



República de Colombia  
Rama Judicial del Poder Público

Distrito Judicial de Bucaramanga (Santander)  
Tribunal Superior  
Sala Penal

**ESTADOS DE FECHA DICIEMBRE 14 DE 2023**

DELITO/ASUNTO	RAD.	PROCESADO /ACCIONANTE	INSTANCIA	FECHA AUTO	CLASE DE AUTO
Acto sexual abusivo con menor de 14 años agravado	2009-00492-01 (23-530A)	Alejo Hernández Ariza	2DA	15 de noviembre de 2023	RESUELVE: Confirma.
Acto sexual abusivo con menor de 14 años agravado	2012-00765-01 (17-543A)	José del Carmen Díaz Sosa	2DA	17 de noviembre de 2023	RESUELVE: Declara extinguida la acción penal
Homicidio agravado y otro	2022-00279-01 (23-340A)	Alexander Ruiz Mora	2DA	3 de noviembre de 2023	RESUELVE: Confirma Auto proferido en audiencia preparatoria.

FIRMA:

  
**Sandra Jullith Cortés Samacá**  
Secretaria



**República de Colombia**  
**Rama Judicial del Poder Público**

**Distrito Judicial de Bucaramanga (Santander)**  
**Tribunal Superior**  
**Sala Penal**

*Magistrada ponente: Paola Raquel Álvarez Medina.*  
*Radicado: 68001-6000-258-2009-00492 (23-530A).*  
*Procesado: Alejo Hernández Ariza.*  
*Delito: Acto sexual abusivo con menor de 14 años agravado.*  
*Decisión: Confirma proveído*

## **APROBADO ACTA No. 1128**

**Bucaramanga, quince (15) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)**

### **ASUNTO**

El Tribunal resuelve el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la decisión del 18 de julio de 2023, por medio de la cual el Juzgado Noveno Penal del Circuito de Bucaramanga con función de conocimiento, durante el juicio oral, admitió un perito de fungibilidad en reemplazo del doctor Luis Fernando Marín Ortégón decretado a la fiscalía, dentro del proceso penal seguido a **Alejo Hernández Ariza** por el delito de acto sexual abusivo con menor de 14 años agravado.

### **HECHOS**

Según se consignó en el escrito de acusación, el 11 de marzo de 2009, mientras se encontraba en la misma cama donde dormía la progenitora de la menor M.A.S., quien para esa época contaba con 4 años de edad, el señor Alejo Hernández Ariza manoseó la vagina a la pequeña aprovechando el sueño de la madre. En valoración médica ante la EPS Cajasan, el galeno observó que la niña tenía ardor al orinar y leve sangrado.



*Apelación auto penal - Rad: 2009-00492 (23-530A).  
Procesado: Alejo Hernández Ariza.  
Decisión: Confirma proveído del 18 de julio de 2023.*

## **ANTECEDENTES**

- 1.** El 9 de febrero de 2017, ante el Juzgado Trece Penal Municipal de Bucaramanga con Función de Control de Garantías, la fiscalía comunicó cargos a Hernández Ariza como autor del delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado (arts. 209, 211 N° 5 del C.P.), los cuales no aceptó. No se presentaron más solicitudes.
- 2.** El 4 de mayo de 2017, la Fiscalía Quinta Seccional de esta ciudad presentó escrito de acusación respecto de Alejo Hernández Ariza por el mismo ilícito señalado, que por reparto correspondió al Juzgado Noveno Penal del Circuito de Bucaramanga con función de conocimiento, estrado que el 8 de octubre de 2019<sup>1</sup> celebró la audiencia de formulación de acusación de conformidad con el artículo 339 del C.P.P.
- 3.** El 27 de septiembre de 2021 se inició la audiencia preparatoria, realizándose el correspondiente descubrimiento probatorio por parte de la defensa; igualmente, las partes en contienda expusieron la pertinencia, conducencia y utilidad de los medios de prueba a practicar en el juicio oral. La audiencia se suspendió y continuó el 2 de noviembre siguiente, en la cual, entre otros, se admitió a la fiscalía la prueba testimonial de Luis Fernando Marín Ortégón, médico perito del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses que realizó el examen sexológico a la menor M.A.S., con quien pretende introducir la base de opinión pericial.

De otra parte, entre las pruebas pedidas por la defensa se encuentra la documental contentiva de la historia clínica de la menor M.A.S., alojada en un cd, la cual, previa oposición de la agencia fiscal, fue inadmitida por ilegal por parte del despacho, decisión contra la cual el apoderado de Hernández Ariza interpuso el recurso de apelación. Con proveído del 16 de junio de 2022, aprobado con acta N° 527, esta Sala Penal resolvió confirmar la anterior determinación, precisándose que en realidad se trata de una

---

<sup>1</sup> Pág. 46 ibídem.



Apelación auto penal - Rad: 2009-00492 (23-530A).  
Procesado: Alejo Hernández Ariza.  
Decisión: Confirma proveído del 18 de julio de 2023.

exclusión probatoria por ilicitud, a lo cual se suma la inadmisibilidad del documento, toda vez que no se relacionó un testigo de acreditación idóneo para su ingreso.

**4.** El 30 de agosto de 2022 el juez cognoscente preguntó a las partes sobre el tiempo que tardarían presentando la teoría del caso y los alegatos de conclusión, y fijó el orden de la practica probatoria. Se terminó la diligencia. El 13 de diciembre siguiente no se realizó la audiencia porque la agencia fiscal solicitó el aplazamiento por presentar quebrantos de salud.

**5.** El 18 de julio de 2023 se instaló la audiencia de juicio oral. El *a quo* le preguntó al acusado cómo se declara frente a los cargos endilgados, a lo que este contestó que inocente; luego, las partes presentaron la teoría del caso, se introdujeron las estipulaciones probatorias y se inició la práctica probatoria de cargo, oportunidad en la cual la agencia fiscal solicitó la admisión de un testigo de fungibilidad en reemplazo del perito Luis Fernando Marín Ortegón, dado que ya se retiró del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, para lo cual puso de presente el acto administrativo respectivo. Adujo que aquel que lo reemplazaría tendría similares estudios y experiencia, con el ánimo de introducir la base de opinión pericial rendida por Marín Ortegón, a lo cual la defensa se opuso, el delegado del Ministerio Público no presentó reparo y el apoderado de víctimas coadyuvó la misma.

El juzgado admitió lo propio, determinación contra la cual la defensa interpuso recurso de apelación.

## **DECISIÓN RECURRIDA**

El 18 de julio de 2023, el juzgador *a quo* se pronunció sobre la petición de la fiscalía, aduciendo que desde el año 2008 la jurisprudencia ha establecido la necesidad de que el perito que realice la experticia acuda de manera indefectible al juicio oral a rendir su testimonio y, solo en caso excepcional,



*Apelación auto penal - Rad: 2009-00492 (23-530A).  
Procesado: Alejo Hernández Ariza.  
Decisión: Confirma proveído del 18 de julio de 2023.*

como la muerte del perito, imposibilidad física, psicológica o una circunstancia que le impidiera concurrir, podría operar el principio de fungibilidad, postura que ha tenido variantes como en los casos en los que quien rinde el dictamen para el juicio oral ya no tiene la condición de perito del Instituto Nacional de Medicina Legal, máxime porque incluso se niegan a concurrir aduciendo que lo harían de forma gratuita o indeterminada, por lo que aquellos que ya gozan de la pensión por retiro o se desvincularon de la institución pública no pueden continuar obligados a ese cargo que ya no ejercen, en garantía del derecho del libre descanso.

Asimismo, precisó que el perito es un testigo particular porque no percibió de manera directa los hechos, sino que es un experto que rinde una valoración técnica, científica o artículo acerca de una experticia de un examen, derivándose la base pericial, es decir, todo el sentir y la caracterización de la pericia para que pueda servir de fundamento y sea el límite de lo que pueda incorporar el testimonio en el juicio oral; entonces, la Corte Suprema de Justicia ha planteado que en casos de peritos que por su condición especial no son testigos directos de los hechos pueda darse el principio de fungibilidad, como ocurre en este caso, donde la fiscalía probó a través del acto administrativo, que Luis Fernando Marín Ortigón renunció al aludido instituto, por lo que ya no ostenta la calidad de perito de allí, por lo que a través de otro con similares características se incorpore la base pericial del primero.

## **RECURSO DE APELACIÓN**

La defensa de Hernández Ariza interpuso recurso de apelación contra la anterior determinación argumentando que el acto de renuncia del Instituto Nacional de Medicina Legal del médico Luis Fernando Marín Ortigón, presentado por la fiscalía para sustentar su petición de perito fungible, lo sorprende dado que no le fue puesto de presente previamente, máxime cuando no existe prueba alguna que permita colegir que aquella hubiera elevado una petición ante ese instituto pidiendo los datos personales de



*Apelación auto penal - Rad: 2009-00492 (23-530A).  
Procesado: Alejo Hernández Ariza.  
Decisión: Confirma proveído del 18 de julio de 2023.*

Marín Ortegón; entonces, si bien es cierto que renunció, no conoce que hubiera sido porque falleció, por alguna limitación física, o que se encuentre fuera del país, máxime que no solicitó previamente a dicha entidad pública o al despacho judicial de conocimiento la información necesaria para ubicar al testigo o que exista una manifestación de aquel donde indique que no puede rendir ese informe porque ya no es perito de medicina legal.

Entonces, aduce que, aunque la Corte Suprema de Justicia y esta Colegiatura admita al perito de fungibilidad, lo cierto es que se debe agotar y demostrar esa condición, aduciendo que este no puede rendir el informe porque fue imposible ubicarlo o que fue renuente, por lo que pide que se revoque la decisión y, en su lugar, atendiendo a los principios de contradicción e igualdad, se despache negativamente la petición del ente persecutor.

## **NO RECURRENTES**

1. El delegado del Ministerio Público solicitó que se declare desierto el recurso interpuesto por la defensa, dado que no fue sustentado debidamente, puesto que no atacó la decisión adoptada, pues se limitó a afirmar que fue sorprendido por la fiscalía con una resolución, cuando realmente ello no existe, dado que se está permitiendo la contradicción, aun cuando no se requiere una petición ante el Instituto Nacional de Medicina Legal cuando es precisamente la misma entidad que con dicho acto administrativo comunica al médico Marín Ortegón que ya no forma parte de la institución; ahora, en el evento que se conceda la alzada, solicitó a esta Sala Penal que confirme la decisión recurrida, dado que se encuentra debidamente sustentada en la jurisprudencia y resulta necesario para que el perito que se designe como fungible incorpore las conclusiones consignada por el doctor Luis Fernando Marín Ortegón que ya forma parte del instituto referido y explique lo que señaló en su momento el galeno.



*Apelación auto penal - Rad: 2009-00492 (23-530A).  
Procesado: Alejo Hernández Ariza.  
Decisión: Confirma proveído del 18 de julio de 2023.*

Finalmente, expuso que no es necesario que el Instituto Nacional de Medicina Legal explique que el doctor Marín Ortigón salió o no del país, pues es suficiente con conocer que ya no cumple con la exigencia de ser perito oficial, por lo que se haría mal traerlo a juicio sin ostentar esa calidad y porque debe respetársele su derecho al despacho y al retiro tranquilo, siendo viable que lo reemplace otro.

2. Por su parte, el representante de víctimas pidió que se confirmara la decisión confutada, aduciendo que la jurisprudencia valida la posibilidad excepcional de sustituir un perito en cualquier fase del juzgamiento, por los motivos expuestos por la agencia fiscal, dado que indicó la imposibilidad de que el galeno aludido asista dado que se retiró del Instituto Nacional de Medicina Legal, por lo que un nuevo perito puede incorporar la base de opinión pericial rendida por el primero.

3. El delegado de la Fiscalía General de la Nación solicitó que se mantenga incólume la determinación recurrida por la defensa, porque así lo ha posibilitado la jurisprudencia y esta Colegiatura, como se resolvió en una acción de tutela, y el auto proferido dentro del proceso con radicado N° 680016000258201000651 (22-540A) de esta Sala de Decisión Penal.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

### **1. Competencia.**

De acuerdo con lo previsto en el numeral 1° del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, en concordancia con el numeral 4° del artículo 177 ibidem, esta Corporación es competente para conocer el recurso de apelación interpuesto contra la decisión proferida por el Juzgado Noveno Penal del Circuito de esta ciudad con función de conocimiento.



## **2. Sobre la prueba pericial.**

Según el artículo 405 del C.P.P., la prueba pericial es procedente cuando es necesario efectuar valoraciones que requieran conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados. Dispone este artículo que, a los peritos, en lo que corresponda, les serán aplicables las reglas del testimonio. A su vez, el artículo 412 del mismo cuerpo normativo señala que las partes solicitarán al juez que haga comparecer a los peritos al juicio oral y público para ser interrogados sobre los informes periciales que hubiesen rendido.

Toda declaración de perito, dice el artículo 415 ibidem, deberá estar precedida de un informe en el que se exprese la base de la opinión pedida por la parte que propuso la práctica de la prueba. Precisa el último inciso de este que *“en ningún caso, el informe de que trata este artículo será admisible como evidencia, si el perito no declara oralmente en el juicio”*.

De ahí que, como de antaño ha precisado la jurisprudencia<sup>2</sup> de la Máxima Corporación en lo penal, la prueba pericial es un elemento de persuasión compuesto, integrado por el informe escrito base de la opinión pericial -que por sí mismo no constituye evidencia autónoma- y el testimonio del experto en juicio, quien concurre para ser interrogado y contrainterrogado sobre su concepto previo; sin embargo, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha admitido la posibilidad de escuchar en el juicio oral, el testimonio de un perito distinto al que materialmente practicó la experticia, limitando esta facultad a algunos eventos excepcionales.

---

<sup>2</sup> CSJ SP. 10 jun, 2015, rad. 40478; CSJ AP, 28 feb. 2018, rad. 50912; CSJ AP, 25 abr. 2018, rad. 47384.



*Apelación auto penal - Rad: 2009-00492 (23-530A).  
Procesado: Alejo Hernández Ariza.  
Decisión: Confirma proveído del 18 de julio de 2023.*

### **3. Caso Concreto.**

Dentro del presente asunto se tiene que, de acuerdo a la relación del escrito de acusación y lo relatado por la fiscalía, el informe base de opinión pericial N° 2009C-04050503348 del 4 de mayo de 2009 lo realizó Luis Fernando Marín Ortegón, médico perito forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, por lo que en la audiencia preparatoria el delegado de esa agencia solicitó la declaración de dicho experto, lo cual fue admitido por parte del juez de primer grado.

Sin embargo, a la sesión del juicio oral del 18 de julio de 2023 no acudió dicho profesional, pues conforme lo expuso la agencia fiscal, éste no se encuentra disponible porque conforme a la resolución del 23 de febrero de 2021, expuesta en la audiencia a récord 48:30 en adelante, el Director General del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses le aceptó a Luis Fernando Marín Ortegón la renuncia al cargo de Profesional Especializado Forense grado 18 que ostentaba en la entidad, a partir del 1° de abril de 2021, por lo que solicitó se permitiera, en su reemplazo, la asistencia de otro galeno que cuente con las mismas calidades técnicas y profesionales, a efectos de lograr la práctica de dicho medio, a lo cual accedió el *a quo*; sin embargo, el defensor recurrió esa determinación, alegando que fue sorprendido porque previamente no conoció esa situación y porque el peticionario no agotó anticipadamente labores ingentes para ubicar al profesional aludido, lo que descarta que no se encuentre disponible, por lo que en garantía del derecho de contradicción debe revocarse la misma.

Sobre el particular, la Sala debe partir por señalar que en atención a lo dispuesto por los numerales 4° y 5° del artículo 177 del Código de Procedimiento Penal, contra la decisión que admite pruebas solo procede el recurso de reposición; no obstante, en garantía del debido proceso probatorio la jurisprudencia ha morigerado esa regla y, en casos en lo que se alegue el rechazo de la misma, pese a que hubiera sido admitida, procede el vertical, pues están en juego los derechos de la parte que la solicitó. Al respecto señaló la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal:



Apelación auto penal - Rad: 2009-00492 (23-530A).  
Procesado: Alejo Hernández Ariza.  
Decisión: Confirma proveído del 18 de julio de 2023.

*“15.- Frente a la decisión que resuelve las solicitudes probatorias elevadas por las partes, el Código de Procedimiento Penal diferencia entre el auto que accede a su práctica y aquel que la niega, por tanto, contra el primero solamente procede el recurso de reposición, de conformidad con lo establecido por el citado canon 176. Además, contra el que excluya, rechace o inadmita una prueba, proceden el de reposición y/o el de apelación, tal como lo consagra el inciso 3° del artículo 359, en concordancia con el numeral 4° del artículo 177 ibídem [AP5468-2021, 17 nov. 2021, rad. 60130].*

*16.- Por lo expuesto, de antaño la Corte ha sostenido que, contra la decisión que admite el decreto de pruebas, no procede el recurso vertical de apelación y la parte favorecida con la prueba, carece de legitimidad en la causa para atacarla, postura que ha mantenido de forma pacífica [Ver entre otras, CSJ AP 3805-2015, 8 jul. 2015, Rad 46262, CSJ AP4812-2016, 27 jul. 2016, Rad 47469.]*

*17.- No obstante, las anteriores reglas han sido morigeradas por la Sala de Casación Penal de acuerdo a la dinámica de los casos concretos que se presentan en el sistema adversarial. Al respecto, en proveído CSJ, AP1392-2021, 21 abr. 2021, Rad. 57164, lo siguiente:*

*[...] Por ello, se ha reiterado que los criterios analizados deben aplicarse dentro del contexto de las garantías del debido proceso probatorio, razón por la que se ratificó que “contra la decisión de admitir una prueba no procede la apelación, salvo que se esté discutiendo la violación de garantías fundamentales en los ámbitos de la exclusión o el rechazo” (CSJ AP948-2018, rad. 51882; CSJ AP1465-2018, rad. 52320; CSJ AP3018-2018; CSJ AP2218-2018, rad. 52051; CSJ AP384-2018, rad. 51917, entre otras).*

*(...)*

*Sin embargo, cuando no es posible solucionar la controversia por la vía de la dirección del proceso, el Juez debe resolver sobre la procedencia del rechazo. Esta decisión admite el recurso de apelación, independientemente de su sentido, por lo siguiente:*

*Si opta por rechazar las pruebas, como una sanción a la parte que incumplió las obligaciones atinentes al descubrimiento, no cabe duda que procede la alzada, tal y como sucede con la decisión de inadmitir pruebas. Esto no admite discusión.*

*Si se decide no acceder al rechazo, es evidente que están en juego los derechos de la parte que lo solicitó, pues de ser cierto que se tendría que enfrentar a pruebas desconocidas, la posibilidad de defensa, los controles a la incorporación de las pruebas durante el juicio oral y los otros aspectos relacionados en el numeral 7.1.3 podrían verse seriamente afectados. En tal sentido, a la luz de los criterios establecidos por esta Corporación para concluir que el auto que resuelve sobre la exclusión de evidencia admite el recurso de apelación, independientemente del sentido de la decisión (CSJ AP, 27 Jul. 2016, Rad. 47.469), resultan aplicables al auto a través del cual se decide sobre el rechazo por indebido descubrimiento. (CSJ*



Apelación auto penal - Rad: 2009-00492 (23-530A).  
Procesado: Alejo Hernández Ariza.  
Decisión: Confirma proveído del 18 de julio de 2023.

AP-948-2018, rad. 51882)» (STP11602-2022 de 18 de agosto de 2022). (Subrayado de la Sala).

En el caso concreto lo que alega el apelante, entre otros aspectos, es que fue sorprendido con la solicitud de la agencia fiscal, pues no le fue descubierto de forma oportuna que el perito Luis Fernando Marín Ortegón había renunciado del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses y que desconocía la identificación del nuevo perito, cuestión que habilita el recurso de apelación, pues independientemente de haberse admitido por el *a quo* la práctica del perito fungible, lo cierto es que podría entenderse que el opugnador alega su rechazo.

Al respecto, la Sala destaca que la jurisprudencia ha permitido de forma excepcional la posibilidad de escuchar en el juicio oral el testimonio de un perito distinto al que materialmente practicó la experticia, limitando esta facultad a algunos eventos excepcionales, conforme se indicó:

*“Entonces, respecto de la obligación ineludible de que el perito concurra a la audiencia del juicio oral, si éste se halla imposibilitado para desplazarse, debe acudir el despacho, con las partes, al lugar donde se halla el experto, o recibirse su atestación por algún sistema de audio video; pero si ya se torna imposible recabar su declaración, surge la posibilidad de solicitar al juez que permita la concurrencia de un nuevo perito quien, examinado el objeto o fenómeno, rendirá su informe (que puede ser verbal), directamente en la audiencia de juicio oral.*

*Sin embargo, si ninguna de estas dos opciones se hace factible –no se halla disponible el perito para rendir su dictamen y no es posible efectuar otro examen al objeto o fenómeno-, estima la Corte que por el camino de la excepcionalidad, dentro de un criterio de razonabilidad y ponderación que tenga en cuenta los derechos de las partes –recuérdese, dentro del presupuesto adversarial y de igualdad de armas, tanto la fiscalía como la defensa pueden, y deben, presentar este tipo de pruebas para favorecer su teoría del caso- y la esencia misma del proceso penal, representada por la norma rectora consagrada en el artículo 10 de la Ley 906 de 2004 (“La actuación procesal se desarrollará teniendo en cuenta el respeto a los derechos fundamentales de las personas que intervienen en ella y la necesidad de lograr la eficacia del ejercicio de la justicia. En ella los funcionarios judiciales harán prevalecer el derecho sustancial”), debe aceptarse que ese informe, entendido como base de la atestación pericial, sirva de soporte al dictamen que rinda un experto distinto a aquel que lo elaboró.*



Apelación auto penal - Rad: 2009-00492 (23-530A).  
Procesado: Alejo Hernández Ariza.  
Decisión: Confirma proveído del 18 de julio de 2023.

Por lo demás, esta facultad excepcional otorgada a las partes no afecta profundamente los principios de inmediación, contradicción y oralidad, tan caros a la sistemática acusatoria, dado que el experto acude a la audiencia pública, ante el juez, a exponer su particular visión, acorde con sus conocimientos, de lo que el examen del anterior experto arroja, pudiendo interrogársele y contrainterrogársele al respecto.

Lo fundamental, advierte la Sala, es que el informe o informes contengan elementos suficientes -particularmente, en el campo descriptivo, acerca de lo observado por quien examinó el objeto o fenómeno a evaluar-, que permitan al experto citado a la audiencia contar con bases sólidas a fin de explicar adecuadamente qué fue lo verificado, cuáles los métodos y técnicas utilizadas, los resultados arrojados por la experticia y las conclusiones que de ello se pueden extractar”<sup>3</sup>. (Subrayado de la Sala).

La anterior intelección no descarta el evento que en el presente caso salta a la vista; por el contrario, al haberse postulado por parte de la agencia fiscal, debe analizarse *por el camino de la excepcionalidad, dentro de un criterio de razonabilidad y ponderación que tenga en cuenta los derechos de las partes* y, en sintonía con ello, sobre la imposibilidad del perito de no asistir al juicio, basado en el estado actual de su empleo en el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, dijo la Corte Suprema de Justicia:

*“Dentro del presente asunto se tiene que el informe base de opinión pericial N° DRBO-LGEF-1802002193 de fecha 5 de enero de 2019, sobre el estudio de genética forense que se realizó a las muestras de fluidos biológicos hallados en las prendas de vestir y cuerpo de la víctima, lo realizó el doctor L... E... V... D...-Profesional Especializado Forense del Grupo de Genética Forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses-; por lo que en la audiencia preparatoria la delegada de la fiscalía solicitó la declaración del galeno.*

*Sin embargo, a la sesión del juicio oral del 15 de enero de 2019 acudió el doctor Carlos Arturo Mora Torres -experto del mismo grupo e institución- quien explicó que su homólogo Luis Eduardo Vargas Díaz se encontraba de vacaciones, pero que él estaba en capacidad plena de rendir la experticia con base en el informe base de opinión pericial realizado por Vargas Díaz, dado que conocía el caso porque él se encargó de revisarlo y reconoció como suya la firma que aparece en el último folio del documento.*

*Por lo anterior, la delegada de la fiscalía le solicitó al juez de conocimiento que permitiera su testimonio, frente a lo cual el abogado defensor se mostró conforme,*

---

<sup>3</sup> CSJ SP. 10 jun, 2015, rad. 40478; CSJ AP, 28 feb. 2018, rad. 50912; CSJ AP, 25 abr. 2018, rad. 47384.



Apelación auto penal - Rad: 2009-00492 (23-530A).  
Procesado: Alejo Hernández Ariza.  
Decisión: Confirma proveído del 18 de julio de 2023.

por lo que el A-quo dispuso tener como perito en reemplazo de Luis Eduardo Vargas Díaz al doctor Carlos Arturo Mora Torres.

El anterior recuento deja en evidencia que en el presente asunto se aplicó el precedente jurisprudencial referido, pues, el experto que rindió el informe base de opinión pericial no estaba disponible para comparecer al juicio ni era viable lograr su testimonio a través de medios tecnológicos, por lo tanto, resultaba viable recibir el testimonio a un nuevo perito a partir del informe inicial elaborado por el primero.”<sup>4</sup>  
(Subrayado de la Sala).

En ese sentido, ponderando las garantías fundamentales del proceso penal, a la luz de los principios constitucionales de celeridad y razonabilidad, así como la realidad que muestra la actuación, relativa a la imposibilidad que el profesional Marín Ortégón – quien desde el 1° de abril de 2021 se retiró del Instituto Nacional de Medicina Legal- asista al juicio oral como perito del aludido instituto, dado que ya no ostenta esa calidad, tal circunstancia se erige como una justa causa que permite de forma excepcional la aplicación del testigo de fungibilidad, máxime cuando debe aceptarse que el informe rendido, *entendido como base de la atestación pericial, sirva de soporte al dictamen que rinda un experto distinto a aquel que lo elaboró*, máxime que obrar de esa manera *no afecta profundamente los principios de inmediación, contradicción y oralidad*, dado que le permite al defensor de Hernández Ariza hacer uso del contra-interrogatorio y re-directo ante un profesional con similares calidades que aquel que inicialmente fue admitido, a partir de la misma base de opinión pericial que le fue descubierta.

Véase que incluso la Sala de Casación Penal analizó un caso similar, en el que, de forma breve, pero contundente, consideró viable acudir a dicha figura cuando el profesional que rindió el informe adquiriera la condición de pensionado, que para este caso se equipara porque Marín Ortégón se retiró de la aludida entidad pública:

*“Con fundamento en lo expuesto, considera la Sala que, tras advertir la no comparecencia del experto a juicio por haber adquirido el derecho a la pensión, debió la fiscalía proponer al funcionario judicial la comparecencia de otro que depusiera*

---

<sup>4</sup> CSJ AP2311-2021. Radicado N° 58075 del 9 de junio de 2021.



Apelación auto penal - Rad: 2009-00492 (23-530A).  
Procesado: Alejo Hernández Ariza.  
Decisión: Confirma proveído del 18 de julio de 2023.

sobre el informe del 4 de abril de 2013, pudiendo recurrir a los galenos que sí acudieron a la vista pública, los médicos legistas Hernán Villa Mejía y Janeth Franco, inclusive.”<sup>5</sup>

Bajo ese entendido, resulta viable acceder de manera excepcional a la petición del ente persecutor, como acertadamente lo coligió el juez de primer grado, pues contrario a lo señalado por el recurrente, para ello no se requería previamente ubicar al perito para colegir su indisponibilidad, dado que el acto administrativo que le aceptó la renuncia basta para comprobar su retiro de la institución señalada y, por ende, colegir que carece de la calidad de perito forense de la misma, proceder que no cercena la posibilidad de controvertir esa probanza, pues justamente tendrá plenas garantías durante el juicio oral; en cambio, con ello se garantizan los principios de igualdad de armas y celeridad, superando así las vicisitudes logísticas que históricamente afronta el proceso penal, ocasionadas, como en este caso, por el paso del tiempo, dado que el profesional Luis Fernando realizó el informe base de opinión pericial N° 2009C-04050503348 desde el 4 de mayo de 2009, esto es, hace más de 14 años.

Así las cosas, se confirmará la decisión recurrida.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA, SALA DE DECISIÓN PENAL,**

### **RESUELVE**

**Primero. Confirmar** la providencia de fecha, origen y naturaleza indicados, por lo anteriormente expuesto.

**Segundo.** Contra la presente providencia no procede recurso alguno. Esta decisión se notifica en estrados. Regresen las diligencias al juzgado de origen para que continúen con el desarrollo de la actuación.

---

<sup>5</sup> CSJ SP1864-2021. Radicación n° 55754 del 19 de mayo de 2021.



Apelación auto penal - Rad: 2009-00492 (23-530A).  
Procesado: Alejo Hernández Ariza.  
Decisión: Confirma proveído del 18 de julio de 2023.

## **CÚMPLASE**

**Los Magistrados,**

**PAOLA RAQUEL ÁLVAREZ MEDINA**

**JAIRO MAURICIO CARVAJAL BELTRÁN**

**JUAN CARLOS DIETTES LUNA  
SALVAMENTO DE VOTO**

PROYECTO REGISTRADO A TRAVÉS DEL EXCEL  
INSTITUCIONAL DE LA SECRETARÍA DE ESTA SALA  
ESPECIALIZADA EL **2 DE AGOSTO DE 2023**.

*El expediente obra en un cuaderno digital de  
OneDrive*



Segunda instancia 68081-6000-135-2012-00765 (17-543A)  
José del Carmen Díaz Sosa  
305

**República de Colombia**  
**Rama Judicial del Poder Público**  
**Distrito Judicial de Bucaramanga (Santander)**  
**Tribunal Superior**  
**Sala Penal**

**Magistrada ponente: Paola Raquel Álvarez Medina.**  
**Referencia: 68081-6000-135-2012-00765 (17-543A)**  
**Procesado: José del Carmen Díaz Sosa**  
**Delito: Acto sexual abusivo con menor de 14 años agravado en concurso homogéneo y sucesivo**  
**Decisión: Confirma**

**APROBADO ACTA No. 1136**

**Bucaramanga, diecisiete (17) de noviembre dos mil veintitrés (2023)**

**ASUNTO**

Procede la Sala a decidir de oficio lo que en Derecho corresponde frente a la procedencia de la preclusión dentro de la acción penal en el juzgamiento que se adelanta contra **JOSÉ DEL CARMEN DÍAZ SOSA** por el delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravado en concurso homogéneo y sucesivo.

**ACTUACIÓN PROCESAL**

1. En audiencia preliminar adelantada el 24 de septiembre de 2013 (fs. 3 y 4 del expediente físico), el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Barrancabermeja legalizó la captura de **JOSÉ DEL CARMEN DÍAZ SOSA**, a quien la Fiscalía para el caso concreto le imputó el cargo del delito de acto sexual con menor de 14 años agravado, de acuerdo con lo establecido en los artículos 209 y 211, numeral 5° del Código Penal, el cual no aceptó.

El titular de la acción penal solicitó la imposición de medida de aseguramiento privativa de la libertad intramural al imputado, accediéndose a su petición al reunirse los elementos establecidos en la ley para ello.

2. El conocimiento de la causa fue asignado al Juzgado Primero Penal del Circuito de Barrancabermeja (f. 25 del expediente físico), por lo que la audiencia de formulación de acusación se celebró el 3 de marzo de 2014 (f. 40 del expediente físico).

3. La audiencia preparatoria se efectuó el 3 de julio de 2014 (fs. 194 a 195 del expediente físico).

4. El juicio oral se inició el 10 de marzo de 2015 (fs. 101 a 102 del expediente físico) y continuó en las sesiones del 22 de mayo (f. 114 del expediente físico), 31 de agosto siguiente (f. 135 del expediente físico), 28 de octubre de 2016 (f. 196 del expediente físico), y 23 de noviembre de la misma anualidad, fechas en las que se efectuó la práctica probatoria a cargo de la fiscalía.

El 15 de marzo de 2017 se profirió sentido de fallo de carácter absolutorio en favor del procesado, ordenándose la libertad inmediata de JOSÉ DEL CARMEN DIAZ SOSA al encontrarse privado de la libertad en centro carcelario (f. 207 del expediente físico).

5. El 8 de septiembre de 2017 (fs. 227 del expediente físico), se realizó la lectura de la respectiva sentencia, decisión por la que la fiscalía interpuso el recurso de alzada que concitó la atención de la Sala.

5. Mediante decisión del 18 de septiembre de 2023 esta Corporación resolvió confirmar la sentencia impugnada, por lo que se realizó lectura de fallo el 26 de septiembre siguiente, sin embargo, en el trámite de notificación de la decisión se informó por parte de la Secretaría de esta Sala que en virtud a la comunicación entregada por la defensa, era probable el fallecimiento del procesado; por lo anterior se consultó en el número de el registro único de afiliaciones al sistema integral de protección social cuyo resultado fue "cancelado por muerte" conforme Resolución 2120 del 25 de noviembre de 2020.

<sup>1</sup> Se estableció como hecho cierto y probado: 1) que JOSÉ DEL CARMEN DIAZ SOSA no registra antecedentes penales; 2) la plena identidad del procesado; y 3) la mayoría de edad de L. D. D. C.

Seguidamente, mediante auto del 26 de octubre de la presente anualidad, esta Corporación solicitó a la Registraduría Nacional del Estado Civil se informara sobre la existencia de la cancelación del documento de identidad por muerte de JOSÉ DEL CARMEN DIAZ SOSA, identificado con cédula de ciudadanía No. 2.055.097 expedida en Barrancabermeja (S), así como, de ser el caso se procediera a enviar certificado de registro civil de defunción del nombrado, o informaran la dependencia que pueda aportar dicho documento, por lo que, en atención a ello, se aportó dicho documento de número de indicativo serial 9963970 en el que se consignó el fallecimiento del nombrado, quien se identificaba con número de documento 2.055.197 (Cfr. expediente digital).

## CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. El artículo 250 de la Constitución Política consagra que le corresponde a la Fiscalía General de la Nación el ejercicio de la acción penal, en desarrollo de lo cual adelantará la investigación de los hechos que revistan las características de un delito con el propósito de arribar a conclusiones sólidas sobre el mérito, razonabilidad y viabilidad de formular acusación o, en su defecto, solicitar la preclusión de la investigación con los conocidos efectos contemplados en el artículo 334 del Código de Procedimiento Penal.

Así las cosas, la preclusión permite la terminación del proceso penal sin el agotamiento de todas las etapas procesales, la cual de conformidad con el artículo 331 de la ley 906 de 2004, puede ser adoptada en cualquier momento por el Juez de conocimiento a solicitud de parte.

Esta decisión que produce efectos de cosa juzgada solamente puede decretarse con base en las causales previstas en el artículo 332 *et seq.*, como lo son (i) imposibilidad de iniciar o continuar la acción penal, (ii) existencia de una causal que excluya la responsabilidad, (iii) inexistencia del hecho investigado, (iv) atipicidad del hecho investigado, (v) ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado, (vi) imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia, y, (vii) vencimiento del término máximo previsto en el artículo 294 para radicar la acusación.

Con relación a la solicitud de la preclusión con base en el numeral primero del precitado artículo 332, deben tenerse también las causales previstas para la

extinción de la acción penal, reguladas en artículo 77 del Código Penal, a saber: muerte del imputado o acusado, prescripción, amnistía, obliación, caducidad de la querrela y desistimiento. Asimismo, las establecidas en el artículo 82 del Código Penal que, adicional a los anteriores, prevé el pago, la indemnización integral y la retracción en los casos previstos en la ley.

2. A su vez, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal, respecto de la extinción de la acción penal señaló:

*"En desarrollo de la actividad investigativa adelantada por la Fiscalía, es posible que se presenten eventos que generen ausencia de mérito para continuar adelante con la actuación, por lo que el legislador ha previsto que se disponga el cese de la misma, el Ente Acusador deberá solicitar al juez de conocimiento la preclusión, demostrando la causal en que se ha incurrido, y el legislador ha regulado, en el artículo 332 de la Ley 906 de 2004, las causales de preclusión, siendo la primera, la "imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal".*

*Entendientemente, el numeral primero del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, es una norma en blanco que debe ser llenada con las causales previstas para la extinción de la acción penal, reguladas en los artículos 82 de la Ley 599 de 2000 y 77 de la Ley 906 de 2004, dentro de las que se encuentra la "muerte del procesado", que de forma objetiva e inexorable, genera la imposibilidad de continuar adelante con la acción penal, puesto que se carece en forma absoluta del sujeto pasivo de la misma.*

*Esta Corporación ha sostenido: (CS) AP 26 - Oct. 2007 Rad. 28492).*

*Dado que la responsabilidad penal es personal e indelegable, cuando se produce la muerte de una persona a quien se atribuye la realización de uno o varios delitos, bien sea en forma individual o en coparticipación criminal, surge una circunstancia insuperable que impide al Estado ejercer la potestad jurisdiccional de perseguir al presunto delincuente, sin que para estos efectos importe que se trate de asuntos que corresponden a la justicia ordinaria o a la transicional.*

*Siendo ello así, por razones de economía procesal y ejercicio de la razonabilidad, es imperioso dar por extinguida la acción penal cuando el imputado ha fallecido, pues el Ente Acusador carece de contradiccion y resultaría dilatorio de la situación, agir fallar la petición de la Fiscalía frente a la concreta causal analizada, cuando lo cierto es que demostrada la misma, la acción penal no puede proseguirse, lo que exhorta a la Sala de pronunciarse sobre la decisión recurrida.*

*Finalmente, la Corte Constitucional<sup>4</sup> cuando declaró exequible condicionadamente la "muerte del procesado" como causal de extinción de la acción penal, en punto de la garantía de los derechos que le asisten a la víctima o al perjudicado con la conducta punible, estableció que al declararse la extinción de la acción penal, deberá ordenarse la entrega a la víctima o su representante, de los elementos materiales probatorios recaudados hasta la muerte del imputado"<sup>5</sup>.*

En suma, una de las causales objetivas de extinción de la acción penal es la muerte del imputado, la cual debe estar debidamente demostrada en la actuación, es decir, debe aportarse el certificado de Registro Civil de defunción.

<sup>4</sup> Sentencia C-839 de 2010

<sup>5</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto AP1529-2016 del 16 de marzo Rad. 44 679, M.P. Egidio Pardo Cabrera.

En este sentido, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia refirió que:

*(...) en tratándose de causales que comportan el análisis de parte y por ende, ha de garantizarse la oportunidad procesal para que la contraparte e intervinientes expongan ante el juez de conocimiento sus razonamientos.*

*Sin embargo, tal requerimiento en términos de oportunidad procesal y exigencia argumentativa y demostrativa para convencer al juez de la procedencia de la preclusión de la investigación, no es el mismo en tratándose de la estructuración de una causal empuñadamente objetiva, como la muerte (artículo 77 de la Ley 906 de 2004), pues a ese hecho le sigue la declaratoria de extinción de la acción penal, que habrá de decretarse por el juez que tenga a su cargo el proceso y ante quien se prueba la ocurrencia del hecho que impide proseguir la actuación.*

*Ello es así, por cuanto la muerte del sujeto pasivo de la acción es una circunstancia que per se impide al Estado iniciar o continuar el ejercicio punitivo, deviniendo como necesario que una vez el juez advierta su ocurrencia, se declare a través de una decisión judicial inestada de la fuerza vinculante de la cosa juzgada.*

*Entendimiento que reconoce las características de un sistema de corte adversarial, que supone el enfrentamiento de dos partes, y que se desnaturaliza cuando el titular de la acción penal no logra desarrollar su actividad investigativa para la consecución de los fines constitucionales (artículo 250 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo n.º 03 de 2002), por inexistencia del investigado, su contradiccion procesal por antonomasia.*

*Sobre el tema discutió recientemente la Sala, demostrada una causal objetiva de improseguibilidad de la acción penal, concretamente, la muerte del procesado, no se encuentra límite sustancial alguno que impida que el juez de conocimiento declare extinguida la acción penal, aunque la causa por la que el asunto está en su despacho, no sea precisamente la constitutiva de dicha causal. (CS) AP 1534-2016 16 mar 2016 Radicado 42370).*

*Destáquese, además, que el reconocimiento de una causal objetiva de preclusión de la investigación, se da al margen de cualquier violación referida a los elementos configuradores de la conducta punible, al criterio subjetivo del fiscal a cargo del proceso, o el de los intervinientes que dependiendo de su interés, manifiestan determinada postura, luego, su declaratoria es impersonal.*

*No obstante, cuando el hecho de constatación objetiva se presenta en un proceso que se encuentra en el trámite de segunda instancia, la decisión que se adopte será susceptible de ser impugnada a través del recurso de reposición para garantizar la contradiccion<sup>6</sup>.*

3. Con la copia del registro civil de defunción aportada en el trámite de notificación de la sentencia de segunda instancia ante el requerimiento de esta

<sup>4</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto AP1962-2016 del 6 de abril Rad. 44 698, M.P. Patricia Salazar Quiñán.

Corporación a la Registraduría Nacional del Estado Civil y por la información aportada por la Secretaría de esta Corporación indicándose sobre la constancia del fallecimiento del procesado, quedó probado a través del registro de defunción con indicativo serial No 9963970 que JOSÉ DEL CARMEN DÍAZ SOSSA, quien se identificaba con la cédula de ciudadanía N° 2.055.097 de Barrancabermeja, falleció el 15 de octubre de 2020 en el mentado municipio, datos de que coinciden con los que obran en la actuación.

Ahora bien, sería del caso continuar el trámite legal, pues se está en término para la interposición de un eventual recurso de casación, no obstante, debe precluirse la actuación y declararse la extinción de la acción penal por muerte, acorde con lo previsto en los artículos 82 de la Ley 599 de 2000 y 332 numeral 1° de la Ley 906 de 2004. En consecuencia, por la secretaría de la Sala Penal del Tribunal se devolverán las diligencias al juzgado de origen.

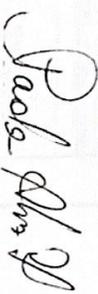
En razón y mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE BUCARAMANGA, EN SALA DE DECISION PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

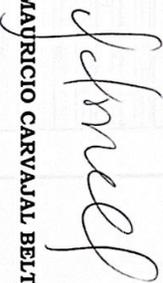
**RESUELVE**

- Primero. DECLARAR EXTINGUIDA** la acción penal por muerte del indiciado En consecuencia, **PRECLUIR EL JUZGAMIENTO** seguido en contra de **JOSÉ DEL CARMEN DÍAZ SOSSA**, quien fue absuelto del cargo de acto sexual abusivo con menor de 14 años agravado en concurso homogéneo y sucesivo, con base en la causal 1° del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, en consonancia con el artículo 77 ibídem.
- Segundo.** Contra esta decisión procede el recurso de reposición.
- Tercero.** Devuélvase oportunamente al Juzgado de origen.

**NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**

Los Magistrados,

  
**PAOLA RAQUEL ÁLVAREZ MEDINA**

  
**JAIRO MAURICIO CARVAJAL BELTRÁN**

  
**JUAN CARLOS DIETTES LUNA**

Registro de proyecto:  
10/11/2023



REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA  
SALA DE DECISIÓN PENAL

---

Magistrado Ponente:

**Jairo Mauricio Carvajal Beltrán**

Rad. 68001-6000-135-2022-00279-01

Registro proyecto: 17 de octubre de 2023

Aprobado Acta N.º 1098

Bucaramanga, Tres (3) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

### 1. Asunto

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la fiscalía contra el auto proferido el 28 de febrero de 2023 por el Juzgado 3º Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Barrancabermeja, mediante el cual inadmitió la práctica de una prueba solicitada por esa parte.

### 2. Hechos

Fueron consignados en el escrito de acusación así:

*«[...] El día 24 de febrero de 2021 en la calle 57 # 27 – 34, cancha Poliderpotiva del Barrio San Martín, se encontraba JORGE STICK RUEDA adolescente de 15 años, DAVINSON ARLEY RODRIGUEZ GUERRA y EDUARD SIGIFREDO VARON BARRIENTOS (herido) quienes fueron abordados por varios sujetos en dos motocicletas, quienes valiéndose de la condición de indefensión en la que se encontraban las víctimas, accionaron armas de fuego en contra de estas personas, siendo impactados por proyectiles de arma de fuego y entre los agresores se encontraba ALEXANDER RUIZ MORA, quien no contaba y no cuenta con el permiso de la Oficina comercio control de armas del ejército (sic) nacional; situación que conllevó al deceso de dos y el otro ciudadano quedó (sic) herido de gravedad.».*

### 3. Del auto apelado

El Juzgado 3 Penal del Circuito de Barrancabermeja, en audiencia preparatoria, determinó inadmitir por impertinentes los testimonios de Yolima Paola Madrid Cruzado y

Edwar Sigifredo Barón Barrientos, toda vez que no se sustentó debidamente por la fiscalía el presupuesto de pertinencia de ambas pruebas.

En sede de reposición, admitió que se trató de un error lo esbozado con respecto a la testigo Yolima Paola Madrid Cruzado, dado que en el escrito de acusación se repitió su nombre en dos numerales, por lo que, en todo caso, dicha testimonial sí había sido decretada por virtud de la argumentación vertida respecto de la prueba del numeral 7º, atendiendo a un *lapsus* en la segunda valoración; en consecuencia, repuso la decisión, aclarando que ese testimonio sí fue admitido en favor de la fiscalía, contrario al de Edwar Sigifredo Barón Barrientos, sobre el cual mantuvo su inadmisión.

#### **4. Recurso de apelación y no recurrentes**

**4.1.** La fiscalía arguyó que Edwar Sigifredo Barón Barrientos es el testigo bajo reserva relacionado en el numeral 17 de las solicitudes de pruebas testimoniales, de quien hizo referencia que se trataba de una víctima y testigo presencial, cuya argumentación de pertinencia se desplegó cuando se refirió al documento contenido de la entrevista bajo reserva de identidad del 3 de mayo de 2021, relacionada en el numeral 25, momento en el que se refirió a dicha situación, por lo que considera un exceso de ritualidad exigir una segunda argumentación para cada testigo, habiéndose ya relacionado lo oportuno respecto a cada documento, definiendo para cada elemento cuáles serían utilizados para los fines del juicio, cuáles atienden a bases periciales y cuáles pruebas se solicitan con fines de incorporación, resultando claro que Edwar Sigifredo es un testigo que puede dar cuenta de lo sucedió el día del ataque.

**4.2.** La representante del Ministerio Público solicitó mantener la decisión, dado que el mismo apelante reconoció haber argumentado la pertinencia de la prueba inadmitida en un momento que no era el propio, debiéndose exigir a las partes que se ciñan a los ritos procesales adecuados, pues se ha tornado recurrente mezclar solicitudes y mantener indefinidos los argumentos necesarios para las peticiones probatorias, máxime que las entrevistas no son pruebas y el fiscal se ciñó a argumentar la pertinencia para el juicio de la entrevista tomada al testigo, pero en el momento procesal en que correspondía elevar los argumentos de procedencia del testimonio, no cumplió la carga argumentativa que le era exigible.

**4.3.** La defensa, por su parte, compartió idénticos argumentos a los de la procuradora con el fin de pedir la confirmación de la decisión, resaltando que no se trata de un exceso de ritualidad, sino que la fiscalía debe ajustarse al correcto procedimiento en respeto del derecho al debido proceso, resultando acertada la inadmisión del testimonio que no fue respaldado con la adecuada argumentación de pertinencia, debiéndose sancionar dicha omisión.

## 5. Consideraciones de la Sala

### 5.1. De la competencia

De conformidad con el artículo 34, numeral 1°, de la Ley 906 de 2004, esta Sala es competente para conocer de los recursos de apelación contra autos penales que, en primera instancia, profieran jueces del circuito de este Distrito Judicial.

### 5.2. Requisitos de admisibilidad de la prueba

El presupuesto básico de admisibilidad de la prueba es la pertinencia; de ahí que el artículo 376 del C.P.P. establezca que, por regla general, *«toda prueba pertinente es admisible»* y, en consecuencia, el juez deba decretar las *«solicitadas cuando ellas se refieran a los hechos de la acusación que requieran prueba»* (art. 357 ibidem). Sin embargo, la ilegalidad o inutilidad del medio de conocimiento excepcionan la regla antes señalada y en consecuencia, impiden su aceptación en el proceso.

La pertinencia implica que el hecho que se pretende probar tenga relación con los que interesan al proceso, esto es, los que afirmen -o nieguen- la existencia del delito y la responsabilidad del acusado (arts. 372 y 381). Por ende, los medios probatorios *«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»*. Ese vínculo también existirá *«cuando solo 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 perito»* (art. 375).

Por su parte, la exigencia de la utilidad de la prueba tiene su fundamento más general en la *«necesidad de lograr la eficacia del ejercicio de la justicia»* (art. 10) y en el *«criterio de necesidad»* como modulador de la actividad procesal (art. 27). Ya en un nivel más específico, el artículo 359 procesal ordena la inadmisión de los medios de prueba que resulten *«inútiles»* como son los *«repetitivos o encaminados a probar hechos notorios o que por otro motivo no requieran prueba»*. En esa misma categoría pueden incluirse varias de las hipótesis descritas en el artículo 376, esto es, la prueba: (i) que pueda generar confusión en lugar de claridad, (ii) que exhiba escaso valor probatorio y (iii) que sea *«injustamente violatoria del procedimiento»*<sup>1</sup>.

### 5.3. Del caso concreto

En el presente asunto el recurrente afirma haber satisfecho los presupuestos de admisibilidad de la prueba testimonial de Edwar Sigifredo Barón Barrientos, al haberse

---

<sup>1</sup> AP5480-2021, rad. 60328

referido a la importancia de este medio de conocimiento para la teoría de cargo, dada su condición de víctima y testigo presencial de los hechos, resultando excesivo reprocharle el no haberlo mencionado al momento de referirse a las pruebas testimoniales, cuando ya había efectuado la argumentación pertinente al referirse a la entrevista con reserva de identidad, referenciando que la persona con identidad reservada era Edwar Sigifredo, quien estuvo presente en el momento de los hechos y fue objeto del ataque perpetrado por el procesado.

En primera medida, razón le asiste a los no recurrentes al resaltar la forma antitécnica con que la fiscalía presentó sus solicitudes probatorias, especialmente, al entremezclar las razones de pertinencia que intentaba hacer valer en respaldo de la petición del testimonio de Edwar Sigifredo Barón Barrientos, con el de un elemento que solo puede usarse para los fines propios del juicio, situación que no era desconocida por el delegado fiscal.

Según la jurisprudencia<sup>2</sup>, conforme al principio de preclusión, cada trámite o actuación procesal habrá de cumplirse en las etapas previstas, en los tiempos y oportunidades establecidos por la legislación adjetiva, los cuales por ser obligatorios para el juez y las partes e intervinientes procesales impiden volver a realizar un acto procesal, así sea con el pretexto de mejorarlo o de integrarlo con elementos omitidos en la debida oportunidad.

Esto indica que una vez clausurada la posibilidad de replantear lo cursado en cada oportunidad procesal, como por ejemplo, el momento en que la fiscalía debía argumentar los presupuestos de procedibilidad del testimonio demandado, resultado desafortunado acudir, por vía de recurso, a ofrecer dicha motivación que antes fue omitida; lo que se advierte de la revisión del audio de la diligencia, es que no solo pretende aclarar los argumentos de la petición probatoria, sino que busca que el juez los infiera a partir de lo esbozado a la hora de referirse al documento contentivo de la entrevista rendida por el testigo, de la cual se dijo ya, solo podría ser empleada para los fines propios del juicio (impugnar credibilidad o refrescar memoria).

Destaca la Sala, que sobre ese tema la fiscalía mencionó: *“se cuenta también con la entrevista bajo reserva de identidad de fecha 3 de mayo del año 2021, esto corresponde a la entrevista que presentara el señor Edwar Sigifredo Barón Barrientos, en el que describe, precisamente, los aspectos que de manera directa y como víctima pudo evidenciar, esta pues será empleada para los fines propios del juicio oral al igual que las otras entrevistas”*<sup>3</sup>.

A partir de lo anterior, el apelante asume que ello debe ser considerado como suficiente para justificar la admisión del testimonio de la persona que rindió la entrevista, lo

---

<sup>2</sup> AP2913-2021, rad. 56889

<sup>3</sup> Audiencia preparatoria 27 de enero de 2023, 31'26"

que indica que existe una confusión en el peticionario, pues concibe que el argumento de pertinencia de la entrevista convalida la argumentación omitida y que debió ofrecer para solicitar al testigo enunciado en la génesis de la audiencia; pero lo que no se detiene a considerar el censor es que al expresar dicha argumentación, dado el momento en que la expresó, lo que pretendía era respaldar la existencia de ese elemento en la investigación y que su uso sería para los fines del juicio, es decir, para impugnar credibilidad, refrescar memoria o solicitar su ingreso en los casos de prueba de referencia o testimonio adjunto.

Por virtud de la confusión generada por parte del fiscal, la juez en uso de sus facultades para la dirección del proceso y por solicitud también del Ministerio Público, al finalizar su intervención le solicitó al ente instructor que enlistara los testimonios solicitados con el fin de verificar la coincidencia con los apuntes que habían tomado. En esta oportunidad, se refirió al testimonio en cuestión, así: *“está el señor Edwar Sigifredo Barón Barrientos que sería precisamente ese testigo bajo reserva de identidad”*.<sup>4</sup>

Es claro que esa limitada aseveración no puede reemplazar la sustentación que debió presentar al momento de las peticiones probatorias de carácter testimonial, las cuales, según su metodología, subsiguieron a las pruebas documentales, dentro de las cuales se encontraban las que se usarían para los fines del juicio, las bases periciales y algunas documentales.

En la sustentación de las solicitudes probatorias, el fiscal nada dijo con respecto del testimonio de Edwar Sigifredo, ni siquiera para ligarlo al testigo con reserva de identidad cuya entrevista se hallaba relacionada en la evidencia documental que presentaría en juicio para los “fines propios”, lo que demuestra que la falta de alusión a dicha persona no era un método intencional en ventaja de la brevedad, sino que, al parecer, por error, se abstuvo de presentar la justificación para esa específica solicitud probatoria, la cual estaba obligado a exponer si pretendía su admisibilidad como prueba.

La agencia fiscal no satisfizo la carga argumentativa para justificar el decreto de la prueba testimonial en mención, puesto que no mencionó de forma concreta los aspectos a demostrar con dicho testimonio en el juicio con relación a la responsabilidad penal del acusado, los hechos, o la manera que haría más probable la teoría del caso del caso de la fiscalía.

De lo argumentado por el fiscal a la hora de referirse a la entrevista del testigo, lo único que podría extraerse de la somera referencia esbozada, es que fue rendida por la víctima y que en aquel documento se encuentra inserta la entrevista en la que reveló los aspectos que evidenció de manera directa, pero como la entrevista no es considerada una

---

<sup>4</sup> Ibidem, 48'20”

prueba en sí misma, el recurrente debió reseñar la necesidad, utilidad y pertinencia del testimonio del entrevistado si lo que pretendía era que se le escuchara en juicio para que reiterara lo consignado en el acto de investigación.

Por lo anterior, al observar la omisión en que incurrió la fiscalía, la juez de primera instancia se vio compelida a decretar las pruebas testimoniales en la forma en que lo dispuso, observando la Sala que la decisión confutada no adolece de irregularidad alguna que lleve a su revocatoria. En consecuencia, se mantendrá la decisión objeto de censura.

Por lo expuesto, **el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga**, -Sala Penal de Decisión-,

**Resuelve:**

**Primero.** Confirmar el auto proferido en audiencia preparatoria celebrada el 28 de febrero de 2023, por el Juzgado 3° Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Barrancabermeja.

**Segundo.** Devuélvase las diligencias al juzgado de origen.

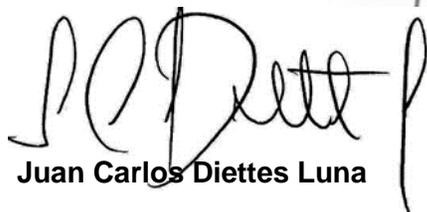
**Tercero.** Contra esta decisión no procede recurso.

Notifíquese en estrados y cúmplase.

Los Magistrados,



**Jairo Mauricio Carvajal Beltrán**



**Juan Carlos Diettes Luna**



**Con salvamento de voto**  
**Harold Manuel Garzón Peña**