



Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto
Sala Penal

DECRETO DE PRUEBAS – Su admisión depende de la acreditación de Pertinencia, Conducencia y Utilidad.

PERTINENCIA INDIRECTA – Si bien la prueba debe referirse directa o indirectamente a los hechos y 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 una evidencia cuando sirve para hacer más o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados.

DECRETO PROBATORIO DE PRUEBA DOCUMENTAL – Al ser pertinente, procede su práctica.

Hay lugar al decreto de la prueba documental solicitada por la defensa, en tanto cumplió con su carga argumentativa, presentando un sustento suficiente que permite establecer que la proposición fáctica a la que se alude respecto de los medios probatorios deprecados versan sobre hechos secundarios o accesorios, de los cuales podrían derivarse consecuencias relativas a la situación fáctica imputada; y al determinarse que el hecho que se pretende probar se relaciona de manera indirecta con los hechos del juicio, resulta ser pertinente.

PRUEBA DE REFERENCIA - Su admisibilidad es excepcional.

DECLARACIÓN DE MENOR ANTERIOR AL JUICIO ORAL – PRUEBA DE REFERENCIA - Admisibilidad de ingreso al juicio como prueba de referencia, en eventos relacionados con delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales.

DECLARACIÓN DE MENOR ANTERIOR AL JUICIO ORAL – PRUEBA DE REFERENCIA: Esta declaración puede ingresar al juicio oral como prueba de referencia, cuando no sea posible practicar la prueba en el juicio.

Establecido que lo que se pretende con la solicitud de una prueba que contiene la valoración psicológica de la menor, es que se tenga en cuenta lo dicho por esta, mas no, los análisis, atestaciones o conclusiones a los que llegaron los profesionales que la atendieron, lo cual constituye prueba de referencia, y que el testimonio de la menor fue decretado como prueba directa de cargo, no procede el decreto de la prueba de referencia solicitada, al presentarse la petición por parte de la defensa, de manera extemporánea por anticipación a la causa que le puede dar origen, siendo que su viabilidad depende de que no sea posible practicar la prueba en el juicio, desconociéndose en este momento, si la víctima comparecerá o no, o se pueda encontrar en una situación de disponibilidad relativa, o se retracte o se niegue a contestar el interrogatorio, etc.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrada Ponente : Dra. Blanca Lidia Arellano Moreno
Proceso No. : 520016099032-2016-00703-01 NI 18322
Número Interno : 18322
Procesado : EGCG
Delito : Acceso Carnal Abusivo Con Menor de 14 Años y Otros
Aprobado : Acta No. 10 de 19 de junio de 2020

San Juan de Pasto, dieciséis (16) de julio de dos mil veinte (2020)

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Se pronuncia la Sala respecto al recurso de apelación interpuesto por la defensa que representa al señor **EGCG**, contra el auto de 18 de junio de 2019 proferido en audiencia preparatoria por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pasto, a través del cual negó el decreto de unas pruebas (No. 1-2, 7, 9 y 14) en el proceso que se surte en contra del precitado, a quien la Fiscalía acusa de la comisión del delito de Acceso Carnal Abusivo Con Menor de 14 años y Otros.

1. ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Los hechos según el escrito de acusación se describen en lo relevante de la siguiente manera:

“La menor MCC, quien en la actualidad cuenta con 16 años, da a conocer que desde que tenía 5 años de edad, es decir aproximadamente en el año 2005, viene siendo víctima de una serie de vejámenes por parte de su padre el señor EGC, consistentes en actos sexuales como tocamientos en sus partes íntimas, besos, caricias en todo su cuerpo, masturbarse frente a la niña, eyacular sobre el cuerpo de la niña; y a partir del año 2011, es decir cuando la menor contaba con 11 años de edad y le llegó su primera menstruación, además de dichos actos, la accedió carnalmente, accesos que fueron vía oral,

anal y vaginal; hechos que se repitieron hasta los primeros meses del año 2013, cuando la menor aun contaba con 12 años de edad, época en la cual la menor se fue a vivir con su madre quien reside en el vecino país del Ecuador. Dice la adolescente que su padre para realizar los actos y accesos ejerció violencia psicológica y física sobre ella, consistentes en golpes y amenazas de atentar contra la madre de la menor y una tía, precisando que al principio su padre le manifestó que eso era normal entre padre e hija, como ella era tan pequeña no entendía muy bien lo que sucedía, no obstante con el paso del tiempo, aproximadamente a partir del año 2008 cuando la menor contaba con 8 años de edad, y ante la renuencia de la niña frente al comportamiento de su padre, éste comenzó a ejercer violencia sobre ella. Los hechos ocurrieron en las diferentes residencias que ocupó el señor C con su hija, en los barrios Maridiaz, Villa Vergel y San Juan de Dios, en la ciudad de Pasto, entre los años 2005 a 2013.

Se tiene como antecedente que la señora LMC, madre de la menor MCC, para las vacaciones de semana santa del año 2013 llevó a su hija a la República del Ecuador lugar donde ella vive, conforme se había acordado ante Bienestar Familiar con el padre de la niña EGC, quien ostentaba la custodia. Cuando llegó el momento en que la menor debía regresar a Colombia, le manifiesta a su madre que no quiere volver porque su padre la violentaba física, psicológica y sexualmente, razón por la cual la menor se queda viviendo en Ecuador, aclarando que ante las autoridades de ese país la señora M solicitó la protección necesaria para su hija. Toda vez que el señor CG instauró denuncia penal en contra de LMC por un presunto delito de Ejercicio Arbitrario de custodia de hijo menor de edad, razón por la cual la señora LM acude ante la Fiscalía y da a conocer todos los hechos de los que ha sido víctima la menor”.

Con base en estos hechos, el 30 de diciembre de 2016 la Fiscalía Veinte Seccional de Pasto, presentó escrito de acusación en contra del señor **EGCG**, por los delitos de: (i) Acto Sexual Con Menor de 14 Años Agravado, tipificado en el Código Penal, Libro Segundo, Título IV “Delitos contra la libertad, integridad y formación sexual” Capítulo Segundo “De los Actos Sexuales Abusivos”, artículo 209; bajo la circunstancia de agravación punitiva prevista en el artículo

211 del C.P., numeral 2, para los actos ejercidos entre el año 2005 y el 2008 (el responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza). (ii) Acto Sexual Violento, tipificado en el mismo Estatuto, Libro y Título, pero en el Capítulo Primero “De La Violación”, artículo 206; bajo las circunstancias de agravación contempladas en los numerales 4 (víctima menor de 14 años) y 5 (por ser el victimario padre de la víctima) del artículo 211 de C.P. (iii) Acceso Carnal Violento, tipificado en el mismo ordenamiento, en el Capítulo Primero “De La Violación”, artículo 205; bajo las mismas circunstancias de agravación del delito anterior. (iv) Incesto, consagrado en el mismo Estatuto, Libro Segundo, Título VI “Delitos Contra La Familia” Capítulo Quinto “Del Incesto”, artículo 237. Delitos todos estos por los cuales se le atribuye su intervención en calidad de autor a título de dolo.

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 23 de marzo de 2018.

Para continuar con el trámite, se convocó para audiencia preparatoria, el 17 de junio de 2019 y la continuación de la misma para el día siguiente (18 del mes y año indicado), donde finalmente se profirió el auto a través del cual la señora Jueza negó para la defensa la práctica de las pruebas que más adelante se mencionan, dando lugar a que se interpusiera el recurso de alzada.

Para lo que interesa en la presente decisión, es menester recordar lo fundamental de las solicitudes probatorias expuestas por el apoderado del acusado **EGCG**, las cuales fueron objeto de apelación y que ocupan ahora la atención de esta Sala de Decisión, así:

1.1. Pruebas documentales 1 y 2¹

La primera de estas se refiere al escrito firmado por el procesado adiado a 19 de junio de 2012, dirigido a Migración Colombia, a través del cual solicitó que se impida la salida del país de su hija M.C.C., y la segunda, al oficio UAEMS de 19 de julio de 2012, suscrito por el señor MOISÉS GARCÍA HIDALGO, Director Regional de Migración Colombia, atendiendo la solicitud anterior.

El togado justificó la pertinencia de estos documentos con la intención de demostrar ante la Judicatura que su representado llevaba buenas relaciones con su hija M.C.C.² y que se comportaba como un padre responsable quien quería impedir que la madre se lleve de manera arbitraria a la menor hacia Ecuador, esto debido a las dificultades que tenían como pareja, a la ruptura de la unión marital y por la nueva relación sentimental de ella en el país vecino.

Ante dicha solicitud la Fiscalía³ manifestó su oposición por impertinente, al no conocerse, de una parte, quién es el

¹ Audiencia preparatoria 18/06/2019. Record. 21.50.

² Los nombres de la menor no se registran en la decisión conforme a las exigencias de la Ley 1098 de 2006.

³ Audiencia preparatoria 18/06/2019. Record. 23.42.

testigo de acreditación que incorporaría dichos documentos, y por otra, que en el evento que así se considere, la persona idónea para incorporar los oficios sería el mismo procesado para refrescar memoria o impugnar credibilidad en audiencia de juicio oral, toda vez que dan cuenta de gestiones particulares en las que él como padre actuaba de manera responsable a efectos de evitar posibles inconvenientes con la nueva pareja sentimental de la madre de la menor afectada, es decir, que no pueden tenerse como prueba documental directa, sino como oficios de trámite.

El representante de víctimas⁴ también presentó oposición aduciendo que los documentos no resultan pertinentes al no tener relación con los hechos materia de investigación, pues del texto de los escritos no se advierte lo que ha señalado el señor defensor. Así indicó que de dichos documentos no se puede derivar la condición de padre responsable del acusado, sino que pone en conocimiento de Migración Colombia que la señora MCL contrajo una relación sentimental con otra persona en Ecuador, sin tener ningún inconveniente en afectar la familia y se queja que la señora lo sacó del apartamento, que por ende no dan cuenta de los hechos materia de investigación, sino de la ruptura de una relación sentimental.

1.2. Prueba documental No 7 valoración psicológica de la menor de 06 de agosto de 2012⁵

⁴ Audiencia preparatoria 18/06/2019. Record. 25.17.

⁵ Audiencia preparatoria 18/06/2019. Record. 52.05.

La prueba se relaciona con la valoración psicológica de la menor, dentro del trámite de solicitud de custodia (11 folios).

La pertinencia de la misma el abogado defensor la justificó con el fin de hacer ver que todo era normal, que nada sucedía, que la niña nunca dijo nada, dado que esa pudo ser su oportunidad, que nunca manifestó ningún resquemor con su padre, por el contrario, no quería estar con su madre, y prefería continuar viviendo con aquel.

Argumentó entonces, que lo anterior, demuestra que las relaciones eran correctas al ser manifestaciones propias de la menor realizadas para el tiempo previo al que se supone se suscitaban los abusos. Reveló que se trata de una entrevista psicológica, un documento público que sería incorporado por el investigador y que arroja elementos trascendentales para la propuesta central de la defensa de acreditar que los hechos no ocurrieron. Que al decretarse como prueba la valoración psicológica, se deja ver que conforme al artículo 375 del C.P.P., lo que se demuestra con esa historia, con esas narraciones, hace menos probable el acaecimiento de los hechos.

Finalmente, aclaró el defensor, que la prueba deprecada es una valoración psicológica dentro del proceso de solicitud de custodia por parte del ICBF, la cual fue realizada por el profesional responsable JORGE LUÍS RODRÍGUEZ, y que se incorporaría como un documento público.

Frente a la solicitud probatoria formulada por la defensa, el ente acusador⁶ manifestó su oposición indicando que al tratarse de una valoración psicológica en la que se pueden ventilar aspectos personales dados por el profesional y los amplios abordajes que hace respecto de la menor que incluyen la valoración del núcleo familiar, la entrevista y versión de la misma, así como también aspectos nutricionales, escolares y familiares; que en esa medida, el testigo de acreditación no sería la persona idónea para deponer específicamente dentro sus funciones como lo hubiese hecho el profesional Psicólogo adscrito al ICBF, pues no puede exponer qué tipo de aspectos pudo valorar directamente de la menor y qué información se aportó en esa oportunidad por parte del padre de familia.

Así explicó que una valoración psicológica trata temas muy delicados y aspectos íntimos de la menor y de su núcleo familiar, arguyendo entonces que el investigador FRANCO JESÚS ENRÍQUEZ HIDALGO no es la persona idónea para explicar respecto de los abordajes realizados, los cuales se encuentran consignados en el documento valoración psicológica de 06 de agosto de 2012.

A su turno, el representante de víctimas⁷ también presentó oposición a la solicitud probatoria elevada por parte del defensor, en atención a que cuando se pretende traer a colación un dictamen pericial de psicología al juicio es necesario que haya un testigo de acreditación que corresponda a la misma persona que elaboró el informe.

⁶ Audiencia preparatoria 18/06/2019. Record. 56.25.

⁷ Audiencia preparatoria 18/06/2019. Record. 58.09.

Manifestó que en este asunto, la valoración psicológica está a cargo de dos profesionales responsables, ELIANA PAOLA ARGOTE ARCINIEGAS y JORGE LUÍS RODRÍGUEZ, donde no solo se hace una valoración nutricional, ubicación de la familia de origen, perfil de vulnerabilidad, sino especialmente una valoración del estado de salud psicológico, de ahí que considera, de una parte, que no puede ser incorporado dicho documento a través del investigador privado de la defensa, por cuanto él no es el psicólogo que realizó o suscribió la valoración; y por otra, porque no puede incorporarse como si se tratara de un documento público, porque no se está frente a una conducta delictiva contra la administración pública, sino de aquellas que atentan contra la integridad sexual de menores.

1.3. Prueba documental No 9 valoración psicológica de la menor de 17 de diciembre de 2012⁸

La defensa precisó que la prueba ahora solicitada es otra valoración psicológica que mantiene la misma sustentación que había expuesto anteriormente, con la que se demuestra que la relación entre padre e hija era normal y que ella nunca hizo manifestación sobre comportamientos ilícitos por parte del procesado, siendo incluso esta otra de las oportunidades para poner en conocimiento si algo malo ocurría, por el contrario se mantenía el deseo de M.C.C. de seguir viviendo con su padre.

⁸ Audiencia preparatoria 18/06/2019. Record. 01.20.08.

Manifestó que la valoración psicológica fue elaborada por la profesional en la misma área ELIZABETH VILLOTA DELGADO, para enseguida aclarar que lo solicitado no es un perito, o su base de opinión pericial, como tampoco pretende hacer valoraciones psicológicas sobre la ofendida. Insistió en que es un documento público que de conformidad con la jurisprudencia ha sido admisible que se incorpore por las partes, que en ese orden, lo que persigue es que se pruebe el contenido del documento, pues dentro de él, nada se dijo sobre comportamientos ilícitos, lo cual hace menos probable la ocurrencia de los hechos, toda vez que la posición defensiva es de inocencia.

Por ello manifestó, que es viable que dicho documento sea incorporado por el investigador que fue quien ubicó los elementos documentales, sin dar explicación sobre su contenido, pero que se requiere su ingreso como documento público para que se verifique que nunca se denunciaron hechos ilícitos en contra de su defendido.

A su turno, la delegada de la Fiscalía⁹, refirió que se mantiene en su posición inicial, pues en tratándose de una valoración personal de una menor de edad afectada, en este caso, dentro de un proceso de restablecimiento de derechos en el cual se verificaba la custodia otorgada al padre de familia, arguyó que no hay persona más idónea que quien realizó la atención psicológica al interior del trámite, para que manifieste si en aquella oportunidad la menor estaba acompañada de su padre, quien le brindó la información, el

⁹ Audiencia preparatoria 18/06/2019. Record. 01.24.35.

estado anímico, emocional, la afectación que pudo llegar a tener producto de la separación de sus padres, que en tal sentido, solo el contenido del documento no brindará los suficientes elementos para determinar si es más o menos probable la teoría del caso de la Fiscalía o la defensa, pues al contrario generaría dudas sobre cuáles fueron los abordajes iniciales, el seguimiento que se le realizó a la menor y las conclusiones a las que llegó la profesional en data 17 de diciembre de 2012.

Al respecto, el representante de víctimas¹⁰ replicó que mantiene su postura en relación a la anterior prueba documental de entrevista psicológica, ya que si bien lo que pretende la defensa es que se incorpore el contenido de dicho documento, lo cierto es que la conclusión a la que llega la Psicóloga ELIZABEH VILLOTA DELGADO, que fue quien realizó la valoración, cuenta con muchas circunstancias que la rodearon. Entonces, si lo que se pretende es incorporar el documento a través del investigador FRANCO DE JESÚS ENRÍQUEZ HIDALGO, concluyó que no se podría obtener esa información dado que él no fue quien realizó la valoración psicología a M.C.C.

Así adujo que este tipo de valoraciones tienen que ser incorporadas por la persona que tuvo la oportunidad de realizarlas, porque es esa la posibilidad que da paso a formular la contradicción y así saber cómo se llegó a esa conclusión. Por ello, la argumentación vertida por la defensa no resulta suficiente para que se incorpore la prueba

¹⁰ Audiencia preparatoria 18/06/2019. Record. 01.26.28.

deprecada como un documento público por parte del investigador, pues él no tiene conocimientos en psicología, oponiéndose entonces a la solicitud probatoria formulada por la defensa.

1.4. Prueba documental No 14 para acreditar la existencia de un proceso de divorcio¹¹

Aclaró que a pesar de que la Fiscalía también pretende demostrar esta situación y así le fue decretada la prueba en su favor, lo solicitado en esta oportunidad tiene que ver con documentos que acreditan la existencia de un proceso de divorcio entre los padres de la menor.

Con el memorial de solicitud de pruebas de la Dra. MÓNICA LUCÍA ZARAMA VIVANCO, quien funge como representante de la madre de la menor, dirigido al Juzgado Primero de Familia de Pasto (4 folios), pretende denotar otro de los inconvenientes que se suscitan, pues se había dado una obligación alimentaria en contra de la madre de la menor, y estaba de presente un tema de divorcio el cual también la Fiscalía lo pretende demostrar. Enseguida manifestó que con lo solicitado se puede acreditar los ánimos de perjudicar a su defendido y la posibilidad de una alienación parental, si se asume la inocencia del mismo y que así se ha declarado.

Con esto, conforme lo establece el artículo 375 del C.P.P., dijo que pretende hacer menos probable la ocurrencia de los hechos dados los inconvenientes suscitados entre la

¹¹ Audiencia preparatoria 18/06/2019. Record. 01.50.26.

pareja y que la situación acusatoria a su defendido se presenta cuando la niña se encuentra en Ecuador.

A su turno, la Fiscalía¹² se opuso a la solicitud probatoria y mencionó que esos documentos en nada aportan al proceso penal, pues los mismos tienen que ver básicamente con el proceso de divorcio.

Indicó que si bien trata de demostrar los conflictos que existían entre los padres de la víctima, ese no es el medio idóneo para acreditar dicha circunstancia, lo ideal hubiese sido traer las pruebas que se hicieron valer al interior del proceso de divorcio mas no las que se solicitaron, pues no se conoce si fueron decretadas en su oportunidad, así decantó su oposición al no ser pertinente la solicitud probatoria.

Por su parte, la representación de víctimas¹³ comparte los argumentos de oposición vertidos por el ente acusador, ya que el documento al que hace alusión la defensa no guarda relación con lo normado en el artículo 375 del C.P.P. pues se trata de una solicitud elevada por una abogada dentro del proceso de divorcio contencioso No 2012-392 mas no sobre los resultados de esa práctica probatoria, es decir, que a partir de una solicitud no se puede encaminar la teoría del caso de la defensa sobre una eventual alienación parental.

Así consideró que por impertinente de la prueba solicitada, no debe ser decretada.

¹² Audiencia preparatoria 18/06/2019. Record. 01.53.37

¹³ Audiencia preparatoria 18/06/2019. Record 01.54.51

2. DECISIÓN IMPUGNADA

La *A Quo* no accedió a las solicitudes probatorias formuladas por la defensa que se enlistaron en el acápite anterior, por las razones que a continuación se exponen:

2.1. Pruebas documentales 1 y 2¹⁴

La Jueza de primer nivel hizo un recuento de la solicitud documental deprecada y al respecto dijo que, el oficio de 19 de junio de 2012 suscrito por el procesado y su correspondiente contestación, resultan impertinentes al no tener relación directa con los presuntos actos de abuso sexual que se están juzgando.

Así consideró, conforme a los argumentos vertidos por el señor representante de víctimas, que el oficio suscrito por el señor CG a efectos de que se impida que la menor saliera del país, tenía como finalidad, de alguna manera, prejuzgar la conducta de LMC por haber afectado la familia, haber dado por terminada la relación sentimental con el hoy acusado y haber iniciado una nueva con otra persona.

Concluyó diciendo que este tipo de juicios ponen en desventaja a la solicitante, en este caso a la madre de la menor, pues se la está juzgando o castigando por haber roto el vínculo matrimonial, que en esa medida, en esta contienda, no interesa conocer cuáles fueron las razones que dieron

¹⁴ Audiencia preparatoria 18/06/2019. Record. 27.27.

lugar a la ruptura de esa relación de pareja ni quien fue el responsable de ello.

Con todo, resolvió no decretar las pruebas documentales identificadas con los números 1 (oficio de 19 de junio de 2012 suscrito por el procesado) y 2 (oficio UAEMC de 19 de julio de 2012 suscrito por MOISÉS GARCÍA HIDALGO, en su calidad de Director Regional de Migración Colombia) al no aportar ninguna claridad a los hechos.

2.2. Prueba documental No 7 valoración psicológica de la menor de 06 de agosto de 2012¹⁵

La *A Quo* se refirió a la solicitud documental consistente en la valoración psicológica que se realizó a la menor dentro del trámite de custodia en el ICBF, la cual está suscrita por el señor JORGE LUÍS RODRÍGUEZ y la señora ELIANA ARGOTE ARCINIEGAS, exponiendo sobre la misma que le asiste absoluta razón a la representación de víctimas y a la Fiscalía en el sentido que el testigo de acreditación frente a este documento no puede ser el investigador privado de la defensa señor FRANCO JESÚS ENRÍQUEZ HIDALDO, como quiera que lo que trata de demostrar la defensa es que para la época en que se realizó la valoración, la menor no presentaba ninguna afectación de tipo psicológico atribuible a los presuntos hechos de abuso sexual.

En consecuencia de lo expuesto, consideró que el testigo de acreditación no es la persona idónea para enfrentar y presentar la valoración psicológica, pues nada tendría que

¹⁵ Audiencia preparatoria 18/06/2019. Record. 01.01.55

aportar respecto a las razones y explicaciones que debería dar sobre los conceptos que aparecen en la misma.

Ante tales circunstancias precisó que la defensa debió llamar como testigo a los señores JORGE LUÍS RODRÍGUEZ y a la señora ELIANA ARGOTE ARCINIEGAS, ya que ellos fueron quienes realizaron la valoración psicológica y nutricional, respectivamente, y que por esa misma razón, tienen el conocimiento al practicar directamente la prueba a efecto de salvaguardar el principio de contradicción y confrontación en este caso.

Con todo, concluyó que la prueba deprecada no es pertinente en los términos que lo solicita la defensa, porque vulneraría los derechos de defensa de la contraparte y también porque desconoce el inciso final del artículo 415 del Estatuto de Procedimiento Penal, que hace relación a que ninguna base de opinión pericial puede entrar al juicio oral sin que se haya llamado directamente al perito que lo haya emitido.

2.3. Prueba documental No 9 valoración psicológica de la menor de 17 de diciembre de 2012¹⁶

El Despacho de instancia, no decretó la prueba solicitada, con fundamento en los mismos argumentos que sirvieron para sustentar el no decreto de que ingrese como prueba documental la valoración psicológica realizada por JORGE LUÍS RODRÍGUEZ y ELIANA ARGOTE ARCINIEGAS.

¹⁶ Audiencia preparatoria 18/06/2019. Record. 01.28.23.

Aclaró que, cuando la defensa indica que su deseo es que se pruebe el contenido de los documentos, en forma indirecta, lo que en realidad está solicitando es que se admita como veraz, sin más; pues al no ser citada la persona que realizó la valoración, la Fiscalía no tendría la oportunidad de ejercer el contradictorio que le corresponde, pues una cosa es la presunción de autenticidad de los documentos públicos y otra es la presunción legal, misma que puede ser desvirtuada.

Por las razones expuestas, consideró que la prueba solicitada carece de pertinencia, en razón de que lo que busca probar a través de la introducción de la misma, parte de la presunción de documento público, afirmando así que para la fecha en que se realizaron las valoraciones la menor no había sido objeto de ninguna conducta de abuso sexual.

Al respecto puntualizó que la defensa pudo solicitar que se llame al testigo directo a quien si se le pudo haber preguntado las razones por las cuales llegó a determinadas conclusiones.

2.4. Prueba documental No 14 para acreditar la existencia de un proceso de divorcio ¹⁷

La Jueza de instancia, frente a la solicitud elevada por la defensa para que se incorpore como prueba el oficio suscrito por la abogada MÓNICA LUCÍA ZARAMA VIVANCO, el cual estaba dirigido al Juzgado Primero de Familia de Pasto en trámite del proceso de divorcio de los padres de la menor,

¹⁷ Audiencia preparatoria 18/06/2019. Record. 01.55.55.

consideró que el memorial de pruebas que se presentó ante dicho Despacho no resulta pertinente para demostrar lo que se pretende, es decir, el ánimo o intención de perjudicar al acusado en razón de que ya se le había demandado por unos alimentos y también porque había perdido la custodia de la menor.

Indicó que en la solicitud de pruebas dirigida al Juzgado de Familia, se pide una lista de determinadas probanzas, lo cual en nada puede ayudar a demostrar lo pretendido por la defensa.

Adujo que si la finalidad de la prueba era demostrar la intención de perjudicar al procesado, debió ahondarse más en la solicitud y haber verificado cuál era en sí la prueba de la cual se puede desprender la consecuencia que se busca con la solicitud probatoria, determinando si dichas pruebas fueron o no decretadas por parte del Juzgado Primero de Familia de Pasto.

De esta manera aseveró que la pertinencia no fue acreditada, toda vez que, no se sabe cuál es la prueba ni en qué consistía la solicitud en sí, dijo que no se pudo determinar que haya existido un ánimo de perjudicar al acusado por parte de la señora LMC y que ese sea el fundamento de la acusación por el presunto delito de abuso sexual. De otra parte, adujo, que la defensa no determinó concretamente con qué prueba pretende demostrar lo que manifestó, pues solo hace la enunciación del memorial sin especificar cuáles eran las pruebas que se solicitaban

impidiendo a la Judicatura determinar si alguna de las que allí se enumeraban podían lograr el objetivo de la defensa.

Por todo lo expuesto, negó la solicitud.

3. SUSTENTACIÓN DE LA IMPUGNACIÓN

El defensor del procesado, ante la negativa de la *A Quo* a decretar las solicitudes antes indicadas, interpuso la alzada bajo los siguientes argumentos:

3.1. Pruebas documentales 1 y 2¹⁸

Señaló la defensa que los elementos serían incorporados por el investigador FRANCO JESÚS ENRÍQUEZ HIDALGO, como único testigo de acreditación, adujo también que no se le puede exigir el aporte de elementos probatorios directos relacionados con el abuso, ya que ello le corresponde al ente investigador o a la representación de las víctimas.

El objetivo de la defensa es demostrar que el abuso sexual no tuvo ocurrencia, partiendo de la idea de que su defendido se declara inocente ante la falta de asistencia a las audiencias. Por ello trae a colación elementos probatorios que hace menos probable la ocurrencia de los hechos que se investigan.

Con ese preámbulo, refirió que el procesado con el mentado oficio buscaba impedir que su hija saliera del país,

¹⁸ Audiencia preparatoria 18/06/2019. Record. 32.50.

denotando de esa manera su rol de padre responsable, dadas las circunstancias acontecidas con la madre de la menor, por eso logra que a través de su solicitud se prohíba su salida. También argumentó que al demostrar que había una buena relación entre padre e hija, dada su convivencia, pretende hacer menos probable la ocurrencia de los hechos endilgados y como consecuencia de ello la inocencia del procesado, pidiendo de esa manera el decreto de las pruebas solicitadas.

3.2. Prueba documental No 7 valoración psicológica de la menor de 06 de agosto de 2012¹⁹

Inició por explicar, que al parecer, no se entendió el objeto de la prueba, bajo el entendido que no está solicitando que se tenga en cuenta la valoración psicológica, ni el decreto del testimonio del perito que la adelantó, ni su base de opinión pericial. Se trata de un documento público, con el cual la defensa pretende demostrar que, dentro del trámite de solicitud de custodia, la menor nunca dijo nada ni acusó a su padre y que si algo extraño hubiese existido, ese era el momento oportuno para hacerlo conocer.

Agregó que dentro del documento se rescata que la menor no quería ir con su madre, por el contrario, su deseo era seguir viviendo con el padre, razón por la cual puede incorporarse por el investigador privado FRANCO ENRÍQUEZ.

Alegó que de conformidad con el artículo 375 del C.P.P., con la valoración psicológica pretende demostrar que es menos probable la ocurrencia de los hechos, que en tal

¹⁹ Audiencia preparatoria 18/06/2019. Record. Record. 1.06.20

sentido, el investigador, al ser acreditado como tal, no tiene el deber de realizar ninguna valoración y que por ende no se reclama de él ningún tipo de conocimientos técnicos, de esa manera no va a tener que expresar cuáles medios se utilizaron para realizar las valoraciones.

En síntesis dijo, que la finalidad de la prueba es observar que en esa valoración psicológica la menor nunca relacionó hechos delictivos en contra de su padre, con todo ello argumentó que la prueba solicitada es pertinente.

3.3. Prueba documental No 9 valoración psicológica de la menor de 17 de diciembre de 2012²⁰

Inconforme con la decisión adoptada por la Jueza de instancia, el apoderado judicial del procesado presentó apelación expresando que se trata de la misma argumentación expuesta para la anterior prueba.

Indicó que de asumirse la postura del Despacho, Fiscalía y representación de víctimas, de qué manera la defensa hubiese podido pedir el testimonio de ELIZABETH VILLOTA DELGADO, quien es la psicóloga que realizó la valoración, pues no es testigo directo, tampoco podría llamarla como testigo de oídas, no es de referencia, no es perito porque no puede llevarla al juicio a rendir un dictamen pericial, pues se hubiese requerido la valoración de la menor. De esa forma insistió en que se trata de llevar a juicio, un documento

²⁰ Audiencia preparatoria 18/06/2019. Record. 01.33.38.

público que reposa en un trámite administrativo, que goza de presunción de autenticidad.

Añadió que tanto a la Fiscalía como a la representación de víctimas no se les impide la posibilidad de discutir su autenticidad en el momento en que sea incorporado o cuando se realice el análisis probatorio sobre el mismo en la audiencia de juzgamiento.

Refirió que el contenido de la valoración psicológica no impide el contradictorio, pues para ello se hace el descubrimiento, teniendo en consecuencia el ente acusador y la representación de víctimas la posibilidad de discutirlo, incluso a través de otros medios probatorios.

Reiteró que con el documento la defensa pretende demostrar que en el trámite administrativo de custodia, siendo esta su segunda entrevista, la menor nunca dijo ni expresó nada, por el contrario prefería seguir viviendo con el padre ante la solicitud de custodia iniciada, situación que a su juicio hace menos probable la ocurrencia de los hechos, con lo cual pretende demostrar que su prohijado no es responsable de los delitos denunciados.

Así solicitó que esta Colegiatura revoque la decisión de instancia, y en su lugar, acepte la incorporación del documento público solicitado a través del investigador antes mencionado.

3.4. Prueba documental No 14 para acreditar la existencia de un proceso de divorcio²¹

Manifestó que acudiendo al principio de libertad probatoria no se puede exigir una forma especial para demostrar un hecho concreto.

Agregó que con el memorial de solicitud de pruebas por parte de la Dra. MÓNICA LUCÍA ZARAMA VIVANCO ante el Juzgado Primero de Familia, pretende demostrar que existió un proceso de divorcio, que bien pudo haber traído una certificación o todo el proceso, lo cual resulta importante para la defensa, pues se ha indicado que existen inconvenientes como el proceso de custodia, haber tenido una obligación alimentaria por parte de la señora madre de la menor, que han existido dificultades alrededor de la crianza de la niña, para finalmente discutir el tema de una posible alienación parental, que en esa medida, no son hechos aislados si se analiza el contexto y que por ende el documento resulta pertinente, pues hace menos probable la ocurrencia de los hechos, por ende solicitó se revoque la decisión, y en su lugar, se decrete la prueba.

4. INTERVENCIÓN DE LOS NO APELANTES

4.1. La Fiscalía

4.1.1. Pruebas documentales 1 y 2²²

²¹ Audiencia preparatoria 18/06/2019. Record. 02.03.12.

²² Audiencia preparatoria 18/06/2019. Record. 36.04.

Decidió no hacer ninguna manifestación en relación a decisión adoptada por la Jueza de primer nivel en cuanto a la negativa de las pruebas documentales 1 y 2.

4.1.2. Prueba documental No 7 valoración psicológica de la menor de 06 de agosto de 2012²³

El ente investigador solicitó se confirme la decisión adoptada por la Jueza de conocimiento, bajo el entendido que no hay persona más idónea que el profesional en psicología que realizó la valoración a la menor en ese momento, para que él, con la observación, contacto e información que obtuvo de manera directa de ella y del padre de familia, pueda demostrar si para esa fecha existía alguna afectación emocional o alguna irregularidad al interior de la familia conformada por el padre y la niña, o si por el contrario se establecían algunas situaciones que pudiesen generar alguna sospecha en cuanto al comportamiento que existía entre ellos.

Así las cosas, la Fiscalía no podría controvertir o realizar un contrainterrogatorio directo al testigo de acreditación señor FRANCO JESÚS ENRÍQUEZ HIDALGO, máxime cuando se lo ha determinado como un documento público, pues no podría hacerle preguntas sobre las conclusiones y si efectivamente la menor tenía o no alguna afectación emocional.

Por ello solicita que se confirme la decisión adoptada por la funcionaria judicial.

²³ Audiencia preparatoria 18/06/2019. Record. 01.11.18.

4.1.3. Prueba documental No 9 valoración psicológica de la menor de 17 de diciembre de 2012²⁴

Solicitó a esta Corporación que se confirme la decisión proferida por el Despacho de primera línea, dado que se está frente a una solicitud probatoria que carece de pertinencia, como quiera que se pretende incorporar una valoración psicológica a través de una persona que no es idónea para demostrar aspectos fundamentales referente al estado mental de la menor u otra situación de la presunta víctima de abuso sexual.

En ese sentido, el contenido de dicho documento no dará luces sobre si ocurrió o no el hecho, es decir, si es más probable o menos probable el acaecimiento del hecho delictivo, como sí lo podría hacer la profesional que realizó la valoración a efectos de determinar si la menor presentaba algún tipo de posible manipulación o situación emocional que le hubiese impedido demostrar cuál era su situación para esa data o si por el contrario se encontraba en un estado de comodidad frente a su grupo familiar.

Concluyó entonces que la incorporación del documento por sí solo, a través del investigador, no determina la responsabilidad o no del acusado.

4.1.4. Prueba documental No 14 para acreditar la existencia de un proceso de divorcio²⁵

²⁴ Audiencia preparatoria 18/06/2019. Record. 01.40.14

²⁵ Audiencia preparatoria 18/06/2019. Record. 02.06.54.

La Delegada de la Fiscalía solicita se mantenga la decisión adoptada por la Jueza de conocimiento, dado que se trata de determinar si un oficio mediante el cual se solicita se decreten unas pruebas dentro de un proceso de divorcio respecto del cual no se tiene conocimiento en que terminó, es la prueba idónea para determinar si efectivamente el proceso sucedió o no.

Indicó que como lo expuso el señor defensor, bien pudo traerse la sentencia que era el medio más idóneo para demostrar la existencia del divorcio o una certificación emanada por parte del Juzgado. En esa medida la solicitud de pruebas puede determinar que existe un proceso de divorcio, pero no aporta ningún elemento de juicio respecto de la existencia de una alienación parental.

Concluyó entonces que este no es el medio idóneo para acreditar lo que se quiere en el juicio oral por parte del señor defensor.

4.2. Representación de Víctimas

4.2.1. Pruebas documentales 1 y 2²⁶

Solicitó que se confirme la decisión del Despacho de primer nivel, en la medida que no obstante lo términos empleados para sustentar la apelación, los mismos no desnaturalizan la decisión adoptada, ya que si bien el señor

²⁶ Audiencia preparatoria 18/06/2019. Record. 36.13.

defensor está llamado para llevar a juicio los elementos materiales probatorios que pudieran indicar que no hubo un abuso sexual en contra de una menor de edad, empero, los dos documentos referidos, no hacen menos probable la ocurrencia de los hechos como se pretende argumentar, de ahí que considera que la prueba resulta impertinente y que incluso puede llegar a ser ilegal pues se está haciendo referencia a la privacidad y el comportamiento de una mujer (madre de la menor).

Adicionalmente mencionó, que si lo que se quiere es hacer ver como padre responsable al acusado, para ello ya se decretaron los testimonios de la señora LVCG y GSCG, quienes van a dar cuenta de la buena relación de padre a hija. Entonces la solicitud probatoria se torna en un elemento de convicción de carácter repetitivo, de esta manera solicitó a la Sala Penal de esta Corporación que confirme la decisión del Juzgado de instancia.

4.2.2. Prueba documental No 7 valoración psicológica de la menor de 06 de agosto de 2012²⁷

La representación de víctimas solicitó se confirme la decisión adoptada por el Despacho de instancia, a través de la cual se denegó la prueba solicitada por la defensa respecto de la valoración psicológica realizada a la menor, iteró en que no puede ser de recibo la argumentación vertida por la defensa, pues se estaría desequilibrando el contradictorio, ya que el investigador con quien se pretende incorporar dicho documento, no podrá explicar por qué se llegó a dichas

²⁷ Audiencia preparatoria 18/06/2019. Record. 01.13.08.

conclusiones en aquella oportunidad por parte del ICBF, de ahí que los únicos habilitados para realizar las explicaciones correspondientes son los profesionales que participaron en la valoración de M.C.C.

4.2.3. Prueba documental No 9 valoración psicológica de la menor de 17 de diciembre de 2012²⁸

En su intervención, solicitó se confirme la decisión adoptada por el Juzgado de instancia, a través de la cual denegó la prueba relacionada con la valoración psicológica postulada por el apoderado del procesado.

En cuanto a la argumentación presentada por el señor defensor en relación a la importancia del documento para que sea incorporado al juicio, censuró el por qué no se lo ingresó por la persona que suscribió la valoración psicológica, es decir, por la Dra. ELIZABETH VILLOTA DELGADO.

Frente a las elucubraciones de que es un documento público como tal, consideró que se debe tener en cuenta que en el mismo, en la parte final hay un epígrafe denominado “concepto final”, esto es, que la psicóloga adscrita al ICBF tuvo que realizar, necesariamente, una entrevista con la menor para llegar a una conclusión.

Agregó que la profesional en psicología es un testigo directo, porque tuvo la oportunidad de verificar el estado en el

²⁸ Audiencia preparatoria 18/06/2019. Record. 01.42.00.

que se encontraba M.C.C. al momento de hacerle el correspondiente examen.

De otra parte mencionó, que nadie ha puesto en tela de juicio la autenticidad del documento, pero precisó que ello no es el punto de discusión, que la pugna gravita en que no puede incorporarse al juicio a través de un investigador criminalístico de carácter privado que permita la confrontación por parte de Fiscalía en un conainterrogatorio, pues lo único que haría es leer el documento, sin dar a conocer las circunstancias que rodearon el concepto final emanado por la profesional en psicología en mención.

4.2.4. Prueba documental No 14 para acreditar la existencia de un proceso de divorcio²⁹

Solicitó que se confirme la decisión adoptada por la *A Quo*, al considerar que razón le asiste pues el oficio de 18 de abril de 2013 es impertinente y no se ciñe al artículo 375 del C.P.P.

Advirtió que ha cambiado la argumentación presentada por la defensa, pues inicialmente adujo que a partir de ese documento empezaría a probar que se quería causar perjuicio a su representado, pero ahora, lo que expone en el recurso de apelación es demostrar que existía un proceso de divorcio. Preciso que ninguna de las dos circunstancias se pueden derivar del documento que se ha descubierto por la defensa, no solo porque la existencia del proceso no puede ser

²⁹ Audiencia preparatoria 18/06/2019. Record. 02.08.19.

demostrado únicamente por la solicitud de pruebas realizada por la Dra. MÓNICA LUCÍA ZARAMA VIVANCO, sino porque de él no se puede derivar una posible alienación parental, en síntesis se trata de una solicitud probatoria de la cual no se conoce si se concretó o no, por ello considera que la solicitud probatoria es impertinente, pues en su lugar, se pudo aportar la demanda correspondiente o la sentencia que ponía fin a dicho proceso.

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 18 de junio de 2019, 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 de cuatro pruebas (No. 1-2, 7, 9 y 14), 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 los siguientes problemas jurídicos:

- En relación a las pruebas documentales 1 y 2 solicitadas por la defensa, referentes al oficio firmado por el procesado de data 19 de junio de 2012, dirigido a Migración Colombia, a través del cual solicitó que se impida la salida del país de su hija M.C.C., y al oficio UAEMS de 19 de julio de 2012, suscrito por el señor MOISÉS GARCÍA HIDALGO, Director Regional de Migración Colombia, se determinará si las mismas cumplen los requisitos de pertinencia según el sustento expuesto por la parte requirente.
- Se determinará si las valoraciones psicológicas de la menor de 06 de agosto de 2012 y 17 de diciembre de 2012, en los términos expuestos por la defensa para su decreto constituyen prueba documental o de referencia. Dependiendo de la respuesta a dicho cuestionamiento se establecerá si es dable su decreto.
- En relación a la prueba documental No 14, para acreditar la existencia de un proceso de divorcio, se determinará si la misma cumple con el requisito de pertinencia según el sustento expuesto por la parte requirente.

5.3 FUNDAMENTOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES

5.3.1 La conducencia, pertinencia y utilidad de las pruebas

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 de 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.”³⁰.

Ahora bien, de cara a las peticiones que realiza la defensa que es la parte a la cual se le negaron las solicitudes probatorias, 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

³⁰ CSJ SP, 3 de septiembre de 2014, radicado 43254.

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 (...)³¹»

Esa pertinencia puede ser directa o indirecta, resultando más exigente la sustentación por la última vía como así lo explica la Alta Corporación³²:

“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

³¹ CSJ AP5785-2015, 30 sep. 2015, rad. 46153

³² CSJ SP 8 jun. 2011, rad. 35130

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 demostrado³³.

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 imputación³⁴.

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:

“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”³⁵.

³³ Cf. Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, Editorial Trotta, Madrid, 2002, p. 365.

³⁴ *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”.

³⁵ Devis Echandía, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Temis, Bogotá, 2006, tomo primero, p. 328.

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”³⁶, sino además la de “intervenir en su formación”³⁷, pautas que “prevalecen sobre cualquier otra disposición”³⁸ y deben ser “utilizadas como fundamento de interpretación”³⁹.

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, 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,

³⁶ Literal j) del artículo 8 de la Ley 906 de 2004.

³⁷ Artículo 15 ibídem.

³⁸ Artículo 26 ibídem.

³⁹ Ibídem.

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 5º (CSJSP 606, 25 Ene. 2017, Rad. 44950 y CSJAP 690, 8 Feb. 2017, Rad. 49405, entre otras)”⁴⁰

Por otra parte, en atención a que una de las objeciones en la que hubo unanimidad de oposición por la Fiscalía y representación de víctimas, y que fue acogida por la judicatura de primera instancia, se relaciona con la falta de idoneidad del investigador FRANCO DE JESÚS ENRÍQUEZ HIDALGO para introducir las pruebas No 7 y 9 y del mismo modo realizar valoraciones que serían propias del campo de la psicología, es importante también incluir en nuestro plexo normativo, el artículo 415 de la Ley 906 de 2004, en el que se indica que:

“Toda declaración de perito deberá estar precedida de un informe resumido en donde se exprese la base de la opinión pedida por la parte que propuso la práctica de la prueba. Dicho informe deberá ser puesto en conocimiento de las demás partes al menos con cinco (5) días de anticipación a la celebración de la audiencia pública en donde se recepcionará la peritación, sin perjuicio de lo establecido en este código sobre el descubrimiento de la prueba.

En ningún caso, el informe de que trata este artículo será admisible como evidencia, si el perito no declara oralmente en el juicio. (subrayado por fuera del texto original).

⁴⁰ CSJ, SP 17660, 25 oct 2017, rad. 44819

5.3.2 Derechos de los menores víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexual

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, 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.”⁴¹

5.3.3 Reglas probatorias aplicables

5.3.3.1 Uso de las declaraciones previas

Señala la Corte, en la sentencia SP606-2017, enero 25 de 2017, rad. 44950, que las declaraciones rendidas con anterioridad al juicio oral podrán ser utilizadas en éste en la práctica del “*interrogatorio cruzado del testigo*”, como mecanismo de refrescamiento de memoria (artículo 392 literal d del C.P.P.), o de impugnación de credibilidad (artículo 393 literal b del C.P.P.); sumado a dos eventos excepcionales, en los cuales las declaraciones pueden constituirse en pruebas, a saber:

⁴¹ C-177 de 2014.

“(i) cuando el testigo no se encuentra disponible, como ocurre en las situaciones descritas por el artículo 438 ibídem⁴², adicionado por el 3 de la Ley 1652 de 2013, que habilitan la prueba de referencia; y (ii) cuando el testigo comparece a juicio para cambiar su versión anterior o retractarse de la misma.”⁴³

5.3.3.2 Prueba de referencia

El artículo 437 del C.P.P., señala que es prueba de referencia *“toda declaración realizada fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio”*.

Su admisibilidad es excepcional⁴⁴, pues la práctica probatoria debe acompañarse del principio de inmediación, es decir, que el juez únicamente tendrá en cuenta como pruebas, aquellas que fueron practicadas y controvertidas en su presencia (artículo 379 del C.P.P.); excepcionalidad que

⁴² a) *Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación;* b) *Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar;* c) *Padece de una grave enfermedad que le impide declarar;* d) *Ha fallecido;* y e) *como ocurre en las situaciones descritas por el artículo 438 ibídem y en la adicionada por el artículo 3 de la Ley 1652 de 2013.*

⁴³ CSJ SP5290-2018, dic. 5, rad. 44564.

⁴⁴ **438. Admisión excepcional de la prueba de referencia.** Únicamente es admisible la prueba de referencia cuando el declarante:

- a) Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación;
- b) Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar;
- c) Padece de una grave enfermedad que le impide declarar;
- d) Ha fallecido.

e) **Adicionado por la Ley 1652 de 2013:** Es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del [Código Penal](#), al igual que en los artículos [138](#), [139](#), [141](#), [188a](#), [188c](#), [188d](#), del mismo Código.

También se aceptará la prueba de referencia cuando las declaraciones se hallen registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos.

obedece además al respeto de la garantía procesal de defensa, contradicción o confrontación del testigo, que incluye según la CSJ SP1664-2018, may. 16, rad. 48284:

“(i) la posibilidad de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo; (ii) la oportunidad de controlar el interrogatorio (por ejemplo, a través de las objeciones a las preguntas y/o las respuestas); (iii) el derecho a asegurar la comparecencia de los testigos al juicio, incluso por medios coercitivos; y (iv) la posibilidad de estar frente a frente con los testigos de cargo.”

Por las anteriores razones, el artículo 381 del C.P.P. dispone que la sentencia condenatoria, no podrá fundamentarse de manera exclusiva en prueba de referencia.

Ahora bien, cuando de declaraciones de menores de edad se trata, la Corte en SP5290-2018, dic. 5 de 2018, rad. 44564, reiteró su postura⁴⁵ proteccionista en procura de salvaguardar el interés superior del menor y el principio *pro infans* para evitar una segunda victimización de aquellos niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos, especialmente de abuso sexual, por lo que las reglas aplicables a la prueba testimonial se flexibilizan para incorporar como pruebas las declaraciones anteriores, así el menor comparezca al juicio oral, ya que bajo algunas condiciones especiales, se estaría ante una situación de “*disponibilidad relativa*”.

Al respecto, en el radicado SP 9508-2016, 47124 de julio 13 de 2016, que hace parte de la línea jurisprudencial aludida,

⁴⁵ Trayendo como referencia la sentencia SP14844-2015, oct. 28, rad. 44056, reiterada entre otras en SP 9508-2016 47124 de julio 13 de 2016 y SP2709-2018, jul. 11, rad. 50637

hace referencia a este tipo de eventos, en los siguientes términos:

“Así, es claro que en los planos legislativo y jurisprudencial, desde hace varios años existe consenso frente a la necesidad de evitar que en los casos de abuso sexual los niños sean nuevamente victimizados al ser interrogados varias veces sobre los mismos hechos y, principalmente, si son llevados como testigos al juicio oral, lo que puede convertir para ellos el procedimiento en el escenario hostil a que hacen alusión el Tribunal Constitucional de España y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las decisiones citadas por la Corte Constitucional en la sentencia C-177 de 2014 atrás referida⁴⁶.

A pesar de la tendencia proteccionista ampliamente desarrollada por la jurisprudencia en las sentencias atrás referidas, es posible que el niño víctima de abuso sexual sea presentado como testigo en el juicio oral, tal y como sucedió en el caso que ocupa la atención de la Sala. Ante situaciones como esta, cabe preguntarse si las declaraciones rendidas por el menor antes del juicio oral son admisibles como prueba para todos los efectos. La Sala considera que sí, por las siguientes razones:

En primer término, por la vigencia del principio pro infans, de especial aplicación en atención a la corta edad de la víctima y la naturaleza de los delitos investigados, tal y como se destaca en la jurisprudencia atrás referida. Aunque el principal efecto de la aplicación de este principio es que el niño no sea presentado en el juicio oral, el mismo adquiere especial relevancia cuando el menor es llevado como testigo a este escenario, porque una decisión en tal sentido incrementa el riesgo de que sea nuevamente victimizado y, en consecuencia, obliga a los funcionarios judiciales a tomar los correctivos que sean necesarios para evitarlo.

Lo anterior por cuanto es posible que para el momento del juicio oral el niño no esté en capacidad de entregar un relato completo de los hechos, bien porque haya iniciado un proceso de superación del episodio traumático, porque su corta edad y el paso del tiempo le impidan recordar, por las presiones propias del escenario judicial (así se tomen las medidas

⁴⁶ La Corte hizo alusión, entre muchas otras, a la sentencia C57 del 11 de marzo de 2013, emitida por el Tribunal Constitucional de España, donde se relaciona la línea del tribunal ibérico sobre este aspecto. Además, trajo a colación varios pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre ellos el emitido en el caso Gani contra España.

*dispuestas en la ley para aminorarlo), por lo inconveniente que puede resultar un nuevo interrogatorio exhaustivo (de ahí la tendencia a que sólo declare una vez), entre otras razones. **Todo esto hace que su disponibilidad como testigo sea relativa**, razón de más para concluir que las declaraciones rendidas antes del juicio son admisibles bajo los requisitos y limitaciones propios de la prueba de referencia.*

Lo contrario sería aceptar que el niño víctima de abuso sexual, presentado como testigo en el juicio oral (en contravía de la tendencia proteccionista ya referida), esté en una situación desventajosa frente a otras víctimas que, en atención a su edad y a la naturaleza del delito, fueron interrogados una sola vez, generalmente poco tiempo después de ocurridos los hechos, y su declaración fue presentada como prueba de referencia, precisamente para evitar que fueran nuevamente victimizados.

Por lo tanto, la Sala concluye que las declaraciones rendidas por fuera del juicio oral por un niño víctima de abuso sexual, son admisibles como prueba, así el menor sea presentado como testigo en este escenario. (Negrillas fuera de texto)”.

Ahora bien, como se acaba de ver son situaciones extraordinarias las que habilitan la introducción en juicio de la prueba de referencia aunque el testigo siendo menor de edad esté presente en juicio, lo que significa que de no mediar un evento especial, no resulta procedente introducir un prueba de este tipo.

En ese orden de ideas, la Corte en la sentencia SP791-2019 Radicación No. 47140 del 13 de marzo de 2019, analizó un caso en el que la víctima compareció a la audiencia de Juicio Oral, y sin acreditar una situación de “*disponibilidad relativa*”, se tuvo en cuenta el relato suministrado por la misma a los peritos y médicos forenses, sin adelantarse además ningún trámite para que se introdujera la prueba de referencia. Y esto explicó la Alta Corporación al respecto:

“Por claro que parezca, es necesario reafirmar que en el sistema de la Ley 906 de 2004, los actos de investigación son actos preparatorios del juicio. Eso implica que si se aprecia un acto de investigación que no se introduce al juicio cumpliendo las reglas de prueba (descubrimiento, sustentación, decreto, práctica y confrontación), el juez incurre en un error de derecho por falso juicio de legalidad, al infringir el debido proceso probatorio y conferirle carácter de prueba a un acto que jurídicamente no lo es.”

En este sentido hay que señalar que la fiscalía no empleó la entrevista que la menor le concedió al investigador judicial JUR para impugnar credibilidad. En su lugar pretendió que se tuviera como prueba de referencia, algo inaceptable en este caso, así la testigo sea menor de edad y posible víctima de un abuso sexual, pues dicha opción, en el contexto del artículo 438 de la Ley 906 de 2004, modificado por el numeral 3 de la Ley 1652 de 2013, ha de entenderse que procede cuando la menor no comparece al juicio, salvo que, como lo ha precisado la Sala en la SP del 11 de julio de 2018, Rad. 50637, la edad, naturaleza del delito y particularidades del menor, justifiquen el uso de las declaraciones anteriores a título de prueba de referencia, así el menor haya sido llevado como testigo al juicio oral, suceso que puede obedecer a la necesidad de protegerlo por su debilidad o para evitar su revictimización, lo cual refuerza la idea de que la excepción a los principios básicos del sistema en temas de prueba de referencia, ha de reducirse a verdaderos casos de necesidad (artículo 438 de la Ley 906 de 2004)”

Más adelante, la Corte rememora la posición del Tribunal en la que se expuso que las entrevistas que reciben los profesionales hacen parte inescindible de una prueba perfectamente estructurada que se practica o agota al momento en que el profesional o técnico acude al juicio y allí rinde la pericia, por lo cual estimó que no podía tacharse como prueba de referencia, ante lo cual la Alta Corporación continuó explicando:

“Esta conclusión, en la que los relatos de la persona examinada se integran a la prueba pericial, es contraria a la jurisprudencia de la Sala, según la cual los relatos sobre la conducta investigada que los menores suministran a los

peritos en las valoraciones médicas o psicológicas, no son hechos que el experto perciba directamente, razón por la cual estas versiones se han de llevar al juicio como prueba de referencia, en caso de que la persona no pueda concurrir al juicio oral (artículo 437 de la Ley 906 de 2004)”.

Hay que hacer claridad sin embargo, en que el precedente indicado se aplica para aquel componente de los dictámenes periciales o técnicos que constituye prueba de referencia y que opera respecto del relato de las víctimas, y no sobre aquello que surge de la percepción propia producto de los análisis y estudios que adelantan los testigos peritos, técnicos o expertos, punto en el cual el Órgano de Cierre penal, tiene decantado de tiempo atrás, entre otros pronunciamientos en el radicado SP 33651 de 18 de mayo de 2011, lo siguiente:

“En segundo término, tampoco son prueba de referencia las atestaciones de los profesionales en sicología y psiquiatría que valoraron a la ofendida, pues su dicho en el juicio oral, complementado con los informes elaborados con anterioridad, constituyen una prueba técnica que involucra conocimientos científicos en su práctica y conclusiones. Sobre el caso de la prueba pericial, aunque es cierto que el dictamen psiquiátrico o la entrevista psicológica suponen que el experto obtiene del examinado una serie de manifestaciones que aquél ha de escuchar y registrar en su informe, ello no permite por sí mismo calificar sus palabras o sus conclusiones como prueba de referencia, pues su esencia no es otra que el análisis de las manifestaciones y comportamientos del examinado bajo los preceptos de la ciencia que estudia el comportamiento humano, mas no es su objeto ni su método científico el de deslindar o asignar responsabilidades según las manifestaciones de quien es objeto de estudio. Es así que el peritaje está encaminado a ofrecer un elemento de juicio de naturaleza científica que, en todo caso, está sometido al tamiz de la sana crítica por parte del funcionario judicial. Lógicamente, por las características de su intervención, al perito no le corresponde deponer sobre los hechos, pues evidentemente no le constan, pero su conocimiento sobre un tema particular le permite al funcionario judicial comprenderlos y allegar elementos de juicio del orden científico para adoptar una decisión. En consecuencia, no es acertado afirmar que el experto en sicología o psiquiatría deponga en el

juicio oral sobre los hechos del caso particular o la responsabilidad del enjuiciado, con fundamento en lo que el individuo explorado le ha referido, pues tal ejercicio le corresponde elaborarlo al juez, conforme los parámetros de la sana crítica”.

6. ESTUDIO DEL CASO

En vista de que el recurso de apelación formulado por la defensa del procesado, versa sobre la negativa de cuatro solicitudes probatorias, se procederá a abordar cada una de ellas en el mismo orden en que se han venido presentando, a saber:

6.1. Pruebas documentales 1 y 2

La defensa requiere que se decrete como pruebas documentales, de una parte, el oficio firmado por el procesado de 19 de junio de 2012, dirigido a Migración Colombia, a través del cual solicitó que se impida la salida del país de su hija M.C.C., y de otra, el oficio UAEMS de 19 de julio de 2012, suscrito por el señor MOISÉS GARCÍA HIDALGO, Director Regional de Migración Colombia, atendiendo la solicitud anterior.

El togado indicó que las pruebas documentales deprecadas tienen como finalidad demostrar que su representado llevaba buenas relaciones con su hija y que se comportaba como un padre responsable que deseaba impedir que la madre se lleve a la menor de manera arbitraria hacia Ecuador.

No obstante lo anterior, las mismas fueron despachadas de manera desfavorable por la *A Quo* luego de considerarlas impertinentes al no tener relación directa con los hechos y con los presuntos actos que se están juzgando, agregó también que el oficio suscrito por el procesado a efectos de impedir la salida del país de la menor, tenía como finalidad de alguna manera prejuzgar la conducta de LMC por haber afectado la unión familiar, y que ello la pone en desventaja, pues en la contienda no interesa conocer los motivos que dieron paso a la ruptura de la relación sentimental ni quien fue el responsable.

Al respecto, resulta menester precisar que, conforme se indicó líneas atrás, tanto el Estatuto de Procedimiento Penal en su artículo 375, como la Alta Corporación en materia penal a través de sus pronunciamientos, han establecido y decantado que la solicitud probatoria puede tener relación directa o indirecta con los hechos investigados. Así, la solicitud deprecada por la parte apelante salta a la luz que no se relaciona directamente con los fácticos que se pretende dilucidar en el juicio, como bien lo afincó la Funcionaria de instancia; no obstante, perdió de vista que las mismas pueden resultar admisibles si se refieren indirectamente a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias.

Así, establece el mandato *ibidem*, que la prueba también puede ser pertinente, cuando se refiera a la identidad o a la responsabilidad penal del acusado, incluso si sólo sirve para hacer más o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados.

En ese orden, es necesario rememorar que el abogado de la defensa, al momento de solicitar las pruebas e impetrar la alzada por la negativa de las mismas, manifestó que pretende denotar que el padre de la menor fue responsable al solicitar que se impida la salida de ella del país, complementando que al procurar demostrar que había una buena relación entre padre e hija, desde luego hace menos probable la ocurrencia de los hechos endilgados, pues ella vivía con él, pero en lo absoluto, manifestó su intención de prejuzgar la conducta de la señora LMC, por ende, la aseveración y valoración suasoria que realizó la Funcionaria judicial sobre este último aspecto, resulta inadecuada en esta instancia procesal, como quiera que no tiene la finalidad de sopesar probanzas, sino por el contrario, determinar si es viable o no su decreto para ser practicadas al interior del juicio oral.

Así las cosas y al tenor de la jurisprudencia en cita, corresponde entonces a esta Magistratura determinar si hay lugar al decreto o no de las pruebas referidas.

Ante esa ilativa, bastaría mencionar que el oficio suscrito por el procesado y dirigido a Migración Colombia a efectos de impedir que su hija M.C.C. saliera de Colombia, y su correspondiente contestación, constituyen prueba para demostrar la gestión que realizó ante esa entidad, empero, lo importante es determinar si ese hecho hace parte del tema probatorio en este proceso judicial.

De esta manera, en principio, la respuesta al anterior interrogante sería negativa, como quiera que se está ante el

juzgamiento de unos presuntos actos de abuso sexual de un padre hacia su hija, para la época de los hechos, menor de edad; sin embargo, la proposición fáctica a la que se alude respecto de los medios probatorios deprecados versan sobre hechos secundarios o accesorios, de los cuales podrían derivarse consecuencias relativas a la situación fáctica imputada, esto por cuanto el abogado de la defensa pretende demostrar con ello que su representado actuaba como un padre responsable, que quería impedir la salida de su hija del país, quien además convivía con él. Escenario que en apego a la teoría de la defensa, en efecto, podría llegar a hacer menos probable el acaecimiento de los hechos.

En ese contexto, es factible concluir que la Jueza de instancia no analizó la pertinencia de la prueba documental solicitada por la defensa, con el enunciado fáctico planteado por la parte y su relación con el hecho por probar, pues pasó por alto que éstas se relacionan con algunos aspectos que incluso fueron mencionados en el escrito de acusación, esto es, el tránsito que tuvo la menor de Colombia hacia Ecuador donde residía su madre.

En ese orden, la Judicatura debió presuponer un resultado positivo sobre el enunciado por determinar y de ahí estudiar la importancia para verificar o refutar la verdad histórica de la imputación; por el contrario, optó por realizar un análisis de entrada negativo de la solicitud, refiriéndose a que la finalidad de la prueba implicaría un juzgamiento del comportamiento de la madre de la menor, aspecto muy diferente al expuesto por el togado a la hora de indicar la pertinencia y finalidad de la misma, así como cuando formuló

el recurso de alzada, relacionado con el comportamiento del acusado hacia su hija, para hacer menos probable el acaecimiento de los hechos endilgados al procesado.

De modo que, al no ser diáfana la falta de pertinencia que adujo la Jueza de instancia, habrá que revocarse la decisión, y en su lugar, decretar las pruebas documentales solicitadas, toda vez que el hecho que pretende probar se relaciona de manera indirecta con los hechos del juicio, pues versa sobre el tránsito de la víctima entre Colombia y Ecuador, que hace parte de los antecedentes fácticos registrados en la acusación.

Por otra parte, al no conocer en esta instancia el contenido de los documentos, y su clase, no resulta procedente plantear debates en cuanto a su autenticidad y el testigo de acreditación, como lo hacen la Fiscalía y representación de víctimas, para fincar su oposición, porque ello resulta propicio plantearlo durante el desarrollo de la práctica de pruebas en el Juicio Oral.

6.2. Pruebas documentales No 7 y 9 valoraciones psicológicas de la menor de 06 de agosto de 2012 y 17 de diciembre del mismo año

El abogado de la defensa sustentó la pertinencia de las pruebas con la finalidad de demostrar que la niña, dentro del trámite de solicitud de custodia ante el ICBF, nunca expresó resquemor alguno en contra de su padre, por el contrario, no quería estar con su madre y sí prefería seguir viviendo con su progenitor, así, al ser manifestaciones propias de la menor,

pretende demostrar que las relaciones eran normales y con ello acreditar que los hechos nunca ocurrieron, haciendo menos probable el acaecimiento de los mismos.

Por su parte, la Judicatura despachó de manera desfavorable las solicitudes, aduciendo que las mentadas valoraciones no pueden ser incorporadas por el investigador privado de la defensa FRANCO JESÚS ENRÍQUEZ HIDALGO, como testigo de acreditación, pues no es la persona idónea para presentar las pruebas solicitadas en esta oportunidad, como quiera que no podría dar explicaciones de los conceptos que en ellas se establecen, por lo que la defensa debió llamar como testigos a los señores JORGE LUÍS RODRÍGUEZ y ELIANA ARGOTE ARCINIEGAS, quienes realizaron la primera evaluación psicológica y nutricional, respectivamente, y a ELIZABETH VILLOTA DELGADO, quien practicó la segunda evaluación psicológica, teniendo en consecuencia, los referidos profesionales, el conocimiento de los dictámenes al practicar directamente la valoración. Esto a efectos de salvaguardar el principio de contradicción y confrontación, pues consideró que la admisión, iría en contravía del inciso final del artículo 415 del C.P.P.⁴⁷

Ahora bien, interpuesta la alzada, la defensa iteró que con las pruebas documentales deprecadas, pretende demostrar que, dentro del trámite de solicitud de custodia, la

⁴⁷ Artículo 415 del C.P.P. *“Toda declaración de perito deberá estar precedida de un informe resumido en donde exprese la base de la opinión pedida por la parte que propuso la práctica de la prueba. Dicho informe deberá ser puesto en conocimiento de las demás partes al menos con cinco (5) días de anticipación a la celebración de la audiencia pública en donde se recepcionará la peritación, sin perjuicio de lo establecido en este Código sobre el descubrimiento de la prueba.*

En ningún caso, el informe de que trata este artículo será admisible como evidencia, si el perito no declara oralmente en el juicio” (Subrayado de la Sala)

menor nunca dijo nada ni acusó a su padre y que si algo extraño hubiese existido, adujo que esos eran los momentos precisos para decir las cosas.

Recalcó que al interior de los documentos se rescata, que la menor no quería ir con su madre, por el contrario su deseo era seguir viviendo con el padre, y es ello lo que pretende probar con los documentos públicos, los cuales al ostentar esa calidad pueden ser incorporados por el investigador privado FRANCO ENRÍQUEZ, pretendiendo con ello hacer menos probable el acaecimiento de los hechos de conformidad con el artículo 375 del C.P.P.⁴⁸

Con lo expuesto se observa que lo pretendido es que se tenga en cuenta lo dicho por M.C.C. al practicarse las valoraciones psicológicas de 06 de agosto y 17 de diciembre de 2012 dentro del trámite administrativo de solicitud de custodia ante el ICBF, es decir, lo que corresponde a la anamnesis de cada una de ellas, mas no, los análisis, atestaciones o conclusiones a los que llegaron los profesionales que atendieron a la menor.

Aclarado lo anterior, el paso siguiente es determinar si la forma en que se hizo la solicitud probatoria es acertada, al pretender se incorpore como pruebas documentales, la anamnesis, de las valoraciones antes indicadas, o sí por el contrario, nos encontramos frente a unas pruebas de

⁴⁸ Artículo 375 del C.P.P. “*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.*”

referencia con las particularidades que ellas demandan (Art. 437 del C.P.P.) y bajo las especiales circunstancias de admisibilidad de las mismas (Art. 438 del C.P.P.).

De este modo, para dilucidar el enigma que se planteó en el inciso anterior, es menester traer a colación lo dicho por la Corte en la sentencia SP791-2019 Radicación No. 47140 del 13 de marzo de 2019:

*“Esta conclusión, en la que los relatos de la persona examinada se integran a la prueba pericial, es contraria a la jurisprudencia de la Sala, según la cual los relatos sobre la conducta investigada que los menores suministran a los peritos en las valoraciones médicas o psicológicas, no son hechos que el experto perciba directamente, **razón por la cual estas versiones se han de llevar al juicio como prueba de referencia, en caso de que la persona no pueda concurrir al juicio oral** (artículo 437 de la Ley 906 de 2004)”. (Subrayado y negrilla de la Sala).*

En ese orden de ideas, como respuesta al interrogante planteado habrá que decir que lo solicitado por la defensa del procesado se ajusta a lo que en síntesis trata una prueba de referencia como tal y no a las previsiones de una documental que se pueda analizar de manera aislada como se pretende, como quiera que la misma debe sujetarse a unas reglas previstas en el Estatuto de Procedimiento Penal en los artículos 437 y 438.

Precisado lo anterior, salta a la luz que las elucubraciones realizadas por la Jueza de instancia, mismas que la llevaron a despachar de manera desfavorable las solicitudes probatorias, no son acertadas, toda vez que, no

supo identificar en sí cuál era la petición probatoria, para que se tenga en cuenta lo dicho por la menor en aquellas evaluaciones más no la valoración psicológica o nutricional.

Por el contrario, la Judicatura, encausó su análisis básicamente en lo estatuido en el inciso final del artículo 415 que se refiere a la base de opinión pericial y en la que concluye que *“(..)* en ningún caso, el informe de que trata este artículo será admisible como evidencia, sí el perito no declara oralmente en el juicio”, de ahí que se justificara la negativa en el hecho de que el testigo de acreditación frente a los documentos no podía ser el investigador privado FRANCO JESÚS ENRÍQUEZ HIDALDO y que por ende debió llamar como testigos a JORGE LUÍS RODRÍGUEZ, ELIANA ARGOTE ARCINIEGAS y ELIZABETH VILLOTA DELGADO, ya que ellos fueron quienes realizaron la valoración, y tienen el conocimiento al practicar directamente la prueba, esto a efectos de salvaguardar el principio de confrontación de la contraparte.

Ahora bien, dado que lo pretendido por el apoderado judicial del procesado constituyen pruebas de referencia, concierne determinar entonces si las mismas son admisibles en esta etapa procesal.

Para ello, habrá que recordar, que en la sesión de audiencia preparatoria llevada a cabo el 17 de junio de la pasada anualidad, entre las solicitudes probatorias deprecadas por el ente acusador, se encuentra el testimonio de M.C.C., mismo que fue decretado por la Judicatura, dada la relación directa de ella con los hechos materia del juicio,

sin que las partes intervinientes realizaran oposición alguna frente a esa determinación⁴⁹.

De otra parte, resulta pertinente traer a colación lo que establecen los artículos 437 y 438 del C.P.P.:

*“ARTÍCULO 437. NOCIÓN. Se considera como prueba de referencia toda declaración realizada fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, **cuando no sea posible practicarla en el juicio.**”*

ARTÍCULO 438. ADMISIÓN EXCEPCIONAL DE LA PRUEBA DE REFERENCIA. Únicamente es admisible la prueba de referencia cuando el declarante:

- a) Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación;*
- b) Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar;*
- c) Padece de una grave enfermedad que le impide declarar;*
- d) Ha fallecido.*

e) <Literal adicionado por el artículo 3 de la Ley 1652 de 2013. El nuevo texto es el siguiente:> Es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo Código.

También se aceptará la prueba de referencia cuando las declaraciones se hallen registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos.” (Subrayado de la Sala).

Lo anterior para explicar y concluir, que en este momento no es viable el decreto de las pruebas de referencia solicitadas, al presentarse la solicitud por parte de la defensa,

⁴⁹ Audiencia preparatoria 17/06/2019. Record. Record. 00.37.56

de manera extemporánea por anticipación a la causa que le puede dar origen, en tanto que el artículo 437 ibidem, establece su viabilidad cuando no sea posible practicar la prueba en el juicio.

Lo cierto y concreto para el momento es que el testimonio de M.C.C. ya fue decretado como prueba directa de cargo por la Jueza y se desconoce si comparecerá o no a la audiencia de Juicio oral, o se pueda encontrar en una situación de disponibilidad relativa, o se retracte o se niegue a contestar el interrogatorio, etc.

De manera que, la anamnesis de los informes psicológicos de 06 de agosto y 17 de diciembre de 2012, son E.M.P. que pueden ser utilizados en juicio en la práctica del “interrogatorio cruzado del testigo”, también como mecanismos de refrescamiento de memoria (artículo 392 literal d del C.P.P.) o de impugnación de credibilidad (artículo 393 literal b del C.P.P.). O en el evento, que no llegare a comparecer la víctima M.C.C. al juicio, u opere una situación de disponibilidad relativa, podrían ser solicitadas como pruebas de referencia, teniendo en cuenta lo ya explicado, y siempre que se cumpla alguna de las causales previstas en el artículo 438 ibidem.

Por todo lo anterior, habrá que confirmarse la decisión de no decretar las pruebas solicitadas en este acápite, pero por las consideraciones aquí expuestas, y advirtiéndole que de todas formas los elementos documentales referenciados por la defensa pueden emplearse para los fines antedichos.

6.3. Prueba documental No 14 para acreditar la existencia de un proceso de divorcio

La defensa requiere el decreto del memorial de solicitud de pruebas suscrito por la Dra. MÓNICA LUCÍA ZARAMA VIVANCO, quien fungió como representante de la madre de la menor, dirigido al Juzgado Primero de Familia de Pasto. Esto, con la finalidad de demostrar la existencia de un proceso de divorcio entre los progenitores, acreditar los ánimos de perjudicar a su defendido y la posibilidad de una alienación parental, pretendiendo con ello hacer menos probable la ocurrencia de los hechos dados los inconvenientes suscitados entre la pareja y que la situación acusatoria a su defendido se presenta cuando la niña se encuentra en Ecuador.

El decreto fue negado por las razones que atrás ya reseñamos, a lo cual se opuso la defensa, acudiendo al principio de libertad probatoria que caracteriza nuestro ordenamiento jurídico.

Al respecto, es necesario traer a colación que, en efecto, el artículo 373 del C. P. P. establece que *“Los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este Código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos.”*

En esa medida, no podía la Funcionaria judicial de instancia exigirle a la defensa un medio probatorio determinado para demostrar lo que se pretende, pues actuar de esa forma soslaya dicha disposición de carácter general,

pues en sí, ninguna norma de la Ley 906 de 2004 establece ese tipo de prohibiciones o límites, sin perjuicio claro está de que los mismos puedan emerger de la integración de este cuerpo normativo con otros que hagan parte del ordenamiento jurídico, tal y como lo dispone el artículo 25 *ibídem*⁵⁰, que tiene como límite el respeto por los derechos humanos.

Así, los argumentos expuestos por la Jueza de instancia para negar la solicitud probatoria por impertinente, se apartan de las implicaciones jurídicas que abarcan dicho concepto⁵¹, pues las elucubraciones que utilizó se acoplan al concepto de conducencia, que según la jurisprudencia, se refiere a una cuestión de derecho⁵², sobre la cual en este caso no se encuentra ningún obstáculo para su decreto.

⁵⁰ Ley 906 de 2004. Artículo 25 *“En materias que no estén expresamente reguladas en este Código o demás disposiciones complementarias, son aplicables las del Código de Procedimiento Civil y las de otros ordenamientos procesales cuando no se opongan a la naturaleza del procedimiento penal”*

⁵¹ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal. Providencia AP 5785 del 30 de septiembre de 2015 *“(…) Múltiples son las decisiones de esta Corte en las que se afirma que la pertinencia tiene que ver con los hechos. Así lo establece el artículo 375 de la Ley 906 de 2004 en cuanto señala que “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 uno de los hechos o circunstancias mencionados, o se refiere a la credibilidad de un testigo o de un perito”.*

Así, los debates en materia de pertinencia deben reducirse al análisis de la relación de los medios de prueba con el tema de prueba, esto es, con los hechos que deben probarse en cada caso en particular.

Ahora, la Ley 906 de 2004 consagra como regla general que las pruebas pertinentes son admisibles. Así se desprende del artículo 357 en cuanto afirma que el juez dará la palabra a la Fiscalía y luego a la defensa para que soliciten las pruebas que requieran para sustentar su pretensión, y a renglón seguido precisa que el juez decretará 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”. En la misma línea, el artículo 376 establece que “toda prueba pertinente es admisible”, salvo en los eventos consagrados en sus tres literales⁵¹ (...)

⁵² *Ibidem* *“(…) Por su parte, la conducencia se refiere a una cuestión de derecho. Sus principales expresiones son: (i) la obligación legal de probar un hecho con un determinado medio de prueba; (ii) la prohibición legal de probar un hecho con un determinado medio de prueba, y (iii) la prohibición de probar ciertos hechos, aunque en principio puedan ser catalogados como objeto de prueba⁵². Por ello, quien alega falta de conducencia debe indicar cuál es la norma jurídica que regula la obligación de usar un medio de prueba determinado u otra de las situaciones que acaban de mencionarse.(...)”*

Ahora bien, de la solicitud probatoria se evidencia que la defensa, en primera medida, busca probar la existencia de un proceso de divorcio entre los progenitores de la menor, que hace parte del contexto fáctico en medio del cual se pudo dar el presunto abuso sexual, ante lo cual, sí resulta pertinente la prueba deprecada para esa finalidad, pues dicho memorial se estaría surtiendo en desarrollo del trámite judicial indicado.

En claro lo anterior, se reluce que otra de las finalidades de la parte apelante, es que se analice en conjunto no solo la existencia del proceso de divorcio, sino también los inconvenientes suscitados en el proceso de custodia, la obligación alimentaria a cargo de la madre de la menor y las dificultades en la crianza de la presunta víctima, para demostrar los ánimos de perjudicar a su defendido y la posibilidad de una alienación parental en contra del mismo y así hacer menos probable el acaecimiento de los hechos materia de juicio.

Al respecto, habrá que decir que dicha conclusión es a la que bien puede o no llegar la Funcionaria de conocimiento, luego de practicar las pruebas y hacer una valoración probatoria de las mismas en su conjunto, es decir, en desarrollo del juicio oral, mas no en esta etapa procesal, toda vez que, conforme lo establecen los artículos 355 y siguientes del C.P.P., la audiencia preparatoria no tiene esa finalidad.

En esa línea, dado que en la argumentación que utilizó la Jueza de instancia para no decretar la prueba pasó por alto el principio de libertad probatoria y que además quebrantó en

cierta medida la estructura del proceso penal, pues empezó por realizar valoraciones que no corresponden en trámite de audiencia preparatoria, habrá que revocarse la decisión adoptada, y en su lugar, decretar la prueba documental solicitada.

Aunado a lo anterior, se observa que el ente acusador solicitó como pruebas documentales la copia de la demanda de divorcio, sus anexos y la contestación de la misma, y así le fue decretado por la Jueza de instancia. Por consiguiente, la prueba documental solicitada a favor del procesado, por las exposiciones expuestas, haría parte del mismo proceso de divorcio, de manera que la misma, resultaría complementaria a lo que le fuera decretado en favor de la Fiscalía; argüir lo contrario, soslayaría el derecho fundamental a la igualdad que le asiste al acusado.

Se finaliza de esta manera, con el estudio probatorio requerido respecto de cada una de las solicitudes de la defensa, lo que dará lugar a la revocatoria parcial de la decisión de primera instancia en aquello en lo que sí se autoriza el decreto probatorio y a confirmar aquello en lo que se adoptó una decisión contraria a los intereses defensivos.

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 que negó las siguientes pruebas documentales:

1. Escrito firmado por el procesado adiado a 19 de junio de 2012, dirigido a Migración Colombia.
2. Oficio UAEMS de 19 de julio de 2012, suscrito por el señor MOISÉS GARCÍA HIDALGO, Director Regional de Migración Colombia, atendiendo la solicitud anterior.
3. Memorial de solicitud de pruebas suscrito por la Dra. MÓNICA LUCÍA ZARAMA VIVANCO, dirigido al Juzgado Primero de Familia de Pasto, en trámite del proceso de divorcio.

Y en su lugar, ordenar el decreto de las mismas, de conformidad a las motivaciones expuestas en este proveído.

SEGUNDO: CONFIRMAR la decisión de no incorporar las valoraciones psicológicas de la menor de 06 de agosto y 17 de diciembre de 2012, pero por las razones expuestas en esta decisión.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

231

BLANCA LIDIA ARELLANO MORENO

Magistrada

SILVIO CASTRILLÓN PAZ

Magistrado

FRANCO SOLARTE PORTILLA

Magistrado

JUAN CARLOS ÁLVAREZ LÓPEZ

Secretario

**EL SECRETARIO DE LA SALA PENAL, EN USO DE SUS FACULTADES
LEGALES,**

HACE CONSTAR

Que teniendo en cuenta las medidas establecidas en los Acuerdos PCSJA20-11517 del 15 de marzo de 2020, PCSJA20-11521 del 19 de marzo de 2020, PCSJA20-11526 del 22 de marzo de 2020, PCSJA20-11532 del 11 de abril de 2020, PCSJA20-11546 del 25 de abril de 2020, PCSJA20-11549 del 07 de mayo de 2020, PCSJA20-11556 del 22 de mayo de 2020 y PCSJA20-11567 del 05 de junio de 2020, emitidos por el Consejo Superior de la Judicatura, respecto de la pandemia generada por el virus COVID 19 y aquellas propias emanadas de la Presidencia de la Sala Penal, de manera virtual se deja constancia del registro de proyecto presentado en el asunto arriba referenciado.

Pasto, 17 de junio de 2020.

JUAN CARLOS ÁLVAREZ LÓPEZ
Secretario