



## SALA PENAL

FICHA DE REGISTRO	
Radicación	05 001 60 00207 2018 00355
Acusado	Héctor Conrado Salazar
Delitos en concurso (Art. 31 CP)	Acceso carnal abusivo Actos sexuales con menor de 14 años
Victimas	1. Katherine Andrea Salazar Taborda (hija del procesado, mayor de edad para el momento de la denuncia) 2. Juana Valentina Pino Taborda. (Sobrina de la esposa del procesado)
Hechos	1. Entre el año 2008 y 2016 2. Entre los meses de marzo y junio de 2017
Juzgado <i>a quo</i>	Séptimo (7º) Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín, Antioquia.
Asunto	Se resuelve recurso de apelación contra auto que rechazó la práctica de una prueba en audiencia de juicio oral
Consecutivo	SAP-A-2022-005
Aprobado por acta	Nº 051 de 8 de marzo de 2022
Audiencia de exposición	Miércoles 9 de marzo de 2022; hora: 2:15 p.m.
Tema	Prueba común y Artículo 33 de la C. Pol. Se acoge al canon 33 superior en interrogatorio a la Fiscalía y luego decide declarar para la defensa
Decisión	Revoca auto objeto de censura y se ordena recepcionar declaración
Magistrado Ponente	NELSON SARAY BOTERO
Aclaración voto	SANTIAGO APRÁEZ VILLOTA

Medellín, Antioquia, marzo nueve (9) de dos mil veintidós (2022)

### 1. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE, RECURSOS, DECISIÓN JUDICIAL Y RECURSO DE APELACIÓN

En sesión de audiencia de **juicio oral**, el señor Juez Séptimo Penal del Circuito de esta ciudad, rechazó la práctica de una prueba de la defensa, específicamente el testimonio de la esposa del acusado y madre de la víctima, PAULA ANDREA TABORDA MARIN, al considerar que solo hay una oportunidad en el juicio oral para que se ingrese la declaración del testigo.

En este evento, la testigo prenombrada, cuando fue llamada como testigo de cargo de la Fiscalía, se acogió al Art. 33 de la CN, en ese orden y por igualdad de

armas no puede declarar como testigo de la defensa, pese a haberse decretado en la audiencia preparatoria.

En el *sub lite* precluyó la oportunidad para que ingrese ese testimonio.

Textualmente refirió el juez de primer grado:

“(54:51) la teoría del caso no se agota con una prueba común, no se agota en el conainterrogatorio; y, será que aquí podemos hablar que hubo interrogatorio, en este caso no hubo interrogatorio, porque la parte interesada para concurrir como testigo renunció a ese derecho de manera expresa, desde la primera oportunidad.

Y, hay una cosa que se debe tener en cuenta, el juicio es de una sola oportunidad; es decir, si aquí el testigo dice que no declara y antes de terminar esa postulación de no querer declarar, porque se acoge a los postulados del Art. 33 de la CN, puede retractarse y decir sí, sí quiero declarar, pero una vez finalizada esa situación “*ya no hay tutía que valga*”, ya no habrá lugar a que se incorpore ese testimonio por mucho que se quiera luchar para que se llegue.

Se pueden alegar muchas cosas, pero hasta ahora no se ha visto esa situación; y, es sencillo cuando ingresan a la palestra probatoria, por eso se aduce en la audiencia preparatoria para qué requieren a los testigos las partes que así la aducen; y, cuando se decreta ese testigo común se aduce que “no puede haber un interrogatorio igual similar al que ya respondió el testigo, tiene que versar sobre un caso diferente, sobre hechos distintos.

Pero, aquí no puede hablarse de que se agotó esa primera oportunidad para dar cumplimiento al principio de igualdad de armas para las partes; o, es que el principio de igualdad de armas es solo para la defensa, No. Como se alega por la defensa y es el que más se discute y es el que más se protege, porque se alega que la Fiscalía, pues tiene el poder del estado y tiene sus tentáculos para investigar; es decir, tiene mayor capacidad para la defensa, pero ello no implica que porque aparentemente la defensa se encuentre disminuida sea de menor calidad, no sea defensa o, no tenga esa categoría.

Me explico, cómo podríamos aducir aquí que se dio cumplimiento o que se respetó el principio de igualdad de armas entre las partes cuando es un tratamiento igual para todos; es decir, si se ordenó y adujo tal testigo, pues ese testigo tiene que ser conainterrogado por la otra parte para efectos de que se garantice el derecho de defensa, el debido proceso; y, especialmente el conainterrogatorio para que todas las partes queden satisfechos al saber que con las respuestas del interrogado, pues, se aclaró, no se aclaró, se comprometió o no se comprometió a la parte investigada; o, dio mejores luces; o, no aportó absolutamente nada a la investigación.

Así la señora PAULA ANDREA TABORDA en la fecha en que compareció al juzgado, que al igual que todo su componente del núcleo familiar dijeron al unísono que no declararían, que se acogerían a los enunciados del Art. 33 de la CN, **cuando eso pasa esa oportunidad fenece**, esto se hizo el 28 de octubre del año 2021, se acogieron VALERIA SALAZAR, HECTOR ANDRES SALAZAR, PAOLA ANDREA TABORDA al Art. 33.

Entonces, hablando de las oportunidades, esto no es de oportunidades cuando la persona o el testigo quiera o la parte interesada quiera.

Aquí podemos hablar y como se alega siempre de la preclusividad que la audiencia es preclusiva, entonces el testimonio también puede darse ese calificativo de preclusivo, diferente es que el testigo debe permanecer disponible para las partes hasta tanto termine el juicio si se requiere hacer algún tipo de aclaración y entonces hay que ampliar ese testimonio, porque quedó algo que no quedó claro; y, de esa manera entonces se clarifica la situación que se ha detectado, pero en este evento los interesados en testificar, inicialmente por parte de la Fiscalía, porque fungían como, aducidos como prueba testimonial de la Fiscalía, dijeron: *“que no, que como el acusado tiene consanguinidad con unos y afinidad con otros, entonces como la Ley los protege y la Constitución”* adujeron no declarar.

Entonces, allí se dejó a la Fiscalía sin la posibilidad de hacer ese interrogatorio que la defensa también quedó sin esa posibilidad, perfecto, entonces ese evento en concreto ya no puede ser tocado, porque como no se pudo interrogar, pues lógico que se frustró a una de las partes para hacer uso de ese derecho de respeto por la igualdad de armas.

Aducir y aparecer ahora que, si quiere declarar, cuando ya dijo en su oportunidad inicial que no lo haría, el despacho considera que en verdad le asiste razón tanto a la señora Fiscal, como a la señora agente del Ministerio Público y al cual también se allanó el señor representante de víctimas.

Por lo tanto, el despacho rechaza la práctica de esta prueba.  
(01:00:53)

Frente a la decisión del señor Juez de Conocimiento, el abogado defensor, doctor IVÁN FERNANDO RESTREPO BELTRÁN, interpone y sustenta el recurso de reposición y apelación, así:

Se debe analizar si la prueba testimonial al momento de ser decretada tiene el mismo objeto de pertinencia que la Fiscalía, por tanto, debe revisarse la audiencia preparatoria.

La pertinencia de esta prueba fue la acreditación de unos hechos ocurridos respecto de la víctima KATHERINE ANDREA SALAZAR TABORDA, pero la pertinencia de la prueba decretada para la defensa lo fue respecto de unos hechos ocurridos a JUANA VALENTINA PINO TABORDA.

Es decir, la prueba se solicitó para una finalidad muy distinta a la del ente acusador.

Es cierto que, la testigo se acogió al Art. 33 CN al momento de ser llamada como testigo de cargo de la Fiscalía; sin embargo, esto no puede entenderse como una actuación anómala, pues está en todo su derecho de hacerlo.

De ahí, no puede decirse que se agotó el objeto para lo cual fue decretada para la defensa.

El decreto de la prueba tiene objetos diferentes, la prueba se decretó de manera independiente tanto para la Fiscalía, como para la defensa.

Los demás intervinientes en traslado como no recurrentes solicitaron confirmar la decisión de primer grado.

El *iudex aquo*, no repone la decisión exponiendo las siguientes consideraciones:

Reiteró que el testigo solo tiene una oportunidad en el juicio oral para ingresar su declaración; en este caso, esa oportunidad ya precluyó.

Caso contrario, si en la primera oportunidad acepta declarar y en la segunda oportunidad dice que se acoge al Art. 33 de la CN, aquí debe darse un tratamiento distinto.

En este caso concreto, se trasgrede el principio de igualdad de armas, porque la Fiscalía no tuvo la oportunidad de allegar como ente acusador esa prueba que buscaba con ese testigo.

Lo ideal era que la testigo hubiese declarado.

Es que cuando la parte acepta declarar no significa que tenga o no tenga conocimiento de los hechos, ya que le dará el manejo a las respuestas que entregue a los interrogantes que se le planteen. La testigo expone lo que realmente conoce.

Si el testigo renuncia al inicio, no puede venir a decir después que va a declarar porque fue pedido por la defensa.

En efecto, la prueba se decretó, pero en el juicio también se pueden rechazar pruebas y este es el escenario.

Acorde a lo anterior, remitió las diligencias a esta Corporación para que se desate el recurso de alzada.

## **2. ARGUMENTOS DE DECISIÓN DE LA SEGUNDA INSTANCIA**

La Sala dará respuesta a los argumentos de las partes procesales.

## **3. PRUEBA COMÚN DECRETADA EN ESTE ASUNTO**

Debe indicarse que el testimonio de PAULA ANDREA TABONA MARIN fue decretado como prueba en sesión de audiencia preparatoria, tanto para la Fiscalía, como para la defensa, es decir, es **prueba común**.

La delegada Fiscal solicitó el testimonio de PAULA ANDREA TABORDA MARIN así:

(32:18) PAULA ANDREA TABORDA MARIN, es la madre de la joven KATHERINE, dará cuenta porque conoce de los hechos, cómo los conoce, las decisiones que toma una vez conoce de estos hechos, cambios comportamentales que observó en su hija, la relación de convivencia, pues la época para la cual tuvo convivencia con el procesado, la posibilidad que este tenía de compartir con la víctima en esa casa, la convivencia que tuvieron, dará cuenta de manera directa el trato que observó existía entre su hija y el procesado y la actitud de la joven cuando hace relato de la presunta ocurrencia de estos hechos. (33:52)

Por su parte, la defensa también solicitó como prueba testimonial la declaración de PAULA ANDREA TABORDA MARIN así:

(37:53) La defensa solicita se decrete como prueba el testimonio de PAULA ANDREA TABORDA MARIN, ella dará cuenta de la convivencia con el acusado y con la presunta víctima KATHERINE ANDREA SALAZAR TABORDA e igualmente nos dará cuenta señor juez dentro de esa convivencia, cuál es el conocimiento personal y directo de ella en la relación que tenía el acusado con su hija KATHERINE; y, desde la convivencia nos podrá dar cuenta para hacer menos creíble la ocurrencia de los hechos si los mismo tuvieron posibilidad de ocurrencia en las viviendas en las cuales convivieron, también nos podrá dar cuenta de la condición de discapacidad que sufre el acusado, desde cuándo sufre esta discapacidad, esa discapacidad frente a sus quehaceres, sus actividades diarias y su propia atención personal que le imposibilita y esto señor juez, para hacer menos creíble frente a esta condición la ocurrencia de los hechos frente a KATHERINE SALAZAR TABORDA.

Igualmente, señor juez dentro de su cotidianidad, nos podrá dar cuenta de la presencia en su casa de la menor JUANA VALENTINA PINO TABORDA, que es otra de las víctimas, de las presuntas víctimas, nos podrá dar cuenta señor juez en qué momento ella podría estar en esa casa, en qué lugar podría estar, con quién podría estar cuando estaba en su casa, para qué iba a su casa, esto señor juez para hacer menos creíble a la ocurrencia de los hechos frente a la menor JVPT.

Igualmente, como conocedora de su casa y de su entorno podrá dar cuenta y podrá como testigo de acreditación darnos cuenta de los lugares que se ofrezcan en el álbum que ya fue descubierto del lugar de presuntamente de ocurrencia de los hechos. (41:18)

#### 4. EL DERECHO A LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

El vocablo prueba proviene del sustantivo latín *probatio, probationis*, al igual que el verbo *probo, probas, probāre* que derivan de *probus* que significa bueno, recto, honrado. Probado es sinónimo de real, bueno, auténtico. Probar entonces es la actividad de demostrar a partir de medios legítimos la verdad o falsedad de una proposición<sup>1</sup>.

La noción de prueba está presente en todas las manifestaciones de la vida humana. La noción de prueba aparece unida a todas las actividades de tipo social. Puede afirmarse que es una necesidad que surge desde que el hombre vive en sociedad<sup>2</sup>. Existe una noción ordinaria o vulgar de la prueba, al lado de una noción técnica, que varía según la clase de actividad o de ciencia a que se aplique.

La prueba en un sentido general, procesal y extraprocesal tiene un significado polifacético, polisémico, polivalente o multívoco<sup>3</sup>, poliédrico<sup>4</sup>, pues va desde los elementos utilizados por las partes para verificar los hechos alegados, hasta el resultado de la actividad procesal vinculado a la prueba; también se refiere al medio, al procedimiento o actividad y al resultado. El proceso penal no funciona sin prueba<sup>5</sup>. La prueba es *la suma de los motivos que producen certeza*<sup>6</sup>.

La prueba no es un concepto unívoco<sup>7</sup> y puede comprender al menos tres cuestiones: (i) método, proceso, operación o actividad encaminada a comprobar la exactitud de una proposición; (ii) hacer referencia a los elementos, datos, evidencias o motivos que, analizados concretamente al tiempo de tomar una decisión, permiten fundarla o motivarla; y (iii) señalar el resultado obtenido de la actividad, esto es, lo que se tiene por probado<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> En <https://dle.rae.es/prueba?m=form>. Chaia, Rubén Alberto. *Técnicas de litigación penal*, Editorial Hammurabi, Argentina, 2020, Volumen 1, p. 66.

<sup>2</sup> Parra Quijano. Jairo. *Manual de derecho probatorio*, Décima sexta edición, ampliada y actualizada, Librería Ediciones del Profesional Ltda., Bogotá, 2007, p. 4.

<sup>3</sup> Contreras Rojas, Cristian. *La valoración de la prueba de interrogatorios*, Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 30. Midón, Marcelo S. *Concepto de la prueba, jerarquía y contenido del derecho a la prueba*, en Midón, Marcelo S. (coord.), *Tratado de la prueba*, Librería de la Paz, Buenos Aires, 2007, pp. 33-34. Chaia, Rubén Alberto. *La prueba en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2010, p. 52. Vargas Meléndez, Rikell. *La prueba. Estándares, razonabilidad y valoración*, Primera edición, Pacífico Editores SAC, Lima, Perú, 2019, pp. 27-28. Azula Camacho, Jaime. *Manual de derecho procesal. Pruebas judiciales*, Tomo VI, Tercera edición, Editorial Temis, Bogotá, 2008, p. 4. Dellepiane, Antonio. *Nueva teoría de la prueba*, Editorial Temis, Bogotá, 1961, pp. 13-14. Gascón Abellán, Marina. *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Segunda edición, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, pp. 83 y ss. Rodríguez, Gustavo Humberto. *Derecho probatorio colombiano*, tercera edición, Ediculco, Bogotá, 1979, p. 35. Devis Echandía, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo I, tercera edición, Víctor P. de Zavalia Editor, Buenos Aires, 1976, p. 15. Giacomette Ferrer, Ana. *Introducción a la teoría de la prueba*, Señal Editora, Medellín, 2009, p. 35. Silva Melero, Valentín. *La prueba procesal*, Madrid, Tomo I, 1963, p. 30; Florian, Eugenio. *De la prueba penal*, Milano, 1961, núm. 2.

<sup>4</sup> Florián, Eugenio. *Pruebas penales*, Tomo I, Editorial Temis, Bogotá, 1968, p. 35.

<sup>5</sup> Vásquez Rodríguez, Miguel A. *Las reglas de la prueba indiciaria y su aplicación a la valoración de los elementos de convicción en el proceso penal*, En Revilla Llaza, Percy E. (coord.), *La prueba en el proceso penal*, Gaceta Jurídica, Lima, Perú, 2018, p. 253.

<sup>6</sup> Mittermaier, Carl Joseph Anton. *Tratado de la prueba en materia criminal*, Ángel Editor y Distribuidor, México, 2001, p. 58.

<sup>7</sup> Devis Echandía, Hernando. *Compendio de la prueba judicial*, Tomo I, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2000, p. 16; Carnelutti, Francesco. *La prueba civil*, Buenos Aires, 1955, p. 4; Dellepiane, Antonio. *Teoría general de la prueba*, Bogotá, 1961, pp. 7, 25, 170 y 185; Lessona, Carlos. *Teoría general de la prueba en derecho civil*, Tomo I, Madrid, 1928, p. 8; Vyshinski, Andréi. *La teoría de la prueba en el derecho soviético*, Buenos Aires, 1951, p. 251.

<sup>8</sup> Chaia, Rubén Alberto. *Técnicas de litigación penal*, ob. cit., p. 67.

El derecho a la prueba es uno de los elementos constitutivos del derecho al debido proceso<sup>9</sup>. Debe ejercerse de acuerdo con las formalidades legalmente prescritas<sup>10</sup>. Este derecho se manifiesta en aspectos tales como el derecho a asegurar la prueba, a que se decreten las pruebas, a que se practiquen las pruebas ya decretadas, y a que se valoren las pruebas regularmente allegadas al proceso, lo cual se predica tanto para la fiscalía como para la defensa.

El derecho a la prueba exige que se practiquen las pruebas ya decretadas (Corte Constitucional, Sentencias T-488/99, SU-087/99), se debe tener en cuenta que cuando la no práctica de la prueba es imputable a la parte o a su apoderado, no existe violación del debido proceso (SU-087 de 1999), la no práctica de pruebas fundamentales para la defensa, ya decretadas, vulnera el derecho de defensa (T-504/98, T-589/00).

También el derecho a la prueba exige que la pruebas regularmente aportada al proceso se debe valorar<sup>11</sup>, el cumplimiento de esta exigencia tiene una doble finalidad, en primer lugar, explicarle al peticionario el valor dado a las pruebas que por su iniciativa se decretaron y practicaron; y en segundo lugar, producirle tranquilidad, así que la falta de apreciación del material probatorio constituye una vía de hecho por defecto fáctico y viola el debido proceso (T-504/98), la valoración arbitraria, irracional y caprichosa del material probatorio constituye una vía de hecho por defecto fáctico y desconoce el debido proceso (T-442/94, SU-132/02, T-025/01), existe vía de hecho por defecto fáctico cuando la decisión se toma sin haber sido practicadas —y en consecuencia tampoco valoradas— las pruebas necesarias para desatar la litis (T-488/99), la sola omisión en la valoración o práctica de una prueba no constituye vía de hecho, para que ésta se produzca, debe tratarse de errores manifiestos u ostensibles, atribuibles a una actitud caprichosa o arbitraria del funcionario competente (T-025/01).

El derecho a probar se entiende hoy como el poder que viene atribuido a las partes o terceros interesados, que intervienen en un proceso judicial, de aportar todos los instrumentos de que dispongan y que sean relevantes para el conocimiento de los hechos alegados y de obtener un pronunciamiento judicial acerca de su eficacia para la reconstrucción de tales hechos en la sentencia definitiva<sup>12</sup>.

Es la posibilidad de hacer admitir y recibir al juez todo medio de prueba consentido (o no excluido) por el sistema, el cual sea relevante para la demostración del hecho deducido como fundamento de las diversas pretensiones<sup>13</sup>.

La jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos de la ONU indica que cuando el juez de un Estado miembro del Pacto niega una solicitud tendiente a obtener la

<sup>9</sup> Corte Constitucional, Sentencias T-393 de 1994, T-589 de 1999.

<sup>10</sup> Corte Constitucional, Sentencias T-504 de 1998, SU-087 de 1999).

<sup>11</sup> Picoi Junoy, Joan. *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Bosch Editor, Barcelona, España, 1996, p. 25.

<sup>12</sup> Quevedo Mendoza, Efraín I. *El derecho a la prueba como garantía constitucional*, Revista de Derecho Procesal, Rubinzal-Culzoni Editores, Argentina, 2005-1, pp. 23-50; Quevedo Mendoza, Efraín I., *Medios y fuentes de prueba*, en AA. VV, La prueba, Libro en memoria del profesor Santiago Sentís Melendo, coord. A. M. Morello, Librería Editora Platense, La Plata, 1996, pp. 107-128.

Recuperado de:

[http://www.der.unicen.edu.ar/uploads/congresoprocesal/2007/Quevedo\\_Mendoza.pdf](http://www.der.unicen.edu.ar/uploads/congresoprocesal/2007/Quevedo_Mendoza.pdf)

<sup>13</sup> Comoglio, Luigi Paolo. *Giurisdizione e processo nell quadro delle garanzie costituzionali*, En Riv. Trim. Dir. e proc. civ., 4/1994, p. 1075; citado por Quevedo Mendoza, Efraín I. *El derecho a la prueba como garantía constitucional*, ob. cit.

declaración de un testigo de descargo, sólo podrá predicarse la afectación del derecho a la prueba en la medida en que sea evidente la relevancia (o pertinencia), para los fines de la defensa, del elemento de convicción desestimado.

En palabras del Comité, no toda omisión de prueba es vulneración del derecho a la prueba. Sobre el tema se ha dicho: *“En relación con la presunta violación del apartado e) del párrafo 3 del artículo 14, es indudable que el juez rechazó la solicitud del abogado de que se citase a un testigo de descargo. Sin embargo, no es evidente que la declaración de dicho testigo hubiese apoyado a la defensa en relación con la acusación de asesinato, ya que se refería simplemente a la naturaleza de las heridas supuestamente infligidas al autor por una muchedumbre delante de la comisaría de Waterford. En ese contexto, el Comité considera que no se ha violado esta disposición”*<sup>14</sup>.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, por su parte, considera vulnerado el derecho a la prueba cuando se le impide a la defensa lograr la práctica de *“ciertas diligencias probatorias cruciales para los fines de la defensa”*<sup>15</sup>.

## 5. EL CANON 33 DE LA CARTA FUNDAMENTAL

En el artículo 33 constitucional se dice expresamente que la persona no podrá ser obligada a declarar, mas no que le está prohibido comparecer en calidad de testigo.

Se trata de una expresión de la autonomía de la voluntad, que solo será válida si el consentimiento no está viciado. A la idea de una decisión libre, naturalmente se contrapone la que es producto de amenazas o cualquier otro tipo de violencia.

La manifestación de acogerse al canon 33 superior debe ser libre de presiones, amenazas, etc.

Lo contrario implicaría el contrasentido de desproteger múltiples derechos de las víctimas (acceso a la administración de justicia, autonomía de la voluntad, etc.), con el pretexto de proteger un derecho (a no declarar en contra de sus parientes) que ha invocado por las presiones de que ha sido objeto<sup>16</sup>.

Ello podría dar lugar a una nueva victimización en el ámbito judicial, totalmente ajena a las obligaciones contraídas por Colombia en materia de erradicación de toda forma de violencia.

Ahora bien, si la persona rinde versiones en el trabajo metodológico de la parte, pero en juicio dice no declarar de conformidad con el Art. 33 de la Constitución y Arts. 68 y 385 CPP (Derecho al encubrimiento), esas entrevistas no se pueden introducir como prueba de referencia legalmente admisible según el Art. 438 CPP;

<sup>14</sup> Comité de Derechos Humanos, caso Clifton Wright vs. Jamaica, comunicación número 349/1989 de 27 de agosto de 1992, § 8.5.

<sup>15</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Cantoral Benavides vs. Perú, sentencia de 18 de agosto de 2000, § 127: *“[...] el abogado de la víctima no pudo lograr que se practicaran ciertas diligencias probatorias cruciales para los fines de la defensa, como la recepción de los testimonios de los miembros de la DINCOTE que participaron en la captura de Cantoral Benavides y en la elaboración del atestado incriminatorio”*.

<sup>16</sup> CSJ SP 3274-2020, rad. 50.587 de 2 septiembre 2020.

por tanto, es un elemento material que se debe excluir de la carpeta y no puede ser valorado<sup>17</sup>.

## 6. INTERROGATORIO DIRECTO DE DOBLE VÍA EN LA DENOMINADA PRUEBA COMÚN

Dentro de la sistemática de la Ley 906 de 2004, es perfectamente viable la solicitud e incorporación de pruebas comunes, pues es factible que la información aportada por un declarante u otro elemento de juicio sea útil a las dos partes, dentro del marco de la teoría del caso que cada uno pretende sacar adelante en el juicio y que suele ser antagónica en atención a los intereses que defienden.

En esos casos se justifica el *interrogatorio directo de doble vía*, porque “*en un proceso donde la Fiscalía y la Defensa han anunciado sus pretensiones de responsabilidad e inocencia, el sustento del interrogatorio directo sobre tales supuestos es sustancialmente diferente y por ende más que justificado, no puede tildarse en términos formalistas y anticipados de repetitivo, dado que la fiscalía interrogará sobre supuestos de responsabilidad y la defensa acerca de la inocencia*”<sup>18</sup>.

Además, debe tenerse en cuenta que el legislador expresamente le asignó finalidades distintas al interrogatorio directo y al contrainterrogatorio.

Según el artículo 391 de la Ley 906 de 2004, el interrogatorio directo “*se limitará a los aspectos principales de la controversia, se referirá a los hechos objeto del juicio o relativos a la credibilidad de otro declarante*” (inciso 1º).

El artículo 393 del CPP establece que “*la finalidad del contrainterrogatorio es refutar, en todo o en parte, lo que el testigo ha contestado*” (literal a).

En la prueba común se presenta entonces un interrogatorio directo de doble vía.

## 7. LA OPCIÓN MAS RAZONABLE PARA EL CASO CONCRETO

### 7.1 LO SUCEDIDO EN EL JUICIO CON LA DECLARANTE COMÚN

En el *sub lite* se tiene entonces lo siguiente:

Uno: En audiencia preparatoria las partes, fiscalía y defensa, solicitaron el testimonio de la esposa del acusado y madre de la víctima, señora PAULA ANDREA TABORDA MARIN.

Dos: El testimonio de la señora PAULA ANDREA TABORDA MARIN fue decretado como **prueba común**.

Tres: Cuando la declarante común ingreso a estrados judiciales para ser interrogada de manera directa por la fiscalía, de manera voluntaria, libre y

<sup>17</sup> CSJ SP rad. 32.829 de 17-03-10.

<sup>18</sup> CSJ AP, 25 febrero 2015, rad. 45.011; CSJ AP 6266-2017, rad. 39.673 de 25 septiembre 2017.

debidamente informada, **se acogió al canon 33 constitucional**, razón por la cual se le excusó de rendir declaración bajo la gravedad del juramento.

Cuatro: Agotado el interregno probatorio de la fiscalía siguió el turno de presentación de pruebas de descargo por parte de la defensa en cuyo momento presentó a la declarante PAULA ANDREA TABORDA MARÍN, pero en esta ocasión dijo querer rendir declaración, es decir, que **ya no se acogía al canon 33 de la Carta Fundamental**.

## 7.2 LA POSIBILIDAD DE RECIBIR LA DECLARACIÓN COMÚN EN EL CASO CONCRETO

El artículo 5º del CPP indica que en ejercicio de las funciones de juzgamiento *“los jueces se orientarán por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia”*.

A dicho deber imperativo se debe agregar el derecho a la prueba con que cuentan las partes, en especial, la defensa en tema de prueba de exculpación, de descargo o para controvertir las pruebas de la fiscalía.

El declarante tiene la potestad de declarar o no declarar en los términos del canon 33 de la Carta. Si no renuncia a dicho derecho, simplemente se recibe la declaración, y si es común, se realiza interrogatorio de doble vía.

El declarante puede acogerse al artículo 33 de la Carta y no rendir versión, pero mientras no se agote el espacio de recepción de pruebas de la parte correspondiente, fiscalía o defensa, en cualquier momento puede renunciar a dicho derecho y decidirse a rendir declaración bajo la gravedad del juramento, precisamente por el imperativo del artículo 5º del CPP y del derecho a la prueba es que se debe recibir el testimonio.

Adicionalmente, debe insistirse que ante la prueba común el interrogatorio es de doble vía de tal manera que el testigo solamente comparezca una vez al estrado judicial, sin perjuicio que se presente en las dos ocasiones, esto es, una primera para ser interrogado por la Fiscalía y una segunda, por la defensa de manera directa, en cada ocasión siguiendo las reglas del interrogatorio cruzado.

Es perfectamente posible que el declarante común en un primer momento, el que corresponde a la fiscalía, se ampare en el artículo 33 de la Carta para no rendir testimonio, pero en el espacio de la defensa se decida a declarar.

En esta última posibilidad, y como se trata de testigo común, e igualmente con fundamento en el canon 5º del CPP y el derecho a la prueba, se debe recibir la declaración de manera común, esto es, interroga de manera directa la fiscalía con las reglas del interrogatorio cruzado; luego declara de manera directa para la defensa con las reglas del interrogatorio cruzado, o con interrogatorio de doble vía; en fin, este es un aspecto de técnicas de recepción de prueba que ha de resolver el juez en la práctica de la prueba con garantía para todas las partes.

Sencillamente, se ha de recibir la declaración del modo en que se decretó en la audiencia preparatoria, esto es, como prueba común.

### 7.3 EL TESTIGO NO DECIDE A QUIEN RESPONDER EL INTERROGATORIO

Finalmente, debe quedar absolutamente claro que no es potestad del declarante común decidir de manera unilateral a quien responde o no el interrogatorio directo.

En este caso, si la señora PAULA ANDREA TABORDA MARIN renuncia al canon 33 de la Constitución y decide rendir declaración, quedará sometida a las medidas correccionales del juez (Art. 143 CPP) y a las posibles sanciones penales según el artículo 442 del Código Penal cuando *"falte a la verdad o la calle total o parcialmente"*.

### 8. CONCLUSIÓN

Se ha de revocar entonces el auto objeto de censura y disponer que se reciba la declaración de PAULA ANDREA TABORDA MARIN, como prueba común para ambas partes.

### 9. RESOLUCIÓN

**LA SALA DE DECISIÓN PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, (i) *REVOCA*** en su integridad el auto objeto de censura; **(ii) en su lugar se *ORDENA*** se recepcione la declaración de PAULA ANDREA TABORDA MARIN, como prueba común, por las razones expuestas en este proveído; **(iii) esta decisión se notifica en estrados y contra la misma no procede recurso alguno.**

#### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



**NELSON SARAY BOTERO**  
Magistrado



**HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA**  
Magistrado



**ACLARACIÓN DE VOTO**  
**SANTIAGO APRÁEZ VILLOTA**  
Magistrado

## ACLARACIÓN DE VOTO

Si bien estoy de acuerdo con el sentido de la determinación adoptada, considero necesario aclarar que no comparto la afirmación que se hace en la parte final de la página 10 de la providencia aprobada por la mayoría, en tanto se señaló que *“como se trata de testigo común, e igualmente con fundamento en el canon 5° del CPP y el derecho a la prueba, se debe recibir la declaración de manera común, esto es, **interroga de manera directa la fiscalía con las reglas del interrogatorio cruzado; luego declara de manera directa para la defensa con las reglas del interrogatorio cruzado, o con interrogatorio de doble vía, en fin, este es un aspecto de técnicas de recepción de prueba que ha de resolver el juez en la práctica de la prueba con garantía para todas las partes.**”*.

Aquello que sucedió simplemente es que Paula Andrea Taborda Marín renunció a ser testigo de la fiscalía y a responder a sus preguntas, invocando su derecho constitucional a no declarar, pero llegado el turno de la defensa manifestó su deseo de someterse al interrogatorio directo del representante judicial del procesado, interrogatorio que, como es apenas obvio, deberá versar únicamente sobre los temas independientes que el defensor propuso al juez al solicitar la prueba. En otras palabras, atendiendo a la renuncia a declarar con base en los temas planteados por el representante del ente acusador, el testimonio de la madre de la menor ofendida **dejó de ser prueba en común**, para adquirir la naturaleza de una prueba decretada por el juez a petición del defensor, por lo que será este quien debe intervenir inicialmente para interrogar directamente a la testigo sobre los puntos que propuso al explicar la pertinencia y utilidad de la misma, sin que la circunstancia sobreviniente de la renuncia inicial habilite al representante de la Fiscalía a interrogar directamente sobre los hechos o aspectos que planteó al solicitar la prueba, por lo que este deberá limitarse a ejercer su derecho de contrainterrogar sobre las respuestas que entregue la testigo a las preguntas del defensor, atendiendo a las reglas del artículo 391 del estatuto procesal penal.

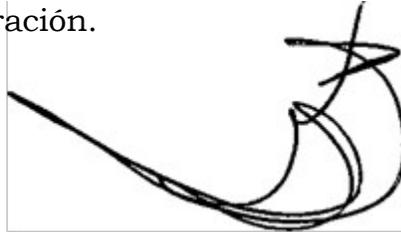
Segunda instancia 2018-00355

Héctor Conrado Salazar

M.P. Nelson Saray Botero

Si bien es cierto que el testimonio fue decretado como prueba en común, al negarse la señora Taborda Marín a declarar a instancias de la fiscalía, independientemente de las razones que haya tenido para ello, la prueba adquirió simplemente la naturaleza de prueba de la defensa, desde luego con las limitaciones que ello implica para el defensor de referirse a los aspectos planteados al solicitar la prueba.

En ese sentido mi aclaración.

A handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping loops and a long horizontal stroke extending to the left.

Santiago Apráez Villota

**Magistrado**

Fecha ut supra.