BUCARAMANGA, SEPTIEMBRE 1 DE 2023

DELITO/ASUNTO	RAD.	PROCESADO /ACCIONANTE	INSTANCIA	FECHA AUTO	CLASE DE AUTO
Acceso Carnal Violento Agravado y otros	**2019-81201-01 (22-359A)**	Ordulio Sanjuan Guevara	2DA	11 de julio de 2023	RESUELVE: Revocar parcialmente
Feminicidio agravado en grado de tentativa y otros	**2020-05104-01 (21-841ª)**	Daniel Jaime Martínez García y otros	2DA	29 de junio de 2023	RESUELVE: Revoca Parcialmente

FIRMA:

Sandra Jullieth Cortés Samacá
Secretaria

Magistrado ponente	*Harold Manuel Garzón Peña (Despacho 6)*
Radicación	*68001-60-00-159-2020-05104-01 (CI 804)*
Asunto	*Apelación auto interlocutorio – Ley 906 de 2004*
Procedencia	*Juzgado 11 Penal del Circuito de Bucaramanga*
Procesados	*Daniel Jaime Martínez García y otros*
Delitos	*Feminicidio agravado en grado de tentativa y otros*
Decisión	*Revocar parcialmente y confirmar*
Fecha de registro	*26 de junio de 2023*
Fecha de aprobación	*29 de junio de 2023*
Acta de aprobación No.	*624*

Bucaramanga (Santander), veintinueve (29) de junio de dos mil veintitrés (2023)

MATERIA DE ESTUDIO

El recurso de apelación interpuesto por la defensora de DANIEL MARTÍNEZ GARCÍA, JAIME STEVEN y JEFFERSON DANIEL MARTÍNEZ HERNÁNDEZ contra las decisiones interlocutorias del 22 de noviembre de 2021, proferidas por el titular del Juzgado 11 Penal del Circuito de Bucaramanga en desarrollo de la audiencia preparatoria, consistentes en inadmitir unas pruebas cuyo decreto había solicitado.

ANTECEDENTES

a) **Hechos jurídicamente relevantes.**

En lo que interesa a este pronunciamiento, de acuerdo con la audiencia de acusación, el 4 de octubre de 2020 sobre la media noche, mientras ERIKA TATIANA SÁNCHEZ AGUILAR, HEYDY PAOLA CARREÑO VELASCO y GEAN MARCO MENESES FIGUEROA se encontraban ingiriendo bebidas alcohólicas en la tienda "Oasis", ubicada en la carrera 24 occidente No. 43-10 del barrio "Campo Hermoso" de Bucaramanga, se presentó una riña entre este último y los hermanos JAIME STEVENS y JEFFERSON DANIEL MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, quienes también estaban en ese lugar, agrediéndose mediante golpes y *lances con picos de botella.*

Durante el altercado, JEFFERSON DANIEL hizo *disparos al aire y al piso con arma de fuego* y más adelante, su padre DANIEL JAIME MARTÍNEZ GARCÍA, arribó al sitio en una motocicleta y *con arma de fuego dispara inicialmente contra GEAN MARCO MENESES FIGUEROA* para luego entregarle el artefacto a su otro hijo JAIME STEVENS, quien dispara nuevamente contra MENESES FIGUEROA y también contra ERIKA TATIANA.

Entre JAIME STIVENS y ERIKA TATIANA existió una relación sentimental desde el año 2015 hasta el 2017, sin que aquel hubiese aceptado en buenos términos el fin de la misma, *desplegando sobre ella golpes, insultos, acosos, amenazas* e indicios de violencia y opresión desde que eran pareja en el ambiente doméstico hasta el día en que se presentaron los hechos objeto de investigación, fecha en la cual utilizó un arma de fuego para intentar segar *la vida de esta mujer.*

El señor GEAN MARCO recibió impactos de proyectil de arma de fuego en el tórax y abdomen, siendo partes vitales del cuerpo y como consecuencia de ello, se desplomó *frente a la Droguería y Perfumería Nueva Avenida ubicada en la calle 45 # 3 occidente – 04* de ese mismo barrio. Tras ser trasladado al Hospital Universitario de Santander, se logró estabilizar y salvar su vida.

DANIEL JAIME MARTÍNEZ GARCÍA tiene *permiso de autoridad competente para portar el revolver M8807R, calibre 38L, marca llama, con fecha de vencimiento 03/03/2023,* permiso que *no se extiende a sus hijos* JAIME STEVENS y JEFFERSON DANIEL MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, quienes no cuentan con dicho aval.

b) **Actuación procesal.**

El 18 de diciembre de 2020, ante el Juzgado 10º Penal Municipal de Bucaramanga con funciones de control de garantías, se llevó a cabo la

audiencia preliminar de control de legalidad de las capturas realizadas en virtud de sendas órdenes emitidas por autoridad judicial el 14 de diciembre anterior, declarándose ajustadas al ordenamiento jurídico. Luego, se formuló imputación, diligencia en la cual se atribuyeron los siguientes delitos:

- A JAIME STEVENS MARTÍNEZ HERNÁNDEZ feminicidio agravado en grado de tentativa, homicidio agravado en grado de tentativa y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones agravado, según lo establecido en los artículos 104A, literales a y e, 104B literal c, 103, 104, numerales 2º y 7º, y 365 numerales, 1º y 5º del Código Penal.

- A DANIEL JAIME MARTÍNEZ GARCÍA y JEFFERSON DANIEL MARTÍNEZ HERNÁNDEZ homicidio agravado en grado de tentativa y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, según lo establecido en los artículos 103, 104, numerales 2º y 7º, y 365, numerales 1º y 5º del Código Penal.

Los cargos no fueron aceptados por ninguno de los imputados. Tras ello, se les impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

El 12 de abril de 2021, la fiscalía presentó escrito de acusación, documento que correspondió por reparto del día siguiente al Juzgado 11 Penal del Circuito de Bucaramanga, programándose la respectiva audiencia para el 18 de mayo siguiente.

Tras varios intentos, la diligencia se llevó a cabo en sesiones del 27 de julio y 30 de agosto de 2021. En esa fecha, el juzgado verificó el traslado del escrito de acusación y no se presentaron manifestaciones de las partes e intervinientes sobre causales de nulidad, incompetencia, impedimentos o recusaciones, procediéndose a la formulación de los cargos.

La audiencia preparatoria se realizó finalmente el 22 de noviembre posterior y luego de verificarse la carga argumentativa relacionada con la conducencia, pertinencia y utilidad de los medios de conocimiento que se pretenden hacer valer en el juicio oral, el titular del despacho procedió a resolver las solicitudes probatorias, inadmitiendo algunos medios probatorios documentales y testimoniales solicitados tanto por la fiscalía como por la defensa.

La defensora presentó el recurso de apelación que pasa a desatar la Sala.

c) **Auto de primera instancia.**

El titular del juzgado de primer grado indicó que en el caso de la especie no se atribuyó una lesión en la humanidad del señor GEAN MARCO MENESES FIGUEROA como consecuencia del uso de un arma traumática, por lo cual resulta irrelevante cualquier medio probatorio documental o testimonial que se relacione con la adquisición de una pistola de esas características o sobre la respectiva autorización para su porte o tenencia. De esta manera, inadmitió el aporte de *la factura* del 17 de septiembre de 2020*, la tarjeta de propiedad del arma, el carnet de tenencia y el carnet de afiliación al club deportivo Diamond,* así como dos fotografías de ese artefacto. Por sustracción de materia, descartó el testimonio de SERGIO FLÓREZ, quien ingresaría la documentación y explicaría la forma legítima en que el señor JEFFERSON DANIEL MARTÍNEZ HERNÁNDEZ portaba el arma traumática.

De igual manera, comoquiera que las circunstancias en que se desarrolló la relación sentimental entre ERIKA TATIANA y JAMES STEVENS no son relevantes para determinar la forma en que ocurrieron los hechos materia de juzgamiento, inadmitió los testimonios de NELSON MAURICIO CALDERÓN, ANGIE PAOLA ROJAS PÉREZ, OMAR FERNANDO RINCÓN MALDONADO, LUIS DAVID SOTO, ZORAIDA BLANCO MEDICA, ERCILA

PINCÓN ARDILA, FLOR MARÍA CARDOZO y FREDY EDINSON MONSALVE MARTÍNEZ.

En este punto, señaló que tampoco es relevante escuchar opiniones que versen sobre la conducta de los hermanos MARTÍNEZ HERNÁNDEZ en sociedad.

Discurrió que el testimonio de GEAN MARCO MENESES FIGUEROA es impertinente en cuanto a la presunta indemnización económica que se pretende traer a colación, aspecto que, en todo caso, podría ser auscultado en sede de contrainterrogatorio, si en cuenta se tiene que fue decretado a solicitud de la fiscalía.

En cuanto a ANDRÉS FELIPE PLATA MARÍN resaltó que, a pesar de tener relevancia para los fines propios del juicio, no podría decretarse el ingreso de una versión suya anterior, contenida en video, como medio de prueba –habiéndose decretado su testimonio a solicitud de la fiscalía-, debido a que la defensa lo solicitó como prueba de referencia sin haber acreditado ninguno de los presupuestos establecidos en el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal. Por sustracción de materia, igualmente, descartó el testimonio de JOSÉ GABRIEL MARTÍNEZ RAMÍREZ, a través de quien pretendía introducirse el medio videográfico en el que se encuentra la declaración del prenombrado.

Por tanto, solamente decretó el testimonio de IRMA HERNÁNDEZ DUARTE como cónyuge del acusado DANIEL JAIME MARTÍNEZ GARCÍA, debido a que puede dar cuenta del momento en que salió su esposo hacia la tienda donde se encontraban sus hijos y en la cual se presentó la riña.

d) **Razones de la impugnación.**

Inconforme con la decisión, la defensora solicitó al tribunal su revocatoria, argumentando que los medios probatorios documentales solicitados tienen la

finalidad de desvirtuar el hecho que el señor JEFFERSON DANIEL hubiese disparado un arma de fuego, ya que en realidad accionó una traumática; sin embargo, comprende que no es posible su decreto en razón a que no se hizo dictamen pericial del artefacto que presuntamente él utilizó el día de los hechos.

Ahora bien, insistió en señalar que NELSON MAURICIO CALDERÓN, ANGIE PAOLA ROJAS PÉREZ, OMAR FERNANDO RINCÓN MALDONADO y LUIS DAVID SOTO pueden ofrecer un contexto de la relación sentimental que en su momento tenían JAIME STEVENS y ERIKA TATIANA, dando cuenta de que no existen antecedentes de violencia por parte de aquel, en tanto que los vecinos del sector, por ejemplo, las señoras ZORAIDA BLANCO MEDICA y ERCILA PINZÓN ARDILA, entre otros, pueden desvirtuar que los comportamientos de esa familia sean agresivos.

De otra parte, sostuvo que sí argumentó la pertinencia por la cual resulta viable decretar el testimonio del señor FREDY EDINSON MONSALVE MARTÍNEZ.

Por último, convalidó el hecho que los testimonios de GEAN MARCO MENESES FIGUEROA y ANDRÉS FELIPE PLATA MARIN pueden ser repetitivos en el sentido que ya se encuentran decretados como medio de prueba de la fiscalía y por tanto, en sede de contrainterrogatorio, formulará la preguntas atinentes a la estrategia defensiva.

e) **Intervención de los no recurrentes.**

La fiscalía solicitó negar el recurso de apelación interpuesto por la defensa, en la medida en que no se atacó la fundamentación jurídica que el juez de primera instancia tuvo en cuenta para inadmitir las pruebas, así como tampoco expuso argumentos adicionales sobre la pertinencia de los testimonios desechados.

El representante judicial de víctimas alegó que la decisión estuvo acorde con el ordenamiento jurídico, puesto que los medios de prueba solicitados corresponden a una serie de testimonios que pretenden exponer conductas del diario vivir de los señores MARTÍNEZ HERNÁNDEZ y su padre, DANIEL JAIME, lo cual no guarda relación con los hechos acaecidos el 4 de octubre de 2020.

La delegada del Ministerio Público manifestó que el auto del juzgado de conocimiento debe ser parcialmente revocado, si en cuenta se tiene que uno de los delitos por los cuales se formuló imputación es el de feminicidio agravado en grado de tentativa, de manera que los testimonios de NELSON MAURICIO CALDERÓN, ANGIE PAOLA ROJAS PÉREZ, OMAR FERNANDO RINCÓN MALDONADO y LUIS DAVID SOTO, quienes pretenden exponer sobre los pormenores de relación sentimental que existió entre ERIKA TATIANA y JAIME STEVENS, y sus respectivos comportamientos luego de finalizado el vínculo, resultan pertinentes.

De otra parte, indicó que la defensa sí cumplió la carga argumentativa oportuna respecto del señor FREDY EDINSON MONSALVE MARTÍNEZ como testigo directo de los hechos.

CONSIDERACIONES

a) **Competencia.**

De conformidad con lo preceptuado en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, esta corporación es competente para decidir el recurso de apelación subsidiario interpuesto por la defensora de DANIEL JAIME MARTÍNEZ FIGUEROA, JAIME STEVENS y JEFFERSON DANIEL MARTÍNEZ HERNÁNDEZ contra las decisiones interlocutorias de primer

grado, dado que fueron adoptadas por un juez penal del circuito perteneciente a este distrito judicial.

b) **Problema jurídico a resolver.**

Revisada la actuación, corresponde a la Sala resolver el siguiente problema jurídico:

¿Debe decretarse a solicitud de la defensa todas las pruebas testimoniales deprecadas?

Lo anterior, pues, en relación con las pruebas documentales, la abogada en últimas aceptó lo decidido, exponiendo:

> "Respecto de los documentos, pues de eso sí señor juez esta defensa no hace ninguna mención al respecto, se admite que efectivamente no se hizo dictamen pericial del arma, pero también dentro de las diligencias se dice que el señor JEFFERSON DANIEL MARTINEZ causó o hizo disparos con un arma de fuego, y él no portaba ningún arma de fuego. Por lo tanto, sí era pertinente esta prueba, pero la prueba pericial."

c) **Caso concreto.**

Con la finalidad anunciada, resulta pertinente resaltar que, de acuerdo con la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia[1], la parte que efectúa la postulación probatoria ostenta la carga procesal de indicar las razones que orientan su solicitud, específicamente, los motivos de conducencia, pertinencia y utilidad del medio de convicción que imponen su decreto, obligación que comporta argumentos claros y concretos a efectos de garantizar la adecuada comprensión de la petición y consecuentemente el derecho de contradicción de la contraparte, quien al conocer los fundamentos de la petición adquiere elementos de juicio para oponerse a su práctica, si así lo desea.

[1] CSJ AP, 9 sep. 2015, rad. 46.107.

Destacó igualmente la Corte en la misma decisión que el sistema procesal penal nacional de tendencia acusatoria se caracteriza por su naturaleza adversarial, según el cual, cada parte ostenta potestad investigativa individual para demostrar con sus propios medios de prueba la teoría del caso adoptada. En tal sentido, la postulación probatoria constituye una actividad rogada, en cuya ejecución las partes deben otorgar elementos de juicio al juzgador que evidencien la conducencia, pertinencia y utilidad de los medios de convicción frente a los hechos o circunstancias de la conducta punible, a la responsabilidad penal del acusado y a la teoría del caso.

Con tales bases normativas y jurisprudenciales, se impone recordar que en el caso de la especie, la defensora pretende se admitan los testimonios de NELSON MAURICIO CALDERÓN, ANGIE PAOLA ROJAS PÉREZ, OMAR FERNANDO RINCÓN MALDONADO, LUIS DAVID SOTO, ZORAIDA BLANCO MEDICA, ERCILA PINCÓN ARDILA, FLOR MARÍA CARDOZO, JESSICA SLENDY SANDOVAL DUARTE y FREDY EDINSON MONSALVE MARTÍNEZ.

En cuanto a GEAN MARCO MENESES FIGUEROA y ANDRÉS FELIPE PLATA MARÍN, la Sala también advierte que la apelante se mostró conforme con la decisión proferida por el juez de primera instancia, en el sentido que, al haber sido decretados como testimonios de cargo, es posible desplegar su estrategia defensiva respecto de los mismos en el ejercicio del contrainterrogatorio.

Ahora bien, de cara a los argumentos de inconformidad y teniendo en cuenta igualmente las intervenciones de los no recurrentes, el tribunal revisará inicialmente si en el delito de feminicidio es necesario contextualizar las circunstancias particulares en que se desarrolla un vínculo sentimental y los comportamientos de los involucrados luego de finalizado el mismo. De igual manera, estudiará la pertinencia y utilidad de los testigos que pretenden

exponer el comportamiento habitual de los implicados en sociedad y finalmente, si la opugnadora cumplió la carga argumentativa prevista en los artículos 374 y siguientes del Código de Procedimiento Penal frente al testimonio de FREDDY EDINSON MONSALVE MARTÍNEZ.

En ese sentido, cabe recordar que, de acuerdo con la sentencia SP3993-2022 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en el delito de feminicidio se debe tener en cuenta lo siguiente:

> "Y, en forma reciente, en la decisión CSJ SP1167-2022, Rad. 57957 del 6 de abril de 2022, en la que se realizó un análisis sobre la estructura típica del delito de feminicidio, se señaló lo siguiente:
>
> «6.3. La estructura típica del delito de feminicidio
>
> 42. El delito de feminicidio se encuentra consagrado de la siguiente manera en el artículo 104A del Código Penal, el cual fue adicionado al estatuto penal por el artículo 2 de la Ley 1761 de 2015…
>
> (…)
>
> 44. En primer lugar, el delito de feminicidio consiste en causar la muerte por la condición de ser mujer. Esta expresión introduce un elemento subjetivo del tipo, el cual se fundamenta en la motivación que debe llevar al sujeto activo a privar de la vida a una mujer.
>
> 45. Este elemento le otorga autonomía normativa al tipo de feminicidio y permite diferenciarlo particularmente del homicidio simple causado a una mujer. Así, el homicidio simple de una mujer no requiere motivación, mientras que el feminicidio sanciona la circunstancia de haber acabado con la vida de la víctima por su propia condición de mujer.
> 46. En el feminicidio, este móvil que lleva al agente a terminar con la vida de la mujer comporta no sólo una vulneración al bien jurídico de la vida, sino también la lesión a la dignidad humana, la igualdad, la no discriminación y el libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. Con este delito el legislador reprime y pretende desestimular la muerte de las mujeres con carácter discriminatorio, entendido como un acto de sujeción y dominación.
>
> 47. Ahora bien, este elemento subjetivo del tipo, no debe entenderse de forma restringida, simplemente como un asesinato motivado por la misoginia, esto es, por el desprecio y odio hacia todas las mujeres. Pues, matar a una mujer por aversión hacia las mujeres, es el evento más obvio de un "homicidio de una mujer por razones de género", dado que también se comete la conducta cuando la muerte de la mujer es consecuencia de la violencia en su contra en un contexto de dominación y su causa está asociada a su instrumentalización y discriminación.
>
> (…)

> 53. La violencia contra la mujer puede ser de tipo físico, sexual, sicológico y económico. La violencia física corresponde a todos aquellos casos en que intencionalmente se provoca, o se realizan actos con la capacidad para provocar la muerte, daños o lesiones físicas.
>
> 54. La violencia sexual implica obligar a la mujer a mantener prácticas o contacto sexualizado físico o verbal, a través del uso de la fuerza, la intimidación, la coerción, el chantaje, el soborno, la manipulación, la amenaza o en general cualquier mecanismo que anule o limite la voluntad de la víctima.
>
> 55. Por su parte, la violencia psicológica se realiza cuando se desvaloriza a la mujer y se afecta su autoestima. Estas agresiones se ejecutan a través de "manipulación, burlas, ridiculización, amenazas, chantaje, acoso, humillación, menosprecio, control, celos o insultos, reprimendas o expresiones de enfado" .
>
> 56. Por último, la violencia económica se produce cuando el hombre asume el monopolio de la administración de los recursos económicos del hogar en perjuicio de la mujer, sin importar que ella realice sola los aportes dinerarios o los haga junto con él."

En cuanto a las distintas formas de violencia de género, la Corte Constitucional en la sentencia C-539 de 2016, señaló que:

> "(viii) La violencia de género puede ser física, sexual, sicológica y económica (ix). La violencia física provoca la muerte o lesiones corporales (ix.i); la de tipo sexual determina a la víctima a contactos sexualizados, físicos o verbales, mediante cualquier modo que anula o limita su libertad (ix.ii); la de índole psicológica produce en la víctima creencias y sentimientos de desvalorización y baja autoestima, frecuentemente mediante el lenguaje verbal y no verbal peyorativo y otros actos que la afectan emocionalmente (ix.iii), y la violencia económica priva a la víctima básicamente de sus ingresos necesarios para sobrevivir (ix.iv). Por último, estas formas de violencia se manifiestan no solo en el ámbito privado, sino también laboral, escolar y en espacios públicos (x)".

Más adelante, el tribunal fue enfático al predicar lo siguiente:

> "**Por su parte, esta Corporación también ha reconocido la importancia de la determinación del contexto en el que ocurre la conducta, como presupuesto ineludible para precisar si se trata o no de violencia de género, por la condición de mujer de la víctima**.
>
> Así, en la decisión CSJ SP4135-2019, Rad. 52394 - reiterada en las decisiones CSJ SP1793-2021, Rad. 51936; SP3583- Impugnación especial N.º 58187 CUI 05001600020620154441202 ALEJANDRO ZAPATA RAMÍREZ 39 2021, Rad. 57196; SP2649-2022, Rad. 54044, entre otras- la Corte señaló lo siguiente:
>
> «En el ámbito penal, el abordaje de los casos con un enfoque de género implica, entre otras cosas, la indagación por el contexto en el que ocurre un episodio de violencia en particular, toda vez que: (i) **es posible que la agresión física haya estado precedida de violencia** psicológica, económica o de cualquier otra índole, que también deba ser

> incluida en los cargos; (ii) permite establecer el nivel de afectación física o psicológica de la víctima; (iii) facilita la determinación de las medidas cautelares que deban tomarse, especialmente las orientadas a la protección de la víctima; (iv) brinda mayores elementos de juicio para analizar la credibilidad de las declaraciones y, en general, para valorar las pruebas practicadas durante el proceso; y (v) fraccionar la realidad, puede contribuir al clima de normalización o banalización de la violencia de género, lo que puede dar lugar a la perpetuación de estas prácticas violatorias de los derechos humanos. Sumado a lo anterior, la determinación de los contextos que rodean los episodios de violencia resulta útil para: (i) establecer si otras personas han resultado afectadas con la acción violenta, como suele suceder con los niños que son expuestos a las agresiones perpetradas por sus padres; (ii) determinar el nivel de afectación del bien jurídico y, en general, la relevancia penal de la conducta; y (iii) finalmente, porque solo a partir de decisiones que correspondan a la realidad, en toda su dimensión, es posible generar los cambios sociales necesarios para la erradicación del flagelo de violencia contra las mujeres, en general, y la violencia intrafamiliar, en particular".”

De esta manera, se advierte que el delito de feminicidio exige que el órgano de persecución penal y luego la defensa ausculten no solo el episodio en que se presentaron las agresiones físicas, sino posibles antecedentes de violencia –en sus distintas modalidades- para que en la actividad judicial sea posible comprobar que se atentó contra la víctima *"por su condición de ser mujer o por motivos de su identidad de género"*.

Bajo esas anotaciones, este tribunal considera que los testimonios solicitados por la defensa y en cuyo decreto se insiste, sí estaban llamados a ser admitidos, aunque no en su totalidad, pues evidentemente sería improductivo citar a ocho personas para que se pronuncien sobre los mismos aspectos, pero sí resulta oportuno que, por lo menos tres testigos, los que serán relacionados más adelante, comparezcan al juicio oral y brinden información sobre los comportamientos que pudieron percibir de JAIME STEVENS y ERIKA TATIANA durante el tiempo en que sostuvieron la relación sentimental, así como luego de finalizada la misma y con base en eso, ambientar un panorama a efectos de verificar si aquel incurrió en *ciclos de violencia física, psicológica constantes y reiterativos,* ejerciendo opresión y violencia desde el ámbito doméstico, tal como se le formuló en la audiencia de acusación.

Distinto ocurre con los testigos que residen cerca de los hermanos MARTÍNEZ HERNÁNDEZ y del señor DANIEL JAIME MARTÍNEZ GARCÍA, pues la forma de tratar a sus vecinos o de comportarse en sociedad no guarda ninguna relación con los hechos jurídicamente relevantes, ni los delitos endilgados y en todo caso, mantener una buena conducta en esos escenarios no es una premisa invariable que descarte su participación en los hechos objeto de investigación.

Por último, se advierte que, en cuanto a la conducencia, pertinencia y utilidad del testimonio de FREDDY EDINSON MONSALVE MARTÍNEZ, la defensora manifestó lo siguiente:

> "El señor FREDDY EDINSON MONSALVE MARTÍNEZ dará fe de las circunstancias de tiempo, modo y lugar del momento en que se desarrollaron los hechos del 4 de octubre. Por eso esta declaración es pertinente."

En ese sentido, a pesar de que se trató de una argumentación somera la expresión utilizada por la defensora "*del momento*" permite inferir que el señor MONSALVE MARTÍNEZ fue testigo presencial de los hechos, razón por la cual, no era posible descartar su declaración por impertinente, tal como lo alegó el juez de primera instancia.

Con base en lo anterior y habiéndose verificado la carga argumentativa de conducencia, pertinencia y utilidad de algunos medios de conocimiento solicitados por la defensa, se revocará parcialmente la decisión apelada para, en su lugar, decretar como prueba los testimonios de NELSON MAURICIO CALDERÓN, ANGIE PAOLA ROJAS PÉREZ y LUIS DAVID SOTO y FREDY EDINSON MONSALVE MARTÍNEZ, los tres primeros con el fin que se pronuncien sobre las circunstancias en que se desarrolló la relación sentimental que mantenía ERIKA TATIANA y JAMES STEVENS y el comportamiento que enseñaron con posterioridad a la terminación de la misma, mientras que el último podrá ser interrogado sobre lo que pudo percibir en el momento de acaecer el episodio delictivo.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga,

RESUELVE:

REVOCAR parcialmente la decisión interlocutoria apelada. En su lugar, a solicitud de la defensa, **DECRETAR** como prueba los testimonios de NELSON MAURICIO CALDERÓN, ANGIE PAOLA ROJAS PÉREZ, LUIS DAVID SOTO y FREDY EDINSON MONSALVE MARTÍNEZ de la manera previamente indicada.

En lo demás, **CONFIRMAR** la decisión del 22 de noviembre de 2021.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los magistrados,

HAROLD MANUEL GARZÓN PEÑA

SHIRLE EUGENIA MERCADO LORA

GUILLERMO ÁNGEL RAMÍREZ ESPINOSA

Magistrado ponente	*Harold Manuel Garzón Peña (Despacho 6)*
Radicación	*68575-61-08-894-2019-81201-01 (CI 871)*
Asunto	*Apelación auto interlocutorio - Ley 906 de 2004*
Procedencia	*Juzgado 3° Penal del Circuito de Barrancabermeja*
Procesados	*Ordulio Sanjuan Guevara*
Delito	*Acceso carnal violento agravado y otros*
Decisión	*Revocar parcialmente y confirmar*
Fecha de registro	*10 de julio de 2023*
Fecha de aprobación	*11 de julio de 2023*
Acta de aprobación No.	*665*

Bucaramanga (Santander), once (11) de julio de dos mil veintitrés (2023)

MATERIA DE ESTUDIO

El recurso de apelación interpuesto por el defensor de ORDULIO SANJUAN GUEVARA contra la decisión interlocutoria proferida el 1° de marzo de 2021, mediante la cual, la Jueza 3ª Penal del Circuito de Barrancabermeja resolvió las solicitudes probatorias.

ANTECEDENTES

a) **Actuación procesal.**

El 3 de diciembre de 2019, ante el Juez Promiscuo Municipal de Puerto Wilches con funciones de control de garantías, luego de declarar ajustado al ordenamiento jurídico el procedimiento de captura, la fiscalía imputó a ORDULIO SANJUAN GUEVARA la comisión del delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 209 y 211, numeral 4° del C.P., cargo que no aceptó.

El día siguiente, a petición de la fiscalía, se impuso al imputado medida de aseguramiento de privación de la libertad en establecimiento de reclusión.

Radicado el escrito de acusación, correspondió por reparto al Juzgado 3° Penal del Circuito de Barrancabermeja, autoridad judicial que adelantó la formulación oral

de la acusación el 24 de junio de 2020 e instaló audiencia preparatoria el 17 de febrero de 2021, continuándola el 1° de marzo posterior, fecha en la que resolvió las solicitudes probatorias.

Contra esa determinación, el titular de la defensa técnica interpuso el recurso de apelación que ahora resuelve la Sala.

b) **Las solicitudes probatorias.**

En lo que interesa a este pronunciamiento, el defensor presentó las siguientes postulaciones probatorias:

El testimonio de HÉCTOR DE JESÚS SANJUAN GUEVARA, tío de la menor. Al integrar el núcleo familiar de la pequeña, explicó que resulta conducente, pertinente y útil, ya que puede manifestar el comportamiento que ha tenido aquella en el núcleo familiar y su relación con el acusado, lo que es útil para la teoría del caso de la defensa.

LIDA FERNANDA CARRILLO, quien puede explicar el vínculo que tiene con la denunciante, la relación familiar, así como el comportamiento de la menor y el acusado. Igualmente, indicar las circunstancias y la forma de vivir de los dos últimos.

El testimonio de la menor de edad porque es la directamente ofendida. En directo para tocar aquellos temas que no hayan sido tratados dentro del interrogatorio que realice la fiscalía con el fin de establecer las circunstancias de modo, tiempo y lugar de los hechos.

NELIS CARO BELEÑO, progenitora de la ofendida, porque conoce el relato que le hizo la menor de primera mano, así como las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los hechos.

DANIEL GIOVANNY ACEVEDO GARCÍA, quien puede referir *"los aspectos"* que le manifestó la menor. Se tendrá más claridad sobre la responsabilidad o no del acusado.

ROCÍO ÁLVAREZ DÁVILA, trabajadora social de la comisaría de familia, quien entrevistó a la denunciante y a la menor de edad. Permitirá conocer la dinámica familiar, el estado en que vive la segunda, qué le manifestó ella y su madre en la denuncia.

La investigadora VERÓNICA AGUAS BOHÓRQUEZ, quien realizó la entrevista forense con fines investigativos a la menor, esclarecerá las circunstancias de modo, tiempo y lugar de ocurrencia de los hechos.

El perito que realice valoración por psiquiatría forense a la menor de edad porque manifestará el estado mental de la niña y también *"las circunstancias de modo, tiempo y lugar"*. Igualmente, para tratar temas que no sean tratados en el interrogatorio y contrainterrogatorio.

c) **El auto apelado.**

La jueza de primera instancia resolvió negar por impertinentes los testimonios de HÉCTOR DE JESÚS SANJUAN GUEVARA y LIDA FERNANDA CARRILLO MURIEL, aduciendo que no tienen relación con los hechos objeto de juzgamiento y que tratar con ellos el comportamiento de la menor podría resultar revictimizante.

Negó además todos los testimonios comunes que solicitó la defensa técnica, indicando que su titular fue *"genérico y ahorrativo"* al sustentar la pertinencia de los medios, limitándose a decir que con ellos probaría las circunstancias de tiempo, modo y lugar de ocurrencia de los hechos. Además que, de accederse a la práctica común del interrogatorio a la víctima, podría revictimizársele al

hacerla incurrir en temáticas repetitivas y de esa manera en una exposición adicional innecesaria.

c) **Razones de la impugnación.**

Inconforme con la decisión, el defensor solicitó al tribunal su revocatoria parcial para que se decrete la práctica común de los testimonios de la menor de edad M… T… S… C…, su progenitora NELIS CARO BELEÑO, el comisario de familia DANIEL GIOVANNY ACEVEDO, ROCÍO ÁLVAREZ DÁVILA, trabajadora social de la comisaría de familia, la investigadora VERÓNICA AGUAS BOHÓRQUEZ, y la psiquiatra forense que valoró a la impúber.

Al efecto, afirmó que se prueban precisamente las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon la ocurrencia de los hechos. Aunado a ello, cuestionó que se haya negado la práctica de tales testimonios con el argumento que la defensa puede hacer uso del contrainterrogatorio, pues, si la fiscalía renunciara a su práctica, el procesado quedaría desprovisto de dichos medios.

Frente a la niña, adujo además que no puede verse como una revictimización que la defensa también la interrogue en directo, pues ello se haría siguiendo el protocolo correspondiente. Agregó que es un deber del Estado escuchar la versión de la ofendida, ya que es quien mejor puede indicar en qué consistieron las conductas que presuntamente llevó a cabo el procesado en aspectos que eventualmente no sean tratados por la fiscalía.

En segundo lugar, que la madre de la pequeña y denunciante conoció de primera mano las circunstancias en que supuestamente ocurrieron los hechos, al igual que HÉCTOR DE JESÚS SANJUAN GUEVARA y LIDA FERNANDA CARRILLO MURIEL, familiares de la menor de edad.

Indicó además que, con tales elementos de convicción, pretende indagar sobre aspectos comportamentales de la pequeña relacionados con los hechos, mas no para poner en riesgo su dignidad, añadiendo que la defensa y la fiscalía tienen diversas teorías del caso y propósitos probatorios.

d) **Intervención de no recurrentes.**

La fiscalía y la representante del ministerio público abogaron por la confirmación de la decisión apelada. La primera, alegando que no se afecta el derecho de defensa al negar los testimonios comunes solicitados, en tanto que la segunda aduciendo que la deposición de la progenitora y de HÉCTOR DE JESÚS SANJUAN GUEVARA no se negó, sino que se decretó condicionada en el sentido de solo poderse referir lo que la niña les contó.

Adveró así mismo que el defensor no argumentó en debida forma la pertinencia de los testimonios cuya práctica común solicitó, de manera que su negativa no fue caprichosa

CONSIDERACIONES

a) **Competencia.**

De conformidad con lo preceptuado en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, esta corporación es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por el titular de la defensa técnica contra el auto de primer grado, dado que fue proferido por una jueza penal del circuito perteneciente a este distrito judicial.

b) **Problema jurídico a resolver.**

Según lo reseñado, corresponde a la Sala establecer si:

¿Deben decretarse a solicitud de la defensa los testimonios de HÉCTOR DE JESÚS SANJUAN GUEVARA y LIDA FERNANDA CARRILLO MURIEL, así como las deposiciones comunes de la menor M… T… S… C…, NELIS CARO BELEÑO, DANIEL GIOVANNY ACEVEDO GARCÍA, ROCÍO ÁLVAREZ DÁVILA, VERÓNICA AGUAS BOHÓRQUEZ y la psiquiatra que valoró a la menor de edad?

c) **El caso concreto.**

Con tal finalidad, resulta pertinente resaltar que, de acuerdo con la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia[1], la parte que formula la postulación probatoria ostenta la carga procesal de indicar las razones que orientan su solicitud, específicamente, los motivos de conducencia, pertinencia y utilidad del medio de convicción que imponen su decreto, obligación que comporta argumentos claros y concretos a efectos de garantizar la adecuada comprensión de la petición y consecuentemente el derecho de contradicción de la contraparte, quien al conocer los fundamentos de lo pretendido adquiere elementos de juicio para oponerse a su práctica, si así lo desea.

Destacó igualmente la Corte en la misma decisión que el sistema procesal penal nacional de tendencia acusatoria se caracteriza por su naturaleza adversarial, conforme la cual, cada parte ostenta potestad investigativa individual para demostrar con sus propios medios de prueba la teoría del caso adoptada. En tal sentido, la postulación probatoria constituye una actividad rogada, en cuya ejecución las partes deben otorgar elementos de juicio al juzgador que evidencien la conducencia, pertinencia y utilidad de los medios de convicción frente a los hechos o circunstancias de la conducta punible, a la responsabilidad penal del acusado y a la teoría del caso.

[1] CSJ AP, 9 sep. 2015, rad. 46.107.

Frente a tales categorías, en lo que aquí interesa, debe entenderse que la pertinencia tiene que ver con los hechos, por lo que el debate en esa materia debe 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.

De acuerdo con el artículo 375 del C. de 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."*.

Y en cuanto al denominado testigo común, el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria tiene dicho que:

> "Aunque la normatividad no prevé expresamente la posibilidad de que las partes (fiscalía – defensa) puedan solicitar la misma prueba testimonial, nada se opone a su práctica, ni a que cada quien pueda hacer uso del interrogatorio directo, teniendo en cuenta que sus pretensiones suelen ser sustancialmente distintas, en el marco de los principios de libertad probatoria y de contradicción que inspiran el sistema acusatorio.[2]
>
> La jurisprudencia de la Corte ha fijado una serie de reglas en relación con la prueba común, que pueden sintetizarse de la siguiente manera:
>
> (i) La Fiscalía y la defensa tienen la posibilidad de solicitar para su examen directo una o más pruebas decretadas a su contraparte, siempre y cuando resulten pertinentes, conducentes y útiles[3].
>
> El alcance de esta regla, según los criterios ya expuestos, es que cada parte está obligada a presentar los argumentos sobre la pertinencia de la prueba, e igualmente, exponer aquellos de conducencia y utilidad cuando se presente controversia respecto de estos requisitos.
>
> Si la solicitud de prueba común se hace con el único propósito de cuestionar la credibilidad del testigo, dicha argumentación no satisface la pertinencia de la

[2] Artículos 373 y 378.
[3] CSJ AP896-2015, rad. 45011; AP948-2018, rad. 51882 y AP2901-2019, rad. 55136.

prueba, por lo que resultaría improcedente, entre otras razones, porque puede suplir dicho objetivo con el contrainterrogatorio[4].

(ii) La pretensión de una prueba común tiene lugar en el marco de cada teoría del caso, incluso si la defensa no tiene interés de anunciarla, pues al menos tendrá como estrategia evidenciar que la Fiscalía no desvirtuó la presunción de inocencia del procesado. De modo que quien la solicita debe *«agotar una argumentación completa y suficiente»* sobre su pertinencia, con el fin de que el juez pueda establecer si se justifica o no decretarla[5].

(iii) Dichas solicitudes se sustentan en los hechos del proceso contenidos en la acusación o aquellos que proponga la defensa *«cuando opta por una teoría fáctica alternativa»*[6], así como los temas objeto de controversia o que hagan más o menos probable las circunstancias y credibilidad de otros medios, sin que conlleve a dilaciones del proceso[7].

(iv) Si bien, la Sala inicialmente sostuvo que tratándose de una prueba común, a la defensa debía exigírsele una *argumentación adicional* de pertinencia, conducencia y utilidad a la expuesta por la Fiscalía[8], en la actualidad se considera que el interrogatorio directo de una prueba se justifica en razón a que ambas partes persiguen objetivos antagónicos: la una de responsabilidad y la otra de inocencia[9].

Es decir, que cuando la defensa solicita una prueba, ya requerida por la Fiscalía, el interrogatorio directo *«no puede tildarse en términos formalistas y anticipados de repetitivo»*[10] y, por esa vía, negar o condicionar su examen probatorio."[11]

Con tales bases normativas y jurisprudenciales, resulta claro que le asiste razón al recurrente cuando demanda el decreto de los testimonios de HÉCTOR DE JESÚS SANJUAN GUEVARA y LIDA FERNANDA CARRILLO MURIEL. Frente al primero, adujo el defensor que, en su calidad de tío de la menor presuntamente víctima podría aportar información sobre el comportamiento de la pequeña en el núcleo familiar al cual estaría integrado el acusado y su relación con este, aspectos que ciertamente se aprecian pertinentes por hacer alusión a las circunstancias en las que habrían ocurrido los hechos de acuerdo con el ente acusador y la conducta de la impúber, lo cual podría contribuir a hacer más o menos probable los eventos materia de acusación.

[4] Cfr. AP948-2018, rad. 51882 y AP4281-2019, rad. 55798.
[5] Cfr. CSJ AP896-2015, rad. 45011.
[6] [Cita inserta en texto transcrito] CSJ AP5785-2015, rad. 46153.
[7] [Cita inserta en texto transcrito] *Ibídem*.
[8] [Cita inserta en texto transcrito] SP6361-2014, rad. 42864
[9] [Cita inserta en texto transcrito] AP2901-2019, rad. 55136.
[10] [Cita inserta en texto transcrito] CSJ AP896-2015, rad. 45011 y AP2901-2019, rad. 55136.
[11] CSJ SP, 23 sep. 2020, rad. 57.239.

Lo propio ocurre con respecto a la segunda quien, como miembro del núcleo familiar de la infante y el acusado, estaría en condiciones de esclarecer la forma en que convivían la afectada y el procesado, así como la clase de relación que los unía, información que, obvio es decirlo, resulta pertinente y relevante en la medida en que podría hacer más o menos probable la ocurrencia de los hechos.

En consecuencia, la Sala revocará parcialmente la decisión apelada para decretar en favor de la defensa los testimonios de HÉCTOR DE JESÚS SANJUAN GUEVARA y LIDA FERNANDA CARRILLO MURIEL.

Ahora bien, en lo relacionado con los testigos cuya práctica común solicitó el defensor, lo primero es advertir que, contrario a lo afirmado por el apelante, la juzgadora no los denegó con fundamento en que podrían ser contrainterrogados. Más bien, como se vio, la negativa se fundó en la insuficiente argumentación de pertinencia por parte de su solicitante y en el riesgo de revictimización que podrían aparejar.

Para la Sala, es verdad que la defensa no cumplió la carga argumentativa para el decreto de los testimonios comunes de DANIEL GIOVANNY ACEVEDO GARCÍA y VERÓNICA AGUAS BOHÓRQUEZ, frente a quienes apenas indicó que se referirían a "*las circunstancias de tiempo, modo y lugar*" en que ocurrieron los hechos, aseveración del todo abstracta e insuficiente para evaluar la pertinencia o no del medio y disponer su práctica.

Igual deficiencia argumentativa se advierte con respecto a la declaración "*del perito que valoró por psiquiatría forense*" a la impúber, pues, apenas indicó el titular de la defensa técnica que "*manifestará el estado mental de la niña*", así como "*las circunstancias de modo, tiempo y lugar*", con lo cual nada dijo en concreto sobre la relación del medio con los hechos objeto de prueba.

Lo mismo ocurre con el testimonio de NELIS CARO BELEÑO, quien, según el defensor, acudiría a juicio para relatar "*las circunstancias de tiempo, modo y lugar de*

los hechos" Pero, además, afirmó que la mujer conoce "*de primera mano"* el relato de la infante sobre lo ocurrido, lo que significa que pretende por su intermedio la incorporación de prueba de referencia, sin haber adelantado la debida sustentación para su decreto excepcional.

Esto último es aplicable al testimonio de ROCÍO ÁLVAREZ DÁVILA, trabajadora social de la comisaría de familia, quien, de acuerdo con el recurrente, por haber entrevistado a la denunciante y la menor, podría informar a la judicatura sobre la dinámica familiar, el estado en que vivía la niña, como también sobre lo que esta y su madre le manifestaron; en otras palabras, declaraciones de referencia frente a las cuales ninguna argumentación se presentó con el fin de sustentar su decreto excepcional.

Por consiguiente, la Sala confirmará la negativa de dichos elementos de convicción.

Finalmente, con respecto a la menor de edad, aunque la solicitud probatoria fue también en exceso breve y se limitó a "*las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los hechos"* que no hayan sido tratados por la fiscalía, es tan notoria la pertinencia de su testimonio como presunta afectada que se estima procedente su decreto, lo que no implica en sí mismo una revictimización, pues, como lo apuntó el defensor, su practica debe adelantarse con las precauciones de ley y mediando el control de la judicatura para evitar cualquier asunto que pueda atentar contra su dignidad y no guarde estricta relación con los hechos que fueron materia de acusación. En consecuencia, se revocará parcialmente la decisión para decretar la práctica en favor de la defensa del testimonio de la menor M… T… S… C…

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga,

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR PARCIALMENTE el auto apelado para **DECRETAR** a solicitud de la defensa los testimonios de M… T… S… C…, HÉCTOR DE JESÚS SANJUAN GUEVARA y LIDA FERNANDA CARRILLO MURIEL.

SEGUNDO.- CONFIRMAR el auto apelado en todo lo demás que fue objeto de concreta impugnación.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los magistrados,

HAROLD MANUEL GARZÓN PEÑA

SHIRLE EUGENIA MERCADO LORA

EN COMPENSATORIO

GUILLERMO ÁNGEL RAMÍREZ ESPINOSA