



SALA PENAL

Medellín, primero (01) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicado: 05001-60-00207-2015-00820
Procesado: E. G. V.
Delito: ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS
Asunto: Apelación de Auto

Magistrado Ponente
ÓSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ.

Proyecto aprobado en Sala del veinticuatro (24) de octubre de dos mil dieciséis (2016), mediante Acta Nro. 29 y leído en la fecha.

1. ASUNTO A DECIDIR.

Procede la Sala a desatar el recurso interpuesto por el defensor contractual del señor E. G. V., contra la determinación adoptada por la Juez 28° Penal del Circuito de Medellín, en audiencia preparatoria celebrada el pasado 20 de septiembre de 2016, dentro del proceso que se adelanta en su contra por el delito de ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS en concurso.

2. HECHOS

El 12 de marzo del año 2016, aproximadamente a las 12:20 del día, funcionarios de la Policía Nacional acudieron al barrio Robledo la Huerta bloque XX apartamento XXX de esta ciudad, para atender un caso de abuso sexual sobre una menor de 14 años reportado en la estación por el señor J. J. M. B., padre de la menor D.M.M.M. de 13 años de edad, quien informó que la adolescente -momentos antes- había sido abusada sexualmente por el sujeto conocido con el alias del “calvo” que vivía en la misma Urbanización en el apartamento XXX del bloque XX.

Refiere el padre de la menor que dicho sujeto invitó a la niña a comerse unos bolis a su casa, y una vez allí la encerró, la tocó en sus partes íntimas y sus senos y luego la dejó ir a su casa, no sin antes intimidarla para que no contara nada. En razón a lo anterior, los oficiales acudieron al apartamento y allí encontraron al señor E. G. V. señalado por la niña como su abusador, procediendo a darle captura en forma inmediata.

3. ACTUACIÓN PROCESAL.

Estando el proceso en la fase de conocimiento, concretamente en la audiencia preparatoria, el defensor del procesado solicitó que se decretara como prueba el testimonio de la menor C. M., argumentando que es una testigo de refutación, en la medida en que su declaración demuestra que no es cierto que el señor E. G. V. haya irrespetado alguna menor, por el contrario, dará cuenta de que siempre la ha tratado con decoro y que nunca ha intentado tocarla inapropiadamente, todo ello para anular la credibilidad de la víctima.

Por su parte, la juez de primera instancia negó dicha solicitud, por considerar que ese testimonio –al tenor del artículo 375 de la ley 906 de 2004- es innecesario e impertinente, en la medida en que la niña no fue testigo de los hechos, y solo viene a hablar del comportamiento general del señor E. G. V. con ella y con la mayoría de las niñas del círculo, olvidando que la finalidad del proceso no es indagar su condición de buena o mala persona, sino determinar la ocurrencia de un hecho concreto con relación a la menor D.M.M.M. y además porque su contribución a la teoría del caso de la defensa es mínima, en tanto que la menor puede hablar de aspectos que pueden comprometer su intimidad.

4. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el defensor del procesado interpuso recurso de apelación, afirmando que la negativa de la A quo de decretar la prueba solicitada, vulnera su derecho de defensa, pues si bien reconoce que la menor C. M. no presencié los hechos, si puede dar cuenta acerca de la proclividad o tendencia de su defendido a perseguir menores de edad.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

La Sala es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto contra el auto proferido por el Juzgado Veintiocho Penal del Circuito de Medellín, de conformidad con lo establecido en el artículo 34 numeral 1 de la Ley 906 de 2004.

En orden a definir la impugnación propuesta, la Sala abordará previamente el estudio de la conducencia, pertinencia y utilidad de la prueba testimonial solicitada por el recurrente, luego de lo cual examinará el caso concreto.

Conducencia, pertinencia y utilidad de las pruebas solicitadas por las partes

Conforme al artículo 357 de la Ley 906 de 2004, en la audiencia preparatoria, *“el juez dará la palabra a la fiscalía y luego a la defensa para que soliciten las pruebas que requieran para sustentar su pretensión. El juez decretará la práctica de las pruebas solicitadas cuando ellas se refieran a los hechos de la acusación que requieran prueba, de acuerdo con las reglas de pertinencia y admisibilidad previstas en este código”*.

A su turno, el canon 139 señala el deber de rechazar de plano los *“actos que sean manifiestamente inconducentes, impertinentes o superfluos”*, mientras que el artículo 359 *ibídem* dispone *“la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba que, de conformidad con las reglas establecidas en este código, resulten inadmisibles, impertinentes, inútiles, repetitivos o encaminados a probar hechos notorios o que por otro motivo no requieran prueba”*.

De igual manera, el artículo 375 de la misma ley contiene las pautas para determinar la pertinencia de las pruebas y subraya la necesidad de que las mismas se refieran *“directa o indirectamente a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta”*, condicionamientos que se deben seguir al resolver las solicitudes probatorias incoadas en desarrollo del proceso penal de tendencia acusatoria.

Sobre el tema debatido, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que la prueba es **conducente** cuando ostenta la aptitud legal para

forjar certeza en el juzgador, lo cual presupone que el medio de convicción esté autorizado en el procedimiento; es **pertinente** cuando guarda relación con los hechos, objeto y fines de la investigación o el juzgamiento; es **racional** cuando es realizable dentro de los parámetros de la razón y, por último, es **útil** cuando reporta algún beneficio, por oposición a lo superfluo o innecesario.

En ese orden, la parte que formula la postulación probatoria ostenta la ineludible carga procesal de indicar las razones que orientan la solicitud y, específicamente, los motivos de conducencia, pertinencia y utilidad del medio de convicción que imponen su decreto, obligación que comporta otorgar 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 considera.

Por otro lado, cabe recordar que el sistema procesal penal nacional, de tendencia acusatoria, se caracteriza por su naturaleza adversarial, conforme al 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.

6. CASO CONCRETO

En el asunto que ocupa la atención de la Sala, se tiene que el defensor del procesado solicitó el decreto de una prueba testimonial concreta: la declaración de la menor C. M. Frente a esta solicitud, la A quo resolvió su inadmisión, por considerar que no se cumplió con la carga de demostrar cuál era la pertinencia o utilidad de dicho medio de prueba.

Ahora bien, a pesar de que el defensor insiste en que sí argumentó la conducencia y pertinencia de dicho medio de conocimiento, lo cierto es -y

así quedó registrado en el audio- que el recurrente incumplió con la carga argumentativa que le asiste en punto de señalar cuál era la pertinencia y utilidad de ese testimonio en particular, pues si bien señaló que era lo que pretendía, dejó bastante claro que esta testigo no tenía una relación directa ni indirecta con los hechos investigados, de manera que su intervención se contraía a resaltar los valores sociales del procesado, aspecto que en modo alguno es relevante para lo que se pretende probar.

Sumado a ello, se advierte que, pese a que se negó la declaración de la menor, la juez de primera instancia decretó el testimonio del padre de esta, esto es, el señor O. M., quien puede dar cuenta en el juicio oral del comportamiento del acusado para con su hija, sin necesidad de exponer a dicha menor al escrutinio público y a referir una situación que es ajena al tema de prueba y que a todas luces es innecesaria y no reporta ningún beneficio al proceso.

Y es que, si se observa la argumentación de la defensa, tanto al momento de solicitar la prueba, como al sustentar el recurso de apelación, se tiene que se pretende utilizar a la menor para demostrar que el procesado no tuvo un comportamiento indecoroso con ella y así desvirtuar lo dicho por la adolescente ofendida, lo que resulta bastante absurdo, porque a menos que la menor tuviese alguna relación de amistad y compañerismo con la víctima, que pudiese reflejar algún interés protervo por parte de esta última en mentir, de nada sirve que comparezcan una, dos o hasta 10 niñas a hablar bien del procesado, si ninguna de ellas ha presenciado los hechos.

De otra parte, cabe recordar al recurrente, que la utilización de un medio de prueba con la finalidad de demostrar ya sea la proclividad de su cliente al delito o la ausencia de esa característica, no solo desconoce el precepto constitucional contenido en el artículo 29 de la Carta Política referido a la presunción de inocencia, sino que involuciona el sistema de juzgamiento actual para adoptar la teoría del derecho penal de autor, es decir, que la teoría del caso de la defensa debe ir orientada exclusivamente a desvirtuar los hechos por los que se acusa al ciudadano, no a cuestionar su personalidad, ni su supuesta inclinación natural al delito.

De ahí que el artículo 381 de la ley 906 de 2004 señale que el conocimiento para condenar, debe fundarse precisamente en las pruebas debatidas en el juicio oral, las cuales deben estar relacionadas directamente con los hechos objeto de investigación que sean relevantes para determinar la responsabilidad del acusado, por ende se entiende que los elementos materiales probatorios relacionados con los antecedentes familiares, personales y sociales del acusado no son medios de convicción al interior del debate probatorio, en razón a que no sustentan la existencia de delito, ni la culpabilidad del acusado, sino que revelan un aspecto de su personalidad.

En ese entendido, es que insiste la Sala en el deber que tienen las partes de cumplir con la obligación de argumentar en forma eficaz la conducencia, pertinencia y utilidad de cada una de las pruebas que pretenden ingresar al juicio oral, por lo que no resulta admisible que se limiten a exponer de manera lacónica que un determinado elemento material de prueba es necesario para la teoría del caso sino que resulta imperativo que desarrollen el tema, mostrándole al juez porque ese medio de conocimiento guarda relación con la imputación fáctica y jurídica contenida en la acusación.

En suma, los argumentos esbozados en la censura no logran persuadir a la magistratura de la necesidad de revocar la determinación adoptada por la A quo, razón por la cual se **CONFIRMARÁ** en su integridad la decisión impugnada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Penal del Honorable Tribunal Superior de Medellín,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión proferida por el Juzgado Veintiocho Penal del Circuito de Medellín el pasado 20 de septiembre de 2016, de conformidad con las razones quedaron anotadas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Radicado: 05001-60-00207-2015-00820
Procesada: Eligio Gómez Vargas
Delito: Acceso carnal abusivo con menor de 14 años

TERCERO: Luego de la lectura y la notificación en estrados de la misma, se enviará en forma inmediata la carpeta a la Juez de conocimiento para lo de su competencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ÓSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ
Magistrado

GERMAN DARÍO QUINTERO GÓMEZ
Magistrado

RICARDO DE LA PAVA MARULANDA
Magistrado