



SALA PENAL

Medellín, diecinueve (19) de abril de dos mil diecisiete (2017)

Aprobado en la fecha, acta: 046

Radicado: 05 360 60 990572016 04350

Auto de Segunda Instancia: 048

Procesado: J. J. H. A.

Delito: Actos sexuales con menor de 14 años.

M. Ponente: Cesar Augusto Rengifo Cuello

Lectura: Viernes, 21 de abril, 2017. Hora: 08:45 a.m.

Procede esta Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía, contra la decisión proferida en audiencia preparatoria por la Juez Segunda Penal del Circuito de Itagüí, Antioquia, el 17 de marzo del año que transcurre, mediante la cual decretó una prueba a la defensa.

ANTECEDENTES

1°.- Ante el Juez Segundo Penal del Circuito de Itagüí con funciones de conocimiento se adelanta la etapa de juicio en el proceso que se sigue en contra de J. J. H. A., por la conducta punible de acto sexual con menor de 14 años, consagrada en el artículo 209 del C. Penal.

2° - En el trámite de la audiencia preparatoria el delegado Fiscal se opone a que el informe de valoración neuropsicológica de la presunta víctima menor de edad haga parte del decreto de pruebas por cuanto considera que fue obtenido ilícitamente. Dicho elemento no es una base de opinión pericial sino una historia clínica (que contiene su evolución en esta esfera con anterioridad a los hechos), documento que cuenta con reserva legal sin que se allegue autorización de juez

de control de garantías para levantarla, ni permiso por parte del representante legal del menor de edad, ni del infante. Para la fecha de los hechos la progenitora no tenía su custodia, por ende no es válida su autorización. Al suministrarse ese documento a la defensa sin cumplirse con las exigencias legales para el efecto se está violando el derecho a la intimidad de la víctima pues contiene datos sensibles sobre su salud, sin que sea la conducta del menor el objeto de esta investigación, sino la de su abuelo. Como soporte normativo de su solicitud alude a los artículos 359 y 360 del Estatuto Procedimental Penal.

3º - Por su parte la defensa explica que se está solicitando el peritaje de la psicóloga que elaboró el informe de valoración neuropsicológica, anexo a la historia clínica del menor. Prueba con la cual pretende demostrar ciertos aspectos específicos que interesan al debate y tienen que ver con unas situaciones puntuales sobre la capacidad de comunicación, comprensión del mundo y el coeficiente intelectual de la víctima, con lo cual se sabrá hasta qué punto podía el menor comprender lo que contaba y cómo esta circunstancia pudo influir en su relato de los hechos ante la Fiscalía. Se introducirá por medio de la sicóloga que elaboró el referido informe.

Sostiene el letrado que el elemento se obtuvo con la aquiescencia, la autorización de los familiares de la menor, específicamente de su abuela y su madre; de esta manera fue que la clínica entregó copias de la aludida historia y el informe anexo. El elemento sirve para hacer menos creíble la teoría de la Fiscalía. El estudio psicológico se realizó luego de un trámite administrativo que se generó desde la misma institución en donde cursa sus estudios el menor, con el fin de detectar el origen de los problemas de aprendizaje que este presentaba en el colegio, proceso que culminó con la evaluación del educando realizada en la clínica CES, todo con la autorización de sus acudientes.

4º - Finalmente la a-quo considera que si su representante legal o las personas que tienen la custodia del menor autorizaron las copias, no existe la alegada ilegalidad del elemento, siendo claro que el menor no puede dar este tipo de autorizaciones. No se vulnera en este caso el derecho a su intimidad, pues los hechos puntuales que se pretenden demostrar con su uso están relacionados con la capacidad de comprensión y cognitiva del infante, no se está divulgando

ningún secreto del menor, sino las dificultades en áreas específicas del conocimiento. Dicho proceso administrativo se realizó al interior de su colegio, con la debida autorización de sus representantes legales y derivó en la evaluación realizada en la clínica CES de la ciudad. Por estas razones confirma su decisión y autoriza que el elemento haga parte del decreto de pruebas.

5º - El señor Fiscal interpone el recurso de apelación en el acto. Apoyado en la sentencia C-36 del año 2007 de la Corte Constitucional, sostiene que todo dato que en la investigación implique conocimiento de situaciones que tiene que ver con la intimidad de la persona requiere ser autorizado por juez de control de garantías, con mayor razón cuando la víctima es un menor de edad, y de un delito sexual presuntamente cometido por un familiar que para la época tenía la custodia del infante. La reserva legal de este documento no se puede levantar mediante un proceso administrativo de un colegio, como se ha dicho, sucedió en este caso; tampoco se acompaña autorización del menor, ni de sus representantes legales, y esta actuación no puede darse posteriormente a la obtención del elemento. Debía ser el juez de control de garantías el que autorizara el levantamiento de la aludida reserva. Si se permite que este documento ingrese de esta manera al juicio se violaría el derecho a la intimidad del menor por haber sido obtenida la información de manera "ilícita".

6º - La defensa como no recurrente solicita que se confirme la decisión atacada y se permita que el elemento haga parte del decreto de pruebas. Asevera el togado que nunca se dijo que fue a través del colegio que se obtuvo el aludido informe, sino a través de una investigadora de la Defensoría del Pueblo, mediando el consentimiento de los representantes legales de la presunta víctima, por lo que no se precisó de la autorización de juez de control de garantías en este caso para que la clínica entregara la documentación. El elemento no apunta a perjudicar al menor, sino a esclarecer la verdad de unos hechos que interesan al proceso, solo que son circunstancias que favorecen la teoría del caso de la defensa. El elemento es lícito. Solicita confirmar la decisión recurrida.

5º - La Juez de conocimiento concede en el efecto suspensivo el recurso de apelación contra la decisión que decreta la referida prueba solicitada por la defensa técnica.

CONSIDERACIONES

Al tenor de lo regulado en el numeral 1° del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, esta Magistratura es competente para decidir el recurso de alzada.

Al margen de que el impugnante de manera indistinta refiera en sus alegaciones el elemento fue obtenido de forma ilícita y otras de forma ilegal,

Como lo ha venido sosteniendo esta Sala de Decisión Penal y otras Salas de Decisión Penal de este Tribunal Superior, y recientemente la Corte Suprema de Justicia¹, el recurso de apelación es improcedente respecto a la decisión que admite u ordena la práctica de pruebas en el juicio.

Y es que en criterio de esta Sala, en el evento que en el decreto de pruebas se lleguen a incluir algunos medios de conocimiento que resulten ilícitos o ilegales, este será un aspecto que debe ponerse de relieve para su discusión en la fase de los alegatos de cierre, todo con miras a que el juez decida si entra a valorar adecuadamente el medio de prueba, o deja de hacerlo, luego de un ponderado análisis de un asunto que indudablemente está vinculado con la valoración de dichos elementos.

Lo anterior, por cuanto luego de hacerse una somera, pero adecuada y sistemática interpretación de la normativa procesal que regula tanto el carácter de la decisión impugnada, como la alzada misma, se llega a la conclusión que no procede el recurso de apelación contra este tipo de decisiones.

En cuanto al objeto de discusión, encontramos que el artículo 177 de la ley 906 de 2004 cuando se refiere a las decisiones sobre pruebas a practicar en el juicio, expresamente establece en su numeral cuarto que el recurso de apelación procede en el efecto suspensivo es contra “El auto que niega la práctica de prueba en el juicio oral”; lo que permite concluir, que contra la decisión que admite la práctica de pruebas en el juicio, no es procedente el recurso de apelación. Por su parte en el inciso 3° del artículo 359 ibídem, se dispone: “Cuando el juez excluya, rechace o inadmita una prueba deberá motivar oralmente su decisión y contra

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 47.469 de fecha 27 de junio de 2016, M. P GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ.

ésta procederán los recursos ordinarios”, deviene idéntica conclusión a la anterior, esto es, que contra el auto que niega la exclusión o el rechazo de un medio de pruebas no procede el recurso de apelación.

A esa conclusión, y no a otra se arriba, cuando expresamente se dispone en el inciso 3º del artículo 359 ibídem, que los recursos ordinarios procederán contra las decisiones que excluyan, rechacen o inadmitan una prueba.

*Así mismo en el artículo 20 –norma rectora-, se nos dice que la doble instancia de las decisiones judiciales en este sistema acusatorio, expresamente se consagra para las sentencias y los autos que se refieran a la libertad del imputado o acusado, que **afecten** la práctica de las pruebas o que tengan efectos patrimoniales, salvo las excepciones previstas en este Código. Y es que si afectar es perjudicar a la parte que solicita la prueba pues no se la ordena, impidiéndole de esa manera que se materialice el derecho de defensa mediante el ejercicio efectivo de la controversia. Es claro entonces, que tal afectación se presenta cuando se niega la práctica de una prueba, ya sea porque se inadmita, rechace o excluya.*

De otro lado, como lo acabamos de ver en las normativas mencionadas, al no regularse particularmente en lo que tiene que ver con la procedencia del recurso de apelación para la decisión de admisión de pruebas en el juicio, resulta improcedente el interpuesto por el apelante, pues para esa decisión no se ha contemplado en nuestra legislación la doble instancia, solo siendo viable el recurso de alzada contra la que admite pruebas, cuando la misma se refiere a la admisión de la práctica de prueba anticipada, tal como se desprende expresamente de los artículos 177 y 284, parágrafo 2º de la Ley 906 de 2004, o contra aquella que las inadmite, excluye o rechaza, artículos 177.4 y 359, inciso 3º ejusdem, pues como se vio, estas determinaciones de la judicatura generan afectaciones para la parte que la solicitó, que pueden ir en detrimento su particular teoría del caso. Situación que en lo absoluto es la que se plantea a la Sala.

En lo pertinente a la procedencia del recurso de apelación frente a las decisiones de admisión, exclusión o rechazo de pruebas, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia precisó²:

“Sin embargo, en la codificación procesal penal que rige el presente asunto, el legislador, dentro de su libertad de configuración y en observancia de la arquitectura inherente a la sistemática acusatoria desarrollada en la Ley 906 de 2004, extendió el acceso a la segunda instancia a otro tipo de decisiones judiciales, como se desprende de lo previsto en el artículo 20 del citado estatuto, al consagrar que “...los autos que se refieran a la libertad del imputado o acusado, que afecten la práctica de las pruebas o que tengan efectos patrimoniales, salvo las excepciones previstas en este código, serán susceptibles del recurso de apelación” (resaltado y subrayado ajeno al texto).

*La Corte destaca la expresión verbal utilizada en esa disposición para aludir a las providencias que en tratándose de pruebas son pasibles del instrumento de impugnación vertical, pues dado que las palabras usadas por el legislador deben entenderse en su sentido natural y obvio³, el significado que en ese contexto tiene el vocablo **afectar** no es otro que el de “...5. Menoscabar, perjudicar, influir desfavorablemente. 6. Producir alteración o mudanza en algo...”⁴.*

Por tanto, con sujeción al citado precepto, el cual como norma rectora es prevalente sobre las demás y debe ser utilizado como fundamento de interpretación (idem, artículo 26), en materia de pruebas es procedente el recurso de apelación como mecanismo para acceder a la segunda instancia, únicamente respecto de las decisiones que impidan su efectiva práctica o incorporación.

Tal conclusión, que coincide con el sentido del pronunciamiento supuestamente constitutivo de nulidad, no vulnera las prerrogativas constitucionales que el memorialista denuncia como agravadas, pues, por el contrario, encuentra confirmación expresa en un mandato posterior de la misma codificación, el cual regula el desarrollo de la audiencia preparatoria, escenario en el que las partes ejercen el derecho a solicitar pruebas y a oponerse a las pretendidas por el adversario.

En efecto, de conformidad con el artículo 359 de la Ley 906 de 2004, las partes (y el Ministerio Público) podrán solicitar al juez la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba que resulten impertinentes, inútiles, repetitivos, ilegales u obtenidos con violación de los requisitos formales (artículo 360 ídem), y acerca de la decisión que al respecto debe adoptar el juzgador, el mismo precepto inicialmente citado consagra en su inciso final (que el actor se cuidó de no citar) lo siguiente:

“Cuando el juez excluya, rechace o inadmita una prueba deberá motivar oralmente su decisión y contra esta procederán los recursos ordinarios”.

*La diafanidad de la regla no da espacio a interpretaciones subjetivas o acomodadas, por elaboradas que ellas sean: sólo respecto de los pronunciamientos que impiden o enervan (**afectan**) la práctica de pruebas, son pertinentes los recursos ordinarios.*

De lo anterior se sigue, en consecuencia, que en la hipótesis contraria, esto es, cuando el juez ordena la práctica o incorporación de las pruebas solicitadas por las partes, o cuando desestima o niega la exclusión, rechazo o inadmisibilidad alegada por alguna de ellas, tal

² CSJ, SP., Rad. 37298 de fecha 30 de noviembre de 2011, M. P Julio Enrique Socha Salamanca.

³ Código Civil, artículo 28.

⁴ Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésima Segunda Edición 2001. Pág. 54.

Magistrado Ponente: César Augusto Rengifo Cuello

Radicación: 05-360-60-99057-2016-04350

Procesado: J. J. H. A.

Delito: Acto sexual con menor de 14 años

pronunciamiento, en aplicación de la regla general contenida en el artículo 176, inciso segundo, de la Ley 906 de 2004⁵, sólo es susceptible del recurso de reposición.

Y ello es así porque una decisión en tal sentido implica o apareja apenas el impulso de la actuación hacia la fase subsiguiente: el juicio, con el fin de evitar el entorpecimiento del proceso, sin que por tal resolución quede agotada la controversia o crítica de las pruebas ordenadas, ejercicio cuyo escenario natural es el debate oral y público, espacio en el que con sujeción a los principios de publicidad, contradicción, inmediación y concentración, y con observancia de las reglas inherentes a la práctica e incorporación de cada uno de los diferentes medios de prueba, las partes deben llevar al conocimiento del juez los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, valga decir, los que tienen que ver con la materialidad de un comportamiento constitutivo de una conducta punible y la responsabilidad del acusado como su autor o partícipe (Ley 906 de 2004, artículos 372 y 373).

Dicho de otra forma, la orden de practicar una prueba o la decisión de no acceder a su exclusión, rechazo o inadmisibilidad, en manera alguna lesiona prerrogativas superiores de la parte contra la cual se pretende aducir el elemento cognoscitivo, pues, además de lo ya puntualizado, en cuanto hace al derecho de contradicción, el desenvolvimiento de esa garantía se dinamiza y hace efectivo en el debate oral con la práctica de las pruebas de confutación o contra pruebas, así como con la crítica que se haga de las realizadas por la parte contraria, bien al momento de los alegatos de conclusión o al sustentar los recursos de ley contra la providencia que defina el fondo de la controversia con base en esos medios de conocimiento.”

A este proveído se adviene en su integridad la Sala. Huelga advertir que pese a la postura jurisprudencial que sobre el particular ha venido siendo la dominante al interior del máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria en nuestro país⁶, recientemente⁷ el Alto Tribunal de nuevo vario su postura al respecto señalando que contra la decisión que admite pruebas no procede recurso alguno, pronunciamiento al que nos adherimos por considerar que resulta acorde con los preceptos normativos que regulan el tema bajo análisis; y en el entendido además, que el problema planteado en últimas se convierte en un conflicto de valoración probatoria que debe agotarse en desarrollo de la audiencia de juicio oral, por lo que en la práctica discutir en segunda instancia en la presente oportunidad lo decidido por al a-quo, emerge como intrascendente, dilatorio y contrario a los postulados que requieren por una pronta y cumplida justicia; más aún, cuando por el carácter adversarial del nuevo sistema la real controversia probatoria se presenta es en el juicio cuando se practica y valora la misma en pro de la prevalencia del derecho sustancial.

⁵ “Salvo la sentencia la reposición procederá para todas las decisiones y se sustenta y resuelve de manera oral en la respectiva audiencia”.

⁶ Corte Suprema de Justicia, radicados 36562 del 13 de junio de 2012, radicado 39848 del 26 de septiembre de 2012, radicado 39747 del 17 de octubre de 2012, radicado 41003 del 15 de mayo de 2013.

⁷ CSJ, SP. Rad. 47.469 de fecha 27 de junio de 2016, M. P Gustavo Enrique Malo Fernández.

Acorde al análisis y la forma de razonar expuestas, la Sala se abstendrá de decidir sobre el recurso de alzada interpuesto contra decisión de primera instancia por medio de la cual la a-quo accedió a incluir en el decreto de pruebas un elemento solicitado por la defensa, imponiéndose su rechazo por improcedente⁸, conforme lo dispone el artículo 139, numeral 1° de la Ley 906 de 2004.

*Por lo expuesto, esta Sala de Decisión Penal del **Tribunal Superior de Medellín**,*

RESUELVE

ABSTENERSE DE RESOLVER el recurso de alzada interpuesto y concedido, pues el mismo se **RECHAZA**. En consecuencia, se dispone la remisión del expediente al Juzgado de origen para que se prosiga con el desarrollo de la etapa de juicio.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO

LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE

⁸ Artículo 139, numeral 1° de la Ley 906 de 2004.

Magistrado Ponente: César Augusto Rengifo Cuello
Radicación: 05-360-60-99057-2016-04350
Procesado: J. J. H. A.
Delito: Acto sexual con menor de 14 años

**RELEVANTE
SALA DE DECISIÓN PENAL**

M. PONENTE	: CESAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO
ACTA DE APROBACIÓN	: 46
RADICADO	: 05 360 60 99057 2016 04350
CLASE DE ACTUACIÓN	: APELACIÓN
TIPO DE PROVIDENCIA	: INTERLOCUTORIA
FECHA	: 19 DE ABRIL DE 2017
DECISIÓN	: RECHAZA RECURSO
DELITO	: ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS

DESCRIPTOR

-APELAN DECISIÓN QUE ADMITE SOLICITUD PROBATORIA / PROCEDENCIA DE LA ALZADA EN RELACION CON EL DECRETO PROBATORIO / ANÁLISIS DE LA NORMATIVIDAD PENAL EN LA MATERIA / JURISPRUDENCIA / POSTURA DE LA SALA MAYORITARIA.

RESTRICTOR

- El recurso de apelación procede en el efecto suspensivo contra el auto que niega la práctica de prueba en el juicio oral, así lo dispone el artículo 177.4 de la ley 906 de 2004.

- Los artículos 177.4 y 359, inciso 3° de la Ley 906/04, consagran el recurso de apelación contra la decisión que inadmite, excluye o rechaza pruebas, pues tales determinaciones pueden afectar la particular teoría del caso de la parte que las deprecia y como tal son susceptibles de ser revisadas por una instancia superior.

- Una somera, pero adecuada y sistemática interpretación de la normativa procesal que regula tanto el carácter de la decisión impugnada, como la alzada misma, permite concluir que no procede el recurso de apelación contra este tipo de decisiones, esto es, contra aquella que admite una solicitud probatoria y ordena su práctica en juicio.

- Se rechaza el recurso de apelación concedido en este caso por el a-quo, por considerar la Sala Mayoritaria que el mismo es improcedente. El Magistrado disidente salva voto.