



SALA DE ASUNTOS PENALES PARA ADOLESCENTES

Radicación: 05 001 60 01250 2018 00286 (9386)
Infractor: J.A.R.G.
Delito: Homicidio agravado en concurso heterogéneo con hurto calificado y agravado
Magistrado Ponente: Rafael Delgado Ortiz
Motivo: Apelación de auto que niega pruebas
Decisión: Declara desierto y rechaza

Auto interlocutorio N°: 037
Discutido y aprobado mediante acta N°: 057
Medellín, veintisiete de abril de dos mil dieciocho

ASUNTO A TRATAR

Procede esta Sala de Decisión a pronunciarse respecto de los recursos de apelación interpuestos por la Delegada Fiscal 076 Seccional y el apoderado de víctimas, contra el auto emitido el pasado 13 de abril por el Juez Quinto Penal del Circuito para Adolescentes con Funciones de Conocimiento de Medellín, mediante el cual negó la solicitud de algunas pruebas, en la causa que se adelanta en contra de **J.A.R.G**¹.

ANTECEDENTES FÁCTICOS

Acorde con lo expuesto en el escrito de acusación, el 7 de febrero de 2018, alrededor de las 09:30 horas, en la carrera 74 con calle 50, vía pública de esta ciudad, sector la Iguaná, **ALEJANDRO TORO GONZÁLEZ** y **NEYDER**

¹ La información que permite identificar o individualizar al menor, fue suprimida atendiendo a las disposiciones de los artículos 33 y 193 de la ley 1098 de 2006 y demás normas pertinentes.

BEJARANO CORTEZ, fueron abordados por J.A.R.G., quien se encontraba en compañía de otro adolescente y un adulto, así estando provisto el segundo de los menores de un destornillador, les dijeron a aquellos que les entregaran sus gorras y prendas de vestir, pero al no acceder, les arrebataron las gorras y tras la reacción del también menor ALEJANDRO TORO GONZÁLEZ para recuperarlas, fue rodeado, por J.A.R.G, ocasionándose el ataque donde le causaron una herida que le produjo la muerte.

El 07 de febrero de 2018 ante el Juzgado Tercero Penal Municipal para Adolescentes, a solicitud de la representante del ente acusador, se llevaron a cabo las audiencias concentradas de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de internamiento.

El 05 de marzo pasado, fue presentado escrito de acusación en contra de J.A.R.G, correspondiendo por reparto al Juzgado Quinto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento para Adolescentes de Medellín, la respectiva audiencia se realizó el 21 de marzo de 2018 y la preparatoria el 13 de abril pasado, en cuyo desarrollo el Funcionario de instancia se pronunció respecto del pedido probatorio de las partes, negándose el decreto de los testimonios del patrullero Andrés Felipe Pineda Peláez, la investigadora Liny Rendón y la asistente de Fiscalía Nora Elena Gómez, habiéndose interpuesto el recurso de alzada por parte de la delegada fiscal y el apoderado de víctimas, respecto de los dos primeros.

LA PROVIDENCIA APELADA

El *A quo* fundamentó su decisión de no decretar el testimonio del patrullero Andrés Felipe Pineda Peláez, refiriendo que lo enunciado por la Delegada Fiscal respecto del mismo, fue que recolectó elementos materiales probatorios, hizo las entrevistas necesarias a los testigos de los hechos e igualmente labores de campo y, que en tal sentido, declarararía sobre esas actuaciones; concluyendo así, que lo expuesto no era prueba del proceso, no constituyendo razones suficientes para que rindiera declaración.

Refirió el funcionario que lo mismo ha expresado respecto de los informes ejecutivos que tiene la Fiscalía, sin que ello signifique que no puedan llegar a solicitarse, en el momento de ser requerido, como prueba de referencia, a través de quien realizó la entrevista, pero los informes ejecutivos son las labores que hacen los investigadores, los policías, entonces si recibieron entrevistas y quienes las rindieron fueron solicitados como testigos, son ellos quienes acuden a declarar en virtud del principio de inmediación y no quien hizo el informe ejecutivo. Precisó finalmente, que la Fiscalía solo indicó que recibió entrevistas sin precisar cuáles, como tampoco las labores de campo que realizó, concluyendo que no se cumplía con el requisito de pertinencia.

En lo que respecta a la investigadora Liny Rendón, expuso que de la misma manera, la Delegada Fiscal enunció que solicitaba su declaración porque realizó actos investigativos y que tuvo conocimiento de los hechos a través de la línea 123, que hizo entrevistas a personas que se

encontraban en el lugar de los hechos, argumentos que no satisfacen los requisitos de pertinencia ni conducencia.

DE LA APELACIÓN

Frente a la decisión del Juzgado Quinto Penal para Adolescentes de Medellín de no decretar las declaraciones de Andrés Felipe Pineda Peláez y Liny Rendón, la representante de la Fiscalía interpuso el recurso de apelación; para ello, refirió que la Corte Suprema de Justicia con radicado 51882 del 07 de marzo de 2018, teniendo como MP. Patricia Salazar Cuellar, indica que una prueba podría ser inadmisibile cuando es impertinente, que no tuviera relación con los hechos o la teoría del caso de la Fiscalía, que fuera superflua u obtenida ilegalmente.

Manifestó la censora que, atendiendo el pronunciamiento de la Corte, consideraba que las pruebas que fueron solicitadas y hacen parte de su teoría del caso, en lo que respecta al testimonio de Andrés Felipe Pineda se indicó precisamente que realizó actos investigativos y dentro de estos recibió entrevistas y, que si bien es cierto que el titular del despacho manifestó que para ello vendrán a declarar los testigos de los hechos, es importante que la Fiscalía piense más allá, en la medida que se tiene la confianza de que aquellos comparezcan al juicio, pero ocurre que en principio dan sus declaraciones, pero después no aparecen, debiendo luego en el juicio solicitar una prueba excepcional de referencia.

Precisó así, que tanto el patrullero Andrés Felipe Pineda Peláez como la investigadora Liny Rendón, eran testigos fundamentales, razón por la cual no era dable que se le indicara que eran impertinentes, al haber realizado entrevistas, quienes también darán cuenta de las labores investigativas realizadas, de los elementos que recolectaron y la manera en que lo hicieron.

Afirmó que en la sentencia referida, se dan cuenta de los requisitos especiales para que las pruebas puedan ser consideradas inadmisibles, rechazadas o negadas, sin que en el caso bajo estudio se den tales, al no ser impertinentes, ilegales o descabelladas.

Por lo expuesto solicitó la revocatoria parcial de la decisión emitida por el *A quo*.

Por su parte, el apoderado de las víctimas, fundamentó su recurso, sosteniendo que la Delegada Fiscal había explicado las razones por las cuales la declaración del patrullero Andrés Felipe Pineda Peláez y la investigadora Liny Rendón, eran útiles para su teoría del caso, pues estos darán a conocer en el juicio los actos de investigación que realizaron y la manera en que los desarrollaron, para que sus dichos puedan ser valorados por la judicatura.

Indicó que en sede de preparatoria, basta con indicar que recolectaron material probatorio, dando luego cuenta en el juicio de cómo realizaron las entrevistas, de lo cual se desprende la utilidad y pertinencia de los testimonios,

en la medida que complementados con los demás testimonios que se practicarán, se hará más creíble la teoría de la Fiscalía.

Por lo expuesto, solicitó se revoque lo decidido por el Juez de instancia respecto de los dos testigos.

El juez, al hallar debidamente sustentados los recursos, otorgó los mismo en el efecto suspensivo.

SE CONSIDERA PARA DECIDIR

En primer lugar, ha de afirmarse que La Sala es competente para resolver la apelación propuesta de conformidad con el artículo 168 de la ley 1098 de 2006, dentro de los límites impuestos por la naturaleza del recurso y los temas de impugnación.

En esta oportunidad y ante la interposición de un duplo de recursos, procederá esta Sala a pronunciarse, en un primer momento, respecto del instaurado por la Delegada del ente acusador, indicándose desde ya, que es necesario determinar si los argumentos planteados por la censora atacan la decisión del *A-quo* lo que nos llevaría a conocer de fondo el asunto puesto de presente, debiéndose en consecuencia analizar si se decretan o no las pruebas apeladas, o si por el contrario debe declararse desierto el mismo.

En la respectiva audiencia, el Funcionario de instancia negó el decreto de los testimonios del patrullero Andrés Felipe Pineda Peláez y la investigadora Liny Rendón, exponiendo, como su argumento central, que los fundamentos dados por la Delegada Fiscal no se apreciaban suficientes para cumplir con el requisito de pertinencia, en la medida que indicó que aquellos acudirían al juicio para dar cuenta de las labores investigativas que realizaron, de las cuales solo advirtió, de manera general, que consistieron en la recolección de elementos materiales probatorios, la recepción de entrevistas y en el caso de Liny Rendón, que igualmente había tenido conocimiento de los hechos a través de la línea 123.

Para el *A quo*, respecto de la recepción de entrevistas, son las personas que las rindieron quienes deberían comparecer a la vista pública para dar su declaración, sin desconocer, que en el caso en que fuera necesario, pudiera darse lugar a la solicitud de una prueba de referencia.

Ahora bien, al confrontar lo expuesto por la censora, con los argumentos que sustentaron la providencia objeto de reproche, es dable concluir que no se cumplió con la carga procesal, en la medida que se limitó a indicar que las declaraciones resultan de importancia para su teoría del caso; en lo relativo a las entrevistas, de las cuales nada precisó, señala que se daban circunstancias en que el testigo no comparecía, haciéndose así necesario proceder a solicitudes excepcionales de pruebas de referencia, como si

fuera necesario adelantarse a una eventual no comparecencia de los testigos

Reiteró que el patrullero Andrés Felipe Pineda Peláez y la investigadora Liny Rendón darían cuenta de las labores investigativas realizadas, de los elementos recolectados y la manera en que lo hicieron y que en tal sentido, apoyándose en la sentencia 51882 del 07 de marzo de 2018, que señala los requisitos especiales para que las pruebas puedan ser consideradas inadmisibles, rechazadas o negadas, sin que en el caso bajo estudio se den tales, al no ser impertinentes, ilegales o descabelladas, solicitaba la revocatoria parcial de la decisión emitida por el *A quo*, pero sin enunciar o explicar por qué tales testimonios son pertinentes.

Sobre la exigencia de sustentación debida del recurso, ha de indicarse que esta implica una carga para quien pretende la revocatoria de la providencia atacada, consiste en poner de presente el desacuerdo con el punto específico de su disenso, exponiendo las falencias de la decisión apelada, bien sea, por deficiencias en la apreciación de la petición probatoria o por fallas en la aplicación de la normatividad, siendo menester manifestar cuáles son esas irregularidades concretas.

Ha precisado la Sala de Casación Penal de la Corte suprema, frente a la referida exigencia:

Primero, la necesidad de sustentar debidamente la impugnación presentada. Esto comporta, de una parte, que toda impugnación debe ser sustentada, pero además, que no basta la mera sustentación, sino que esta debe ser adecuada al objeto de controversia.

De manera pues que no basta con sustentar sino que esa argumentación debe ser debida, adecuada, apropiada al caso.

Una sustentación debe entenderse adecuada, cuando está orientada a controvertir los argumentos de la decisión cuestionada, pretendiendo de manera razonable demostrar el desacierto de la misma y las bondades de la tesis que se propone. La sustentación tiene como objetivo atacar o controvertir la tesis expuesta en la decisión, ello se logra presentando razones, destacando falencias, tratando de mostrar el desacierto de la decisión.²

De la providencia en cita, es dable colegir, que la carga procesal argumentativa, no se agota en el acto formal de evidenciar el disenso con la decisión atacada, sino que es necesario que los argumentos desarrollados sean razonables y orientados a conseguir que quien desata la alzada revoque o modifique la decisión; situación que para el caso bajo estudio, en criterio de esta Sala de Decisión, no se cumple pues, de manera contraria, la recurrente reitera las enunciaciones generales de las acciones investigativas realizadas por el patrullero Andrés Felipe Pineda Peláez y la investigadora Liny Rendón, destacando su importancia para la teoría del caso y su necesidad en el evento en que los testigos a quienes ellos les recibieron entrevistas, sin que fueran identificados, no comparecieran al llamado a la vista pública, haciéndose con ello necesario elevar solicitudes excepcionales de pruebas de referencia.

Así las cosas, la queja de la parte resulta inane, pues lejos de atacar los argumentos del fallador, le dan mayor firmeza, cuando quiera que el argumento central es adelantarse a una eventual solicitud excepcional de pruebas de referencia, ante la no comparecencia de los

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto Radicación 38.137. del 19 de septiembre de 2012. M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.

testigos, dejando de lado que el A quo refirió dentro de su providencia, que ello sería dable, de presentarse las circunstancias.

Concluido el desconocimiento de la carga procesal por parte de la recurrente, deviene la consecuencia de declarar desierto el recurso interpuesto por la misma, como se indica en la disposición normativa contenida en el artículo 179A de la Ley 906 de 2004.

Lo anterior reafirmado por la Corte Suprema de Justicia:

“Así, la misma normatividad procesal señala la consecuencia de no sustentar el recurso, cual es la declaratoria de desierto a voces del artículo 179 A, eventualidad ocurrida en el presente caso, dado que la parte inconforme con la decisión no ofrece los argumentos de hecho y de derecho que controviertan, refuten o nieguen los propuestos por el juzgador.

El mandato de la mencionada disposición no se limita al plano formal, sino que impone la carga procesal de sustentar el recurso, entendiéndose por ello la obligación de referirse a los argumentos fácticos y jurídicos de la decisión que impugna y mostrar dialécticamente su inconformidad con los mismos.

Precisamente en relación con ese aspecto, la Sala ha señalado lo siguiente:

«De ahí que la fundamentación de la apelación constituya un acto trascendente en la composición del rito procesal, en la medida que no basta con que el recurrente exprese inconformidad genérica con la providencia impugnada, sino que le es indispensable concretar el tema o materia de disenso, presentando los argumentos fácticos y jurídicos que conducen a cuestionar la determinación impugnada, carga que de no ser acatada, obliga a declarar desierto el recurso, sin que se abra a trámite la segunda instancia, toda vez que de frente a una fundamentación deficiente el funcionario no puede conocer acerca de qué aspectos del pronunciamiento se predica el agravio. Pero una vez satisfecho el presupuesto de la fundamentación explícita o suficiente, en cuanto identifica la pretensión del recurrente, adquiere la

característica de convertirse en límite de la competencia del superior, en consideración a que sólo se le permite revisar los aspectos impugnados.» (CSJ SP, 11 abr. 2007. Radicado 23667).

Entonces, la declaratoria de desierto del recurso se presenta bajo dos circunstancias: (i) el silencio absoluto del apelante durante el término otorgado por la ley para sustentar, y, (ii) cuando a pesar de haber hecho uso de ese término, no da a conocer los motivos de disenso(...)"³

Una precisión debe hacerse sobre el tema:

En auto AP4870-2017 proferido dentro del radicado 50.560 de fecha 02.08.2017, MP. Luis Antonio Hernández Barbosa, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, señaló lo siguiente:

"2.Con sustento en lo dispuesto en los artículos 179A y 179B de la Ley 906 de 2004, la Sala ha sostenido pacíficamente que la declaratoria de desierto aplica, bien cuando el recurso es sustentado deficientemente, bien cuando la sustentación es inexistente o extemporánea, decisión contra la cual procede únicamente el recurso de reposición.

En contraste, cuando el juez concluye que su decisión no es "suceptible" (sic) del recurso de apelación, o aun siéndolo, la parte que lo propone carece de interés jurídico para recurrirla, la alzada debe negarse, en auto contra el cual procede la reposición y la queja⁴.

No obstante, encuentra la Sala que el citado criterio resulta inadecuado y por tanto, debe modificarse, pues comporta una restricción irrazonable y desproporcionada del principio general de la doble instancia".

Y, sostiene entonces esa Corporación:

"Dada la trascendencia de este principio, estima la Sala que en aquellos eventos en que media algún grado de

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 24.02.2016. Radicación 44684 AP 1069-2016. M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. AP del 24 febrero 2016, Rad. 44684; AP del 28 septiembre 2016, Rad. 48865; AP 15 Jul 2015, Rad. 46319, entre otros.

sustentación del recurso de apelación, de considerarse ésta indebida o insuficiente, lo procedente no es la declaración de desierto que, como se dijo, solo contempla como medio de control el recurso de reposición, sino su rechazo o negación, a efectos de habilitar la posibilidad que la parte afectada interponga, si lo estima pertinente, el recurso de queja.”

Significa lo anterior que ante eventos en los cuales se advierta, por el Juez de Primera Instancia, que la sustentación es indebida o insuficiente, el camino a seguir para ese funcionario no es declarar desierto el recurso sino rechazarlo o negarlo, pues así activa la posibilidad de atacar esa decisión mediante la queja.

Como ya lo hemos dicho en pasadas oportunidades, tiene sentido esa precisión hecha por la Sala de Casación Penal en la medida que posibilita el ejercicio de la doble instancia, pero se conserva para la segunda instancia la declaratoria de desierto cuando se advierta, ya en el trámite de la apelación, que la sustentación es deficiente.

Se impone, por consiguiente, como se ha advertido, declarar desierto el recurso interpuesto por la Delegada de la Fiscalía.

Del recurso interpuesto por el apoderado de las víctimas

En relación al recurso interpuesto por el apoderado de las víctimas como sujeto procesal, se hace menester, para el *Sub júdice*, abordar el instituto de la legitimidad, como requisito indispensable para que sea viable atacar a través de los recursos las providencias emitidas por los funcionarios judiciales.

En tal sentido, es importante resaltar, que a partir de los pronunciamientos de la Sala de Casación de la Corte Suprema Justicia, se ha decantado lo concerniente a la legitimidad, en el siguiente tenor:

“Para quedar habilitado con el fin de interponer un recurso, en el entendido de que el mismo será estudiado en su fondo, en quien lo postula deben concurrir dos requisitos:

(I) La legitimidad para el proceso, que radica en que con el cumplimiento de las exigencias regladas por el legislador el impugnante hubiese sido reconocido como parte o interviniente dentro de la actuación procesal. No admite discusión que el apelante cumple con la exigencia, en tanto se trata del defensor.

(II) La legitimidad en la causa o interés jurídico para recurrir, que comporta que solamente puede interponer el medio de gravamen el sujeto procesal, parte o interviniente que hubiere sufrido un daño, un perjuicio, un agravio real, efectivo, con la decisión censurada, o la parte pertinente de ella”⁵.

Con fundamento en las líneas precedentes, es posible concluir que el apoderado cumple con el primero de los requisitos, al actuar en representación de las víctimas, estando debidamente reconocido dentro de la actuación. Ahora bien, no ocurre lo mismo en lo que respecta al segundo de ellos, como quiera que, aunque pueda entenderse que las víctimas y Fiscalía actúan en una causa en común, es claro que las solicitudes probatorias que fueron resueltas de manera desfavorable, se presentaron por parte de la Delegada del Ente Acusador y que el apoderado de las víctimas no realizó postulación probatoria alguna, de ahí que no sea dable concluir agravio que lo legitime para recurrir la decisión.

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 44.683 – SP.13708 del 08 de octubre de 2014, MP. José Luis Barceló Camacho.

Conforme a lo antes dicho, el camino a seguir en este evento, será el rechazo del recurso de apelación, en la medida que la carencia del segundo de los requisitos torna inviable abordar el tema de disenso de fondo.

Por lo expuesto, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: Declarar desierto, por ausencia de sustentación, el recurso de apelación interpuesto por la Delegada Fiscal 076 Seccional contra el auto emitido el pasado 13 de abril pasado, por el Juez Quinto Penal del Circuito para Adolescentes con Funciones de Conocimiento de Medellín, mediante el cual negó la solicitud de algunas pruebas, en la causa que se adelanta en contra de **J.A.R.G.**

SEGUNDO: Rechazar, por carencia de legitimidad, el recurso de apelación impetrado por el apoderado de las víctimas, contra el auto emitido el pasado 13 de abril pasado, por el Juez Quinto Penal del Circuito para Adolescentes con Funciones de Conocimiento de Medellín, mediante el cual negó la solicitud de algunas pruebas, en la causa que se adelanta en contra de **J.A.R.G.**

TERCERO: En contra de esta decisión procede el recurso de reposición.

CUARTO: Esta decisión se notifica en este estrado judicial y su lectura ha sido delegada al magistrado ponente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RAFAEL MARÍA DELGADO ORTIZ
Magistrado

MARTHA LUCÍA HENAO QUINTERO
Magistrada

EDINSON ANTONIO MÚNERA GARCÍA
Magistrado