



## **SALA DE DECISIÓN PENAL**

### **APROBADO ACTA 118**

(Sesión del 16 de septiembre de 2016)

*Radicado:* 05-001-60-00207-2015-00392  
*Procesado:* J.D.H.P.  
*Delito:* Concurso homogéneo y sucesivas de Acceso Carnal Abusivo con menor de 14 años agravado en concurso heterogéneo con actos sexuales con menor de 14 años agravado  
*Asunto:* Defensa Recurre decisión que negó práctica de pruebas  
*Decisiones:* Confirma parcialmente  
*M. Ponente:* José Ignacio Sánchez Calle

**Medellín, 20 de septiembre de 2016**

(Fecha de lectura)

#### **1. ASUNTO**

La Sala resuelve el recurso de apelación que presentó la defensora de J.D.H.P., contra la decisión de la Juez Octava Penal del Circuito con funciones de conocimiento de esta ciudad, que en audiencia preparatoria, inadmitió dos solicitudes probatorias de la defensa.

#### **2. HECHOS**

El 24 de abril de 2015, cuando profesionales vinculados a la Secretaría de Inclusión Social y Familiar de la Alcaldía Municipal acudieron al domicilio de G.M.H.V, ubicado en XXX de esta ciudad, conocieron que su hija menor K.N.H.V, fue abusada sexualmente por su padrastro J.D.H.P desde que la niña tenía 6 años de edad hasta cuando cumplió los 11, esto es, desde el año 2009 hasta junio de 2014 aproximadamente. En esa misma ocasión se enteraron que V.A.H, prima de aquella, también fue abusada por J.D.H.P.

### 3. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

#### 3.1. Audiencia Preparatoria.

En audiencia preparatoria que se adelantó el pasado primero de agosto, la defensa solicitó, entre otras, las siguientes pruebas:

a) **Declaración** de J.A.E., para que en el juicio funja como: *i)* Perito; *ii)* testigo de refutación; y, *iii)* testigo de apoyo.

*i)* Como perito, adujo la defensa que el profesional realizó estudio al procesado a efectos de establecer si tiene tendencia a la pedofilia. La base de opinión pericial oportunamente fue descubierta a la Fiscalía.

*ii)* En condición de testigo de refutación, la defensa adujo que su declaración es necesaria porque la Fiscalía solicitó al igual que la misma defensa, el testimonio de los psicólogos que conocieron del caso y que originó la denuncia. Por lo que él se referirá a las entrevistas, protocolos e informes que los psicólogos realizaron a la menor.

*iii)* En calidad de testigo de apoyo, en los términos del artículo 396 del C.P.P, justificó su necesidad para que asista en el debate probatorio a la defensa en la elaboración del conainterrogatorio.

b) **Documental.** Oficio remitido al Centro de Servicios Judiciales para Adolescentes –CESPA, del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF y su respectiva respuesta para que certifiquen las anotaciones o registros por intervenciones efectuadas a la menor V.A.H.

#### 3.2. Auto impugnado.

En relación con los oficios enviados al Centro de Servicios Judiciales para Adolescentes –CESPA Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF para que certifiquen si la menor V.A.H. registra antecedentes o anotaciones penales, la juez consideró que ese informe no solo carece de relación directa con la investigación que se adelanta en este proceso, sino que también atenta contra

*M. Ponente: José Ignacio Sánchez Calle*  
*Radicado: 05-001-60-00207-2015-00392*  
*Procesado: J.D.H.P.*  
*Delito: Acceso carnal abusivo con menor de catorce años y otros*

el derecho a la intimidad de la adolescente, razón suficiente para negar su incorporación al juicio oral.

Respecto de la declaración en el juicio del psicólogo J.A.E. a título de testigo de refutación, fue negado porque la defensa podrá ejercitar la refutación de los psicólogos llamados a declarar, mediante el conainterrogatorio, amén de que el testigo podrá acompañar en todo momento a la defensa.

### **3.3. Defensa Impugnante.**

Inconforme con la decisión, la defensa interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación.

Para el efecto expuso que la negación de la prueba documental, oficio al CESPА y su respectiva respuesta, si son conducentes, pertinentes y útiles, pues en diferentes eventos la madre de V.A.H, ha manifestado que por el abuso sexual que ejecutó el procesado en la niña, ésta empezó a consumir estupefacientes y alteró su comportamiento, y por este cambio comportamental, la adolescente ha estado en diferentes instituciones y una de ellas es el CESPА.

De otra parte, la defensa destacó que no petitionó los antecedentes penales de la menor, pues para ellos no existen antecedentes sino registros. Por ello los oficios buscan información que para el efecto lleva el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar cuando los adolescentes ingresan al CESPА. A la defensa no le importa saber ni probar que la joven cometió un delito, sino la intervención que los psicólogos de esas instituciones efectuaron a esta para establecer la relación entre el abuso y ese comportamiento negativo.

La madre de la menor expone reiteradamente que por el abuso sexual, la niña cambio negativamente su comportamiento. Es necesario, entonces para la estrategia de la defensa establecer la conexión entre ese comportamiento con el hecho que le atribuyen a su mandante y ello solo se cumple con los informes que petitionó.

M. Ponente: José Ignacio Sánchez Calle  
Radicado: 05-001-60-00207-2015-00392  
Procesado: J.D.H.P.  
Delito: Acceso carnal abusivo con menor de catorce años y otros

Para efectos de la teoría de la corroboración y establecer en el juicio si la madre de V.A.H. falta a la verdad, es necesario probar que el cambio comportamental de la adolescente obedece al abuso sexual y no a otros eventos.

En relación con la negación de la declaración del psicólogo J.A.E. como testigo de refutación, la recurrente anotó que no se puede limitar la confrontación al ejercicio del contrainterrogatorio, en tanto el testigo en condición de perito, experto y técnico, debe tener la posibilidad de referirse a los elementos materiales probatorios que estudio y que entregó la Fiscal.

Es importante que el testigo pueda referirse a los elementos materiales probatorios que la Fiscalía descubrió a la defensa y aclarar si las entrevistas, los informes y/o protocolos que utilizaron los testigos de cargos fueron bien elaborados. Y esto solo es posible mediante la prueba de refutación. Cosa que no es posible establecer con el contrainterrogatorio.

#### **3.4. Representante de la víctima como no impugnante.**

Solicita se confirme la decisión argumentando que: *i)* la Ley 1098 de 2006 establece una reserva que no admite excepciones respecto de las actuaciones penales contra adolescentes; y *ii)* en relación con el testimonio del psicólogo J.A.E., destacó que este no puede intervenir en la doble condición de testigo de refutación y perito.

#### **3.5. Decisión que resuelve el recurso de reposición.**

Respecto del oficio al CESPAA y su respuesta confirma la decisión, argumentado que los tramites allí efectuados en contra de V.A.H, (i) Vulnera la intimidad de la menor (ii) la información no resulta relevante, es impertinente (iii) la información sobre judicialización de menores tiene reserva legal.

Frente a la inadmisión de la intervención de J.A.E. como testigo de refutación, con el fin de establecer los errores en que pudieron incurrir los sicólogos que entrevistaron a las menores. Consideró que el contrainterrogatorio es suficiente

para impugnar los procedimientos utilizados por los otros psicólogos para hacer las entrevistas, función para la cual ya se autorizó a J.A.E.

#### 4. CONSIDERACIONES DE LA SALA

##### 4.1. Competencia.

Esta Sala de Decisión es competente para conocer el asunto según lo prevé el numeral primero del artículo 34 de la Ley 906 de 2004<sup>1</sup>

##### 4.2. Problemas jurídicos.

La Sala determinará: *i)* Si debe decretarse la intervención del psicólogo Jaime Echevarría como testigo de refutación; y, *ii)* Si puede admitir como prueba la respuesta del CESP, ICBF que dan cuenta de la intervención ofrecida a una de las víctimas a raíz de sus infracciones a la ley.

##### 4.3. Respuesta y solución a los problemas jurídicos.

En el sistema de enjuiciamiento oral que regula la Ley 906 de 2004, sólo el artículo 362 menciona la prueba de refutación, por lo que fue la doctrina<sup>2</sup> y luego la jurisprudencia<sup>3</sup> la que fijaron su alcance y contenido.

Ahora, si la prueba de refutación es expresión del derecho fundamental al debido proceso en su componente derecho a contradecir, necesariamente su alcance tiene que ser diferente a los otros medios de contradicción que dispone el Código Procesal Penal.

*“(...) Ha de precisarse que en sentido amplio la contradicción puede ejercerse en el proceso penal a través de i) pruebas que versen sobre las*

---

<sup>1</sup> Artículo 34. De los tribunales superiores de distrito. Las salas penales de los tribunales superiores de distrito judicial conocen:

1. **De los recursos de apelación contra los autos** y sentencias que en primera instancia profieran los **juces del circuito** y de las sentencias proferidas por los municipales del mismo distrito.

<sup>2</sup> Alejandro Decastro González. <http://alejandrodecastroabogados.com/blog/wp-content/uploads/2010/03/La-prueba-de-refutacion-versi%C3%B3n-PDF.pdf>

<sup>3</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado 43749, del 20 de agosto de 2014. M.P. Eugenio Fernández Carlier.

M. Ponente: José Ignacio Sánchez Calle  
Radicado: 05-001-60-00207-2015-00392  
Procesado: J.D.H.P.  
Delito: Acceso carnal abusivo con menor de catorce años y otros

*teorías del caso que presenten la Fiscalía o la defensa, ii) las pruebas o sus resultados se cuestionan con los medios de impugnación de credibilidad, iii) la impugnación probatoria puede hacerse con pruebas sobrevinientes, iv) en algunos casos la declaratoria de testigos hostiles es una manera para controvertir la credibilidad de un declarante, v) el contrainterrogatorio el un instrumento idóneo para refutar los testimonios de la contraparte y, vi) con el interrogatorio directo de que trata el artículo 391 del C de P.P. la misma parte que solicitó la prueba puede poner en tela de juicio la credibilidad de un testigo<sup>4</sup>.” (Negrillas fuera de texto)*

Adicional a lo anterior, debe tenerse en cuenta que la prueba de refutación tiene como fin atacar la evidencia de la contraparte, ya sea que la presenten vía testimonial, pericial, documental, entre otras. Propósito para el cual no siempre serán suficientes los medios de controversia aludidos en el párrafo inmediatamente anterior.

En este asunto, aunque la defensa cuenta con la posibilidad del interrogatorio cruzado, e inclusive con el interrogatorio directo a los testigos respecto de los cuales solicitó la prueba de refutación, la Sala considera que esas posibilidades no son suficientes para el fin que persigue y que claramente justificó en la audiencia preparatoria.

En efecto, en la citada diligencia la apoderada del acusado afirmó que parte de la estrategia defensiva consiste en resaltar la falibilidad de los métodos o protocolos que los psicólogos que inicialmente conocieron del caso aplicaron a la víctima. Y si la defensa cuenta con un experto que conoce otros métodos de entrevista que a su juicio son más confiables, este es el medio para atacar la evidencia que oportunamente descubrió la Fiscalía. *“el propósito de la prueba de refutación es contradecir otra evidencia o el órgano con la que se produjo para derruir su credibilidad, legalidad, mismidad, suficiencia o un aspecto trascendente de su alcance, veracidad, autenticidad o integridad, por tanto, la prueba de refutación no se extiende a materias diferentes a las señaladas<sup>5</sup>”*

Ahora, se dirá que la petición de la defensa es una petición extemporánea por anticipación en tanto la mayor de las veces la necesidad de la prueba de refutación surge en el debate probatorio, momento en que la parte conoce en

---

<sup>4</sup> Corte Suprema de Justicia *ob. cit*

<sup>5</sup> Saray Botero, Nelson. La Finalidad de la prueba de refutación, en Procedimiento Penal Acusatorio. Editorial Leyer, Bogotá, 2016, pág 629

su mayor plenitud el contenido de la prueba a refutar<sup>6</sup>. De hecho, la doctrina tiene posiciones encontradas al respecto. Algunos autores sostienen que en audiencia preparatoria no es posible solicitarla, en tanto que otros sí. “El motivo que sustenta la prueba de refutación se debe generar en el desarrollo del juicio oral y público **al momento de la práctica** de la prueba de la contraparte”, expone el profesor Saray Botero<sup>7</sup>. Por su parte, el profesor Decastro González, anota<sup>8</sup>: “La prueba de refutación en sentido general puede hacer parte de las solicitudes probatorias formuladas antes del juicio oral, **en la audiencia preparatoria**. En estos casos se anticipa la evidencia a refutar y se ofrece oportunamente prueba para cuestionar su credibilidad, lo cual es pertinente...” (Negrillas fuera de texto).

En el particular, la Sala avala la petición que en sede de audiencia preparatoria sustentó la defensa, pues no solo cumple con los requisitos de pertinencia y admisibilidad en los términos que impone el artículo 357 del Código Procesal Penal<sup>9</sup>, sino porque es manifestación de una norma de gran valor en el código adjetivo como es el principio de lealtad procesal.

Si desde el descubrimiento de la Fiscalía luego de agotada la audiencia de acusación, la defensa conoce la evidencia que pretende refutar, qué sentido tendría, salvo sorprender a la contraparte, posponer su solicitud para la vista pública de práctica probatoria.

---

<sup>6</sup>. Tribunal Superior de Medellín. Sala de Decisión Penal. Auto del primero de marzo de 2013. Aprobado Acta 025. En Radicado 05-001-60-00206-2008-21114. M.P José Ignacio Sánchez Calle. “**Ahora, aunque la norma está en el Capítulo I, del Título III, del Libro III del Código Procesal Penal, que trata de la audiencia preparatoria, por lo cual nada se opone para que desde este momento procesal la parte exponga o presente evidencias de refutación, en sentido estricto los efectos de la figura jurídica sólo afloran en la audiencia de juicio oral.**”(Negrillas fuera de texto)

<sup>7</sup> Ob. Cit. Pág. 630.

<sup>8</sup> Ob. Cit. Pág. 12

<sup>9</sup> Artículo 357. Solicitudes probatorias. Durante la audiencia 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.**

Las partes pueden probar sus pretensiones a través de los medios lícitos que libremente decidan para que sean debidamente aducidos al proceso. (Negrillas de la Sala de Decisión).

M. Ponente: José Ignacio Sánchez Calle  
Radicado: 05-001-60-00207-2015-00392  
Procesado: J.D.H.P.  
Delito: Acceso carnal abusivo con menor de catorce años y otros

No siempre se cumple la premisa según la cual “la oportunidad procesal para advertir la necesidad de la prueba de refutación es en el juicio oral”<sup>10</sup>, pues la dinámica de las actuaciones judiciales rebasan no solo las previsiones del legislador, sino también las de la jurisprudencia misma. Además, la petición fundada de la prueba de refutación en la audiencia preparatoria, posibilita en mayor grado el ejercicio del equilibrio de oportunidades probatorias mediante la figura de la prueba de contra-refutación.

En el texto, Procedimiento penal Acusatorio, el Doctor Saray Botero, igualmente anotó<sup>11</sup> y la Sala lo entiende como una excepción a la postura del autor y de la Corte, que:

*“(…) Desde la audiencia preparatoria se puede solicitar una declaración para determinados fines, según su pertinencia, y adicionalmente pretender esa prueba como de refutación, con respecto a concretas afirmaciones de un declarante. En esa doble línea de pretensión probatoria, deberá ser decretada por el juez de conocimiento, o bien para cuestionar su credibilidad en todo aquellos que sea tema de exculpación o de incriminación (según la parte que solicita la prueba)”*

En este sentido, se revocará la decisión que negó a título de prueba de refutación, la declaración del psicólogo J.A.E., por lo que para estos efectos la defensa podrá llamar a este testigo a la vista pública.

### **¿Puede admitirse la respuesta del CESP, ICBF que da cuenta de la intervención efectuada a la menor a raíz de infracciones a la ley?**

De este asunto en particular, la razón le asiste a la funcionaria que negó la prueba, pues atendiendo el criterio del interés superior de los niños que prevé el artículo 44 de la Constitución Política de 1991, el legislador mediante Ley 1098 de 2006, estableció reserva de las actuaciones en las que un menor sea víctima de un delito o incurra en él.

Específicamente la norma que regula el asunto es el artículo 159 *ibídem* que a la letra dice:

---

<sup>10</sup> Corte Suprema de Justicia *ob. cit*

<sup>11</sup> *Ob. cit.* Pág. 626.



M. Ponente: José Ignacio Sánchez Calle  
Radicado: 05-001-60-00207-2015-00392  
Procesado: J.D.H.P.  
Delito: Acceso carnal abusivo con menor de catorce años y otros

**“Artículo 159. Prohibición de antecedentes.** Las sentencias proferidas en procesos por responsabilidad penal para adolescentes no tendrán el carácter de antecedente judicial. Estos registros son reservados y podrán ser utilizados por las autoridades judiciales competentes para definir las medidas aplicables cuando se trate de establecer la naturaleza y gravedad de las conductas y la proporcionalidad e idoneidad de la medida.

*Las entidades competentes deberán hacer compatibles los sistemas de información para llevar el registro de los adolescentes que han cometido delitos, con el objeto de definir los lineamientos de la política criminal para adolescentes y jóvenes.”*

No es posible sea cual fuere la denominación o la autoridad, judicial o administrativa que conoció de la infracción a la ley penal por parte de un adolescente, suministrar aún para efectos de un proceso penal, copias total o parcial de la actuación que se agotó para el restablecimiento de derechos del infante.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA DE DECISIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CONFIRMA PARCIALMENTE** la decisión por la cual la Juez Octava Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Medellín, inadmitió dos solicitudes probatorias de la defensa. **REVOCA** la decisión que negó la prueba de refutación.

Esta providencia se notifica en estrados y contra la misma no procede ningún recurso.

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE**  
Magistrado

**NELSON SARAY BOTERO**  
Magistrado

**JORGE ENRIQUE ORTIZ GÓMEZ**  
Magistrado