



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL  
SANTA ROSA DE VITERBO

Relatoría

**ACTO SEXUAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS EN CONCURSO HETEROGENEO CON ACTO SEXUAL VIOLENTO – RECURSO DE APELACIÓN FRENTE A LAS PRUEBAS DECRETADAS: Precedente jurisprudencial, improcedencia del recurso.**

Significa ello que el estatuto procesal nada dijo en relación con la impugnación del auto que decide sobre el decreto de las pruebas a practicar en el juicio oral, aspecto que ha sido tratado desde hace tiempo por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que en un primer momento extendió la posibilidad del recurso para tales decisiones, aduciendo entre otras, que la ley contempla la posibilidad de que se suspenda la audiencia preparatoria para “la apelación de las decisiones relativas a las pruebas”, con lo que se infería que no existía ninguna distinción frente a la posibilidad de conceder el recurso respecto de la prueba ordenada. Posteriormente la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia asumió una postura opuesta y que a la fecha se mantiene.

**PRUEBAS EN AUDIENCIA PREPARATORIA – EL CITAR TESTIGOS CUANDO TIENEN LA CALIDAD DE PRUEBA PERICIAL NO CONSTITUYEN UNA NEGATIVA AL DECRETO DE LAS MISMAS: Limitar la declaración de los peritos a todo aquello que no afecte la intimidad de la víctima y las partes, o a aquello que no este por fuera del objeto de la prueba, es un deber del juez. / PRUEBAS EN AUDIENCIA PREPARATORIA – VALORACIÓN DEL JUEZ DE LA CALIDAD EN QUE CONCURREN LAS PROFESIONALES QUE FUERON CITADAS COMO TESTIGOS: Posterior a los alegatos de cierre, el juez debe decidir si valora adecuadamente el medio de prueba, o deja de hacerlo, por alguna de las razones enunciadas, precedido de la aducción de las pruebas que fueron decretadas.**

El limitar la declaración de los peritos a todo aquello que no afecte la intimidad de la víctima y las partes, o a aquello que no este por fuera del objeto de la prueba, es un deber del juez, recordando que si lo pretendido en aras de probar su teoría del caso, es que se debata -entre otras- sobre el comportamiento de la menor, o de alguna de las partes<sup>9</sup>, es claro que dicha circunstancia no resulta de recibo, por cuanto en relación a los delitos por los cuales se procede, se presume la incapacidad del menor de 14 años para determinarse y actuar libremente en el ejercicio de su sexualidad, resultando por ende improcedente tratar de demostrar lo contrario, o cuestionar limitaciones de tal naturaleza, que además, no cambian el objeto de la pruebas y son parte del ejercicio funcional del juez. En cuanto a la calidad en que concurren las profesionales que fueron citadas como testigos, será un aspecto que puede poner de relieve para su discusión en la fase de alegatos de cierre, todo con miras a que el juez decida si valora adecuadamente el medio de prueba, o deja de hacerlo, por alguna de las razones que enuncie, pero ello precedido de la aducción de las pruebas que fueron decretadas. En consecuencia, la Sala se abstendrá de estudiar de fondo los planteamientos presentados por la recurrente frente a estas pruebas, absteniéndose de conocer del recurso interpuesto por tratarse de pruebas decretadas.

**PRUEBA DE REFUTACIÓN – RECHAZO E INADMISIÓN DE DECLARACIÓN COMO PRUEBA DE REFUTACIÓN: Eventos en los que la prueba de refutación es inadmisibles**

En relación con el tema la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ha enseñado que la prueba de refutación es aquel medio que “se dirige directamente a controvertir, rebatir, contradecir o impugnar aspectos novedosos e imprevistos y relevantes, suministrados por los medios de conocimiento practicados en el juicio oral a petición de la contraparte para sustentar su pretensión. De otra parte, en esa misma providencia, la Corte fue enfática en advertir que la prueba de refutación tiene un propósito muy distinto al de la prueba refutada y que aquella no debe confundirse con los medios autorizados para impugnar credibilidad ni con la prueba sobreviniente. Además, reiteró, la oportunidad para practicar la prueba de refutación es el momento subsiguiente al del recaudo de la prueba refutada. Entonces según el referido precedente, la prueba de refutación es inadmisibles, entre otros eventos, cuando i) se postule en una fase procesal que no le corresponde y ii) no se enmarque en los motivos atrás indicados.

**PRUEBA DE REFUTACIÓN – OPORTUNIDAD DE SU SOLICITUD: Siempre que sea dable anticipar razonablemente la evidencia o la premisa que debe ser cuestionada, es la audiencia preparatoria la oportunidad en la que debe ofrecerse y solicitarse la práctica de la prueba requerida.**



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL  
SANTA ROSA DE VITERBO

Relatoría

Ahora bien, la defensa solicita el testimonio como prueba de refutación, para dejar en claro en el trámite de juicio los procedimientos inadecuados de la recolección de la prueba, e incluso de la ilicitud de la misma, ante lo cual cabe resaltar que el motivo que sustenta la prueba de refutación debe generarse en el juicio oral al momento de la práctica de la prueba de la contraparte. De suerte que, clarificó la Corte, siempre que sea dable anticipar razonablemente la evidencia o la premisa que debe ser cuestionada, es la audiencia preparatoria la oportunidad en la que debe ofrecerse y solicitarse la práctica de la prueba requerida. Así, entonces, conociendo la defensa de antemano los procedimientos utilizados en la recolección de la prueba, el testimonio que le fue negado, como prueba de refutación, no tiene realmente ese carácter, y menos cuando no se solicitó para desacreditar una prueba en concreto practicada en el juicio oral, sino unos actos de investigación, que no tienen la categoría de prueba propiamente dicha.

**PRUEBA DE REFUTACIÓN – IMPROCEDENCIA DE SOLICITAR PRUEBA DE REFUTACIÓN PARA CUESTIONAR GENÉRICAMENTE LA FORMA RECOLECCIÓN DE LA PRUEBA: Es al Juez a quien le corresponde evaluar la legalidad de la actuación de los sujetos procesales en la aducción de las pruebas.**

Con todo, puesto que lo pretendido por la defensa es cuestionar genéricamente la forma recolección de la prueba, es evidente que el testimonio del investigador, como prueba de refutación, resulta improcedente, pues como con acierto lo preciso el A quo, es al Juez a quien le corresponde evaluar la legalidad de la actuación de los sujetos procesales en la aducción de las pruebas.

**PRUEBAS – INADMISIÓN, RECHAZO Y EXCLUSIÓN: Se inadmiten los medios de prueba que resulten impertinentes, inconducentes e inútiles, se rechazan aquellos que no fueron descubiertos y se excluyen los ilícitos e ilegales.**

Empero, más allá de lo que cabe decir sobre el objeto de la prueba, lo cierto es que al Tribunal se le impone modificar la decisión del juez de primera instancia frente a lo que denominó inadmisión y rechazo de la prueba, para en su lugar inadmitir la aducción de dicha prueba pues como se habrá de recordar, se inadmiten los medios de prueba que resulten impertinentes, inconducentes e inútiles, se rechazan aquellos que no fueron descubiertos y se excluyen los ilícitos e ilegales, al tenor de lo previsto en los artículos 346, 357 y 360 de la ley 906 de 2004. y en este evento como la defensa en su oportunidad legal cumplió con la carga del descubrimiento, y lo que se discute es la pertinencia de la prueba, no resultaría viable aplicar el rechazo como una consecuencia jurídica de las establecidas por el juez de instancia.

**PRUEBA TRASLADADA – INADMISIBLE EN EL SISTEMA PENAL DE TENDENCIA ACUSATORIA: Se trata de pruebas obtenidas fuera del juicio oral en actuaciones judiciales distintas, precisándose, además, que lo que pretenda probar debe hacerlo con prueba practicada directamente en el juicio.**

Así las cosas, y sin que lo dicho resulte absoluto, el instituto de la prueba trasladada o lo que es lo mismo, la introducción de pruebas practicadas en otro trámite no es admisible en el sistema penal de tendencia acusatoria pues se trata de pruebas obtenidas fuera del juicio oral en actuaciones judiciales distintas, precisándose, además, que lo que pretenda probar debe hacerlo con prueba practicada directamente en el juicio. Ante estas precisiones, la solicitud de la defensa encaminada a incorporar copias del proceso de privación de la patria potestad, pruebas que se han practicado en otro trámite, sin duda constituye prueba trasladada, a lo cual se suma, -como así lo advirtieron el A quo y los sujetos procesales no recurrentes- se trata de medios de prueba impertinentes que nada aportan a la actuación, pues no tienen relación con los hechos, toda vez que con ellos no se acredita directa, ni indirectamente, ni desvirtúa la conducta punible y menos aún, la responsabilidad del procesado.

**EXCLUSIÓN PROBATORIA – LA PRUEBA ILÍCITA QUE CORRESPONDE A LA OBTENIDA CON VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS: Se vincula necesariamente a la vulneración de derechos fundamentales tales como la dignidad, el debido proceso, la intimidad, la no autoincriminación, del procesado en este caso, entre otros, y lo que se pretendió fue interponer un recurso frente a la admisión de unas pruebas que no tienen el carácter de ilícitas.**



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL  
SANTA ROSA DE VITERBO

---

Relatoría

Por manera que el cuestionamiento de la defensa no revela la ilicitud señalada y derivada de las reglas de aducción de las pruebas, resultando evidente que en este evento se interpuso el recurso frente a las pruebas decretadas y se pretendió evadir la limitación de la alzada invocando la exclusión, cuando resulta claro que esta última -la exclusión pretendida- se vincula necesariamente a la vulneración de derechos fundamentales tales como la dignidad, el debido proceso, la intimidad, la no autoincriminación, del procesado en este caso, entre otros- que es lo que se debate dentro del escenario de la prueba ilícita, y ciertamente la discusión que sobre dichas pruebas se plantea no se enmarca dentro de la vulneración de garantías fundamentales de aquél y por tanto la argumentación en tal sentido debe ser desatendida. A esta conclusión se llega, pues al hacer una interpretación sistemática de las normas y la jurisprudencia que regula el asunto, así como del recurso interpuesto sobre estas pruebas, es claro que lo que aquí se pretendió fue interponer un recurso frente a la admisión de unas pruebas que no tienen el carácter de ilícitas y frente a ello no procede el recurso de apelación.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL  
SANTA ROSA DE VITERBO**

**“PATRIMONIO HISTÓRICO Y CULTURAL DE LA NACIÓN”  
Ley 1128 de 2007**

**SALA ÚNICA**

RADICACIÓN:	15001-60-00133-2018-00091-01
CLASE DE PROCESO:	ACTO SEXUAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS EN CONCURSO HETEROGENEO CON ACTO SEXUAL VIOLENTO
PROCESADO:	JUAN GABRIEL SALAMANCA CHIVATA
PROCEDENCIA:	JZDO 2º PENAL DEL CIRCUITO DE DUITAMA
DECISIÓN:	MODIFICA Y CONFIRMA
APROBADA:	ACTA No. 155
MAGISTRADA PONENTE:	Dra. GLORIA INÉS LINARES VILLALBA. Sala 3ª de Decisión

Santa Rosa de Viterbo, primero (1º) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

**I.- MOTIVO DE LA DECISIÓN**

Se resuelve el recurso de apelación presentado por la defensa del procesado **Juan Gabriel Salamanca Chivata**, contra la decisión del 16 de diciembre de 2020, proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Duitama, mediante la cual se decidió sobre el decreto probatorio en sede de audiencia preparatoria.

**II. HECHOS Y ANTECEDENTES PROCESALES:**

1.- Según se relata en el escrito de acusación, la situación fáctica tiene como víctima a la menor es M.M.S.R., quien según se anuncia, durante los años 2015 a 2017 fue objeto de diversos tocamientos de índole sexual por parte de Juan Gabriel Salamanca Chivata, quien fuera pareja sentimental de su progenitora.

2.- El 8 de octubre de 2018, ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Tunja, se llevó a cabo la audiencia de formulación de imputación contra **Juan Gabriel Salamanca Chivata**, en la que el ente fiscal le formuló cargos como autor de los delitos de acto sexual con menor de 14 años en concurso homogéneo y sucesivo y en concurso heterogéneo y sucesivo con acto sexual violento en concurso homogéneo y sucesivo, mismos que no fueron aceptados.

3.- El 9 de octubre de 2019, ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Duitama se llevó a cabo audiencia de acusación.

4.- El 16 de diciembre de 2020, ante el Juez 2° Penal del Circuito de Duitama se llevó a cabo audiencia preparatoria en cuyo escenario se valoró lo relacionado con el descubrimiento a cargo de la fiscalía; se enunciaron las pruebas de las partes; se hicieron estipulaciones probatorias y se elevaron las solicitudes probatorias, luego de lo cual, las partes emitieron sus observaciones frente a exclusiones, inadmisibilidad o rechazo de las solicitudes probatorias. A continuación, el juez emitió la decisión sobre el decreto de pruebas, y la defensa interpuso recurso de apelación.

### III. EL AUTO IMPUGNADO

El *a-quo*, luego de las peticiones probatorias elevadas por las partes intervinientes, así como de las solicitudes de rechazo, inadmisión y exclusión, se pronunció en los siguientes términos:

En relación con las pruebas de **Fiscalía** decretó:

- **Dra. Isis Yury Ramírez Tobos** (denunciante y madre de la presunta víctima): Adjuntara 3 CDS o DVDS que contienen las conversaciones, los 25 folios con los pantallazos de las mismas, copia del registro civil de nacimiento de la menor y el consentimiento informado de fecha 20 de marzo de 2018.

Frente a esta prueba que fue objeto de solicitud de exclusión por defensa, indicó el Juez que la Corte Constitucional alude un procedimiento que se debe

agotar para que se dé la legalidad de la prueba; además, que la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal-, en reciente pronunciamiento manifestó que la víctima, sin acudir al juez control de garantías, puede incluir o recaudar por intermedio de la fiscalía la prueba para dar investigación del delito; en otras palabras, concluyó que en el presente asunto la víctima o la denunciante estaban instituidas y legalmente autorizadas para efectos de recolectar esa información, ya que posiblemente contribuirá al esclarecimiento de los hechos, y demostrarán la eventualidad del caso, razón por la cual decidió decretarla.

- **M.M.S.R.** (presunta víctima): Declarará sobre los hechos investigados

- **Johana Lizzeth Camacho:** Introducirá el informe pericial de clínica forense de carácter sexológico practicado a la menor M.M.S.R.

- **Antonio Luis Orozco** (psicólogo adscrito del cuerpo técnico de investigaciones de la FGN): Introducirá el informe de investigador de campo que contiene la entrevista practicada a la menor M.M.S.R., para efectos de corroborar el lenguaje verbal y no verbal de la misma para la época en que rinde la entrevista, determinar su comportamiento, máxime cuando ya es mayor de edad y sus sentimientos y/o comportamiento son diferentes.

Sobre esta prueba advirtió que su interrogatorio es únicamente para ahondar aquellos aspectos que no tengan que ver con el contenido de la entrevista practicada a la menor, toda vez que, no se puede llamar a la menor como testigo, y a la vez adjuntar la entrevista de ella practicada en la etapa de la investigación.

- **Dilmer Fonseca Peña:** Introducirá las entrevistas de la Dra. Isis, Amelia Prada, Juan Pablo Patiño, Angie Catherine, Rosalba Mariño, Claudia Chávez y otros, siempre y cuando se den las causales del art. 438 para incorporarlas como pruebas de referencia.

- **Bilmar Rodríguez García:** Incorporará el oficio del 31 de octubre de 2018, procedente de la empresa Claro que contiene datos biográficos de tres líneas y lo compone 13 folios.

Frente a esta prueba, la Defensa se opuso a su decreto y solicitó su exclusión por considerarla una prueba ilícita, pero el despacho la decretó e indicó que la Fiscal acudió primero al control previo ante el juez de control de garantías, y el control posterior se hizo ante el mismo juez constitucional; además, advirtió que no era el momento ni la oportunidad para debatir o poner entre dicho la legalidad del acto, máxime cuando la fiscal aclaró que la recolección de esos datos se hizo bajo los ordenamientos previstos en la ley, es decir con los controles previos.

- **Amalia Prada Mejía:** Declarará sobre el conocimiento que tiene de los hechos

- **Carolina Monroy Becerra** (psicóloga del ICBF): Incorporará el formato de valoración psicológica hecha a la menor de fecha 18 de mayo de 2018.

Advierte el Juez que no excluye esta prueba tal y como lo solicitó la Defensa, toda vez que su para recaudación, recolección y respectiva introducción al juicio oral, se autorizó por la representante legal de la menor según el consentimiento informado.

- **Rosalba Mariño Cabra:** Psicóloga

- **Yanin Vargas Arias:** Terapeuta

- **Claudia Rodríguez Figueredo:** Psicóloga.

Estos testigos no declararán en calidad de peritos, sino sobre el tratamiento que le proporcionaron a la menor en razón a sus profesiones u oficios.

- **Sonia Yolanda Lizarazo Cordero:** Psicóloga del INML, con quien se introducirá la valoración psicológica practicada a la menor M.M.S.R.

- **Juan Pablo Patiño Valencia:** Compañero de la víctima, expondrá lo que le consta sobre el trato del acusado con la presunta víctima, si el mismo era o no celoso, o si vio algún acto que demostrara los celos.

Pese a que la Defensa solicitó su inadmisión por cuanto no es la persona idónea para diagnosticar una patología de celotipia, el Juez determinó que el

testigo únicamente declarará sobre lo que le conste de manera directa y los hechos relevantes dentro del escrito de acusación, siendo una prueba conducente, pertinente y útil.

- **Angie Catalina Pinilla Peña:** Compañera de la víctima.

La defensa igualmente se opuso, pues en relación con las lesiones, la testigo no es la indicada para certificarlas; no obstante, consideró el Juez que ello no le cierra la posibilidad a la testigo para que deponga de forma directa con respecto a ese hecho, y será en su oportunidad, y una vez se recepcione su testimonio, cuando el Juez declarará si tiene o no pertinencia con los hechos, objeto de prueba o con el tema del juicio.

- **María Bernarda Tobo** (abuelita de la menor): Referirá sobre los hechos motivo de investigación.

- **Claudia Patricia Chávez Martínez:** Vecina que escucho una discusión entre las partes, y corroborará algunos hechos relevantes.

La defensora solicitó su inadmisión, pero a criterio del Juez la testigo si tiene mucha relación con los hechos objeto de acusación.

En relación con las pruebas de **Defensa** decretó:

- **Laura Ximena Salamanca Silva.**

- **Andrés Salamanca Chivata.**

- **Natalia Salamanca Chivata.**

- **Luz Marina Chivata.**

- **María Fernanda Martínez**

- **Marleny Salamanca Ruiz**

- **María Consuelo Orjuela Beltrán.**

- **Luis Alejandro Eslava Mejía**

- **El testimonio de Nelson Hernán Moreno**

- **Juan Gabriel Salamanca Chivata** (acusado): De manera previa se le harán las advertencias de ley.

- **Eneyda Lizeth Cely Ruiz.**

- **David Fernando Manosalva.**

- **María Luisa Cárdenas Cárdenas:** Investigadora de la Defensa.

- **Carolina Becerra.**
- **Oscar Rosas.**
- **Rosa María Ruiz.**
- **Angie Catalina Pinilla.**

Sobre dichos testigos, advirtió que pese a que se decretaron en su totalidad, los mismos deben declarar de manera muy puntual sobre los hechos objeto de la acusación y en los términos en que fueron solicitados.

De otro lado, sobre la solicitud elevada por Fiscalía de rechazar o inadmitir algunos testimonios al considerarlos repetitivos, indicó el Juez que como quiera que la defensa aclaró que cada uno es diferente y referirá aspectos distintos, decidió decretarlos en su totalidad, advirtiendo que al testigo no se le va a llamar para pedirle una opinión, sino para que declare lo que le consta de acuerdo a lo percibido a través de sus sentidos, frente a los hechos objeto de investigación.

En cuanto a los testigos comunes **Amalia Prada Mejía, M.M.S.R., Isis Yury Ramírez Tobo y María Bernarda Tobo**, precisó que lo que pretende probar la defensa según la motivación de pertinencia, conducencia y utilidad, lo puede aclarar en el interrogatorio cruzado, conainterrogatorio o recontra interrogatorio; no obstante, se decretaron de manera condicionada, en el evento en que no se logre agotar lo correspondiente en esa oportunidad o en el caso remoto en que la fiscalía desista de la recepción de esos testimonios. En ese orden, una vez se agote el conainterrogatorio, deberá la Defensa informar al despacho si los requiere como testigos directos, fundamentando en su momento el porqué, lo cual se volverá a analizar para determinar si se requieren o no.

- **Babel Friederick:** Indicará lo que conoce de los hechos, ya que para ese entonces tenía su residencia en la misma casa donde presuntamente sucedieron los mismos. Se aclaró para este testigo, que se recibirá virtualmente al ser de nacionalidad alemana, para lo cual la defensa deberá proporcionar los medios o la dirección electrónica mediante la cual sea posible su conexión.

- **Dra. Fabiola Liliana Cely Briceño (perito):** Incorporará dos informes, uno del 11 de noviembre de 2020 que refuta el informe de la fiscalía del 18 de mayo de 2018 y el otro que refuta el informe pericial de niños, niñas y adolescentes de fecha 27 de diciembre de 2018.

- **Dra. Adriana Espinosa (perito):** Psicóloga que presentará un análisis del comportamiento de la menor víctima y su progenitora. Incorporará informe pericial.

Sobre esta prueba la Fiscalía solicitó su inadmisión, pues la considera ilícita porque afecta derechos fundamentales como la intimidad de las personas, razón por la cual, en aras de no afectar ese aspecto, dicha base de opinión pericial se limitará únicamente a aquello que no afecte la intimidad ni de la víctima ni de las partes.

- **Sandra Cervantes (perito):** Incorporara el informe sobre perfilación.

- **Eneyda Cely Ruiz (perito):** Presentara un nuevo informe de refutación frente a las valoraciones que efectuó la fiscalía.

A esta petición se opuso la fiscal, pero el juzgado aclaró que será llamada para declarar sobre el incidente del cual se enteró relacionado con un problema que tuvo la pareja referente a la menor, y con su profesión de psicóloga, introducirá dicho informe de refutación.

- **Natalia Medrano (trabajadora social):** Realizará un análisis a la valoración realizada por la trabajadora social del ICBF.

Testimonio al que también se opuso la Fiscal, por cuanto al no llamarse a que rinda declaración a la trabajadora social del ICBF, no se admite la refutación; sin embargo, adujo el Juez que esa copia de la valoración se va a introducir dentro del proceso de restablecimiento de derechos, por lo que se le encuentra cierta pertinencia y conducencia a esa pericia.

- **Javier Camacho (perito)**: Investigador que incorporará un informe de refutación sobre los actos de investigación de la fiscalía.

La fiscalía solicitó su inadmisión porque la considera inútil, toda vez que si se quiere controvertir los actos de investigación que emergen de la fiscalía, la defensa puede oponerse en el conainterrogatorio, alegando las falencias que considere, postura a la que se adhiere el Ministerio Público.

Sobre el particular, el Juzgado señaló que el investigador no tiene la calidad de perito, de acuerdo a lo manifestado por la Defensa y tampoco está llamado para refutar o criticar, pues en este caso, quien analizará una vez se someta los medios probatorios al juicio oral válidamente, pues tiene la potestad de decir si es ilegal o legal el acto, es el juez de conocimiento al valorar la prueba, mas no el investigador, en consecuencia, dicho testimonio fue **rechazado e inadmitido** de plano.

Sobre la **prueba documental** solicitada por Defensa se dispuso:

- **Copia del proceso de la privación de la patria potestad radicado con el N° 201600177, que será introducida a través de la investigadora María Cárdenas**, la Delegada Fiscal se opuso al considerarla impertinente al no tener nada que ver con los hechos de la investigación, solicitud que también elevó el agente del ministerio público por inconducente e inútil, pues además viola garantías de la víctima.

Sobre el documento en mención, aludió el Juzgado que no es pertinente ni útil frente a los hechos de la acusación, ya que no tiene nada que ver con los mismos, y en consecuencia **negó** su decreto.

- **Historia clínica del procesado**: Expedida por la Clínica Tundama de Duitama, se introducirá por intermedio de la investigadora María Cárdenas o del procesado en la eventualidad que decida rendir testimonio.

- **Documentos expedido por el Colegio Suazapagua:** Con fecha 26 de agosto de 2020, mediante el cual se anexan los informes del observador del alumno de los años 2018 y 2019.

La fiscal se opuso al considerar que son documentos que afectan la intimidad de la menor, y por ende ilícitos, pero el juzgado precisó que, por el contrario, a través de los mismos se puede corroborar algunas de las secuelas que pudo sufrir la menor a raíz de los presuntos hechos.

- **Oficio del 20 de agosto de 2020:** Expedido por la parte administrativa del Colegio La Presentación, que contiene copia del observador del alumno del año 2017.

Prueba frente a la cual la Fiscal hizo la misma observación y el Juzgado la decretó bajo el mismo argumento

- **Copia integra del proceso de restablecimientos de derechos de la menor M.M.S.R.:** Se introducirá por intermedio de la investigadora María Luisa Cárdenas.

- **Documento relacionado con la compra de la cama que realizo el procesado:** Del año 2015, el cual también se introducirá a través de la investigadora María Luisa Cárdenas o a través del testigo David Manosalva.

- **Actas relacionadas con las búsquedas selectivas de base de datos del 4, 19 y 28 de agosto de 2020.**

- **Entrevistas citadas por la defensora:** Se ordenaron siempre y cuando se de una causal del art. 438 del CPP o para efectos de impugnar credibilidad o refrescar memoria.

#### **IV. RECURSO DE APELACIÓN**

**4.1.- Recurrente:** Inconforme con la decisión, la defensa la apela y solicita se modifique la misma con fundamento en los siguientes argumentos:

- En relación con la negativa de decretar la copia de privación de patria potestad con el radicado No. 201600177, promovida por la Dra. Isis Yury Ramírez Tobo en contra del señor Ricardo Carlos Suarez Joya, que sería incorporado por María Luisa Cárdenas; indica que se trata de una demanda que fue interpuesta por la progenitora de la presunta víctima donde se analizan aspectos de la familia, se pone de precedente que el acusado tiene la calidad de padrastro de la menor, se desvirtúa ese perfil de celoso, violento o de comportamientos inadecuados como padre; razón por la cual, considera que el documento sí tiene relación de pertinencia porque desvirtúa uno de los elementos probatorios de tipo, que es la presencia de violencia o de comportamientos para la misma época de los hechos jurídicamente relevantes, pues en dicho proceso además, obran pruebas que dan respaldo a lo que se pretende desvirtuar sobre su presunto actuar, motivo por el cual, solicita sea decretada.

- Solicita se evalué la pertinencia, conducencia y utilidad de la prueba testimonial del señor Javier Camacho, porque va a actuar como perito de refutación, al ser conocedor de los actos investigativos, con el fin de dejar en claro en el trámite de juicio los procedimientos inadecuados de la recolección de la prueba, e incluso de la ilicitud de la misma.

- Sobre la limitación del decreto de la prueba de la Dra. Adriana Espinosa, en punto a la afectación del derecho a la intimidad de la víctima, considera que es una negativa al no permitirse se dé en su totalidad. Por eso solicita se modifique la decisión y se decrete sin limitaciones el testimonio de dicha perito experta, el de Javier Camacho y la incorporación de la copia del proceso de privación de patria potestad con radicación 201600177, que será incorporado con la Dra. María Luisa Cárdenas.

- Sobre sus solicitudes de exclusión, advierte violación a las garantías fundamentales en sede de ilicitud y prueba de carácter ilegal y citó varios pronunciamientos, pero resalta el de la sentencia del 14 de febrero de 2018, MP Luis Antonio Hernández Barbosa de la Corte Suprema de Justicia sobre el contenido del art. 177 de la Ley 906, que refieren sobre la procedencia del recurso de apelación en trámite de la audiencia preparatoria, que de acuerdo

a la línea jurisprudencial, hace la salvedad que cuando se decide sobre la exclusión de una prueba y se hace referencia al carácter ilícito de la misma, procede con independencia de la exclusión o no.

- Indica que no comparte la exposición de primera instancia, en punto al decreto del material probatorio relacionado con los datos biográficos que se registraron en Comcel, con la prueba del 26 de octubre de 2018 por parte del PT Dilmer Antonio Rodríguez García, donde se recolectan datos de líneas celulares, entre ellas la del acusado, por cuanto los jueces de control de garantías no califican las pruebas en ilicitud y tampoco tienen la facultad de excluir un elemento material probatorio, pues la Corte Suprema ya ha enseñado que el único convocado a la exclusión probatoria y a calificar la prueba como ilícita es el Juez de conocimiento, quien debe realizar un análisis completo del procedimiento, situación que no ocurrió en el presente caso donde las pruebas estuvieron en manos de la señora Fiscal por más de 36 horas, vulnerando de manera grave el derecho a la intimidad de su defendido, por tanto ello es una prueba ilícita.

- En el mismo sentido y bajo el mismo argumento, tampoco comparte la decisión sobre la valoración e incorporación del formato de informe de valoración psicológica para audiencia de fallo del ICBF que se pretende incorporar con la Dra. Adriana Carolina Monroy Becerra como psicóloga del ICBF, pues dentro de los elementos de conocimiento no se allega el consentimiento informado. En ese punto, debió la Fiscal acudir al Juez de Garantías para realizar procedimientos de búsquedas selectivas, pero no se hizo, y no es posible aceptar, que al tratarse del órgano acusador no le corresponder proteger y realizar esos procedimientos para la recolección de elementos privados de la presunta víctima, por ello la prueba debe ser calificada como ilícita por violación a la reserva legal, debiendo ser excluida del acervo probatorio de la Fiscalía.

- En cuanto a la entrevista y el CD que contiene la entrevista de la presunta víctima y que se pretende incorporar con Antonio Luis Orozco, en donde se dijo que solo se referiría a aquellos aspectos que no tengan que ver con el contenido de la entrevista, reitera que se continua con la vulneración de los

derechos fundamentales del acusado porque básicamente se permite al profesional realizar apreciaciones sin hacer uso de la entrevista, pues el Juez lo está ordenando de una manera muy diferente a como fue postulado por la Fiscal, y no se puede permitir al juez ser parte del proceso para que disponga de la prueba, advirtiendo que en caso de decretarse debe hacerse en los términos que fue solicitada, y no cambiando el objeto de la prueba, debiendo analizarse esta limitación por parte del Tribunal.

Finalmente, solicita se tenga en cuenta la solicitud de exclusión del informe del investigador Dilmer Antonio Rodríguez García y Carolina Monroy por ser pruebas ilícitas; así mismo, se preste total atención a las pruebas que la fiscalía quiere incorporar a través de las psicólogas Rosalba Mariño, Yanin Vargas Arias y Claudia Rodríguez, pues en el caso de la testigo Rosalba, quiere renunciar al secreto profesional pero el juez no la decreta como perito, pese a que va a declarar sobre el conocimiento de los avances de tipo terapéutico de la presunta víctima, aspecto frente al cual, considera que al analizar síntomas, procedimientos y evolución psicológica, se convierte en un testimonio pericial dentro de la disciplina de la psicología, y por lo tanto debe inadmitirse o excluirse, al haber sido solicitado como un testigo simple, cuando tiene la calidad de prueba pericial; situación que se hace extensiva a las testigos Yanin Vargas y Claudia Rodríguez.

**4.2.- No recurrentes - Representante de Víctimas:** Solicita se confirme en su integridad la decisión, argumentando que frente a la negativa de decretar la copia del proceso administrativo de privación de la patria de potestad, se trata de un proceso en contra del padre biológico de la menor y no contra el padrastro quien es el sujeto pasivo en la actuación penal, por lo que, si la defensa consideraba que ciertos testigos u otros elementos probatorios que aparecen en ese proceso eran importantes para demostrar el buen comportamiento de su defendido, debió traer esos testigos y pruebas al juicio, pero no pedir una prueba de un proceso en el cual él no es parte y que no lo perjudica ni positiva ni negativamente.

Frente al testimonio de Javier Camacho, indica que todas las actividades de investigaciones son regladas, y el juez es quien determinara si las actuaciones de la fiscalía se compaginan o no con los manuales y procedimientos que se tienen para investigar.

En relación con el testimonio de Adriana Espinosa, señaló que hablara de un concepto general, sin que afecte en concreto la intimidad de la víctima ni las partes procesales, por lo que no comprende el motivo de disenso.

Sobre la refutación por ilicitud del informe de los datos recogidos por la empresa Claro de tres líneas telefónicas, indicó que quedo establecido que en la audiencia se verificará la legitimidad de este elemento probatorio, por lo tanto, se debe reconocer la buena fe de la fiscalía.

Respecto al testimonio de la señora Monroy, señala que la progenitora dispuso de un consentimiento informado para efectuar todas aquellas valoraciones necesarias a su hija en los sitios donde lo creían conveniente, y eso hizo la fiscalía con base en esa autorización, al igual que la entrevista realizada por el psicólogo para analizar la situación anímica de la menor en el transcurso de los hechos.

Por último, sobre los testimonios de las terapeutas que han tratado a la víctima en el ámbito emocional, aclara que lo que van a relatar es en relación a lo que han hecho y como ha sido su proceso de adaptación / menguación del daño y eso es lo importante.

**Fiscalía:** Solicita se confirme la decisión de primera instancia, indicando en primer lugar sobre la negativa de la copia del proceso de privacidad de patria potestad, que la argumentación de la Defensa al momento de la pertinencia y la utilidad, no es la misma que la alegada en curso del recurso de apelación, la cual varía para que se decrete esa prueba.

Respecto del consentimiento expreso para las valoraciones psicológicas del ICBF, indica que el mismo fue concedido el 20 de agosto de 2018 de manera amplia por parte de la progenitora de la víctima, y fue utilizado para las varias

valoraciones practicadas a la menor por el Instituto Nacional de Medicina Legal y el ICBF, con el fin de allegar lo necesario para la menor víctima.

En punto a la búsqueda selectiva en bases de datos, específicamente la contentiva en 13 folios expedidos por la empresa Claro, reitera que se tramitó ante el Juzgado Penal de Control de Garantías de Tunja (control previo) y ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Soroca (control posterior), por lo que sí se cumplió con los requisitos.

**Ministerio Público:** Indica en relación con el testimonio de Javier Camacho, que coincide en que es deber del juez de conocimiento analizar si las pruebas están bajo un requisito legal; en igual sentido, comparte el argumento de la Fiscal, respecto a que la defensa no sustenta de la misma manera la solicitud del decreto de la prueba de la copia del proceso de privación de patria potestad, pues en la apelación señala que en ese documento existen declaraciones que la defensa quiere usar para la impugnación de credibilidad, pero eso no se puede hacer.

## V. CONSIDERACIONES

**5.1. Competencia:** De conformidad con lo preceptuado en el artículo 34-1 del Código de Procedimiento Penal -Ley 906 de 2004-, esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación impetrado por la defensa del procesado.

### 5.2.- Los problemas jurídicos

Según los planteamientos de la recurrente, y con base en el principio de limitación de la doble instancia, corresponde a la Sala determinar **(I)** el recurso de apelación frente a las pruebas decretadas, en concreto las declaraciones de Adriana Espinosa, Antonio Luis Orozco, Rosalba Mariño, Yanin Vargas Arias y Claudia Rodríguez, **(II)** El rechazo e inadmisión de la declaración de Javier Camacho como prueba de refutación, **(III)** La inadmisión de la copia del proceso de la privación de la patria potestad radicado con el N° 201600177, y **(IV)** la solicitud de exclusión del informe del investigador Dilmer

Antonio Rodríguez García y Carolina Monroy y el informe de datos recogidos por la empresa Claro de tres líneas telefónicas por constituir prueba ilícita.

### **5.2.1. El recurso de apelación frente a las pruebas decretadas**

Oportuno es recordar que los objetivos de la audiencia preparatoria, al tenor de los artículos 356 y ss del Código de Procedimiento Penal, están relacionados con el aprestamiento del juicio oral, en tanto escenario de construcción de conocimiento, al delimitar previamente el tópico probatorio, a través de la definición concreta de las pruebas a practicar en el juicio oral, luego de que se verifique su conducencia, pertinencia, licitud y trascendencia.

Hecha esta precisión se impone recordar, que en el sistema acusatorio penal no existe el principio de permanencia de la prueba, por ello de conformidad con los artículos 16 y 374 de la ley 906 de 2004, los únicos medios de conocimiento que puede tener en cuenta el funcionario judicial son aquellos que se han introducido, producido o practicado en el juicio oral, salvo las excepciones legales<sup>1</sup>.

Lo anterior supone que al Juez de Conocimiento le corresponde efectuar el juicio de admisibilidad y en especial, los de conducencia y pertinencia que establecen los artículos 375 y 376, con las consecuencias de exclusión, rechazo o inadmisibilidad que contempla el artículo 359 de la Ley 906 de 2004.

Ahora bien, nuestro estatuto procesal penal, contiene unos principios rectores, entre ellos, **el de la doble instancia**<sup>2</sup>, mediante el cual se establece que son susceptibles de apelación las sentencias y los autos, siempre que estos se destinen a resolver las siguientes situaciones: 1) la libertad del imputado o acusado, 2) se afecte la práctica de la prueba, y, 3) sobre efectos patrimoniales.

En tal sentido dentro del trámite de los recursos ordinarios, se precisa que la apelación se concede en los efectos suspensivo y devolutivo; en cuanto al primero, **se concede frente a los autos que niegan la práctica de la prueba**

---

<sup>1</sup> Como la prueba anticipada que consagra el artículo 284 de la ley 906 de 2004.

<sup>2</sup> Artículo 20 del Código de Procedimiento Penal

***y deciden sobre la exclusión del medio probatorio, dentro del marco del juicio oral***<sup>3</sup>, y para el segundo, cuando se trata de la admisión de la práctica de prueba anticipada, ante el juez de control de garantías.<sup>4</sup>

Además de lo anterior, el artículo 359 del Código de Procedimiento Penal hace mención a la exclusión, rechazo e inadmisibilidad de los medios de prueba, señalando:

*“...Las partes y el Ministerio Público podrán solicitar al juez la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba que, de conformidad con las reglas establecidas en este código, resulten inadmisibles, impertinentes, inútiles, repetitivas o encaminados a probar hechos notorios o que por otro motivo no requieran prueba.”*

[...]

***“Cuando el Juez excluya, rechace o inadmita una prueba deberá motivar oralmente su decisión y contra esta procederán los recursos ordinarios...”*** (Negrilla de la Sala).

Significa ello que el estatuto procesal nada dijo en relación con la impugnación del auto que decide sobre el decreto de las pruebas a practicar en el juicio oral, aspecto que ha sido tratado desde hace tiempo por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia<sup>5</sup>, que en un primer momento extendió la posibilidad del recurso para tales decisiones, aduciendo entre otras, que la ley contempla la posibilidad de que se suspenda la audiencia preparatoria para *“la apelación de las decisiones relativas a las pruebas”*<sup>6</sup>, con lo que se infería que no existía ninguna distinción frente a la posibilidad de conceder el recurso respecto de la prueba ordenada.

Posteriormente la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia asumió una postura opuesta y que a la fecha se mantiene en la que puntualizó<sup>7</sup>:

*“Corolario de lo antedicho, ninguna mengua sufre la estructura del sistema acusatorio, o los derechos a la doble instancia y contradicción, cuando el legislador, en ejercicio del poder de configuración que le asiste, reflejado en la normatividad traída a colación en esta*

---

<sup>3</sup> Artículo 177 numerales 4° y 5° del Código de Procedimiento Penal

<sup>4</sup> Numeral 6° ibidem.

<sup>5</sup> Al respecto se puede consultar las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, en los radicados 36562 del 13 de junio de 2012, 39048 del 26 de septiembre de 2012 y 41106 del 23 de mayo de 2013.

<sup>6</sup> Artículo 363 numeral 1° del Código de Procedimiento Penal

<sup>7</sup> Auto del 27 de julio de 2016, dentro del radicado 47469

*providencia, decidió que solo se puede apelar el auto que deniega o imposibilita la práctica de una prueba –no el que la concede-; más aún, si en cuenta se tiene, de cara a los límites de esa facultad, que no se aprecia i) un atentado a los fines del Estado, tales como la justicia o la igualdad, ii) violación a los derechos fundamentales de las partes, iii) desconocimiento de los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la definición de las formas e, iv) imposibilidad de la realización material de los derechos y de primacía del derecho sustancial sobre las formas, conforme lo ha señalado la Corte Constitucional (CC C-227/09).*

*Precisamente, en torno de los fines que gobiernan la práctica de pruebas y su naturaleza de medios encaminados a demostrar la particular teoría del caso de las partes, observa la Sala cómo, dentro del necesario balanceo obligado de hacer en la determinación de cuál es la mejor manera de adelantar el proceso y los sacrificios que ello implica, con la decisión legislativa de conceder el recurso de apelación solo para la decisión que deniega pruebas, se obtiene un resultado mejor que en caso de aceptarlo en general.” (Negritas fuera de texto)*

Es claro entonces que la finalidad y procedencia del recurso de apelación frente al pronunciamiento del juez en relación con el decreto de pruebas, lo será exclusivamente en el caso de que niegue su práctica pues de lo contrario, no es susceptible de los recursos.

#### **5.2.1.1. Las declaraciones de Adriana Espinosa, Antonio Luis Orozco, Rosalba Mariño, Yanin Vargas Arias y Claudia Rodríguez**

En lo relacionado con la apelación respecto de **(i)** la limitación a la declaración de perito Adriana Espinosa para que deponga en todo aquello que no afecte la intimidad de las víctimas y las partes, y la introducción del informe de investigador y el CD por parte de Antonio Luis Orozco limitando su declaración a todo aquello que no tenga que ver con el contenido de la entrevista **(ii)** el decreto de las pruebas testimoniales de las psicólogas Rosalba Mariño, Yanin Vargas Arias y Claudia Rodríguez, tras cuestionar que se han citado como testigos simples cuando tienen la calidad de prueba pericial, son argumentaciones que no constituyen una negativa al decreto de las mismas, y por tanto, las alegaciones en tal sentido devienen improcedentes, advirtiendo en todo caso que:

**(i)** El limitar la declaración de los peritos a todo aquello que no afecte la intimidad de la víctima y las partes, o a aquello que no este por fuera del objeto de la prueba<sup>8</sup>, es un deber del juez, recordando que si lo pretendido en aras

---

<sup>8</sup> Recordemos que el informe de Antonio Luis Orozco se requirió para para efectos de corroborar el lenguaje verbal y no verbal de la presunta víctima para la época en que rinde la entrevista y determinar su comportamiento.

de probar su teoría del caso, es que se debata *-entre otras-* sobre el comportamiento de la menor, o de alguna de las partes<sup>9</sup>, es claro que dicha circunstancia no resulta de recibo, por cuanto en relación a los delitos por los cuales se procede, se presume la incapacidad del menor de 14 años para determinarse y actuar libremente en el ejercicio de su sexualidad, resultando por ende improcedente tratar de demostrar lo contrario, o cuestionar limitaciones de tal naturaleza, que además, no cambian el objeto de la pruebas y son parte del ejercicio funcional del juez.

**(ii)** En cuanto a la calidad en que concurren las profesionales que fueron citadas como testigos, será un aspecto que puede poner de relieve para su discusión en la fase de alegatos de cierre, todo con miras a que el juez decida si valora adecuadamente el medio de prueba, o deja de hacerlo, por alguna de las razones que enuncie, pero ello precedido de la aducción de las pruebas que fueron decretadas. En consecuencia, la Sala se abstendrá de estudiar de fondo los planteamientos presentados por la recurrente frente a estas pruebas, absteniéndose de conocer del recurso interpuesto por tratarse de pruebas decretadas.

### **5.2.2. El rechazo e inadmisión de la declaración de Javier Camacho como prueba de refutación.**

La recurrente solicita se evalúe la pertinencia, conducencia y utilidad de la prueba, pues con aquél se pretende incorporar un informe de refutación sobre los actos de investigación de la fiscalía.

En relación con el tema la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ha enseñado que la prueba de refutación es aquel medio que *“se dirige directamente a controvertir, rebatir, contradecir o impugnar aspectos novedosos e imprevistos y relevantes, suministrados por los medios de conocimiento practicados en el juicio oral a petición de la contraparte para sustentar su pretensión<sup>10</sup>.”*

---

<sup>9</sup> Así se sustentó en la audiencia

<sup>10</sup> CSJ auto del 20 de agosto de 2014, radicación N° 43749

De otra parte, en esa misma providencia, la Corte fue enfática en advertir que la prueba de refutación tiene un propósito muy distinto al de la prueba refutada y que aquélla no debe confundirse con los medios autorizados para impugnar credibilidad ni con la prueba sobreviniente.

Además, reiteró, la oportunidad para practicar la prueba de refutación es el momento subsiguiente al del recaudo de la prueba refutada. Al respecto, textualmente, la Corte Suprema de Justicia dijo:

*El ofrecimiento de la prueba de refutación señalada (juicio oral) no requiere protocolos especiales de descubrimiento, debe si solicitarse durante el recaudo de la prueba refutada y, en todo caso, sí es procedente tiene que autorizarse y en lo posible practicarse inmediatamente después que culmine la introducción del medio a contradecir.*

Entonces según el referido precedente, la prueba de refutación es inadmisibile, entre otros eventos, cuando *i)* se postule en una fase procesal que no le corresponde y *ii)* no se enmarque en los motivos atrás indicados.

Ahora bien, la defensa solicita el testimonio como prueba de refutación, para *dejar en claro en el trámite de juicio los procedimientos inadecuados de la recolección de la prueba, e incluso de la ilicitud de la misma*, ante lo cual cabe resaltar que el motivo que sustenta la prueba de refutación debe generarse en el juicio oral al momento de la práctica de la prueba de la contraparte. De suerte que, clarificó la Corte, *siempre que sea dable anticipar razonablemente la evidencia o la premisa que debe ser cuestionada, es la audiencia preparatoria la oportunidad en la que debe ofrecerse y solicitarse la práctica de la prueba requerida.*

Así, entonces, conociendo la defensa de antemano los procedimientos utilizados en la recolección de la prueba, el testimonio que le fue negado, como prueba de refutación, no tiene realmente ese carácter, y menos cuando no se solicitó para desacreditar una prueba en concreto practicada en el juicio oral, sino unos actos de investigación, que no tienen la categoría de prueba propiamente dicha.

Con todo, puesto que lo pretendido por la defensa es cuestionar genéricamente la forma recolección de la prueba, es evidente que el testimonio del investigador, como prueba de refutación, resulta improcedente, pues *como con acierto lo preciso el A quo*, es al Juez a quien le corresponde evaluar la legalidad de la actuación de los sujetos procesales en la aducción de las pruebas.

Empero, más allá de lo que cabe decir sobre el objeto de la prueba, lo cierto es que al Tribunal se le impone modificar la decisión del juez de primera instancia frente a lo que denominó inadmisión y rechazo de la prueba, para en su lugar inadmitir la aducción de dicha prueba pues como se habrá de recordar, se inadmiten los medios de prueba que resulten impertinentes, inconducentes e inútiles, se rechazan aquellos que no fueron descubiertos y se excluyen los ilícitos e ilegales, al tenor de lo previsto en los artículos 346, 357 y 360 de la ley 906 de 2004. y en este evento como la defensa en su oportunidad legal cumplió con la carga del descubrimiento, y lo que se discute es la pertinencia de la prueba, no resultaría viable aplicar el rechazo como una consecuencia jurídica de las establecidas por el juez de instancia.

Por lo que se modificará la decisión del *A quo* en tal sentido.

**5.2.3. La inadmisión de la copia del proceso de la privación de la patria potestad radicado con el N° 201600177. promovida por la Dra. Isis Yury Ramírez Tobo en contra del señor Ricardo Carlos Suarez**

Sobre el citado documento se negó su aducción al considerarlo impertinente e inútil por referirse a hechos ajenos por completo a la acusación.

Con esta claridad tenemos que la prueba es pertinente, a voces del artículo 375 ídem, cuando se refiera, 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 del acusado; de igual forma lo será cuando sólo sirva para hacer más o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados o se refiere a la credibilidad de un testigo o un perito.

Fijado este marco legal, corresponde al Tribunal determinar si la prueba que la defensa solicita, y que fue negada por el *A quo*, cumple o no con esas precisas reglas: al respecto, la defensa argumenta que el objetivo que persigue con la misma, es porque allí se analizan aspectos de la familia, se pone de precedente la calidad de padrastro del acusado, se desvirtúa el perfil de celoso, violento y comportamientos inadecuados como padre.

Sobre tal pretensión debe recordar la Sala, que el conjunto de actuaciones surtidas en otros expedientes y ante otras autoridades y que se pretenden incorporar a otro trámite a fin de que sean tenidos como prueba, se conocen como prueba trasladada, que no fue objeto de inclusión en el sistema de tendencia acusatoria que rige en Colombia.

En efecto, el legislador de la Ley 906 de 2004 se mostró bastante riguroso en el tema probatorio y por eso se exige que las pruebas se practiquen en sede del juicio oral, con dos excepciones, esto es la prueba anticipada y la prueba de referencia, las que de modo alguno pueden confundirse con el instituto tratado.

A lo dicho, no se opone el régimen de libertad probatoria que gobierna el sistema con tendencia acusatoria implantado en Colombia. La regla general es que las partes pueden presentar el conocimiento de los hechos al juez a través de cualquier medio de acreditación, empero, para efectos de la introducción o el acopio de pruebas se impone dar estricto acatamiento a los principios de oralidad, concentración e inmediación.

Así las cosas, y sin que lo dicho resulte absoluto, el instituto de la prueba trasladada o lo que es lo mismo, la introducción de pruebas practicadas en otro trámite no es admisible en el sistema penal de tendencia acusatoria pues se trata de pruebas obtenidas fuera del juicio oral en actuaciones judiciales distintas, precisándose, además, que lo que pretenda probar debe hacerlo con prueba practicada directamente en el juicio.

Ante estas precisiones, la solicitud de la defensa encaminada a incorporar copias del proceso de privación de la patria potestad, pruebas que se han practicado en otro trámite, sin duda constituye prueba trasladada, a lo cual se suma, *-como así lo advirtieron el A quo y los sujetos procesales no recurrentes-* se trata de medios de prueba impertinentes que nada aportan a la actuación, pues no tienen relación con los hechos, toda vez que con ellos no se acredita directa, ni indirectamente, ni desvirtúa la conducta punible y menos aún, la responsabilidad del procesado.

En estas condiciones se confirmará la decisión del *A quo* al negar la incorporación de dicha prueba documental por las razones expuestas.

**5.2.4. La exclusión del informe del investigador Dilmer Antonio Rodríguez García, la valoración psicológica de Adriana Carolina Monroy, así como el informe de datos recogido de tres líneas telefónicas por constituir prueba ilícita.**

En relación con la exclusión probatoria la Corte Suprema de Justicia ha indicado:

*“Y, claro, la cuestión fundamental estriba en definir por qué si la solicitud de pruebas a practicar en el juicio únicamente permite el recurso de apelación cuando se niega, no ocurre igual con la exclusión de pruebas a introducir en ese momento procesal, que permite su impugnación vertical, sin distinción alguna en si se niega u otorga.*

*La razón de la diferenciación emerge evidente.*

*Es que, cuando se trata de la solicitud de exclusión de un elemento suasorio en poder de una parte, que esta solicita introducir al juicio oral, necesariamente se hace referencia a derechos fundamentales en juego, que se entienden afectados con la recolección o posible introducción del medio.*

*En estas circunstancias, como la decisión puede remitir a la vulneración o no de dichas garantías, se explica la razón para que en caso positivo o negativo pueda acudir al superior, pues si se acepta la inclusión del medio, puede pervivir el tema de derechos fundamentales afectados.*

*Lo anterior encuentra fundamento en que, como desde el principio se definió, la facultad del legislador para regular el recurso vertical se encuentra limitado por los casos en que se afecten derechos fundamentales, apenas natural surge que en tratándose de la exclusión probatoria, íntimamente ligada con éstos, se facultara en toda su extensión la posibilidad de impugnación.*

(...)

***En este punto, la Corte quiere hacer hincapié en la necesidad de que los jueces controlen adecuadamente la solicitud de pruebas y sus efectos, pues es factible que las partes acudan al mecanismo de exclusión para evadir la limitación del recurso de apelación que aquí ha quedado claro existe frente la impugnación de autos que resuelven sobre peticiones probatorias.***

***Al efecto, se debe precisar que el tema de exclusión necesariamente está vinculado con la vulneración de derechos fundamentales, dentro del escenario de la prueba ilícita y no apenas la ilegal, lo que obliga de quien se opone a ella presentar una argumentación dirigida exclusivamente a demostrar la vulneración de tales garantías.***

*De no ocurrir así, ha de resaltarse, que al juez le compete rechazar de plano la argumentación y la petición que alrededor de ella se eleve, acorde con lo establecido en el ordinal primero del artículo 139 de la Ley 906 de 2004, dada la abierta improcedencia de lo solicitado. (Subrayas fuera del texto)."*

En este evento se solicita la exclusión de las citadas pruebas, al cuestionar la forma como fueron obtenidas, cuestionando entre otras, el alcance del consentimiento informado – *que no del procesado sino de la víctima*-, el control previo y posterior que se realizó frente a dichos elementos materiales probatorios,

Sobre el particular se dirá que según la jurisprudencia nacional, los eventos derivados de la regla de exclusión contenida en el artículo 29 de la Constitución Política, atañen a la *prueba ilegal*, cuando en su producción, práctica o aducción se incumplen los requisitos "esenciales" establecidos en la ley, correspondiendo al juez determinar si el requisito legal pretermitido es "esencial" para establecer su trascendencia sobre el debido proceso, pues la omisión de cualquier formalidad *per se* no autoriza la exclusión del medio, **y la *prueba ilícita* que corresponde a la obtenida con vulneración de los derechos fundamentales de las personas, cuya estructuración tiene como consecuencia, la exclusión del medio de conocimiento.**

Por manera que el cuestionamiento de la defensa no revela la ilicitud señalada y derivada de las reglas de aducción de las pruebas, resultando evidente que en este evento se interpuso el recurso frente a las pruebas decretadas y se pretendió evadir la limitación de la alzada invocando la exclusión, cuando resulta claro que esta última *-la exclusión pretendida-* se vincula necesariamente a la vulneración de derechos fundamentales tales como *la dignidad, el debido proceso, la intimidad, la no autoincriminación, del*

*procesado en este caso, entre otros-* que es lo que se debate dentro del escenario de la prueba ilícita, y ciertamente la discusión que sobre dichas pruebas se plantea no se enmarca dentro de la vulneración de garantías fundamentales de aquél y por tanto la argumentación en tal sentido debe ser desatendida.

A esta conclusión se llega, pues al hacer una interpretación sistemática de las normas y la jurisprudencia que regula el asunto, así como del recurso interpuesto sobre estas pruebas, es claro que lo que aquí se pretendió fue interponer un recurso frente a la admisión de unas pruebas que no tienen el carácter de ilícitas y frente a ello no procede el recurso de apelación.

### **DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión de la Sala Única del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo,

### **RESUELVE**

**1.- PRIMERO** Modificar la decisión cuestionada para en su lugar inadmitir la declaración de Javier Camacho conforme a las razones expuestas en precedencia.

**2.- ABSTENERSE** de desatar el recurso de apelación interpuesto contra las pruebas decretadas, acorde con lo señalado en las motivaciones de la decisión.

**3.- CONFIRMAR** en lo demás, el auto del 16 de diciembre de 2020, proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Duitama, en lo que fue motivo de inconformidad.

**4.- ANUNCIAR** que esta decisión queda notificada en estrados.

5.- **ADVERTIR** que contra esta providencia no procede recurso alguno.



**GLORIA INÉS LINARES VILLALBA**  
Magistrada Ponente



**EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA**  
Magistrado



**LUZ PATRICIA ARISTIZÁBAL GARAVITO**  
Magistrada