



DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN

SALA PENAL DE DECISIÓN

Medellín, lunes, veintitrés de abril de dos mil dieciocho

Aprobado mediante acta número 0035 del dieciséis de abril de dos mil dieciocho

Magistrado Ponente

Ricardo De La Pava Marulanda

Por apelación interpuesta y sustentada por la defensora, conoce en segunda instancia esta Corporación la providencia proferida por el Juez Séptimo Penal del Circuito de Medellín en la audiencia preparatoria celebrada el 22 de febrero de 2018, mediante la cual inadmitió de la prueba documental, excepto la carta de felicitación que le envió la menor MJFC al acusado, y negó la práctica de cinco de los siete testimonios que habían sido solicitados por la defensa técnica.

1. ANTECEDENTES

Los hechos fueron narrados así por el Fiscal 173 Seccional de Medellín en el escrito:

"El niño J. E. G. C., de 9 años de edad, fue tocado en las partes íntimas, el pene, por encima de la ropa en 5 oportunidades por usted señor J. A. Z. H., desde cuando el niño tenía entre 6 y 3 (sic) años de edad, cursaba 1º año, cuando lo tocó, y la última vez que le tocó el pene al niño por encima de la ropa, este cursaba 2º año, lo hizo cuando la madre del niño lo llevaba a su casa (de Alirio) en el barrio 12 de Octubre de Medellín, y también usted le tocaba el pene antes de ir al parque y cuando se encontraban jugando en el parque".

En diligencias preliminares realizadas el 24 de agosto de 2017 ante el Juez Catorce Penal Municipal con funciones de control de garantías de Medellín, luego de declararse la legalidad del procedimiento de captura, la Fiscal 91 Seccional le formuló imputación al señor J. A. Z. H. por la autoría del delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado en concurso homogéneo y sucesivo, cargo que no fue aceptado por el imputado. En la misma audiencia la Fiscalía declinó de la solicitud de medida de aseguramiento preventiva, por lo que el implicado fue dejado en libertad.

El escrito de acusación fue radicado ante el Centro de Servicios Judiciales de Medellín y la formulación oral se llevó a cabo el 20 de noviembre de 2017 en el Juzgado Séptimo Penal del Circuito. La audiencia preparatoria se realizó el 22 de febrero

pasado, diligencia en la que el Juez de primera instancia negó la solicitud de la defensora respecto a que se decrete como prueba documental ocho certificaciones y constancias sobre el comportamiento del señor J. A. Z. H. y cinco testimonios –de los siete que fueron deprecados en total-.

2. LA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez de conocimiento decretó como prueba a practicarse en juicio los testimonios de las señoras Z. J. R. R. y R. G. M., y aceptó que la carta de felicitación signada por la menor MJFC- hermana mayor de quien figura como víctima- fuera usada para efectos de refrescar memoria o impugnar credibilidad durante el testimonio de dicha declarante. Adicionalmente, inadmitió por impertinente el resto de la solicitud probatoria deprecada por la defensa al aducir que los documentos enunciados no tiene relación directa con el hecho investigado y que se está en presencia de un derecho penal de acto y no de autor, por lo que las constancias y certificaciones de buena conducta emitidas por la comunidad no son de recibo en aras de demostrar la inocencia del acusado, además de que no se hizo ninguna referencia frente al testigo de acreditación por medio del cual ingresarían los mismos ni tampoco se mencionó cómo los demás testimonios podrían llegar a demostrar o definir la menor probabilidad de la ocurrencia del hecho.

3. LOS MOTIVOS DEL DISENSO

La señora defensora manifestó su inconformidad respecto a la inadmisión de los testimonios de la señora D. C. Z. M.

y de los menores K. M. M. y A. R. F., estos últimos quienes también permanecieron durante algún tiempo bajo el cuidado de la progenitora del señor J. A. Z. H., afirmando que son personas que tuvieron contacto con el procesado y con los niños que conforman la familia denunciante y que podrán dar fe de que nunca se presentó ninguna conducta inadecuada o inaceptable para la sociedad, o que la presunta víctima o sus hermanos le tuvieran miedo a aquel, testimonios que serían de gran utilidad para la defensa ya que estuvieron durante un largo período en la casa de habitación del señor J. A. Z. H.

Y respecto a la prueba documental, considera la recurrente que resulta importante comparar la data de la denuncia con la fecha del grado universitario del acusado, de la carta de felicitación de la menor MJFC por ese acontecimiento académico y del momento en que se tomó la foto familiar para desvirtuar lo afirmado por la madre de la presunta víctima, esto es, que desde diciembre su hija mayor no quería ver al procesado porque sentía mucho temor hacía este.

La representante del Ministerio Público, como no recurrente, solicita que se mantenga la decisión del a quo al considerar que la señora defensora tan solo insiste en su argumentación inicial sobre las tres declaraciones en las que centra el recurso, reiterando que estas personas se referirán a las relaciones que podría tener el señor J. A. Z. H. con algunos menores de edad que aparentemente habrían estado bajo el cuidado de su señora madre, la señora ROSALBA HOYOS MONTROYA, pero sin especificar una temporalidad que permita establecer una coetaneidad con el tiempo en el cual aquellos que se ven

involucrados en los hechos que son investigados estuvieron asistiendo periódicamente a la casa del acusado

Agrega que tampoco se expuso nada sobre los criterios de pertinencia de la prueba consagrados en el artículo 375 del código de procedimiento penal, es decir, por qué es viable la admisión de esas tres declaraciones, si los testigos pueden referir aspectos relacionados con los hechos, las circunstancias en que se cometiera presuntamente la conducta punible que es investigada, no explica por qué razón podría ser considerada prueba siquiera indirecta frente a la conducta punible investigada, si permiten hacer menos probable la comisión del injusto o si estos menores tuvieron algún tipo de contacto con aquellos otros que presuntamente habrían sido víctimas como para referir situaciones particulares frente a lo que es la narrativa de la denuncia.

En resumen, sostiene la procuradora que en la sustentación del recurso la recurrente no hace más que repetir la intervención que presentó al momento de ofrecerle al juez de primera instancia los criterios de pertinencia de su solicitud probatoria, razones que en su momento no fueron admitidas por que van encaminadas a traer unas declaraciones que hacen referencia a la buena conducta anterior del procesado, lo que está expresamente proscrito en el enjuiciamiento del modelo actual de sistema penal acusatorio.

Concluye expresando que ocurre lo mismo con lo que se refiere a la prueba documental toda vez que la defensora insiste en la solicitud de que se admitan como pruebas documentales de manera autónoma una foto familiar y un acta de

grado estando completamente ausentes de sustentación los criterios de pertinencia e incorporación frente a dichos elementos, pues no se anunció ningún testigo de acreditación, destacando que en relación con la carta de felicitación no puede ser admitida sino para los fines que ha sido aceptada por el funcionario como son el de refrescar memoria o el de impugnar credibilidad pero no como un elemento documental autónomo a la declaración de la testigo.

Por su parte, **la delegada de la Fiscalía**, también como no recurrente, expresó que comparte la manifestación realizada por el Ministerio Público toda vez que tanto los testimonios como la prueba documental enunciados por la defensora se refieren al comportamiento del señor J. A. Z. H. y no tienen relación indirecta, y mucho menos directa, con los hechos objeto de este litigio. Específicamente menciona que la multicitada carta de felicitación no es útil ya que constituye una manifestación anterior plasmada en un papel y porque además la defensa tendrá la oportunidad en la audiencia del juicio oral de conainterrogar a esa testigo y a los demás testificantes de cargos, y sobre la fotografía familiar adujo que la misma no tiene un soporte científico que certifique la correspondencia de la fecha y de las personas que aparecen en dicha imagen.

4. CONSIDERACIONES

De conformidad con el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, es competente esta Corporación para conocer, por vía de apelación, el auto proferido por el Juez Séptimo Penal del Circuito de Medellín en la audiencia preparatoria en punto de que negó la solicitud probatoria realizada por la defensa respecto

de la prueba documental, con excepción de la carta de felicitación suscrita por la hermana de quien funge como víctima, y de varios testimonios.

No obstante las deficiencias técnicas que presenta el alegato oral de sustentación del recurso de apelación por parte de la censora, estima la Sala que dicho alegato contiene el mínimo argumentativo para desatar la alzada. Además, debe resaltarse también que los argumentos expuestos por el a quo al momento de negar la pretensión probatoria testimonial recurrida no fueron específicos en punto a los motivos de su improcedencia, pues del audio de la diligencia se extrae que el fallador tan solo indicó que *"...estando frente a un derecho penal de acto y no de autor, cuando recordemos que antes era viable cargar el proceso con veinte o treinta declaraciones de conducta, pero esa situación, el paradigma ya cambió ostensiblemente y podría despacharse favorablemente, atendiendo los postulados del artículo 375, pues podría existir como un conocimiento previo respecto a, pero todos hablan del comportamiento que tuvo el acusado, incluso pues desde niño por que participaba en el cuidado de menores en compañía de su señora madre, que podrían ser Z. J. R. R., que es la madre de los menores que supuestamente estuvieron bajo el cuidado de la consanguínea del acusado y donde este supuestamente participó, y ROSALBA HOYOS MONTOYA, podría ser esos dos testimonios..."*¹, sin puntualizar por qué los demás testimonios resultaban improcedentes.

Es así como la Corporación aclara que procederá a estudiar la apelación propuesta por la recurrente respecto a la

¹ Audiencia preparatoria celebrada el 22 de febrero de 2018. Minuto 1:04:34 a 1:06:25 de audio 050016000207201600444_050013109007_2.

inadmisión de los testimonios de la señora D. C. Z. M. y de los menores K. M. M. y A. R. F., y de los documentos consistentes en la fotografía familiar y el acta de grado del procesado, pues solo sobre dichos medios de conocimiento fue que se manifestó la inconformidad, ello a pesar de que si bien la argumentación de la censora en su mayoría fue coincidente con la exposición realizada al momento de elevar la petición probatoria, tampoco puede aseverarse que no hay una contradicción propiamente dicha de los planteamientos expuestos por la primera instancia de conformidad con lo expuesto en precedencia.

Entonces, el problema jurídico que entrará a estudiar la Sala corresponde en determinar si con la argumentación ofrecida por la señora defensora se encuentran bien sustentados los presupuestos de pertinencia, conducencia y utilidad de las pruebas testimoniales y documentales solicitadas, de manera tal que se cumplan los criterios fijados en la ley y la jurisprudencia respecto a este tema.

Y con la finalidad de entrar a estudiar de fondo el dilema planteado, esto es, el cumplimiento de la exigencias requeridas para que proceda el decreto de pruebas, en este caso tres testimonios y dos documentos, resulta importante señalar que la negativa a ordenar la práctica de determinados medios de conocimiento por parte de la judicatura, habiendo sido descubiertos oportunamente por las partes, solo puede obedecer a la circunstancia de que ella no conduzca a establecer la verdad sobre los hechos y circunstancias materia del proceso o que estén legalmente prohibidas o sean ineficaces o versen sobre hechos notoriamente impertinentes o manifiestamente superfluos.

Si se concibe la conducencia como la capacidad legal que tiene una prueba para demostrar ciertos hechos, ella se halla en la evaluación que realiza el juez entre la ley y la utilización de ese medio de convicción sin dificultades legales que anule el valor probatorio que se pretende. La pertinencia por su parte se fundamenta en que el hecho a demostrar tenga relación con los demás hechos que interesan al proceso, es decir, la relación que guarda el medio de prueba propuesto con el tema de prueba (tema decidendi).

El derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes, inseparable de la garantía fundamental a la defensa, implica el derecho a la proposición de la prueba y a que la que sea propuesta se admita cuando supera los parámetros de admisibilidad legalmente previstos (pertinencia, utilidad y legalidad) y se haya propuesto conforme a los factores legales.

Ese derecho al uso de la prueba pertinente demanda de quien la solicita, como carga procesal, argumentar en torno de su pertinencia y conducencia, esto es, explicar cuál es su objeto, qué se pretende demostrar con ese medio de conocimiento, que se avenga con la teoría del caso que sustenta su posición dentro del contradictorio (artículo 357 de la Ley 906 de 2004). En otras palabras, que lo requerido como prueba se halla inescindiblemente ligado a los intereses que fundamentan su específica teoría del caso. Ahora bien, la denegación debe ser razonada y motivada, lo que se traduce en una obligación para el juez de sustentar adecuadamente las razones de inadmisión por impertinencia.

En este caso concreto, escuchado el registro de la intervención de la defensa en punto de la pertinencia de la prueba, ciertamente la abogada explicó que el testimonio de la señora D. C. Z. M., quien vivió en la casa del señor J. A. Z. H. desde los 14 meses de edad hasta los 7 años, siguiendo actualmente en contacto con la familia, es pertinente y conducente porque ella fue una de las primeras niñas que estuvo bajo la asistencia de la señora ROSALBA HOYOS, madre de su poderdante, teniendo la oportunidad de tener contacto constante con éste ya que vivían en la misma casa, además, acreditará la conducta intachable del señor J. A. Z. H. cuando estaba bajo su tutoría, o cuando jugaban o estaban por fuera de la casa.

Al sustentar el testimonio de la menor K. M. M. (quien estuvo bajo el cuidado de la ascendiente del procesado desde los 3 hasta los 10 años), indicó que su intención es demostrar que ella compartió con el señor J. A. Z. H. dentro y fuera de la casa de éste y que su comportamiento siempre fue excelente, que no tenía malos hábitos ni fue irrespetuoso, razón por la cual conservan una buena relación hasta el día de hoy que tiene 14 años. Y sobre el menor A. R. F., justificó que éste también estuvo bajo el cuidado de la señora ROSALBA entre sus 4 y 8 años de edad, y que su testimonio es pertinente y conducente porque con él pretende comprobar que el acusado participó activamente en su custodia sin que hubiese sido sujeto de ningún tipo de abuso o acto inapropiado por parte de sus cuidadores, que cuando jugaba o compartía con el señor JOHAN nunca fue irrespetado por lo que lo considera un buen amigo.

De conformidad con lo anterior resulta palpable que lo pretendido por la defensa con la práctica de dichos testimonios es

demostrar que la menor probabilidad de la comisión de la conducta por parte de su defendido, tal y como lo concluyó el juez de primera instancia sobre los dos declarantes que sí admitió al indicar que *“aunque la señora defensora no advirtió que esos testimonios podían darse con el efecto de demostrar o definir la menor probabilidad de la ocurrencia del hecho, pues démoslo como sentado de que fue en ese sentido que lo pidió”*.

Desde esta óptica, aunque no tan profusa, sí aparece sustentada esa pertinencia y con claridad la abogada explicó lo fundamental en torno a este aspecto: lo que pretende con dichos testimonios es demostrar la menor probabilidad de la comisión de la conducta por parte de su defendido. Recuérdense que el a quo al concluir su exposición sobre las solicitudes probatorias señaló como soporte de su decisión que admitía la testificación de las dos ciudadanas señaladas *“porque al parecer son personas que tuvieron contacto por medio de sus hijos y nietos donde intervenía supuestamente en el cuidado J. A. Z. H.”*, por lo que, a juicio de la Sala, la deponencia que puedan hacer los menores K. M. M. y A. R. F. respecto a este tema resulta pertinente ya que se trata de dos adolescentes que estuvieron directamente involucrados con el actuar y trato cotidiano del procesado frente a los niños que visitaban o frecuentaban su lugar de habitación.

Y aunque la defensora efectivamente no informó sobre la coetaneidad en el tiempo en que estos dos menores pedidos como testigos de descargos permanecían en la vivienda del señor J. A. Z. H. con la fecha de los hechos aquí investigados, lo cierto es que de conformidad con la información brindada en la fundamentación de la solicitud probatoria –época en que fueron cuidados y edad actual- sí se puede extraer que se trata de períodos

cercanos, lo que no ocurre con la señora D. C. Z. M., pues frente a ella se dijo que había compartido morada con el procesado cuando ésta era muy pequeña, lo que desnaturaliza esa temporalidad requerida a efectos de acercarse a esa menor probabilidad de la comisión de la conducta que pretende demostrar la defensa.

En estas condiciones, puede la censora escuchar en juicio oral el testimonio de los menores K. M. M. y A. R. F. e interrogarlos sobre los aspectos referidos y allí se establecerá su verdadera pertinencia, pues como lo ha venido sosteniendo esta Sala de decisión, en la audiencia preparatoria estamos frente a una hipótesis de pertinencia que no necesita profundas explicaciones, basta con que el interesado señale cuál es el objeto del medio de convicción que reclama y qué pretende demostrar con él, obligación que en el sub júdice cumplió la defensa en la medida suficiente para admitir su solicitud porque se refiere directa o indirectamente a los hechos y circunstancias y a la participación del coacusado en ellos, tal como lo demanda el artículo 375 del catálogo procesal penal acusatorio.

En conclusión, se admitirá como prueba de la defensa el testimonio de los menores K. M. M. y A. R. F. al considerarse que ambos resultan pertinentes en aras probar el objeto de la teoría del caso defensiva.

Finalmente, frente a la fotografía familiar y el acta de grado universitario del procesado, debe advertirse que le asiste razón a la representante del Ministerio Público en su objeción a la admisión de los mismos, pues ciertamente la defensora no anunció el testigo de acreditación por medio del cual pudieran ingresar

dichos elementos al proceso, y aunque en su disenso afirmó que lo pretendido era contrastar las fechas de la celebración por el logro académico del señor J. A. Z. H. con el momento en que se dice que el niño presuntamente víctima y sus hermanos le tenían miedo al procesado y no querían estar cerca de éste, lo cierto es que con la forma en que fueron solicitados se incumple con los requisitos legales para la incorporación de los documentos al juicio oral, razón por la cual frente a este punto la discrepancia no está llamada a prosperar.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la providencia de naturaleza y origen conocidos en cuanto inadmitió como prueba a practicarse en el juicio oral y público por parte la Defensa los testimonios de los menores K. M. M. y A. R. F., y en su lugar **SE ADMITEN** en atención a su adecuado juicio de pertinencia, conducencia y utilidad respecto a los mismos.

SEGUNDO: En lo demás, objeto de apelación, **SE CONFIRMA** la providencia materia de alzada.

TERCERO: Contra esta decisión no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RICARDO DE LA PAVA MARULANDA

Magistrado

RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ

Magistrado

JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ

Magistrado