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 / PRESUPUESTOS DE ADMISIBILIDAD / CONDUCENCIA / GENERAR CERTEZA EN EL JUZGADOR / PERTINENCIA / REFERIRSE A LOS HECHOS Y A LA RESPONSABILIDAD DEL PROCESADO / CARGA ARGUMENTATIVA DEL SOLICITANTE / ACCESO CARNAL EN PERSONA PUESTA EN INCAPACIDAD DE RESISTIR.**

… artículo 357 C.P.P. la parte que solicite la práctica de una prueba en el juicio oral, adquiere la carga argumentativa de sustentar la pertinencia y la conducencia de sus pretensiones probatorias.

En ese orden de ideas tenemos, según la jurisprudencia, «la prueba es conducente cuando ostenta la aptitud legal para forjar certeza en el juzgador, lo cual presupone que el medio de convicción esté autorizado en el procedimiento…».

… en lo que atañe con la pertinencia… según lo reglado por el artículo 375 C.P.P. una prueba debe entenderse como pertinente cuando se refiere «directa o indirectamente, a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, así como a la identidad o a la responsabilidad penal del acusado…».

Al aplicar lo anterior al caso en estudio, considera la Sala que el Juzgado de primer nivel se equivocó cuando inadmitió el testimonio de la bacterióloga…, porque cuando la Fiscalía deprecó la práctica de esa prueba testimonial, arguyó que esa testigo técnica iba a declarar sobre unos temas que tenían una intrínseca relación con los hechos, ya que la testigo le practicó a la víctima un exudado vaginal, de lo cual informará en que consiste ese procedimiento, y de los resultados obtenidos, con lo que, en sentir de la Fiscalía, se podría hacer «más probable como ocurrieron los hechos».

… la Sala considera que la Fiscalía, pese a su parquedad, cumplió con la carga argumentativa que le asistía para demostrar la conducencia y la pertinencia de la prueba testimonial cuya practica fue denegada…

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**Magistrado Ponente:**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**AUTO INTERLOCUTORIO DE SEGUNDA INSTANCIA**

Aprobado mediante acta # 815

Pereira, catorce (14) de septiembre del dos mil veintidós (2.022)

Hora: 7:30 a.m.

Procesado: FATR y otros.

Delito: Acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir

Rad. # 768346000187-2017-00173-01

Proviene: Juzgado 7º Penal del Circuito de Pereira, con funciones de conocimiento.

Asunto: Se desata recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía en contra de una providencia que inadmitió la práctica de una prueba.

Temas: Conducencia y pertinencia probatoria

Decisión: Revoca el auto opugnado y ordena la práctica de una prueba testimonial.

**VISTOS:**

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a resolver el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía en contra de la decisión interlocutoria adoptada por parte del Juzgado 7º Penal del Circuito de Pereira, con funciones de conocimiento, el 1º de abril de los corrientes en el devenir de la audiencia preparatoria que se surte dentro del proceso seguido en contra los ciudadanos FATR y otros, quienes fueron acusados de incurrir en la presunta comisión del delito de acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir.

**ANTECEDENTES:**

Los hechos que concitan la atención de la Colegiatura están relacionados con un abuso sexual que fue perpetrado en contra de la joven **“J.A.G”**, el cual se dice que tuvo lugar en horas de la tarde del 19 de diciembre de 2.016 en el interior de una finca denominada como “santa Martha”, ubicada en la vereda “el Tigre”, a la altura del kilómetro 5 de la vía Pereira-Cerritos.

Según se adujo en el libelo acusatorio, para esas calendas la joven “J.A.G” fue invitada a la finca “santa Martha” por parte del Sr. FATR, y cuando ella llegó a dicho fundo, en ese lugar se encontraba FATR en compañía de los Sres. RDSB y SMG, quienes estaban consumiendo bebidas embriagantes y fumando marihuana.

En el escrito de acusación se dice que sus anfitriones le brindaron de lo que estaban consumiendo a la Sra. “J.A.G”, quien accedió a fumar marihuana, lo que le generó un fuerte dolor de cabeza. Ante tal situación el Sr. RDSB le brindó una pastilla, la cual dizque era muy buena para los dolores de cabeza, de la que la Sra. “J.A.G” solo ingirió la mitad, y el resto la guardó en su bolso envuelta en una servilleta.

De igual manera, en el libelo acusatorio se consignó que los Sres. FATR y otros le sugirieron a “J.A.G” que se metiera en la piscina, y como ella aceptó el convite procedió a ponerse el vestido de baño, pero cuando se dirigía hacia la piscina empezó a sentirse débil, con la mirada borrosa y con mucho sueño, hasta que se desvaneció.

Posteriormente, cuando la Sra. “J.A.G” recobró el conocimiento, se encontraba desnuda en uno de los baños de la finca, sin recordar nada de lo sucedido y aquejada de un fuerte dolor en la vagina y en el ano, esfínteres de los cuales sentía la sensación de que tenía fluidos en su interior.

Al poco rato se apareció SMG, quien le pidió el favor a FATR que la llevara hacia su casa.

Al llegar a su domicilio como ella se sentía muy mal le solicitó a FATR que la ayudara a ir al baño, y ahí fue que se dio cuenta que tenía lacerada tanto la vagina como el ano, por lo que entró en llanto.

Al percatarse de esa situación, el Sr. FATR le dijo que sus amigos, RDSB y SMG, se aprovecharon de la situación de que ella se encontraba inconsciente, para sodomizarla y accederla carnalmente por la vagina.

**SINOPSIS DE LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. Ante el Juzgado 7º Penal Municipal de Pereira, con funciones de control de garantías, en las calendas del 14 de mayo de 2.020, la Fiscalía le imputó cargos los entonces imputados FATR; RDSB y SMG, por incurrir en la presunta comisión del delito de acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir agravado, tipificado en los artículos 207 y 211, # 1º, del C.P.
2. Una vez presentado el libelo acusatorio data del 16 de noviembre de 2.021, su conocimiento le correspondió al Juzgado 7º Penal del Circuito de esta localidad, ante el cual se celebraron las siguientes vistas públicas: a) El 21 de junio de 2.021 tuvo lugar la audiencia de formulación de la acusación; b) El 1º de abril de 2.022 acaeció la audiencia preparatoria.
3. En el devenir de la audiencia preparatoria, el Juzgado Cognoscente al pronunciarse sobre la oferta probatoria hecha por las partes, no accedió a la práctica del testimonio de la bacterióloga SALLY TATIANA NORIEGA, junto con un informe presentado por ella, lo cual a su vez suscitó para que la Fiscalía procediera a interponer y sustentar un recurso de apelación en contra de dicha decisión.

**EL AUTO OPUGNADO:**

Se trata de la providencia interlocutoria adoptada el 1º de abril de los corrientes por parte del Juzgado 7º Penal del Circuito de esta localidad, con funciones de conocimiento, en el devenir de la audiencia preparatoria que se surte dentro del proceso seguido en contra los ciudadanos FATR; RDSB y SMG, quienes fueron acusados de incurrir en la presunta comisión del delito de acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir, mediante la cual denegó la práctica de una prueba testimonial deprecada por la Fiscalía, junto con un informe, la cual consistía en el testimonio de la bacterióloga SALLY TATIANA NORIEGA.

Los argumentos esgrimidos por el Juzgado de primer nivel para no acceder a la practica de la prueba testimonial solicitada por la Fiscalía, básicamente consistieron en aseverar que el Fiscal Delegado no cumplió con la carga argumentativa de demostrar la pertinencia y la conducencia de esa prueba, porque no especificó que era lo que quería probar, por lo que no se sabe que le aportara esa prueba a la teoría del caso del Ente Acusador.

**LA ALZADA:**

Como tesis de su inconformidad con lo resuelto y decidido por el Juzgado de primer nivel, el Fiscal apelante adujo que la prueba testimonial denegada debe ser considerada como pertinente y conducente, porque lo que la Dra. SALLY TATIANA NORIEGA iba a declarar tenía que ver con los hechos materia de la acusación, sí se tenía en cuenta que la víctima fue remitida por la médica que la trató a esa bacterióloga para que le practicara un exudado vaginal, el cual arrojó como resultado el consistente en que la ofendida padecía de vaginosis como consecuencia de que fue accedida carnalmente en muchas ocasiones.

Acorde con lo antes expuesto, el Fiscal recurrente deprecó por la revocatoria del proveído opugnado, para que en su lugar se ordene la recepción del testimonio de la bacterióloga SALLY TATIANA NORIEGA.

**LAS RÉPLICAS:**

Al ejercer el derecho de réplica, las partes e intervinientes expusieron lo siguiente:

**-** El apoderado de la víctima adujo que coadyuvaba la apelación de la Fiscalía porque la prueba denegada era conducente para demostrar que en efecto la agraviada fue accedida carnalmente en reiteradas ocasiones.

**-** Los defensores de los procesados al unisonó deprecaron por la confirmación del auto opugnado, porque en efecto la Fiscalía, al momento de solicitar la prueba testimonial denegada, no fue clara al precisar su pertinencia, conducencia ni su utilidad, pero posteriormente dichos yerros los pretendió enmendar con la sustentación de la alzada.

**PARA RESOLVER SE CONSIDERA:**

**- Competencia:**

Esta Sala de Decisión, acorde con lo consagrado en el numeral 1º del artículo 34 del C.P.P. es la competente para resolver la presente alzada, en atención a que estamos en presencia de un recurso de apelación que fue interpuesto en contra de un auto interlocutorio proferido en primera instancia por un Juzgado Penal del Circuito que hace parte de este Distrito judicial.

**- Problema Jurídico:**

De la sustentación del recurso de alzada y de lo dicho por los no recurrentes, se desprende el siguiente problema jurídico:

¿Cumplió o no la Fiscalía con la carga argumentativa que le correspondía de precisar la conducencia y la pertinencia de la prueba testimonial denegada por parte del Juzgado de primer nivel?

**- Solución:**

Teniendo en cuenta que el tema puesto a consideración de la Colegiatura gira en torno al escenario de la inadmisión de una prueba testimonial deprecada por la Fiscalía en el devenir de la audiencia preparatoria, la Sala, a fin de determinar sí le asiste o no la razón a la tesis de la inconformidad propuesta por el recurrente, o si por el contrario el proveído opugnado amerita ser confirmado, de manera preliminar llevara a cabo un breve análisis sobre los presupuestos de admisibilidad de las pruebas en el escenario de la pertinencia y conducencia probatoria.

Como bien se desprende del contenido del artículo 357 C.P.P. la parte que solicite la practica de una prueba en el juicio oral, adquiere la carga argumentativa de sustentar la pertinencia y la conducencia de sus pretensiones probatorias.

En ese orden de ideas tenemos, según la jurisprudencia*, «la prueba es conducente cuando ostenta la aptitud legal para forjar certeza en el juzgador, lo cual presupone que el medio de convicción esté autorizado en el procedimiento…»[[1]](#footnote-1)*.

De igual manera, en lo que atañe con la pertinencia, vemos que según lo reglado por el artículo 375 C.P.P. una prueba debe entenderse como pertinente cuando se refiere *«directa o indirectamente, a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, así como a la identidad o a la responsabilidad penal del acusado…».*

Sobre lo anterior, la Corte ha expuesto lo siguiente:

“La pertinencia del medio probatorio está determinada por el tema de prueba, el que a su vez está delimitado por los hechos jurídicamente relevantes de la acusación o, en el caso de la defensa, por la teoría alterna que sustenta su estrategia. *Por esta razón, quien pide una prueba debe asumir la carga argumentativa requerida para evidenciar al funcionario judicial la relación del elemento solicitado con los hechos objeto de investigación (pertinencia)* y superado este análisis, si el mismo tiene aptitud legal para formar el conocimiento (conducencia) y reporta interés al objeto de debate (utilidad)…” [[2]](#footnote-2).

Resumiendo, la Sala válidamente puede concluir que una prueba es considerada como pertinente cuando lo que se pretende probar con la misma tiene relación con los hechos materia de la acusación, o cuando esté intrínsecamente relacionada con temas que tienen que ver con la responsabilidad o la ausencia de responsabilidad penal del acriminado; y una prueba es conducente, cuando el medio de conocimiento tiene la capacidad o el suficiente poder suasorio que se requiere para que el Juzgador pueda llegar a ese grado de conocimiento o de convicción que necesita respecto del contenido de la decisión que vaya a adoptar.

Al aplicar lo anterior al caso en estudio, considera la Sala que el Juzgado de primer nivel se equivocó cuando inadmitió el testimonio de la bacterióloga SALLY TATIANA NORIEGA, porque cuando la Fiscalía deprecó la práctica de esa prueba testimonial, arguyó que esa testigo técnica iba a declarar sobre unos temas que tenían una intrínseca relación con los hechos, ya que la testigo le practicó a la víctima un exudado vaginal, de lo cual informará en que consiste ese procedimiento, y de los resultados obtenidos, con lo que, en sentir de la Fiscalía, se podría hacer *«más probable como ocurrieron los hechos»*.

De lo anterior se tiene que sí bien es cierto que la Fiscalía no fue muy concreta en precisar lo que se pretendía probar con la prueba denegada por parte del Juzgado de primer nivel, de todas maneras fue clara en establecer que con ese medio probatorio haría más probable la forma como ocurrieron los hechos, los cuales, como bien se desprende del contenido de la acusación, están relacionados con unos fulanos que presuntamente pusieron en estado de inconsciencia a una mujer, para de esa forma poder sodomizarla y accederla carnalmente vía vaginal.

Tal situación nos estaría indicando que la Fiscalía, de manera parca y precaria, de una u otra forma pudo justificar el por qué era pertinente y conducente el testimonio de la bacterióloga SALLY TATIANA NORIEGA, lo cual, de una u otra forma, tenía que ver con la acreditación de los hechos consignados en el libelo acusatorio.

Siendo así las cosas, la Sala considera que la Fiscalía, pese a su parquedad, cumplió con la carga argumentativa que le asistía para demostrar la conducencia y la pertinencia de la prueba testimonial cuya practica fue denegada por parte del Juzgado de primer nivel.

Ante tal situación, la Sala revocara el proveído opugnado, y en su lugar ordenara que se practique en el juicio el testimonio de la bacterióloga SALLY TATIANA NORIEGA, junto con el informe que esa testigo-experta presentara del exudado vaginal practicado a la víctima.

A modo de colofón, en lo que tiene que ver con la audiencia de lectura de la presente decisión de 2ª instancia, la Sala, por economía procesal, se abstendrá de llevar a cabo dicha vista pública por ser ese un acto procesal que se puede considerar como innecesario e irrelevante, máxime cuando se está en presencia de una providencia en contra de la cual no procede recurso alguno, y en tal sentido se ordenara que por Secretaría, acorde con lo regulado en el artículo 8º de la ley # 2.213 de 2.022, se lleve a cabo la notificación personal del presente proveído de 2ª instancia mediante la remisión de copias del mismo a la dirección de correo electrónico suministrada por las partes e intervinientes.

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: REVOCAR** el contenido de la providencia interlocutoria adoptada el 1º de abril de los corrientes por parte del Juzgado 7º Penal del Circuito de esta localidad, con funciones de conocimiento, en el devenir de la audiencia preparatoria que se surte dentro del proceso seguido en contra los ciudadanos FATR; RDSB y SMG, quienes fueron acusados de incurrir en la presunta comisión del delito de acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir, mediante la cual denegó la práctica de una prueba testimonial deprecada por la Fiscalía, para en su lugar **ORDENAR** que se practique en el juicio el testimonio de la bacterióloga SALLY TATIANA NORIEGA, junto con el informe que esa testigo-experta presentara del exudado vaginal practicado a la víctima.

**SEGUNDO: ORDENAR** que por Secretaría se proceda a notificar a las partes y demás intervinientes del contenido de esta providencia mediante la remisión de copias de la misma vía correo electrónico, tal y cual como lo regula el artículo 8º de la ley # 2.213 de 2.022 que avala ese tipo de notificaciones.

**TERCERO: DECLARAR** que en contra de la presente decisión de 2ª instancia no procede recurso alguno.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE:**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

Con impedimento

**JULIÁN RIVERA LOAIZA**

Magistrado

1. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Providencia de 2ª Instancia del 11 de septiembre de 2.013. Rad. # 41790. [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal: Providencia del 14 de julio de 2021. AP2913-2021. Rad. # 56889. M.P. JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA. (Subrayas en cursivas fuera del texto original). [↑](#footnote-ref-2)