El siguiente es el documento presentado por el Magistrado.

El contenido total y fiel debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Auto – 07 de septiembre de 2017

Proceso: Penal – Inadmite apelación de auto

Radicación Nro. : 66001-60-01248-2016-00180-01

Procesado: JCHS

Magistrado Sustanciador: EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS

**Temas: INADMISIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA EL AUTO QUE ADMITE DECRETO DE PRUEBAS.** El artículo 359 del Código de Procedimiento Penal hace mención a la exclusión, rechazo e inadmisibilidad de los medios de prueba, (…) Es clara la finalidad de los recursos de reposición y de apelación frente al pronunciamiento del juez en relación con los aspectos de exclusión, rechazo o inadmisión de la prueba, es decir, que la procedencia de aquellos lo sería exclusivamente en el caso de que así procediera, pero de lo contrario, esto es, la acción favorable de no excluir, rechazar o inadmitir la prueba, no es susceptible de los recursos.

**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA**

**Sala de Decisión No. 5 de Asuntos Penales Para Adolescentes**

Magistrado Sustanciador:

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

Pereira, Risaralda, siete (7) de septiembre de dos mil diecisiete (2017)

Expediente 66001-60-01248-2016-00180-01

Acta No. 463 del 7-09-2017 Hora: 9:00 a.m.

**I. Asunto**

Se pronuncia esta Sala en relación con la admisibilidad del recurso de apelación que interpuso la defensa técnica de JCHS, contra el auto de 2 de junio de este año, respecto de la admisión de una prueba anunciada por la Fiscalía, dentro del proceso penal seguido contra el citado joven, por la conducta de lesiones personales.

**II. Antecedentes**

1. En la sesión de la audiencia preparatoria celebrada el 2 de junio de este año (minuto 05:11), la señora Fiscal anuncia entre otras pruebas *“el video de los hechos que fue recogido con oficio 11139 (…) este video muestra cómo la cámara que estaba instalada en el sitio de lops hechos graba el momento en que se da el evento de tránsito”.*

2. La defensa técnica se opone a que se introduzca como material probatorio la solicitud de conducción No. 11139 y el video relacionado porque no tiene cadena de custodia. La Fiscalía desiste del mentado oficio y el *a quo* niega la exclusión del video.

3. Encuentra el despacho de primera instancia que todo el material probatorio resulta importante para llegar a la verdad de lo que sucedió como objetivo del proceso y enseguida, no accede a la solicitud de la defensa de excluir como prueba el video referido por la señora Fiscal, señalando que el mero hecho de que hayan problemas de cadena de custodia para conocer de su autenticidad no torna, per se, ilegal la prueba.

4. El apoderado judicial del procesado recurre en apelación lo decidido, una vez sustentado, se concede la alzada ante esta instancia.

**III. Consideraciones**

1. Acorde a la sustentación del recurso interpuesto en contra del auto impugnado, el problema jurídico a desatar por parte de la Sala se contrae a definir si el juez de conocimiento, en el marco del principio de legalidad, acertó al no acceder a la solicitud de exclusión del elemento material probatorio –video- anunciado por la Fiscalía, que se traduce en la admisión del mismo como prueba.

Pues bien, ha de decirse que la decisión que dispone u ordena la práctica de pruebas, no es susceptible el recurso de apelación. Veamos.

El artículo 359 del Código de Procedimiento Penal hace mención a la exclusión, rechazo e inadmisibilidad de los medios de prueba, señalando:

 *“…Las partes y el Ministerio Público podrán solicitar al juez la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba que, de conformidad con las reglas establecidas en este código, resulten inadmisibles, impertinentes, inútiles, repetitivas o encaminados a probar hechos notorios o que por otro motivo no requieran prueba.”*

*[…]*

*“****Cuando el Juez excluya, rechace o inadmita una prueba deberá motivar oralmente su decisión y contra esta procederán los recursos ordinarios****…”*(Negrilla de la Sala)*.*

Es clara la finalidad de los recursos de reposición y de apelación frente al pronunciamiento del juez en relación con los aspectos de exclusión, rechazo o inadmisión de la prueba, es decir, que la procedencia de aquellos lo sería exclusivamente en el caso de que así procediera, pero de lo contrario, esto es, la acción favorable de no excluir, rechazar o inadmitir la prueba, no es susceptible de los recursos.

Así se entiende, además, analizando el contenido del artículo 177 ibídem, modificado por el artículo 13 de la Ley 1142 de 2007, de acuerdo con el cual el recurso de apelación se concede en el efecto suspensivo respecto del *“…auto que niega la práctica de prueba en el juicio oral; y […] El auto que decide sobre la exclusión de una prueba del juicio oral…”*

Lo anterior se ratifica con reciente providencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia -27 /julio/2016-,[[1]](#footnote-1) mediante la cual varió la jurisprudencia que venía sosteniendo, aunque no de manera pacífica, que la alzada procede también para aquellos autos que admitan la práctica de pruebas:

*“Ahora bien, examinadas al detalle las posturas antagónicas, vale decir, la que se inclina por negar el recurso de apelación al auto que admite pruebas, y la que lo concede, estima la Sala necesario reformular la tesis vigente, arriba transcrita en lo sustancial, en tanto, advierte que allí se desconoce el tenor de lo que la ley consagra al efecto, pasando por alto, también, la naturaleza diversa que comportan las decisiones de aceptación y negación de medios probatorios, conforme la finalidad que anima el proceso penal, sin tomar en consideración, además, principios básicos de la sistemática acusatoria condensada en la Ley 906 de 2004.*

*(…)*

*Para la Sala es dable concluir, de acuerdo con el recuento normativo antes reseñado, que, i) la apelación puede ser promovida en todo caso contra la sentencia, y ii) en materia penal no todo auto es apelable, pues, si bien, el artículo 20 de la Ley 906 de 2004, consagra la alzada para los autos interlocutorios, limita dicha posibilidad a tres concretas circunstancias (decisiones que se refieran a la libertad, afecten la prueba o tengan efectos patrimoniales), pero, además, incluso en estos casos advierte que pueden presentarse excepciones, las cuales deben consignarse en el mismo código.*

*En suma, solo tres tipos de autos interlocutorios pueden ser recurridos en apelación, siempre y cuando no exista respecto de alguno de ellos una excepción legal.*

*En seguimiento de la norma rectora y respecto de la impugnación de los autos que deciden sobre la exclusión, rechazo o admisibilidad de pruebas en el juicio, el artículo 177 de la Ley 906 de 2004, en sus numerales 4º y 5º, preceptúa que la apelación se concederá en el efecto suspensivo contra, «(…) 4. El auto que deniega la práctica de prueba en el juicio oral; y 5. El auto que decide sobre la exclusión de una prueba del juicio oral».*

*(…)*

Y es por ello que después, en seguimiento del apartado del artículo 20 en cuestión, en el cual se advierte que dicha facultad de impugnación opera «*salvo las excepciones previstas en este código*», señaló en el canon 177 *ibídem*, que la posibilidad de apelar únicamente se aplica respecto del interlocutorio que niega la práctica de pruebas en el juicio oral.

*(…)*

*Así las cosas, para la Sala respecto del auto que admite pruebas (numeral 4° del artículo 177 de la Ley 906 de 2004), únicamente procede el recurso de reposición, mientras que contra el que deniega o imposibilita la práctica de las mismas, sí es dable promover el de apelación.”[[2]](#footnote-2)*  Subrayas propias.

Así, es clara la improcedencia de interponer recurso de apelación contra la decisión que admite practicar una prueba, postura ya aceptada por la Sala Penal de este Tribunal en providencia del 14 de julio de este año[[3]](#footnote-3), en los siguientes términos:

*“Como quiera que el tema puesto a consideración de la Sala tiene que ver con una providencia de estirpe probatoria, vemos que en lo que atañe con esta clase de providencias, es de público conocimiento que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha tomado una posición pendular y un tanto ambivalente, ya que en un principio dijo que el recurso de apelación solo procedía en contra de las providencias que negaban la práctica de pruebas, pero posteriormente ese criterio fue cambiado cuando esa Alta Corporación adoptó la posición consistente en que la alzada también procedía en contra del auto que ordenaba la práctica de pruebas. Pero dicha línea de pensamiento fue nuevamente mutada por la Corte en la providencia de segunda instancia del 27 de julio 2016 dentro del proceso AP4812-2016, radicado 47469, en la cual nuevamente se inclinó el péndulo hacia la inicial posición, o sea la consistente en que el recurso de apelación solo procede en contra del auto que niega la práctica de pruebas, por lo que el proveído que las ordena no es susceptible de alzada.”*

Se encuentra demostrado que frente a la decisión de tener como prueba del video referido por la Fiscalía, no era admisible el recurso de apelación, por lo que la Sala no hará pronunciamiento respecto de la no exclusión de prueba aceptada sino que declarará la improcedencia del recurso concedido.

**VI. Decisión**

En mérito de lo expuesto, la Sala No. 5 de Asuntos Penales de Adolescentes del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE** el recurso de alzada propuesto contra de la decisión proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Pereira de fecha 2 de junio de 2017.

**SEGUNDO: CONTRA** esta providencia procede el recurso de reposición el cual deberá ser impetrado y sustentado en el acto.

**TERCERO:** Cumplidos los trámites propios de esta instancia, devuélvase el proceso al juzgado de origen.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se da por terminada.

Los Magistrados,

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

**JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

1. Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Penal, APA812-2016, Radicado No. 47469; M.P. MALO FERNÁNDEZ Gustavo Enrique. [↑](#footnote-ref-1)
2. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – SALA CASACIÓN PENAL, 27-07-2016, AP4812-2016, Radicado N° 47469; M.P. MALO FERNÁNDEZ Gustavo Enrique. [↑](#footnote-ref-2)
3. Tribunal Superior de Pereira, Sala Penal, Rad. # 660016000036 2008-02555-01; M.P. YARZAGARAY BANDERA Manuel. [↑](#footnote-ref-3)