



## SALA PENAL

Radicado: 05001-60-00-206-2018-26784  
procesado: Brian Steven Henao Taborda  
Delito: fabricación, tráfico y porte de arma  
de fuego o municiones  
Asunto: Apelación de auto  
M. Ponente: Miguel Humberto Jaime Contreras

Aprobado por Acta No.08

Medellín, cuatro (4) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

### 1. VISTOS

Se pronuncia la Sala sobre el recurso de apelación que interpuso la Fiscalía en contra de la providencia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Bello, el 14 de diciembre de 2018, a través del cual ordenó incorporar algunos elementos materiales probatorios.

### 2. ANTECEDENTES

Instalada la audiencia de lectura de fallo, una vez hace la presentación el nuevo defensor y se le reconoce personería para actuar, procedió a solicitar le fuera permitido el ingreso de unos elementos materiales probatorios, que apuntan a ilustrar sobre las condiciones individuales, sociales y familiares del justiciable, consistentes en historia clínica de la abuela del procesado y declaraciones extrajuicio de los vecinos de esta, con miras a fundamentar la posible concesión de una prisión domiciliaria de su asistido como padre cabeza de familia, invocando la protección de sus derechos fundamentales y constitucionales, pese a que ya culminó la audiencia de que trata el artículo 447 del Código Procesal Penal. A esta solicitud se opuso la

Fiscalía, debido a que el momento procesal oportuno para lo que se depreca ya feneció.

### 3. LA SUTENTACIÓN DE LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN Y APELACIÓN

3.1 Ante la decisión del juez, la Fiscalía interpuso el recurso de reposición y en subsidio el de apelación. Se opone el Fiscal a que sean introducidos los elementos materiales probatorios enunciados por la defensa, por haber fenecido la oportunidad procesal para ello, como quiera que el artículo 447 del Código Procesal penal concede el uso de la palabra a la Fiscalía y la defensa por una sola vez, para que expongan los criterios individualizadores de la pena y en caso de no haber sido eso suficiente, era el juez quien tenía la facultad de ampliarlos, pero no lo hizo en la oportunidad debida.

Alega que el juez se encuentra parcializado al manifestar que es necesario conceder la palabra al actual defensor para que exponga los criterios individualizadores de la pena, en tanto el anterior se quedó corto al respecto, como quiera que está reviviendo una oportunidad que expiró.

3.2 La defensa, como no recurrente, solicitó que se mantenga la decisión de conceder la oportunidad de ingresar los elementos materiales probatorios, pues de lo contrario se le vulneraría el derecho a una defensa técnica, como quiera que observó que el anterior abogado no demostró con suficiencia los criterios individualizadores de la pena; en especial, lo que se refiere al arraigo familiar y la calidad de padre cabeza de familia de su defendido.

### 4. LA DECISIÓN CUESTIONADA

4.1 El juez accedió a la solicitud de la defensa, como quiera que consideró que: (i) si bien ya se realizó la audiencia de individualización de pena de que trata el artículo 447 del Código Procesal Penal, aún no

se ha dictado sentencia, por lo cual la defensa se encontraría dentro de la oportunidad legal para introducir los elementos materiales probatorios, en tanto lo que se pretende es ampliar los criterios individualizadores expuesto por el defensor que le antecedió; (ii) no existe norma expresa que lo prohíba y (iii) su introducción redundaría en garantía de los derechos de contradicción, defensa y debido proceso.

Expuso el juez que este Tribunal en asuntos como el presente, cuando no se accede al pedimento ha declarado la nulidad para que se vuelva a conceder la palabra para adicionar, sin identificar la providencia.

4.2 Al resolver el recurso de reposición, el funcionario judicial de conocimiento se ratifica en la decisión inicial, insistiendo en que si no se ha emitido la sentencia, la oportunidad de exponer los criterios individualizadores de la pena no ha precluido y es viable que la defensa se refiera a las condiciones personales, sociales y familiares del procesado, ampliando los expuestos por quien le antecedió; esto en garantía del derecho a la libertad, como quiera que se busca obtener unos de los mecanismos sustitutos de la pena o la prisión domiciliaria que son menos restrictivos de la libertad.

Al no reponer la decisión, concedió el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía ante este Tribunal, como quiera que si bien los artículos 177 y 447 del Código Penal no establecen la procedencia de recursos en asuntos como el que nos ocupa, conforme al artículo 20 ejusdem (norma rectora) dado que es un asunto que se refiere a la libertad del procesado, debe concederse la segunda instancia.

## 5. CONSIDERACIONES

Los antecedentes expuestos obligan a la Sala a establecer, prioritariamente, si la decisión del juez de primera instancia es susceptible de ser impugnada. Para resolver este aspecto es necesario consultar la naturaleza de la providencia apelada.

En este caso, expone el juez, que nos encontramos ante una decisión que se refiere a la libertad del procesado y que de ese modo es viable conceder el recurso de apelación; no obstante, la Sala no lo considera de este modo, por cuanto no comporta ninguna decisión sobre la libertad, para restringirla o concederla, y el concepto no puede ampliarse porque abarcaría muchas decisiones ajenas al tema como quiera que todos los asuntos penales de manera indirecta tendrían la virtualidad de afectar a la postre la libertad de los procesado. Se trata más bien de que el juez ordenó la incorporación de varios elementos de prueba, para demostrar las condiciones sociales, personales y familiares del procesado, siendo esta la real naturaleza de la decisión, esto es, se trata de una decisión que incorpora pruebas.

En nuestra tradición jurídica fue un asunto de pacífica interpretación que el auto que decreta pruebas era de mero trámite, es decir, que no resolvía un asunto esencial, por cuanto realmente el perjuicio que eventualmente pudiera causar una prueba realizada de más es insignificante, si en la valoración probatoria se hace el control debido. Esta misma lógica es la que se aprecia en la actualidad con la posición que prima en la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, adoptada en la providencia del 27 de julio de 2016, radicado 47469, en la que se determinó que solo procede el recurso de apelación en contra de las providencias que impidan la efectiva práctica o incorporación de la prueba y la decisión de excluir o no la prueba ilícita; lo primero, siguiendo el principio rector establecido en el artículo 20 de la ley 906 de 2004 y lo último, porque el tema adquiere la relevancia propia de la discusión de la vulneración de los derechos fundamentales.

En efecto, la providencia apelada no adquiere la condición de auto, según la definición que hace el numeral 2° del artículo 161 del Código Procesal Acusatorio, pues no resuelve ningún incidente o aspecto sustancial, lo cual la sustrae de la regla de procedencia del recurso de

apelación, sin que veamos norma concreta que lo autorice; cuando, además, jurisprudencialmente se ha previsto por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que “(...) las decisiones que en materia probatoria tienen recurso de alzada son: i.- la que inadmite pruebas<sup>1</sup>; ii.- la que resuelve (aceptando o no) una petición de aplicación de regla de exclusión<sup>2</sup> iii.- la que impone la sanción por descubrimiento extemporáneo, es decir, la que rechaza un medio de prueba<sup>3</sup>, y iv.- también la prueba anticipada por expreso mandato del artículo 179 numeral 6 del inciso 2<sup>4</sup>”.

Por fuerza de la libertad de configuración de los procedimientos, el legislador está facultado para limitar la posibilidad de interponer recursos, sin que el límite de esta potestad pueda estimarse rebasados por la norma rectora contenida en el artículo 20 de la ley 906 de 2004, según el cual la doble instancia en esta materia está reservada para cuando se afecta la práctica de las pruebas, cuyo alcance, según la providencia del 30 de noviembre de 2011, Rd. 37298 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es que: “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”

Pues bien, acogidos estos precedentes no hay duda que la providencia que nos convoca carece del recurso de apelación, como quiera que se ataca de manera directa el decreto de práctica de pruebas, causa por la cual se impone la inadmisión del recurso.

Por demás, ha de advertir la Sala, que no es este el momento de decidir la legalidad o no de las pruebas decretadas o si hubo imparcialidad o no por parte del juez, en tanto, en caso de llegarse a valorar las pruebas que fueron decretadas para demostrar las

---

<sup>1</sup> Artículo 179 inciso 1 numeral 4.

<sup>2</sup> Artículo 179 inciso 1 numeral 5.

<sup>3</sup> Al aplicarse la sanción de rechazo, se está denegando la prueba, por tanto, deviene la aplicación del numeral 4 previamente citado.

<sup>4</sup> Ver sentencia AP 8489 del 5 de diciembre de 2016, dentro del radicado 48178, con ponencia del Magistrado Eyder Patiño Cabrera

condiciones sociales personales y familiares del procesado en la sentencia, se activará la oportunidad de atacar su incorporación por extemporánea o la razón que sea, ejerciendo la contraparte los recursos ordinarios de considerarlo pertinente y podrán tomarse los correctivos que se estimen del caso.

En suma, acatando los precedentes vigentes, el Tribunal procederá a inadmitir el recurso de apelación formulado por la Fiscalía por cuanto versa sobre unas pruebas incorporadas en la audiencia de lectura del fallo, como adición de lo expuesto en la audiencia de individualización de la pena.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en Sala de Decisión Penal,

#### R E S U E L V E

Inadmitir el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía en contra del auto proferido, el 14 de diciembre de 2018, por el Juzgado 1 Penal del Circuito de Bello, conforme a las razones expuestas en la parte motiva.

Contra esta decisión, la que queda notificada en estrado al momento de su lectura, no procede recurso alguno.

MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS  
MAGISTRADO

PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN  
MAGISTRADO

MARITZA DEL SOCORRO ORTIZ CASTRO  
MAGISTRADA