprensión de las pretensiones probatorias, entendiendo entonces que lo

¹² C-177 de 2014.

relacionado con las manifestaciones fantasiosas está dirigido a atacar la credibilidad de la testigo y la referencia que se hace al comportamiento irreverente de la menor y prevención del acusado hacia ella, busca robustecer la teoría del caso defensiva.

Entonces, en cuanto al primer aspecto, su fundamento normativo se encuentra en el artículo 375 de la Ley 906 de 2004, cuando indica que la pertinencia puede estar también referida a *“la credibilidad de un testigo”*. Si bien el peticionario no especificó hacia qué ítem del artículo 403 de la Ley 906 de 2004, dirige el ataque, dada la justificación presentada, se puede entender que lo sería respecto del numeral 5° que se relaciona con el *“Carácter o patrón de conducta del testigo en cuanto a la mendacidad”*.

En esa línea, y dado que la testigo que se pretende impugnar es una menor de edad y además es la víctima, el estudio debe extremarse en la medida en que tal como lo explicó la jueza de primera instancia, el comportamiento de la menor no es el objeto de enjuiciamiento, a lo que se agrega además que se debe propender por la protección de sus derechos fundamentales especialmente el de intimidad, en los que no se debe realizar una injerencia que sea arbitraria o ilegal, de tal forma que se requiere establecer si los aspectos mencionados por la defensa y que si dirigen a atacar su credibilidad son o no invasivos de esa órbita que los operadores judiciales debemos proteger.

Sobre ello, encuentra la Sala que los relatos que la menor pudo realizar respecto de viajes al exterior en fin de

semana, no es un aspecto que pueda o al menos no se vislumbra por el momento que pueda afectar el derecho a la intimidad de la víctima u otro de carácter fundamental.

Ahora que si dichos relatos pueden ser o no fantasiosos y que esa calificación la pueda o no hacer cualquier persona o exigiría del apoyo de un perito, es un punto que se debe definir durante la práctica y valoración probatoria, lo que requerirá de los debidos controles de parte que deba adelantar la Fiscalía o de ser necesario el Ministerio Público, para según el contexto que se exponga por el testigo objetar cualquier valoración u opiniones que pudiera realizar, dado que no fue presentado como perito o como técnico o como experto, sino como estudiante de la misma academia a la cual asistía la víctima, a no ser que ocurra como lo expone la defensa, que no se requiera de un conocimiento especializado, en cuyo caso, será la dinámica probatoria la que aclare si el objetivo planteado es alcanzado o no, además porque según se expone en el fundamento jurisprudencial párrafos atrás citado, en relación al derecho de prueba del procesado, en caso de duda, se debe propender por ordenar la práctica probatoria.

Al respecto, cabe aclarar en punto de uno de los fundamentos de la a quo, que resulta equivocado calificar el testimonio del señor V como referencial, ya que según la sustentación de la defensa, su intervención se realizará conforme a los relatos que realizó la menor y que el testigo tuvo la oportunidad de escuchar de manera directa.

Ahora, en lo que concierne a los otros puntos de la base probatoria requerida por la defensa, se encuentra el trato que se prodigaban el acusado y la víctima, cuando se aduce que el primero asumía una actitud prevenida y que la segunda era irreverente; la Sala descarta de plano como atrás se explicó, que ello tenga alguna relación con la finalidad de impugnar credibilidad, por lo que se atiende la explicación dada por la defensa en cuando indica que se pretende presentar un cuadro conductual que haría menos viable la teoría del caso de la Fiscalía y se haría más robusta la teoría de la defensa que se enfoca a demostrar la inexistencia del hecho, a lo que agregó en la sustentación de la apelación, según su propia valoración, que una persona que asume ese comportamiento tiene menos posibilidades de ser víctima de un delito de tipo sexual.

Tal postura fue criticada por la Fiscalía y la representación de víctimas, en tanto que en su sentir, en la apelación se adicionaron elementos novedosos que no fueron expuestos al sustentar la pertinencia, conducencia y utilidad, y por ende no los tuvo en cuenta la *a quo*.

Es así como en la petición inicial se indicó por la defensa que el testimonio solicitado reforzaría su teoría del caso dirigida a demostrar la inexistencia del ilícito, y en la sustentación de la apelación trató de establecer una relación circunstancial con los hechos ya que se registra en la acusación que los actos abusivos se repitieron en varias

ocasiones por un período determinado de tiempo, durante el cual el testigo asistió también a clases, todo lo cual le permitiría establecer bases fácticas para reforzar parte de su estrategia defensiva encaminada a explicar que quien asume ese tipo de comportamiento tiene menos posibilidades de ser víctima de un delito de tipo sexual y por esa vía llegar a demostrar la inexistencia del ilícito.

Esta exposición, en verdad se presenta un tanto confusa, especialmente en lo concerniente a la apelación, sin embargo, es importante resaltar que la petición probatoria inicial por sí sola era suficiente para explicar la pertinencia, puesto que el artículo 375 de la Ley 906 de 2004, establece que esta también se fundamenta “*cuando solo sirve para hacer más probable o menos probable uno de los hechos o circunstancias*” relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, de lo que deviene que si la teoría del caso defensiva apunta hacia demostrar la inexistencia del hecho delictivo imputado y la prueba es un medio que le permitiría eventualmente llegar a esa finalidad, resulta pertinente.

Se aclara por la Sala, que no se pretende que desde ya se acepte como válida la regla que expone la defensa en cuanto a afirmar que un comportamiento irreverente hace que una persona esté menos expuesta a un abuso de tipo sexual, solo que no puede de entrada impedirse a la defensa acreditar uno de los fácticos que pueden contribuir a demostrar su posición, tampoco se trata de que el testigo realice una valoración de tal magnitud, pues solo podrá intervenir en los términos

previstos en el artículo 402 de la Ley 906 de 2004, lo que significa que deberá brindar su conocimiento de acuerdo a su percepción directa.

También es necesario, así como se adelantó en relación al primer punto de base probatorio, establecer si el trato entre el acusado y la víctima, puede resultar invasivo del derecho a la intimidad de la menor o afectar sus derechos fundamentales, y se encuentra que por el momento al tener como base de estudio simples hipótesis defensivas, no se evidencia una injerencia ilegal en ese sentido, pues se trata de llevar al juicio, o al menos eso es lo que se desprende de la solicitud probatoria, aspectos externos del contacto normal que se puede dar en cualquier relación entre un instructor y su aprendiz.

Es importante aclarar que si bien se dirigió otra oposición a la solicitud probatoria centrada en la falta de idoneidad del testigo para hacer valoraciones, porque no se trata de un perito, ello no tiene relación con los temas de pertinencia que se regulan en el artículo 375 de la Ley 906 de 2004, sino que giran más bien en torno a su conducencia, sobre lo cual resulta improcedente la inadmisión, en tanto que se trata de una prueba testimonial que se encuentra permitida en nuestra legislación, a lo que se une el principio de libertad probatoria fijado en el artículo 373 ibídem.

Con lo expuesto, se arriba a una resolución de la problemática formulada, en el sentido de decretar el

testimonio del señor JV, quien hará referencia a aspectos que permitan controvertir la credibilidad de la víctima y hacer menos probable la teoría del caso de la Fiscalía.

Lo anterior no descarta sin embargo los controles que deban adelantarse durante la práctica probatoria respecto de impedir que se hagan valoraciones sobre las que se requiera de prueba pericial y sobre la afectación de derechos fundamentales de la menor víctima.

Acorde con los planteamientos expuestos, en esta ocasión deberá la Corporación revocar la decisión emitida por la Jueza de primera instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la decisión materia del recurso de apelación y en su lugar ordenar el decreto de la práctica de la prueba solicitada por la defensa, consistente en el ingreso al juicio oral del testimonio del señor JV, de conformidad a las motivaciones expuestas en este proveído.

SEGUNDO: Devuélvase el expediente al Despacho de origen para que se continúe con el trámite legal correspondiente.

TERCERO: La presente decisión se notifica en estrados y se informa que contra la misma no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

BLANCA LIDIA ARELLANO MORENO

Magistrada

SILVIO CASTRILLÓN PAZ

Magistrado

MIGUEL ÁNGEL SÁNCHEZ ACOSTA

Secretario