

PRUEBA SOBREVINIENTE – No está diseñada para habilitar un nuevo periodo de descubrimiento orientado a remediar las omisiones de las partes en el trabajo investigativo que deben realizar para sustentar su teoría del caso.

PRUEBA SOBREVINIENTE – Presupuestos: evaluación de admisibilidad conforme a sus componentes de pertinencia, conducencia y utilidad.

PRUEBA SOBREVINIENTE – Carácter excepcional: Solo puede ser activada con el hallazgo de un elemento de convicción de vital trascendencia para el debate probatorio, que se haya producido con posterioridad a la audiencia preparatoria.

PRUEBA SOBREVINIENTE – Inadmisión de su práctica al no cumplirse con los presupuestos de conducencia, pertinencia y utilidad.

PRUEBA DE REFERENCIA - Admisibilidad, práctica y valoración.

DECLARACIONES RENDIDAS ANTES DEL JUICIO COMO PRUEBA DE REFERENCIA – Requisitos.

DECLARACIÓN DE MENOR ANTERIOR AL JUICIO ORAL – Admisibilidad de ingreso al juicio como prueba de referencia, en eventos relacionados con delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales.

(...) se pide un testimonio referencial, pues se convoca al juicio al padre de un presunto menor agredido, para que brinde información en juicio de hechos o circunstancias y responsabilidades que le cobijan en exclusivo al nuevo infante relacionado y que podría sobre el punto, mediar el padre del menor; siendo además que podría obedecer a esta figura jurídica la particular situación en procura de proteger al menor de una eventual revictimización, para que aquel no comparezca directamente al juicio oral. (...)

(...) en un principio se tiene que la posibilidad de ingreso de ese testimonio al juicio parecería viable ser habilitado por esta Corporación, dado que de aquel se pide derivar una situación de credibilidad respecto a lo declarado por la menor MJNG ante el Estrado judicial. No obstante, surge palmario que la labor defensiva no pudo argumentar con solvencia la petición de prueba sobreviniente, pues no fue suficiente el impulso que vertió para fundamentar las nociones de pertinencia, conducencia y utilidad para la práctica de su solicitud, quedando vacía la petición respecto a la admisibilidad que se reclama para su decreto (...)

(...) la defensa se encontró ante una situación excepcional que le impidió conocer ese escenario de presuntos agravios sexuales que legítimamente estima se podrían capitalizar a su favor, con sede a impugnar el crédito del relato que pudo verter la infante, y que en efecto, previamente no le fue posible habilitar a su favor el pedido de descubrimiento y admisión de evidencias, empero (...) el trabajo del togado respecto la petición motivada de admisibilidad no fue contundente y, en ese orden, se debe adoptar la disposición que inequívocamente conduce a que dicha probanza no se decrete. (...)

(...) Ahora bien, la información respecto al menor N, que es de quien se requeriría la atestación para lograr el fin que pretende el defensor, aquel de menguar credibilidad al testimonio de la niña víctima que acudió al juicio dentro de este asunto, no se puede dar, porque tuvo la alternativa de llamar directamente al nuevo presuntamente agredido al juicio, de inicial N, espacio donde se pudiera practicar la recolección de la información cautelando la máxima de la contradicción; empero, si se oteara algún tipo de riesgo para el agredido, se podría acudir al amparo de la prueba de referencia, siempre que se pueda materialmente hacerlo, lo que en este caso no ocurre, dado que no hay nada recolectado por parte del infante N que conste en una investigación previa ni tampoco habría sido pedido así, ello incluso se podría deber a que fue en desarrollo del

juicio oral que se conoció de los posibles atentados al bien jurídico de la formación sexual, pero las razones por lo que haya sido, no son de incumbencia de este análisis.

Pero además, hay otro punto que esta Sala de decisión no puede pasar desapercibido y es que, cuando el defensor busca atenuar la credibilidad del testimonio de la menor MJNG, aquella hace alusión y relaciona en unos posibles fácticos a *N* y para nada hace mención al señor ... en su calidad de padre del último niño relacionado, que es quien fue pedido como testigo de refutación para apoyar la teoría de descargo; siendo que tampoco resulta oportuno escuchar a..., pues nada tendría que atestar sobre hechos que no le constan y que si así fuera, debía verter el togado en la petición defensiva el vínculo de la información que justificaría su relevancia para la práctica en el juicio y para la resolución del problema jurídico específico de responsabilidad que ahí se debate.

Si bien se puede aseverar que el relato pedido no resuelve puntos exactos de la responsabilidad en este preciso asunto, tampoco ayudaría a aclarar aspectos alrededor de los hechos (...)

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrada Ponente:	Mirtha Lucía Ceballos Valencia
Auto No:	04
SPOA:	528386000544202300259
Número Interno:	46544
Procesado:	...
Judicatura Procedencia:	Juzgado Penal del Circuito de Túquerres
Acta de Aprobación No.	10 de 2025

Pasto, 30 de enero de del dos mil veinticinco (2025)

ASUNTO A DECIDIR¹

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el profesional del derecho Miguel Belalcázar, en su condición de apoderado judicial del señor..., en contra del auto proferido el día 9 de octubre del 2024, por el Juzgado Penal del Circuito de Túquerres (N), a través del cual se resolvió negar la práctica de una prueba sobreviniente incoada por la defensa en la diligencia de juicio oral.

HECHOS DEL CASO

Se conoce por virtud de la acusación debidamente formulada que²:

“El señor..., hoy en día de 59 años de edad cometió el delito que lesiona el bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexuales de dos menores, la menor quien hoy tiene 9 años, pero que para la época tenía 4 cuyas letras de su nombre son MJNG y la menor DSNG quien tiene 4 años de edad 5 meses, en ..., donde funcionaba una guardería. En este lugar las madres llevaban a sus hijos hasta los 5 años de edad.

Esto le permitirá a la fiscalía general de la Nación en cabeza de esta delegada imputar el delito de Actos sexuales violentos agravados de

¹ Link expediente: [01PrimeralInstancia](#)

² La narración de los hechos será extraída tal como fue plasmada en el escrito de preacuerdo, los yerros de escritura no son atribuibles a la Sala.

conformidad con el artículo 206 del C.P. en concursos sucesivo y homogéneo. La Fiscalía comenzará enunciando los hechos jurídicamente relevantes que encuadrarían en el aspecto o tipo objetivos del delito mencionado y respecto de los cuales se tiene elementos materiales probatorios suficientes para lograr la inferencia razonable de autoría por parte del señor... Entonces se tiene que los señores ... llevaban a sus dos hijas para que las cuidaran en el hogar infantil o guardería mencionada. La menor MJNG desde muy pequeña hasta la edad de 5 años, porque esa la edad límite para estar en ese hogar y DSNG hasta este año cuando ya tiene sus 4 años, 5 meses. El procesado llevaba a la menor MJNG a un cuarto de la guardería y le realizaba tocamientos en las partes de su cuerpo, como vagina, cola, le bajaba su interior y sobaba su pene en la vagina de la menor hasta eyacular. Al procesado distingue perfectamente esta menor por cuanto es o era para esa fecha el esposo de la madre comunitaria, señora ... a quienes las menores conocen como... Estos hechos ocurrieron en varias ocasiones.

No sabemos fechas exactas, pero tomamos como referencia la edad de la menor, entre sus 4 y 5 años. Estos actos se acompañaban de amenazas proferidas en contra de esta menor de que si ella contaba los actos realizados, les haría daño a sus padres. Entonces nos ubicamos haciendo una aproximación entre los años 2017 y 2018. Respecto a la otra menor DSNG el procesado, en este año más o menos antes del mes de octubre realizo tocamientos con ella, en el mismo lugar, es decir en la guardería ... realizó tocamientos en su cuerpo, se desabrocha su pantalón y empieza a besar en la boca a esta menor, igualmente besa su vagina y su cola hasta eyacular. (Sic)

ACTUACIÓN PROCESAL

Por estos acontecimientos se formuló imputación ante el Juzgado Primero Penal Municipal de Túquerres (N), atribuyéndole cargos como autor material de los delitos dolosos establecidos en el artículo 206, agravados

por el numeral 4 del artículo 211, por ser las víctimas menores de 14 años, que contempla una pena de prisión de 10.66 a 24 años de prisión, en concurso sucesivo y homogéneo, más las penas accesorias del artículo 44 del código penal que hablan de la interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo de la pena a imponer, a las que se aumentan las inhabilidades del artículo 219 C de la obra en cita.

El despacho de garantías ordenó la imposición de una medida de aseguramiento consistente en la detención preventiva en establecimiento carcelario en contra del procesado.

El día 15 de febrero del año anterior se convocó a audiencia de formulación de acusación. En dicho acto la Fiscalía descubrió a la defensa los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, que había enunciado previamente con el escrito de acusación. La audiencia preparatoria se llevó a cabo el día 12 de agosto del año 2024, donde la Fiscalía y la defensa enunciaron y deprecaron una serie de pruebas, fijando así el decreto de las que se practicarían en juicio.

Surtiéndose el juicio oral el 9 de octubre del 2024 se avanzó con la recolección de las pruebas de cargo, presentándose la menor MJNG y, por medio de preguntas sugeridas por las partes, en compañía con la profesional de psicología y en cámara Gesell, se pudo recabar los relatos a partir de lo que iba manifestando la menor. Dentro de su relato indicó que:

“un amigo de su hermana S de nombre ..., le dijo lo mismo, que se quitaba el pantalón y le seguía haciendo lo mismo” (Sic).³

A la postre pasó la defensa a ser atendido para la práctica de lo que le fue decretado en aras de la confrontación; sin embargo, el togado inició su intervención aclamando el último inciso del artículo 344 de la codificación adjetiva, mismo que plantea la posibilidad de la aplicación de las denominadas pruebas sobrevinientes, como excepcionales pero válidas dentro del debate probatorio en aras del derecho a la defensa.⁴

Así, el profesional dijo que después de escuchar el relato de la menor MYNG, en sede del testimonio en juicio oral, se supo que otro niño de iniciales NGLN también había sido agredido por el señor..., siendo que esa afirmación acusatoria se conoció únicamente en el desarrollo de la vista del juicio oral; por lo que el togado, solicitó decretar la prueba testimonial del soldado profesional de nombre..., padre del menor nombrado como víctima adicional de reatos de ese tipo. Manifestó que es necesario recibir ese testimonio por cuanto dará a conocer si existió contacto del menor con su defendido y, además, corroborará aquel, si su hijo fue sometido a ultrajes sexuales cuando tuvo cercanía con el señor...

³ Audio juicio oral (01). Hora 1. Minuto 27.

⁴ Audio (2) juicio oral. Hora 1, Minuto 22.

La señora Fiscal respecto a la petición dijo que la investigación no se centra en lo que haya ocurrido con el otro menor, sino respecto a los infantes por los que se ha procurado la presente investigación, máxime si el padre del menor no es la persona idónea para desvirtuar un posible agravio que se haya suscitado en contra del niño que apenas hace aparición en los terrenos judiciales.

La Representación de víctimas dijo que lo solicitado no cumple con las categorías de utilidad y pertinencia, por lo tanto, no debe ser decretada esa prueba. En similares términos se pronunció la representante del ICBF.

Como queda clarificado, en el curso de la audiencia de juicio oral se solicitó por parte de la defensa el decreto y la práctica de una prueba sobreviniente y, a partir de ello, se entró una discusión por la que se activó la alzada que estudia en esta oportunidad la Corporación, nótese enseguida.

DECISIÓN RECURRIDA

La Juez de instancia mencionó que por situaciones muy puntuales se puede decretar una prueba especial de este tipo, corroborando que en el caso examinado sí se trata de una información novedosa, pero pese a acatarse esa exigencia, no se cumple la característica que busca se requiera de una

práctica probatoria especial, por ser, de tal envergadura e importancia que amerita decretarse y practicarse, como lo fueron las otras que vienen con posibilidad de nacer a la vida jurídica desde la audiencia preparatoria.

Mencionó que no es el padre del niño el llamado a establecer si se presentó una agresión en contra del menor NGLN aparentemente agraviado, por lo que consideró que el curso correcto para esa información arribada sorpresivamente es la compulsión de copias y, así, se puedan esclarecer plenamente los sucesos en que haya sido atacado en su formación sexual ese infante.

Por otra parte, mencionó que no tiene nada que ver con el objeto de este juicio el saberse si hubo la comisión del punible contra otro menor, pues aquello sería independiente, sin que se cumplan para este caso las exigencias de admisibilidad como lo son la pertinencia, utilidad y conducencia.

La decisión fue recurrida en alzada por la defensa, bajo los argumentos que se pasan a examinar enseguida.

ARGUMENTOS QUE SUSTENTAN EL RECURSO

La defensa sustentó el recurso de apelación interpuesto contra el auto interlocutorio proferido por el Juzgado Penal del Circuito de Túquerres que data del 4 de octubre del año 2024.

El togado dijo que en la sentencia de radicado N. 48178 del 5 de diciembre de 2016 emitida por la Corte Suprema de Justicia, se contemplan los requisitos para la admisibilidad de este tipo de pruebas, arguyendo que las razones que llevaron a la Judicatura a negar el decreto de la probanza ahora debatida, no son de recibo, pues la instancia consideró que la información que se puede obtener no es de alta connotación como para aceptarla, pues básicamente se centra en irrogar que el progenitor de un menor probablemente agredido desmienta de un abuso sexual, lo que desemboca en victimizar al niño y por otra parte, poner de presente a partir de la experiencia, que en este tipo de conocimiento de agresiones íntimas, los padres son los últimos en enterarse de la comisión de este tipo de punibles.

Por el contrario, el profesional del derecho consideró que la recepción del testimonio es de gran envergadura pues dada la confianza del padre de familia con su hijo, puede comentar las situaciones que han acontecido en el jardín y desmentir la calificación jurídica que se le ha realizado a su defendido, con lo que lleva a tornar, valorativamente hablando, más probable su teoría del caso.

Manifestó que su petición se concentra en una prueba útil, conducente y pertinente más si, de las dos víctimas por las que se surte la causa penal actual, una dio una versión cuestionable y la otra, no vertió ninguna información. Con esos argumentos dejó fincada la alzada con destino a esta Corporación.

ARGUMENTOS DE NO RECURRENTE

El delegado del ente acusador coadyuvó la tesis asumida por el Juzgado invitando a esta Corporación a denegar el recurso presentado, toda vez que arguyó que la prueba sobreviniente no es pertinente, conducente o útil, ya que no se cumplen los requisitos que así lo acrediten, a lo que suma que el debate del juicio oral en determinada causa, no puede ser el escenario para esclarecer unos nuevos y disímiles presuntos fácticos, máxime si se trata de unos sucesos de abuso sexual que relacionan como víctima a un menor.

Dijo la Fiscal que el proceso penal nuevo que se avecinaría con la información apenas recabada debe contar con todas las garantías procesales que reclama un nuevo asunto y, por otra parte, adujo que incluso si se llegara a constatar que el menor *N* no fue agredido sexualmente, o al menos no por el procesado de este asunto, en nada ayudaría a clarificar los hechos que se investigan en la causa que ya se encuentra en el derrotero de la vista pública.

Por su parte, el apoderado de víctimas solicitó que se mantenga la decisión toda vez que la prueba sobreviniente pedida resulta ser desatinada ya que la utilidad, pertinencia y conducencia son características intrínsecas que no pueden ser desdeñadas y, que, en esta causa en nada allana el camino el decreto de ese nuevo testimonio del padre de otro presunto menor agraviado.

Finalmente, el ICBF pidió se confirme la decisión.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Competencia

Esta Corporación es competente para conocer del presente asunto, de conformidad con lo establecido en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004 - Código de Procedimiento Penal.

Problema jurídico por resolver

De conformidad con los argumentos expuestos por el señor defensor, en su calidad de recurrente, el núcleo del asunto está en establecer en esta instancia si:

¿Es correcta la decisión de la Juez de primer nivel respecto a la inadmisión de la práctica de una prueba sobreviniente, ya que no se cumplen los presupuestos de conducencia, pertinencia y utilidad o en su lugar, le asiste razón a la defensa al considerar que pueden ser relevantes los aspectos que rodean su petición, siendo trascendental el decreto del testimonio sobreviniente para su teoría del caso?

¿Adicionalmente, se debe evaluar si se puede tratar de otra modalidad especial de prueba, como la de referencia y, de ser ese el caso, valorar si resulta procedente o no según el contexto fáctico y procesal propuesto en el sub examine?

Resolución de los predicamentos jurídicos:

Para dar respuesta al problema jurídico identificado, es necesario considerar los aspectos que llevan a una comprensión de la noción de la prueba sobreviniente en el campo del sistema penal acusatorio en Colombia, máxime si reclama para su decreto que se cumplan los presupuestos de conducencia, pertinencia y utilidad, como las líneas que siguen se pasa a ver.

La prueba sobreviniente en el Sistema Penal Acusatorio

El problema jurídico planteado le permite a esta Corporación realizar un estudio preliminar sobre la conceptualización de la prueba sobreviniente, a partir de cómo está configurada normativamente y como se ha desarrollado a partir de los precedentes, a efecto de lograr establecer cuándo podría ser admitida.

Para poder comprender la noción de esta prueba especial, sobreviniente, se debe iniciar por destacar que dentro del sistema penal acusatorio tiene un caro valor garantista el adecuado descubrimiento probatorio, lugar procesal en el cual las partes enfrentadas en la contienda punitiva deben revelar, suministrar y entregar la totalidad de las evidencias y elementos probatorios de que dispongan, al igual que deben, en la preparatoria, enunciar todas las pruebas cuya práctica solicitarán para ser llevadas a cabo en la vista pública, a efectos de respaldar su teoría del caso o la estrategia defensiva.

Así las cosas, cada parte tiene garantizado su espacio de descubrimiento, el que debe ser eficaz y completo, en virtud del principio de igualdad de armas, contradicción, defensa y debido proceso que rige el sistema procesal, verificación que debe garantizar el fallador al inicio de la audiencia que prepara el juicio, evitando que el escenario de la vista

pública sea sorpresivo y con ello, se vayan a trasgredir las garantías sustanciales y procesales de las partes e intervinientes.

No obstante, contemplándose situaciones inesperadas o novedosas que no se hayan podido advertir y cumplir con el rigor total al que se sujeta un elemento para lograr la connotación de prueba, los sujetos procesales en desarrollo de la audiencia de juicio oral podrán excepcionalmente acudir a nuevas pruebas, así es como se describe en el aparte final del artículo 344 de la codificación procesal, en la que se admite la posibilidad de que durante el juicio se descubra algún elemento material probatorio o evidencia física de cuya existencia no se conocía en el momento procesal oportuno, para lo cual podrá solicitar al juez de conocimiento autorización para adelantarlos como prueba sobreviniente, nótese:

“El juez velará porque el descubrimiento probatorio sea lo más completo posible durante la audiencia de formulación de acusación.

Sin embargo, si durante el juicio alguna de las partes encuentra un elemento material probatorio y evidencia física muy significativos que debería ser descubierto, lo pondrá en conocimiento del juez quien, oídas las partes y considerando el perjuicio que podría producirse al derecho de defensa y la integridad del juicio, decidirá si es excepcionalmente admisible o si debe excluirse esa prueba.”

Según este lineamiento procesal, dicha posibilidad excepcional solamente es viable de activarse en el evento en que el elemento a aducirse se haya conocido con posterioridad a la audiencia preparatoria y que tenga una alta vocación de convicción para el debate que se propone, de tal suerte, que la ausencia pudiera llegar a afectar de manera grave el compendio de los derechos del debido proceso y del derecho probatorio, tales como, el de defensa o la integridad del juicio; a lo que se suma que la parte interesada debe cumplir con la argumentación de pertinencia, conducencia y utilidad, conforme lo describe la norma en los artículos 357 y siguientes del código de procedimiento penal, sin quedar exonerados de esa tarea al tratarse de una prueba especial, pedida extemporáneamente con relación a las otras.

Cabe dar claridad en que este tipo de prueba no es para restañar olvidos o carencias identificadas en el curso de la vista pública, sino que su carácter excepcional está dado para la completitud del debate probatorio tras una novedosa información que aporte sobremanera a los puntos jurídicos en cuanto a la valoración para edificar la responsabilidad, ello según lo demandado en el artículo 381 del código penal.

Por lo antedicho, el sentenciador deberá valorar tres aspectos para la admisión o exclusión de este tipo de pruebas especiales: la primera tiene que ver en que la omisión en el descubrimiento probatorio no se ciña a situaciones dolosas o culposas atribuibles a la parte interesada en la

práctica de esa prueba, como segundo requisito, se estudie acuciosamente que en caso de no decretarse, se lesione el derecho a la defensa y, como tercer ítem a evaluar, que esa prueba permita la integridad del juicio, de cara al debate probatorio y al estándar que evalúa el juzgador en las contiendas penales.

Y es que, si algo guía al sistema de juzgamiento usado en Colombia es el principio de lealtad procesal y probatoria, cimentado además en la ética que se espera de quienes participan en la senda del juicio oral y sus diversas audiencias, presumiéndose de ellos la buena fe y evitando, como se dijo en líneas previas, que la contraparte sea sorprendida con medios que no pudo conocer con razonable antelación, situación que pondría en riesgo no solamente la causa penal, sino el derecho de libertad y, hasta la credibilidad del sistema que imparte justicia.

Ahora bien, el juzgado de conocimiento al que le pidan la práctica de una prueba sobreviniente debe necesariamente realizar la evaluación de admisibilidad conforme a sus componentes de pertinencia, conducencia y utilidad, tal como ha quedado sentado por los altos precedentes penales:

“Ahora, la Ley 906 de 2004 consagra como regla general que las pruebas pertinentes son admisibles. Así se desprende del artículo 357 en cuanto afirma que el juez dará la palabra a la Fiscalía y luego a la defensa para

que soliciten las pruebas que requieran para sustentar su pretensión, y a renglón seguido precisa que el juez decretará 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”.

En la misma línea, el artículo 376 establece que “toda prueba pertinente es admisible”, salvo en los eventos consagrados en sus tres literales. Por su parte, la conducencia se refiere a una cuestión de derecho. Sus principales expresiones son: (i) la obligación legal de probar un hecho con un determinado medio de prueba; (ii) la prohibición legal de probar un hecho con un determinado medio de prueba, y (iii) la prohibición de probar ciertos hechos, aunque en principio puedan ser catalogados como objeto de prueba. Por ello, quien alega falta de conducencia debe indicar cuál es la norma jurídica que regula la obligación de usar un medio de prueba determinado u otra de las situaciones que acaban de mencionarse. [...]

Finalmente, “la utilidad de la prueba se refiere a su aporte concreto en punto del objeto de la investigación, en oposición a lo superfluo e intrascendente”. Este aspecto en buena medida fue regulado en el artículo 376 en cita, en cuanto consagra la regla general de admisibilidad de las pruebas pertinentes, salvo, entre otras, las que puedan generar confusión en lugar de mayor claridad al asunto, exhiban escaso valor probatorio o sean injustamente dilatorias del procedimiento”.⁵

Claras estas características para viabilizar o descartar la aplicación de la prueba sobreviniente, también deberá ahora pasarse a examinar una base dogmática que se muestra indispensable tener en la mente para la

⁵ Corte Suprema de Justicia. Auto de Pruebas del 17 de marzo del 2009, Radicado N. 22053 y, Auto de Pruebas con Radicado N. 51882 del 7 de marzo del 2018.

resolución del asunto y es aquella que versa sobre la prueba de referencia, en tanto que se puede afirmar de una primera vista que se pide un testimonio referencial, pues se convoca al juicio al padre de un presunto menor agredido, *N*, para que brinde información en juicio de hechos o circunstancias y responsabilidades que le cobijan en exclusivo al nuevo infante relacionado y que podría sobre el punto, mediar el padre del menor; siendo además que podría obedecer a esta figura jurídica la particular situación en procura de proteger al menor de una eventual revictimización, para que aquel no comparezca directamente al juicio oral.

La prueba de referencia:

Desde la entrada en vigencia del sistema penal acusatorio, la Fiscalía adquirió un papel protagónico en cuanto a la acusación y el recaudo probatorio, actividad investigativa enmarcada en el respeto a las garantías y practicada dentro de un espacio imparcial que se somete a la contradicción y bajo una noción precisa para el conocimiento transparente, como es claro nos referimos al principio de la inmediación, donde es el juez de conocimiento, quien deberá tener en cuenta como pruebas, únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia.

Por lo que hablar de la prueba de referencia parecería escapar de esa gran máxima de la inmediación, al no contar con un espacio propio dentro de la práctica probatoria para ser controvertida y así llevar a un convencimiento del fallador, pues no tendría en el escenario del juicio la virtud de consolidarse una información completa, que se logra del ejercicio de las partes, los intervinientes y hasta del mismo juez cuando así lo estima.

Por otra parte, resulta siendo cierto que la prueba de referencia llega a cobijar los relatos brindados por los menores víctimas de delitos sexuales, surtidos en escenarios lógicamente previos y ajenos a la contienda que supone el juicio, siendo que ahí el legislador, buscando atender todas las posibles situaciones, prescribió en la Ley 1652 de 2013, disposiciones acerca de la prueba de referencia en procesos penales que relacionen a niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales. Se complementa la disposición mediante las adiciones que se hacen al Código de Procedimiento Penal, en su artículo 275, cuya literalidad reclama que: *“También se entenderá por material probatorio la entrevista forense realizada a niños, niñas y/o adolescentes víctimas de los delitos descritos en el artículo 206A y siguientes de este mismo Código.”*⁶

6 La entrevista se realizará por un profesional del CTI entrenado en entrevista forense de niños, niñas y adolescentes, previa revisión del formulario por parte del defensor de víctimas. Las entidades tienen un año para entrenar a los investigadores.

En la práctica de la diligencia el menor podrá estar acompañado, por su representante legal o por un pariente mayor de edad.

El personal entrenado en entrevista forense, presentará un informe detallado de la entrevista realizada. Dicho informe deberá cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 209 del CPP y concordantes, en lo que le sea aplicable. El profesional podrá ser citado a rendir testimonio sobre la entrevista y el informe realizado.

De ahí que, en la Ley en cita, se reguló la manera de recibir las declaraciones de menores de edad en orden a evitar su doble victimización y se dispuso que las mismas constituyen prueba de referencia admisible.

En este punto es menester traer lo dicho por la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia de Casación del 16 de marzo del 2016, donde en síntesis se plantea⁷:

*“En resumen, para determinar si una declaración anterior al juicio oral, que se lleva al juicio oral, constituye prueba de referencia, deben tenerse en cuenta criterios como los siguientes: (i) establecer cuál es la declaración que podría constituir prueba de referencia (la rendida por fuera del juicio oral); (ii) precisar si la declaración anterior hace parte del tema de prueba (por ejemplo, en los casos de injuria o calumnia) o si está siendo aportada como medio de prueba (sólo en este caso podrá constituir prueba de referencia); (iii) analizar si con la admisión de la declaración anterior, a título de prueba de referencia, se afecta el derecho a la confrontación; (iv) tener en cuenta que el carácter de prueba de referencia de una declaración no de la edad del testigo ni de la manera como la legislación denomine un **determinado depende medio de conocimiento**, y (v) cuando se trata de declaraciones de menores de edad, víctimas de delitos, debe establecerse cómo se armonizan sus derechos con las garantías debidas al procesado”.*

Parágrafo 1°. En atención a la protección de la dignidad de los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales, la entrevista forense será un elemento material probatorio al cual se acceda siempre y cuando sea estrictamente necesario y no afecte los derechos de la víctima menor de edad, lo anterior en aplicación de los criterios del artículo 27 del Código de Procedimiento Penal.

Parágrafo 2°. Durante la etapa de indagación e investigación, el niño, niña o adolescente víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual, tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo Código, será entrevistado preferiblemente por una sola vez. De manera excepcional podrá realizarse una segunda entrevista, teniendo en cuenta en todo caso el interés superior del niño, niña o adolescente. (subrayas mías)

⁷ Corte Suprema de Justicia. Radicado: SP3332-2016, de fecha 16 de marzo de 2016.

Por lo que la prueba de referencia como la que obra en la causa es válida al tenor de la ley, siempre que cumpla con los lineamientos arriba descritos, por lo que resulta importante en este punto, estudiar si en el caso, se trata de la petición por parte del defensor de una prueba de referencia en lugar de una prueba sobreviniente como en principio se ha solicitado, sobre lo cual versa el recurso vertical en curso.

El caso concreto:

El presente caso exhibe particularidades importantes a ser estudiadas para adoptar la correcta solución jurídica.

Para empezar, en este asunto partes e intervinientes coinciden que en efecto no se conocían datos que llegaron a arribar únicamente en el juicio oral cuando se incorporaron los relatos de una de las menores víctimas, la única que de lo recabado se sabe, brindó una entrevista, razones por las que en efecto, no hubo posibilidades para el defensor de valorar su petición en las sesiones de audiencia preparatoria, sin que suponga entonces, el quiebre del principio de imparcialidad, ni un remedio para

las omisiones del trabajo investigativo, como tampoco para subsanar falencias en el ejercicio litigioso a favor del procesado.

En realidad, de verdad, en un principio se tiene que la posibilidad de ingreso de ese testimonio al juicio parecería viable ser habilitado por esta Corporación, dado que de aquel se pide derivar una situación de credibilidad respecto a lo declarado por la menor MJNG ante el Estrado judicial. No obstante, surge palmario que la labor defensiva no pudo argumentar con solvencia la petición de prueba sobreviniente, pues no fue suficiente el impulso que vertió para fundamentar las nociones de pertinencia, conducencia y utilidad para la práctica de su solicitud, quedando vacía la petición respecto a la admisibilidad que se reclama para su decreto, tal como lo exigen los precedentes ordinarios.

Para cerrar este punto de análisis, es claro que la defensa se encontró ante una situación excepcional que le impidió conocer ese escenario de presuntos agravios sexuales que legítimamente estima se podrían capitalizar a su favor, con sede a impugnar el crédito del relato que pudo verter la infante, y que en efecto, previamente no le fue posible habilitar a su favor el pedido de descubrimiento y admisión de evidencias, empero como se arguyó en líneas previas, el trabajo del togado respecto la petición motivada de admisibilidad no fue contundente y, en ese orden, se debe

adoptar la disposición que inequívocamente conduce a que dicha probanza no se decrete.

Sin embargo entonces, aunque el incumplimiento de las características respecto a la pertinencia, conducencia y utilidad no se superan y, como se dijo, esa motivación podría ser suficiente para negar el decreto testimonial pedido, huelga pasar a estudiar lo propio de la prueba de referencia, que se erige como el argumento principal para que no permita la práctica de la declaración en el debate dentro del juicio oral, como enseguida se enervan los argumentos.

Se precisó en el aparte dogmático de cara a la prueba de referencia que su diseño no cumple con exactitud las fundantes características del sistema penal con tendencia acusatoria, que sientan en su base los principios de la contradicción y de la inmediación, fundamentalmente; no obstante, se la concibe y avala dentro de los matices adjetivos pues cuenta con una bondad de preeminencia y es que, bajo su órbita de acción se recolecta información por lo general propicia para que se desaten problemas jurídicos que tienen que ver con la responsabilidad de un punible, pero simultáneamente consigue que no se revictimice a los menores, atendiendo las dificultades que supone para una víctima de un reato sexual, haber

padecido una agresión de ese tipo y tener que revivirlo cuantas veces se pida dentro de las contiendas penales.

Supone acertadamente dicha protección que se logre reunir una información derivada de una prueba para el juicio oral pero que aquella no se adelante con las exigencias habituales, sino que se lo realiza llevando los relatos registrados en algún tipo de documento y, de esa manera, ingrese al juicio, sin que se generen interrogantes lesivos o incómodos a las víctimas, máxime si se trata de menores de edad.

Ahora bien, es de decir, que la información respecto al menor *N*, que es de quien se requeriría la atestación para lograr el fin que pretende el defensor, aquel de menguar credibilidad al testimonio de la niña víctima que acudió al juicio dentro de este asunto, no se puede dar, porque tuvo la alternativa de llamar directamente al nuevo presuntamente agredido al juicio, de inicial *N*, espacio donde se pudiera practicar la recolección de la información cautelando la máxima de la contradicción; empero, si se oteara algún tipo de riesgo para el agredido, se podría acudir al amparo de la prueba de referencia, siempre que se pueda materialmente hacerlo, lo que en este caso no ocurre, dado que no hay nada recolectado por parte del infante *N* que conste en una investigación previa ni tampoco habría sido pedido así, ello incluso se podría deber a que fue en desarrollo del juicio oral que se conoció de los posibles atentados al bien jurídico de la

formación sexual, pero las razones por lo que haya sido, no son de incumbencia de este análisis.

Pero además, hay otro punto que esta Sala de decisión no puede pasar desapercibido y es que, cuando el defensor busca atenuar la credibilidad del testimonio de la menor MJNG, aquella hace alusión y relaciona en unos posibles fácticos a *N* y para nada hace mención al señor ..., en su calidad de padre del último niño relacionado, que es quien fue pedido como testigo de refutación para apoyar la teoría de descargo; siendo que tampoco resulta oportuno escuchar a..., pues nada tendría que atestar sobre hechos que no le constan y que si así fuera, debía verter el togado en la petición defensiva el vínculo de la información que justificaría su relevancia para la práctica en el juicio y para la resolución del problema jurídico específico de responsabilidad que ahí se debate.

Si bien se puede aseverar que el relato pedido no resuelve puntos exactos de la responsabilidad en este preciso asunto, tampoco ayudaría a aclarar aspectos alrededor de los hechos, y particularmente, al no relacionarse directamente al señor..., el tratamiento que se debe dar en el presente asunto examinado es el de prueba de referencia, conforme a los

lineamientos dogmáticos que se han indicado en la parte teórica de esta providencia.

Así las cosas, teniendo en cuenta lo anterior, y siendo que la figura de la prueba de referencia es la temática que gobierna la decisión y lleva a tomar una postura dentro del asunto, impera ahora confirmar el auto proferido por la Juez individual.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pasto
Sala de Decisión Penal,

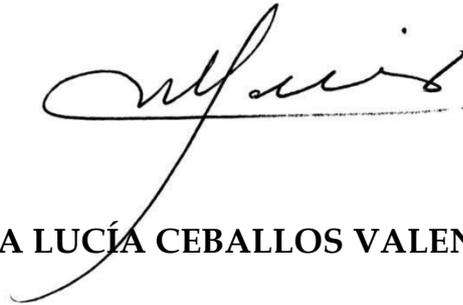
RESUELVE

PRIMERO. – CONFIRMAR el auto apelado el día 9 de octubre del 2024, emitido por el Juzgado Penal del Circuito de Túquerres (N), conforme a la parte motiva de esta decisión interlocutoria.

SEGUNDO. - Esta decisión queda notificada en estrados y contra no procede recurso alguno.

TERCERO. - Regrese el asunto al juzgado de origen para continuar con el trámite ordinario.

CÚMPLASE



MIRTHA LUCÍA CEBALLOS VALENCIA

Magistrada



FRANCO SOLARTE PORTILLA

Magistrado



3468

HÉCTOR ROVEIRO AGREDO LEÓN

Magistrado