El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

**TEMAS: PRUEBAS COMUNES / ACEPTACIÓN EXCEPCIONAL / REQUISITOS / CARGA ARGUMENTATIVA DEL SOLICITANTE / DEMOSTRAR PERTINENCIA, CONDUCENCIA Y UTILIDAD / PRUEBAS DE REFUTACIÓN / DEFINICIÓN / OPORTUNIDAD PARA SOLICITARLAS / DEPENDE DE SI LOS HECHOS QUE SE PRETENDE REFUTAR SON INESPERADOS Y SORPRESIVOS O SI SE CONOCEN O PUEDEN PREVERSE.**

… como punto de largada la Sala dirá que en un principio la figura de las pruebas comunes riñe con la adversariedad que es propia del sistema penal acusatorio…, por cuanto dicho sistema penal propende por la presencia de dos partes que en igualdad de condiciones se encuentran enfrentadas entre sí, lo que implica que cada una de ellas recopilará y hará uso de las pruebas que consideren necesarias con la finalidad de hacer valer sus pretensiones. (…)

Pero es de anotar que no son absolutas las limitaciones que la asisten a las partes al uso de las pruebas comunes, porque de manera excepcional la parte interesada puede solicitar la práctica de ese tipo de pruebas, siempre y cuando cumpla con la carga argumentativa de demostrar su conducencia, pertinencia y utilidad, carga esta que debe de estar circunscrita a temas específicos diferentes de aquellos a los que su contraparte pretende probar con dicha prueba…

Al aplicar todo lo antes expuesto al caso subexamine, considera la Sala que el Juzgado de primer nivel procedió de manera atinada cuando no accedió a la petición de pruebas comunes deprecadas por la Defensa porque dicho sujeto procesal en momento alguno cumplió cabalmente con la carga argumentativa que le correspondía…

… debemos entender como prueba de refutación aquel medio de conocimiento del que se vale una de las partes con el único propósito de rebatir o de demeritar el poder suasorio o de convicción de alguna de las pruebas allegadas al proceso por su contraparte o por el mismo sujeto procesal que acude a la prueba de refutación. (…)

Luego, si los detonantes o catalizadores que avalan el uso de la prueba de refutación son la sorpresa, lo inesperado, la improbabilidad y la imprevisibilidad, es obvio que la parte que acude a este tipo de pruebas se encuentra eximida del deber de descubrimiento previo, porque es claro que en la fase procesal en la que le correspondería descubrir sus pruebas se encontraba en la imposibilidad de anticipar o vaticinar lo que a futuro podía o no ocurrir con determinado medio de conocimiento. Pero es de anotar que si la parte interesada con antelación sabia o tenía conocimiento de lo que iba a ocurrir, es obvio, acorde con los postulados del principio de la lealtad procesal, que no se encontraba relevado de los deberes de descubrimiento probatorio ni de las sanciones procesales a las que se vería expuesto ante el incumplimiento de dichos deberes.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**AUTO INTERLOCUTORIO DE 2ª INSTANCIA**

Aprobado por Acta No. 017 del 21 de enero de 2020. H: 3:50 p.m.

Pereira, veinticuatro (24) de enero de dos mil veinte (2020)

Hora:8:16 a.m.

Procesado: ARQ.

Delitos: Tortura; acceso carnal violento y soborno.

Rad. # 66001-60-00-036-2018-02624-01

Asunto: Recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de auto que no decretó la práctica de unas pruebas descubiertas por la Defensa.

Procede: Juzgado 2º Penal Especializado Itinerante del Circuito de Pereira

Tema: Procedencia de las pruebas comunes y de las pruebas de refutación.

Decisión: Confirma parcialmente el auto confutado

**VISTOS:**

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a resolver el recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de la decisión proferida el 29 de octubre del 2.019 por parte del Juzgado 2º Penal Especializado Itinerante del Circuito de esta localidad en el devenir de la audiencia preparatoria celebrada en el proceso que se surte en contra del ciudadano **ARQ**, quien ha sido acusado de incurrir en la presunta comisión de los delitos de tortura; acceso carnal violento y soborno.

**ANTECEDENTES:**

Acorde con lo consignado en el escrito de acusación, se dice que los hechos fueron denunciados por la Sra. MARÍA EUGENIA GARCÍA OSPINA el 31 de mayo del 2.018, quien expuso que su hija ***“N.R.G.”***,de 15 años de edad, desde hacía unos cuatro meses venía sosteniendo una relación sentimental con el Sr. ARQ, quien fungía como soldado acantonado en el Batallón de Artillería # 8 San Mateo con sede en esta municipalidad.

Según se desprende de lo aducido en el libelo acusatorio, en varias ocasiones la Sra. MARÍA EUGENIA GARCÍA OSPINA se percató que la joven ***“N.R.G.”*** llegaba a su casa toda aporreada, con contusiones y moretones en diferentes partes del cuerpo, por lo que al indagar por lo que le pasaba, la adolescente, sumida en llanto, le confesó que el causante de dichos atropellos era el Sr. ARQ, quien en la mayoría de las ocasiones en las que ambos salían juntos de manera reiterada y mediante el uso de la violencia procedía a someterla a una serie de malos tratos y de vejámenes tales como golpearla, raparle el cabello, depilarle las cejas y marcarle sus iniciales en su cuerpo con una cuchilla, aunado a que también, mediante el empleo de la violencia, la coaccionaba para que sostuvieran relaciones carnales intimas sin su consentimiento.

De igual forma, la joven le contó a la autora de sus días que por temor se había abstenido de contar lo que le sucedía con ARQ, porque dicho fulano además de intimidarla también la amenazaba con ventilar a la luz pública unas fotografías en las que Ella aparecía sosteniendo relaciones sexuales.

Es de resaltar que luego que los hechos fueran denunciados, el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, (INMLCF), le dictaminó a la adolescente ***“N.R.G.”*** un periodo de incapacidad médico–legal de 28 días, con secuelas de deformidad física que afectan el cuerpo de carácter permanente.

**SINOPSIS DE LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. Las audiencias preliminares se celebraron el 27 de agosto de 2.018 ante el Juzgado 5º Penal Municipal de esta localidad, con funciones de control de garantías, mediante las cuales: a) Se declaró legal la captura del ciudadano ARQ; b) Al entonces indiciado se le endilgaron cargos por incurrir en la presunta comisión de los delitos de tortura agravada; acceso carnal violento y soborno; c) Al Procesado se les definió la situación jurídica con la medida de aseguramiento de detención preventiva.

1. El escrito de acusación data del 19 de diciembre de 2.018, correspondiéndole el conocimiento al Juzgado 2º Penal Especializado Itinerante del Circuito de esta localidad, ante el cual los días 28 de febrero y 2 de septiembre de 2.019 se llevó a cabo la audiencia de formulación de la acusación, en la que la Fiscalía reiteró los cargos endilgados en contra del procesado ARQ por incurrir en la presunta comisión de los delitos de tortura agravada; acceso carnal violento y soborno.
2. La audiencia preparatoria se celebró el 29 de octubre del 2.019, en la cual el Juzgado Cognoscente al momento de resolver sobre la petición de pruebas deprecadas por las partes, accedió a ordenar todas las pruebas pedidas por la Fiscalía, mientras en lo que tenía que ver con las pruebas solicitadas por la Defensa, se abstuvo de ordenar la práctica de algunas e igualmente condicionó la práctica de otras.
3. La decisión tomada por el Juzgado de primer nivel en el devenir de la audiencia preparatoria suscitó para que la Defensa en su contra interpusiera un recurso de apelación el cual fue sustentado de manera oportuna.

**LA PROVIDENCIA OPUGNADA:**

Como bien lo dijimos con antelación, se trata de la providencia interlocutoria proferida el 29 de octubre del 2.019 por parte del Juzgado 2º Penal Especializado Itinerante del Circuito de esta localidad en el devenir de la audiencia preparatoria celebrada en el proceso que se surte en contra del ciudadano ARQ, mediante la cual el Juzgado de primer nivel se abstuvo de: a) Decretar las pruebas comunes deprecadas por la Defensa; b) Que se tuviera como pruebas de refutación la intervención en el juicio de los peritos descubiertos por la Defensa; c) Ordenar la práctica de los testimonios de los Sres. GLORIA HELENA MARTÍNEZ VALENCIA; EDWIN GONZALO COLORADO y ALCIBIADES QUIMBAY CASALLA; DIANA MARCELA ROMERO GAMBOA; ESNEDA SÁNCHEZ BUSTAMANTE; JORGE ELIÉCER QUIMBAY y LEANDRO FABIO QUICENO PAREJA.

Los argumentos invocados por el Juzgado *A quo* en la providencia confutada básicamente fueron los siguientes:

* En lo que atañe con los testimonios de los Sres. MARÍA EUGENIA GARCÍA OSPINA; SANDRA MILENA GUTIÉRREZ; DIANA MARCELA ROMERO GAMBOA; LUZ ADRIANA GÓMEZ VARGAS; CAMPO ELÍAS OCHOA CUCALENO; ACISCLO LIZARDO MORENO MAURI; JOSÉ DIEGO MOTATO MACHADO y de la víctima ***“N.R.G.”***, los cuales fueron pedidos como prueba común por la Defensa, el Juzgado de primer nivel consideró que la Defensa no cumplió con la carga argumentativa que le incumbía de demostrar sobre la pertinencia y la utilidad que dichas pruebas podrían aportar en caso de ser utilizadas como comunes, por cuanto la Defensa solo se contentó con aducir que dichas pruebas eran relevantes para la teoría de la defensa sobre la no materialidad de la conducta pero no estableció claramente las razones por las cuales dichos testigos debían ser interrogados de manera directa por la Defensa, ni tampoco indicó los motivos por los que con el ejercicio del contrainterrogatorio no era suficiente para lo que pretendía demostrar.
* Igual suerte corrió la petición de la Defensa respecto que se tuvieran como pruebas comunes los testimonios de los peritos CÉSAR AUGUSTO ARÉVALO y CONRADO BELTRÁN, la cual fue considerada como improcedente debido a que la Defensa no cumplió con las obligaciones que le asistía de descubrir previamente dichas pruebas periciales.
* Respecto de los testimonios de los peritos CAROLINA GUTIÉRREZ DE PIÑERES; MARISOL ALBA SARMIENTO y JOHN JAIME BOTERO GIRALDO, los cuales fueron deprecados por la Defensa para que fungieran como testigos de refutación, el Juzgado de primer nivel consideró que la audiencia preparatoria no era el escenario idóneo para solicitar la práctica de dichas pruebas testimoniales porque se desconocía lo que iban a declarar en el juicio los testigos objeto de la refutación, lo que a su vez implicaba que la práctica de las pruebas de refutación solo podían ser deprecadas en el juicio luego de que hubiesen declarado los testigos sobre los temas que daría lugar a la refutación.
* Los testimonios de los Sres. GLORIA HELENA MARTÍNEZ VALENCIA; EDWIN GONZALO COLORADO y ALCIBIADES QUIMBAY CASALLAS, deben ser considerados como improcedentes porque dichos testigos solo van a declarar sobre las condiciones personales del Procesado, así como de su conducta familiar y social, lo cual nada tiene que ver con el tema objeto del proceso.
* Deben ser considerados como impertinentes los testimonios de las Sras. DIANA MARCELA ROMERO GAMBOA y ESNEDA SÁNCHEZ BUSTAMANTE, en su calidad de funcionarias de la Institución Educativa “La Sagrada Familia”, porque dichas ciudadanas van a declarar es sobre el comportamiento agresivo y pendenciero de la agraviada cuando estudió en dicho Instituto, y es obvio que tales aspectos no tenían nada que ver con los hechos objeto del proceso.
* Se debe considerar como ilegal el testimonio que ha de rendir el Sr. JORGE ELIÉCER QUIMBAY, porque con ese testigo se pretenderá introducir al proceso una memoria USB que contiene la grabación de una conversación de una llamada telefónica en la cual la agraviada, luego de burlarle del acusado, asevera que no obtendrá su libertad. Dicha prueba debe ser considerada ilegal porque con su contenido se está afectando el derecho a la intimidad de la víctima.
* La petición del testimonio del Sr. LEANDRO FABIO QUICENO PAREJA, debe ser considerada como impertinente e inútil, debido a que con dicho testimonio lo se pretende allegar al proceso es una opinión personal que tiene ese testigo respecto a que en contra del Procesado se está cometiendo una injusticia ya que el testigo como miembro activo de la Policía Nacional tuvo conocimiento de ciertos sucesos relacionados con actividades impropias de la víctima.

**LA ALZADA:**

La inconformidad expresada por la apelante en contra de lo resuelto y decidido por el Juzgado *A quo* fue la siguiente:

* La Defensa si cumplió con la carga argumentativa que le asistía para demostrar la pertinencia y la conducencia de las pruebas comunes con las cuales acreditaría tópicos relacionados con la ausencia de responsabilidad criminal del Procesado por los hechos por los que ha sido acusado, lo que únicamente se podría acreditar mediante el ejercicio del interrogatorio directo de dichos testigos.
* Se equivocó la providencia opugnada al no ordenar la declaración de LEANDRO FABIO QUICENO porque no se trata de un testigo de opinión ni de un testigo-perito, como erradamente lo considero el Juzgado de primer nivel, sino de una persona que como consecuencia de desempeñarse como miembro de la Policía Nación tuvo conocimiento de ciertas actividades desempeñadas por la supuesta víctima, lo que tornaba en pertinente y conducente la declaración de dicho testigo porque la misma estaba relacionada tanto con la ausencia de responsabilidad criminal del acusado como con la inexistencia de la conducta endilgada en su contra.
* No es cierto que se deba considerar ilegal el testimonio que ha de rendir el Sr. JORGE ELIÉCER QUIMBAY ya que con dicho testigo en momento alguno se va a introducir al juicio una memoria USB, con la que se pretenda involucrar temas relacionados con la intimidad de la presunta víctima, sino porque con el testigo de marras lo que se pretende es demostrar como por intermedio del declarante dicha memoria llegó a manos del investigador de la Defensa, JOHAN DAVID LOZANO ZORRILA, quien será la persona encargada de revelar su contenido cuando le corresponda testificar en el juicio.
* Deben ser considerados como pertinentes los testimonios que absolverán las Sras. DIANA MARCELA ROMERO GAMBOA y ESNEDA SÁNCHEZ BUSTAMANTE porque con dichas pruebas se acreditaran hechos que son relevantes para el proceso como lo es el comportamiento asumido por la presunta víctima y si los mismos son o no consecuencia de las conductas por las cuales el Procesado fue llamado a juicio.
* Son errados los argumentos esgrimidos para negar como prueba de refutación los testimonios de los peritos CAROLINA GUTIÉRREZ DE PIÑERES BOTERO; MARISOL ALBA SARMIENTO y JOHN JAIME BOTERO GIRALDO, porque la audiencia preparatoria si es el escenario procesal idóneo para impetrar la práctica de dichas pruebas por cuanto la Defensa, acorde con el contenido de los informes base de la opinión pericial, puede avizorar lo que van a declarar los peritos cuya opinión se pretende refutar con las pruebas deprecadas por la Defensa, las cuales se allegaran al proceso luego de la declaración de los expertos a quienes se le pretenderá cuestionar su opinión.

Con base en lo anterior, la recurrente solicitó la revocatoria de la providencia confutada y que en consecuencia se ordenará la práctica de las pruebas denegadas por el Juzgado de primer nivel.

**LAS RÉPLICAS:**

**- La Fiscalía** durante su intervención como no recurrente, solicitó que la providencia confutada fuera confirmada porque: a) La apelante no cumplió con la carga argumentativa que le asistía de demostrar sobre la pertinencia de las pruebas comunes deprecadas, ya que la Defensa no tiene claro el tópico a tratar con esos testigos en caso de ejercer un interrogatorio directo, sumado a que lo que pretendía probar con tales pruebas comunes lo podía conseguir con el debido ejercicio del contrainterrogatorio; b) No era factible que se ordenara el testimonio de LEANDRO FABIO QUICENO, por cuanto se trata de una persona que lo único que va a hacer es expresar su opinión respecto del porque considera que el Procesado es inocente de los cargos por los que fue acusado. Además sí el testigo va a declarar sobre unas averiguaciones que estuvo haciendo sobre el pretérito comportamiento de la víctima, tal situación tornaría en improcedente su testimonio porque en el proceso no se está juzgando el comportamiento de la agraviada sino los vejámenes y demás tratos crueles y degradantes a los que fue sometida por parte del encausado; c) El Juzgado *A quo* estuvo atinado cuando no accedió al testimonio de JORGE ELIÉCER QUIMBAY, porque con ese testigo se pretendía allegar al proceso un elemento material probatorio (EMP) que debe ser catalogado como ilegal como lo es la memoria USB en la que se consigna la grabación de una conversación que al parecer la agraviada sostuvo con el acusado. Dicho EMP debe ser considerado como ilegal porque atenta en contra del derecho de la intimidad de la ofendida, e igualmente porque la información ahí consignada además de ser manipulada en momento alguno fue sometido a ningún tipo de control o de autorización previa por parte de los Jueces que cumplen las funciones de control de garantías; d) Son impertinentes los testimonios que absolverán las Sras. DIANA MARCELA ROMERO GAMBOA y ESNEDA SÁNCHEZ BUSTAMANTE, porque ellas van a declarar sobre un asunto que no tiene nada que ver con el proceso como lo es la supuesta implicación de la ofendida en unas agresiones efectuadas a terceras personas como consecuencia del hurto de un teléfono celular que tuvo lugar en un establecimiento educativo; e) La audiencia preparatoria no era el escenario procesal para deprecar unas pruebas de refutación porque, acorde con la razón de ser de este tipo de pruebas, la parte interesada no sabe cuáles serán los temas objeto de refutación debido a que aún no se evacuado la prueba que se pretende cuestionar, a lo que se le debe adicionar que la Defensa ni siquiera ha descubierto la base de la opinión pericial a la que acudirán sus expertos con la cual se pretenderá refutar lo que dirán los expertos de la Fiscalía.

**- El apoderado de las víctimas,** al igual que la Fiscalía, clamó por la confirmación del proveído confutado, y para lo cual adujo que la apelante al momento de sustentar la alzada, para justificar la conducencia y la pertinencia de las pruebas denegadas por el Juzgado *A quo*, propuso una serie de nuevos argumentos que no fueron argüidos en la fase de postulación probatoria en lo que tenía que ver con la conducencia y pertinencia de las pruebas deprecadas.

De igual manera el no recurrente adujo que en lo que correspondía con la práctica de las pruebas reclamadas por el apelante, la pertinencia de las mismas debían ser ponderadas acordes con el principio *pro infans* que propende por la prevalencia del interés superior de los menores de edad, por cuanto en este asunto existe una especie de confrontación de derechos fundamentales que están en juego, respecto de lo cual la decisión del *Adquem* debería ser en *pro* de los intereses de la víctima por detentar ella la condición de menor de edad, como consecuencia de la prelación constitucional de sus derechos fundamentales.

**PARA RESOLVER SE CONSIDERA:**

**- Competencia:**

Según lo establecido en el numeral 1º del artículo 34 C.P.P. esta Corporación, en su Sala Penal de Decisión, es la competente para asumir el conocimiento de la presente alzada, no sin antes declarar que hasta ahora no se avizora nulidad alguna que haga inválida la actuación.

**- Problema Jurídico:**

De lo expuesto en las tesis invocadas por los recurrentes al momento de sustentar las alzadas, a juicio de la Sala se desprende los siguientes problemas jurídicos:

¿Cumplió la Defensa con los requisitos para la procedencia de una solicitud de pruebas comunes?

¿En qué momento procesal las partes pueden deprecar la solicitud de pruebas de refutación?

¿Se deben considerar como improcedentes e impertinentes los testimonios que eventualmente absolverán en el juicio los Sres. JORGE ELIÉCER QUIMBAY; LEANDRO FABIO QUICENO PAREJA; DIANA MARCELA ROMERO GAMBOA y ESNEDA SÁNCHEZ BUSTAMANTE?

**- Solución:**

1. **Las pruebas comunes**.

Uno de los temas que generó la inconformidad de la apelante están relacionados con la decisión del Juzgado de primer nivel de negar como pruebas comunes los testimonios de los Sres. MARÍA EUGENIA GARCÍA OSPINA; SANDRA MILENA GUTIÉRREZ; DIANA MARCELA ROMERO GAMBOA; LUZ ADRIANA GÓMEZ VARGAS; CAMPO ELÍAS OCHOA CUCALENO; ACISCLO LIZARDO MORENO MAURI; JOSÉ DIEGO MOTATO MACHADO, así como la declaración de la víctima **“N.R.G.”**, bajo el supuesto consistente en que la Defensa no cumplió con las cargas argumentativas que le correspondían para demostrar la conducencia y la pertinencia de ese tipo de pruebas; lo que a su vez ha sido refutado por la Defensa en la alzada, quien adujo que en su *petitum* si cumplió a cabalidad con tales cargas argumentativas, por cuanto con esas pruebas comunes, al momento de interrogar a los testigos, podrá: a) Tratar temas diferentes de aquellos que fueron abordados por la Fiscalía mediante el interrogatorio directo; b) Demostrar la ausencia de responsabilidad criminal del Procesado por los hechos por los que ha sido acusado.

Para poder determinar si le asiste o no la razón a la tesis de la inconformidad expresada por la Defensa en contra de lo resuelto y decidido por el Juzgado de primer nivel, como punto de largada la Sala dirá que en un principio la figura de las pruebas comunes riñe con la adversariedad que es propia del sistema penal acusatorio[[1]](#footnote-1), adoptado a partir de la expedición del Acto Legislativo # 3 de 2.002, por cuanto dicho sistema penal propende por la presencia de dos partes que en igualdad de condiciones se encuentran enfrentadas entre sí, lo que implica que cada una de ellas recopilará y hará uso de las pruebas que consideren necesarias con la finalidad de hacer valer sus pretensiones.

Lo antes expuesto nos quiere decir que en un principio se tornaría en irracional e ilógico que una misma prueba pueda ser utilizada en su beneficio por unas partes que se encuentran enfrentadas en el devenir de un proceso, ya que pensar lo contrario sería regresar al pasado en donde regia el abrogado principio de la investigación integral[[2]](#footnote-2).

Pero es de anotar que no son absolutas las limitaciones que la asisten a las partes al uso de las pruebas comunes, porque de manera excepcional la parte interesada puede solicitar la práctica de ese tipo de pruebas, siempre y cuando cumpla con la carga argumentativa de demostrar su conducencia, pertinencia y utilidad, carga esta que debe de estar circunscrita a temas específicos diferentes de aquellos a los que su contraparte pretende probar con dicha prueba[[3]](#footnote-3) y no al ardid de utilizar la prueba común como herramienta para que el sujeto procesal que la solicitó pueda interrogar directamente al testigo sobre temas no abordados por su contraparte al momento de ejercer el contrainterrogatorio directo.

Sobre lo anterior, la Corte ha expuesto lo siguiente:

“Insiste la Sala en que no es que le esté vedado al defensor acudir a la práctica del testimonio común, pero si lo hace debe tener en cuenta que le asiste el deber de agotar una argumentación completa y suficiente que le permita entender al juez de la causa por qué el contrainterrogatorio no será idóneo ni suficiente para satisfacer las pretensiones probatorias, encaminadas a sustentar la teoría del caso.

Así, las finalidades de interrogar directamente sobre lo que omita la fiscalía o precaver el desistimiento de la práctica de la prueba por el oponente no son argumentos por sí mismos suficientes para entender como debidamente cumplida la exigencia de acreditar pertinencia, conducencia y utilidad de aquella, menos aún en un sistema en el que la petición probatoria es estrictamente rogada y, en consecuencia, es a ambas partes a quienes compete, según su rol y el interés que les asista, cumplir con suficiencia la carga argumentativa que convenza al director del juicio sobre acreditación de tales exigencias…”[[4]](#footnote-4).

Al aplicar todo lo antes expuesto al caso *subexamine,* considera la Sala que el Juzgado de primer nivel procedió de manera atinada cuando no accedió a la petición de pruebas comunes deprecadas por la Defensa porque dicho sujeto procesal en momento alguno cumplió cabalmente con la carga argumentativa que le correspondía de demostrar la conducencia, pertinencia y utilidad de las pruebas comunes deprecadas, ya que solo se contentó con acudir a argumentos genéricos y abstractos, tales como que con tales pruebas se iba a demostrar la ajenidad del Procesado en los hechos por los cuales fue llamado a juicio, o que se abordarían temas no tratados por la Fiscalía durante el interrogatorio directo, sin demostrar de manera específica que temas diferentes de aquellos pretendidos por el Ente Acusador, con las pruebas que descubrió, la Defensa aspiraba acreditar con esas mismas pruebas.

Siendo así las cosas, la Sala confirmará la decisión adoptada por el Juzgado de primer nivel en el sentido de no acceder a la petición de pruebas comunes deprecadas por la Defensa.

1. **Las pruebas de refutación.**

La controversia surgida respecto a este tópico, gira en torno a determinar cuál es la oportunidad procesal pertinente en la que las partes puedan deprecar la práctica de una prueba de refutación, ya que mientras que el Juzgado *A quo*, acompañado por la Fiscalía, es de la opinión consistente en que la práctica de ese tipo de pruebas solo se debe solicitar en el juicio, luego que haya sido evacuada la prueba a refutar; a su vez la Defensa es de la opinión que dichas pruebas pueden ser solicitadas en el devenir de la audiencia preparatoria.

A fin de dirimir dicha controversia se debe tener en cuenta que debemos entender como prueba de refutación aquel medio de conocimiento del que se vale una de las partes con el único propósito de rebatir o de demeritar el poder suasorio o de convicción de alguna de las pruebas allegadas al proceso por su contraparte o por el mismo sujeto procesal que acude a la prueba de refutación.

Acorde con lo anterior, se tiene por establecido que una de las características esenciales de la prueba de refutación es que consiste en un mecanismo excepcional al que se acude para cuestionar o contrarrestar la credibilidad o la eficacia probatoria que de manera imprevista o inesperada surgió del contenido de otra prueba. Por lo tanto, la parte que hace uso de la prueba de refutación necesariamente debe ser sorprendida con algo que no esperaba o que pensaba que no era probable que surgiera de una prueba aducida al juicio. El ejemplo clásico que nos ilustraría sobre la pertinencia de este tipo de pruebas, lo encontraríamos en aquella parte que espera y confía que cuando un testigo acuda al juicio vaya a ratificarse de todo lo dicho en una entrevista, pero inesperadamente es sorprendido cuando el testigo decide cambiar de versión o de retractarse de lo que había dicho pretéritamente.

Luego, si los detonantes o catalizadores que avalan el uso de la prueba de refutación son la sorpresa, lo inesperado, la improbabilidad y la imprevisibilidad, es obvio que la parte que acude a este tipo de pruebas se encuentra eximida del deber de descubrimiento previo, porque es claro que en la fase procesal en la que le correspondería descubrir sus pruebas se encontraba en la imposibilidad de anticipar o vaticinar lo que a futuro podía o no ocurrir con determinado medio de conocimiento. Pero es de anotar que si la parte interesada con antelación sabia o tenía conocimiento de lo que iba a ocurrir, es obvio, acorde con los postulados del principio de la lealtad procesal, que no se encontraba relevado de los deberes de descubrimiento probatorio ni de las sanciones procesales a las que se vería expuesto ante el incumplimiento de dichos deberes.

Al respecto, bien vale la pena traer a colación lo que la Corte ha expuesto sobre este típico:

“Como el motivo que justifica la prueba de refutación se conoce en el juicio oral, no es dable exigir que se descubra ni puede ofrecerse en oportunidades procesales anteriores a dicho debate.

La audiencia preparatoria impone a las partes obrar con lealtad, ejercer su facultades, deberes y derechos con equilibrio, por lo que opera la regla que en esta oportunidad se deben solicitar las pruebas para demostrar los supuestos hasta ese momento conocidos y que resultan necesarias para soportar la teoría del caso o ejercer el derecho de contradicción, lo que se hará con medios diferentes a la refutación.

Ese deber de descubrir y solicitar la prueba de lo conocido en la audiencia preparatoria es exigible sin excepción, porque antes del juicio oral se ha puesto por las partes en conocimiento los elementos probatorios y la evidencia que se introducirá y además se ha hecho saber la pertinencia y utilidad, además se define el objeto de la prueba, por lo que en ese marco nadie puede alegar posteriormente que se le sorprende o que no conoció la necesidad de que fuera decretada. La prueba fundada en estos supuestos no puede ser de refutación porque el motivo que a esta la justifica aparece en un momento procesal posterior al de aquellas.

El procedimiento señalado enfrenta y controla actos de ocultación y de deslealtad de las partes, pues de lo contrario nada se podría hacer contra quien deja para ofrecer las pruebas en el juicio oral a pesar de que de ellas tiene conocimiento con antelación y por tanto debió ponerlas a consideración desde la preparatoria, proceder éste que disfraza como prueba de refutación a la que no lo es, lo que también conlleva un desequilibrio en el ejercicio de los derechos de una parte en el proceso con detrimento de las garantías fundamentales de la otra.

**En consecuencia, 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, no siendo tales medios de refutación porque no son datos que aparezcan en el debate probatorio del juicio como consecuencia de la práctica de otra prueba, además no suministran supuestos desconocidos para ese acto procesal y en tales condiciones no tienen el carácter de novedosos.**

La oportunidad procesal para advertir la necesidad de aducir prueba de refutación es el juicio oral, por ser este el momento en el que el aporte de información con la prueba practicada puede suministrar datos razonablemente no previsibles antes, lo que constituye uno los requisitos esenciales que justifican la autorización de la citada prueba.

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, si es procedente tiene que autorizarse y en lo posible practicarse inmediatamente después que culmine la introducción del medio a contradecir…”[[5]](#footnote-5).

De lo hasta ahora expuesto, válidamente se puede concluir que en aquellas hipótesis en las cuales las partes de manera imprevisible resultan sorprendidas negativamente por alguna de las pruebas deprecadas oportunamente, se encuentran eximidas de cumplir con los deberes del previo descubrimiento probatorio, y por ende excepcionalmente pueden solicitar la práctica de una prueba de refutación con el objeto de rebatir el poder suasorio de lo que de manera imprevista se demostró con la prueba cuestionada. Pero en aquellos eventos en los que las partes puedan vaticinar o prever lo que un testigo declarará en el juicio, es obvio que no estaría exenta de los deberes del descubrimiento probatorio previo aquella parte que pretenda allegar cualquier medio probatorio al proceso con la finalidad de refutar o de cuestionar el poder de convicción de otra prueba.

Al aplicar lo anterior al presente asunto, la Sala considera que le asiste la razón a los reproches formulados por la apelante, por cuanto sí con los testimonios de los peritos CAROLINA GUTIÉRREZ DE PIÑERES; MARISOL ALBA SARMIENTO y JOHN JAIME BOTERO GIRALDO pretende refutar o rebatir lo que han de declarar en el juicio varios de los peritos de la Fiscalía, y si a ello le sumamos, como bien lo admitió la Defensa, que ya conoce el contenido del informe base de la opinión pericial rendido por los expertos del Ente Acusador, es factible que la Defensa puede prever o conjeturar cuáles serán los temas que abordarán los testigos de la Fiscalía en sus atestaciones, los que obviamente serán los tópicos a rebatir mediante el uso de la prueba de refutación.

Acorde con lo anterior, se puede concluir que no estamos en presencia de una de las hipótesis de sorprendimiento o de imprevisibilidad, como erradamente lo supuso el Juzgado *A quo,* pues se reitera que la Defensa se encuentra en condiciones de vaticinar lo que posiblemente declararán en el juicio los expertos de la Fiscalía, lo que acorde con lo hasta ahora dicho no relevaría a dicho sujeto procesal de cumplir con sus deberes relacionados con el previo descubrimiento probatorio de las pruebas que utilizará para cuestionar la credibilidad de los testimonios de los peritos de la Fiscalía, deberes estos que la Defensa cumplió cabalmente porque en el devenir de la audiencia preparatoria, cuando le correspondía, oportunamente descubrió y posteriormente solicitó la práctica de las pruebas periciales que con tales fines haría valer en el juicio.

Ahora en lo que atañe con el informe base de la opinión pericial de los expertos que la Defensa pretende allegar al juicio como testigos de refutación, por tratarse de una prueba pericial, es obvio que dentro de las oportunidades de ley, o sea las consignadas en el artículo 415 C.P.P. le asiste la obligación de poner en conocimiento de su contraparte la base de la opinión pericial en la que los peritos de la Defensa expongan las razones o motivos por las cuáles se le debe restar credibilidad o poder suasorio a la opinión de los peritos de la Fiscalía.

En suma, la Sala revocará la decisión del Juzgado *A quo* de no acceder a las pruebas de refutación deprecadas por la Defensa y en consecuencia ordenará que se recepcione en el juicio como como prueba de refutación los testimonios de los peritos CAROLINA GUTIÉRREZ DE PIÑERES; MARISOL ALBA SARMIENTO y JOHN JAIME BOTERO GIRALDO, siempre y cuando que la Defensa cumpla con la obligación de poner a disposición de la Fiscalía, en las oportunidades de ley, el informe base de la opinión pericial de dichos expertos.

Como anotación final y teniendo en cuenta lo anterior, la Sala quiere señalar que ello no es óbice para que el Ente Acusador pueda hacer uso de sus peritos bien sea para contrarrefutar lo que digan los peritos de la Defensa o para a través de ellos rehabilitar sus propios dichos.

**3.** **La improcedencia e impertinencia de los testimonios que eventualmente absolverán en el juicio los Sres. LEANDRO FABIO QUICENO PAREJA; DIANA MARCELA ROMERO GAMBOA y ESNEDA SÁNCHEZ BUSTAMANTE.**

Para poder determinar si el Juzgado *A quo* estuvo atinado cuando se abstuvo de ordenar, por impertinente e improcedente, los testimonios de los Sres. LEANDRO FABIO QUICENO PAREJA; DIANA MARCELA ROMERO GAMBOA y ESNEDA SÁNCHEZ BUSTAMANTE, o si en su defecto la práctica de dichas pruebas testimoniales debían ser consideradas como pertinentes y conducentes, inicialmente la Sala tendrá en cuenta que acorde con lo consignado en el artículo 345 C.P.P. se debe catalogar a una prueba como pertinente cuando lo que se pretenda demostrar con el medio probatorio por aducir tenga una relación directa o indirecta con los hechos y circunstancias que son materia del proceso; mientras que una prueba se considera como conducente cuando esta resulta idónea o apta para demostrar lo que las partes pretenden acreditar en el proceso.

Sobre lo anterior, la Corte ha expuesto:

“Lo cierto es que el interesado debe justificar los presupuestos de pertinencia (que el tema de la prueba se relacione con el tema del proceso), conducencia (que la prueba sea apta para acreditar lo que se quiere demostrar a través suyo) y utilidad o necesidad (que la prueba haga falta, de modo que sin ella lo que se pretende acreditar no entraría al proceso), cuidándose de incurrir en alusiones genéricas…”[[6]](#footnote-6).

Al aplicar lo anterior al caso *sub lite*, la Sala confirmará lo resuelto y decidido por el Juzgado *A quo* porque en nuestra opinión procedió correctamente cuando denegó por inconducentes e impertinentes los testimonios de los Sres. LEANDRO FABIO QUICENO PAREJA; DIANA MARCELA ROMERO GAMBOA y ESNEDA SÁNCHEZ BUSTAMANTE por lo siguiente:

* Si la razón de ser aducida por la Defensa para que las Sras. DIANA MARCELA ROMERO GAMBOA y ESNEDA SÁNCHEZ BUSTAMANTE testificaran en el proceso consistía en que Ellas atestarían sobre el supuesto comportamiento agresivo asumido por la menor agraviada, en especial con lo acontecido con el hurto de un teléfono celular, cuando Ella estudiaba en la Institución Educativa *“La Sagrada Familia”*, es obvio que esas pruebas testimoniales debían ser catalogadas como impertinentes porque dichas testigos iban a declarar sobre ciertos eventos que no tenían ningún tipo de relación directa ni indirecta ni nada que ver con los hechos materia del proceso.
* Si el motivo basilar según el cual el Sr. LEANDRO FABIO QUICENO PAREJA debía testificar en el juicio consistía en que Él como miembro de la Policía Nacional tuvo conocimiento, por unas indagaciones adelantadas, de ciertos comportamientos inadecuados e impropios de la adolescente ***“N.R.G.”***, tal situación tornaba en improcedente el testimonio del Sr. QUICENO PAREJA porque se estaría en presencia de una prueba inidónea por ser un testigo de referencia el cual iba a declarar sobre hechos y circunstancias que no le consta, lo que obviamente contraría los postulados del principio de la inmediación de la prueba testimonial consagrado en el artículo 402 C.P.P. en los siguientes términos: *«El testigo únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir…».*

De igual manera dicha prueba debe ser considerada como impertinente porque, como acertadamente lo adujo la Fiscalía en sus alegatos de no recurrente, el supuesto comportamiento disoluto de la víctima no es el tema objeto del proceso, sino los supuestos actos aberrantes a los que Ella era sometida por parte del encausado.

Además, con el allegamiento al proceso del testimonio del Sr. LEANDRO FABIO QUICENO lo único que se lograría es una revictimización de la menor agraviada, lo cual obviamente irá en contravía de los derechos y garantías fundamentales que le asisten a las personas que ha sido víctimas de la comisión de un delito sexual.

Finalmente la Sala dirá que le asiste la razón a los reproches formulados por la Defensa en lo que tiene que ver con la negativa del Juzgado *A quo* de ordenar el testimonio de JORGE ELIÉCER QUIMBAY, lo que se fundamentó en que supuestamente con dicho testimonio se pretendía allegar al proceso un EMP viciado de ilicitud por violentar el Derecho a la Intimidad de la víctima, como lo es una memoria *USB* que contiene una grabación de una conservación de la menor agraviada, en la que según decir de la Defensa, Ella se regodeaba por el estado de privación de la libertad del Procesado.

Decimos que le asiste la razón a la Defensa en el evento consistente en que en efecto lo único que hará el testigo JORGE ELIÉCER QUIMBAY será explicar cómo obtuvo ese EMP y como posteriormente el mismo fue puesto a disposición del investigador de la Defensa, o sea el detective JOHAN DAVID LOZANO ZORRILLA. Con lo cual la Defensa podría demostrar de manera precaria, según las voces de los artículos 267 y 268 C.P.P. la autenticidad de dicho medio de conocimiento acorde con los postulados de la cadena de custodia, el cual como es bien sabido, es un método establecido para garantizar la autenticidad de las evidencias físicas y de los EMP[[7]](#footnote-7).

Pero es menester aclarar que lo dicho en el párrafo precedente en momento alguno quiere significar que la Colegiatura esté avalando la información contenida en la aludida memoria USB, porque es deber de la Defensa demostrar la autenticidad de la información consignada en dicho documento, o sea si la grabación de las voces que figuran en esa memoria corresponden o no a la voz de la víctima, e igualmente debe explicar cómo obtuvo la grabación de la voz de la víctima, porque de provenir está sin el consentimiento expreso de la agraviada o de haber sido producto de una especie de *entrampamiento* probablemente ello repercutiría de manera negativa en la legalidad de las evidencias obtenidas mediante esa estrategia *non sancta*, ya que las mismaspodrían ser consideradas como ilícitas, por vulnerar el derecho a la intimidad, y en consecuencia han de ser excluidas del proceso, tal como lo ordena el inciso final del artículo 29 de la Carta en consonancia con el articulo 23 C.P.P.

Sobre lo anterior, la doctrina nacional ha expuesto lo siguiente:

“De ahí que una evidencia obtenida en la forma antes descrita (interrogatorio por ardid), por regla general constituye una violación de los derechos fundamentales del investigado, en especial de los derechos a la intimidad, garantía de no autoincriminación y, particularmente, de autodeterminación informativa.

Por consiguiente, las pruebas obtenidas con aplicación de estos procedimientos deben ser excluidas del proceso. En otras palabras, se trata de una afectación ilegitima de derechos fundamentales, razón por la cual se debe aplicar el artículo 29 inciso final de la Constitución y, en consecuencia, excluirla en virtud del artículo 23 del Código de Procedimiento Penal…”[[8]](#footnote-8).

**- Conclusiones:**

Acorde con lo dicho a lo largo y ancho del presente proveído, la Colegiatura confirmará la providencia confutada en todo aquello que tiene que ver con: a) La determinación de negar como pruebas comunes los testimonios de los Sres. MARÍA EUGENIA GARCÍA OSPINA; SANDRA MILENA GUTIÉRREZ; DIANA MARCELA ROMERO GAMBOA; LUZ ADRIANA GÓMEZ VARGAS; CAMPO ELÍAS OCHOA CUCALENO; ACISCLO LIZARDO MORENO MAURI; JOSÉ DIEGO MOTATO MACHADO, así como la declaración de la víctima “N.R.G.”; b) La negativa de ordenar por improcedentes e impertinente los testimonios de LEANDRO FABIO QUICENO PAREJA; DIANA MARCELA ROMERO GAMBOA y ESNEDA SÁNCHEZ BUSTAMANTE.

De igual manera el proveído confutado será revocado en lo que tiene que ver con la negativa de ordenar como prueba de refutación los testimonios de los peritos CAROLINA GUTIÉRREZ DE PIÑERES; MARISOL ALBA SARMIENTO y JOHN JAIME BOTERO GIRALDO; así como el testimonio de JORGE ELIÉCER QUIMBAY, quien acudirá al proceso solamente para declarar cómo obtuvo una memoria USB y como posteriormente ese EMP fue puesto a disposición del investigador de la Defensa, o sea el detective JOHAN DAVID LOZANO ZORRILLA.

En mérito de lo antes expuesto, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira,

**RESUELVE:**

**PRIMERO:** **CONFIRMAR** el proveído proferido por el Juzgado 2º Penal Especializado Itinerante del Circuito de esta localidad en la audiencia preparatoria celebrada el 29 de octubre del 2.019, mediante el cual: a) Negó la práctica como pruebas comunes de los testimonios de los Sres. MARÍA EUGENIA GARCÍA OSPINA; SANDRA MILENA GUTIÉRREZ; DIANA MARCELA ROMERO GAMBOA; LUZ ADRIANA GÓMEZ VARGAS; CAMPO ELÍAS OCHOA CUCALENO; ACISCLO LIZARDO MORENO MAURI; JOSÉ DIEGO MOTATO MACHADO, así como la declaración de la víctima “N.R.G.”; b) Se abstuvo de ordenar por improcedentes e impertinentes los testimonios LEANDRO FABIO QUICENO PAREJA; DIANA MARCELA ROMERO GAMBOA y ESNEDA SÁNCHEZ BUSTAMANTE.

**SEGUNDO:** **REVOCAR** el proveído confutado en lo que atañe con: a) La negativa de ordenar como prueba de refutación los testimonios de los peritos CAROLINA GUTIÉRREZ DE PIÑERES; MARISOL ALBA SARMIENTO y JOHN JAIME BOTERO GIRALDO, cuyos testimonios se recepcionarán en el juicio siempre y cuando que la Defensa cumpla con la obligación que le incumbe de poner a disposición de la Fiscalía, en las oportunidades de ley, el informe base de la opinión pericial de dichos expertos; b) La negativa de ordenar el testimonio de JORGE ELIÉCER QUIMBAY, quien acudirá al proceso solamente para declarar cómo obtuvo una memoria USB y como el posteriormente ese EMP fue puesto a disposición del investigador de la Defensa.

**TERCERO:** Declarar que en contra de la presente decisión no procede recurso alguno.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

1. En tal sentido se puede consultar la providencia de 2ª Instancia proferida por Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, el 26 de octubre de 2.007. Rad. # 27608. [↑](#footnote-ref-1)
2. El cual pregonaba por la obligación que le asistía a la Fiscalía General de la Nación de «investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al imputado…». [↑](#footnote-ref-2)
3. Vg. Cuando la Fiscalía solicita el testimonio de una persona para demostrar que asesinó a otra, y la Defensa requiere a ese mismo testigo para demostrar que el homicidio tuvo lugar en una hipótesis de legítima defensa o bajo los efectos de un estado de ira e intenso dolor. [↑](#footnote-ref-3)
4. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Providencia del 21 de mayo de 2014. Rad. # 42864. [↑](#footnote-ref-4)
5. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Providencia de agosto 20 de 2014. Rad. # 43749. (Negrillas fuera del texto). [↑](#footnote-ref-5)
6. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Providencia del 21 de mayo de 2014. Rad. # 42864. [↑](#footnote-ref-6)
7. Artículo 254 C.P.P. [↑](#footnote-ref-7)
8. BERNAL CUELLAR, JAIME: El proceso penal. Tomo II. Estructuras y garantías procesales. Página # 405. 6ª Edición. Universidad Externado de Colombia. 2.013. [↑](#footnote-ref-8)