El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente.

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

Providencia: Auto – 03 de noviembre de 2017

Proceso: Penal – Se abstiene de resolver recurso de apelación

Radicación Nro. : 660016000058 2007-00174-01

Procesado: MELVA VALENCIA ARIAS

Magistrado Sustanciador: MANUEL YARZAGARAY BANDERA

**Tema:**  **RECURSO DE APELACIÓN IMPROCEDENTE.** [L]a inconformidad del recurrente en esencia tiene que ver con una providencia que admitió u ordenó en el juicio que se allegará al proceso una serie de documentos que acompañaban el dictamen pericial rendido por la experta ESMERALDA CHICA ARENAS, cuya admisibilidad es cuestionada por parte del apelante, quien pone en tela de juicio la validez de dichas pruebas. Si lo anterior es así, como en efecto lo es, la Sala es de la opinión que estamos en presencia de una providencia que no era susceptible del recurso de apelación, pues se reitera se está en presencia de una alzada interpuesta en contra de un auto que en esencia ordenó la admisión de unas pruebas, lo que le cierra las puertas a la Colegiatura para hacer cualquier tipo de pronunciamiento respecto de los reclamos que el apelante ha formulado en contra del auto recurrido, ya que carecemos de competencia para proceder en tal sentido. Siendo así las cosas, la Sala se abstendrá de desatar el recurso de apelación que fue interpuesto por el apoderado judicial de la procesada MELVA VALENCIA ARIAS en contra de la providencia proferida en la audiencia celebrada el 13 de octubre del presente año.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**AUTO INTERLOCUTORIO DE 2ª INSTANCIA**

Aprobado por acta # 1177 del dos de noviembre de 2017. H: 11:45 a.m.

Pereira, tres (03) de noviembre de dos mil diecisiete (2.017)

Hora: 8:53 a.m.

Procesada: Melva Valencia Arias

Delitos: Estafa

Rad. # 660016000058 2007-00174-01

Asunto: Apelación auto admite prueba

Decisión: Se inhibe de desatar la alzada

**VISTOS:**

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la procesada **MELVA VALENCIA ARIAS** en contra de una decisión proferida el 13 de octubre hogaño por parte del Juzgado Primero Penal del Circuito local, durante el devenir de la audiencia de juicio oral seguida en contra de la aludida procesada.

**ANTECEDENTES:**

Da cuenta el escrito de acusación que la señora MELVA VALENCIA ARIAS fue denunciada por varias personas en el año 2007, toda vez que esa persona usando su calidad de representante legal y presidenta de la OGN FUNDACIÓN SOCIAL, recibió de cada uno de los denunciantes, y de otras personas que ascenderían a unas 170, la suma de $2.500.000 para que la fundación les hiciera entrega de una casa de interés social, las que decía la denunciada serían construidas con subsidios que su fundación gestionaría con distintos entes gubernamentales y organizaciones internacionales; dicha entrega de dinero se había realizado años atrás, pues la denunciada para lograr tal cosa, les mostraba el proyecto de urbanización que supuestamente se construiría en un lote ubicado en lo que es hoy Ciudadela del Café, y con la cancelación de esa suma firmaba con ellos una promesa de compraventa. Pero pasado un tiempo las personas se percataron que en dicho lote no se iniciaba ningún tipo de obra, por lo que empezaron a reclamarle a MELVA VALENCIA quien le decía que tuvieran paciencia que ya casi empezarían los movimientos de tierra; mientras que otros que solicitaban la devolución del dinero, no obtenían respuesta o les eran entregados cheques que no tenían fondos.

En el transcurso de las indagaciones, se logró establecer que los acá denunciantes no fueron los únicos afectados, ya que otros ciudadanos de manera individual habían denunciado a la señora VALENCIA ARIAS por la misma situación pero como se presentaban individualmente en diferentes fiscalías, las denuncias eran tramitadas como de menor cuantía y en casi todas ellas se llegó a una conciliación en donde la denunciada se comprometía a pagarles, lo que finalmente no hacía.

Así las cosas, por tratarse de un solo delito con pluralidad de ofendidos pero un solo hecho, una sola finalidad y una misma denunciada, se decidió unir todas esas denuncias en un único expediente, quedando dentro de este un total de 120 denuncias, según las cuales la implicada había recibido la suma de $424.635.800 de todos los afectados. También se logró constatar que la señora MELVA ni la fundación que ella presidía fueran los propietarios del lote en donde se pensaba construir el proyecto de vivienda, ya que el mismo nunca fue efectivamente pagado a su dueño por parte de la mencionada dama y que además tampoco tenía ningún tipo de permiso urbanístico o de construcción.

**SINOPSIS DE LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

Con base en lo anterior la señora MELVA VALENCIA ARIAS, fue llamada a imputación el día 18 de febrero de 2013, por la presunta comisión de la conducta punible de estafa agravada de acuerdo a lo establecido en el numeral 1º del artículo 247 del C.P. y atendiendo lo regulado por el numeral 1º del artículo 267 de ese mismo código, y con aumento de la pena por ser un delito de masa, tal como lo establece el parágrafo del artículo 31 del Código Penal. La imputada no aceptó los cargos.

El escrito de acusación se presentó el 17 de mayo de 2013, correspondiéndole su conocimiento al Juzgado Primero Penal del Circuito local, ante el cual, después de múltiples aplazamientos a petición de las partes, el 19 de diciembre de ese año se llevó a cabo la audiencia de formulación de acusación. La audiencia preparatoria, a pesar de haberse fijado dentro de un tiempo razonable, se inició el 6 de noviembre de 2014 teniendo en cuenta los aplazamientos solicitados para la misma durante ese año, y se culminó apenas el 30 de abril de 2015, ya que en la anterior oportunidad los representantes de víctimas pidieron su aplazamiento; en esta oportunidad se fijó como fechas para el juicio oral los días 12, 13, 14, 18, 19, 20 y 21 de agosto de 2015, sin embargo no se pudo llevar a cabo porque llegado el día la señora MELVA, a pesar de que se le requirió constantemente y se le ofreció nombrarle un defensor público, que no aceptó, no contaba con defensor ya que los que nombraba le renunciaban, lo que impidió iniciar el juicio. Así las cosas, se reprogramó para los días 23, 24, 25, 26, 27, 30 de diciembre y 1º de diciembre de 2015, además se ordenó se le designara un defensor público, quien después de posesionarse pidió un aplazamiento de la diligencia. Finalmente, el juicio oral se inició el 15 de abril de 2016, debiendo suspenderse para continuarse con el mismo el 12 de julio del mismo año, ese día se suspendió para continuar el 14 de ese mismo mes y año, día en que el defensor solicitó un aplazamiento; aunque la vista pública se reprogramó en varias oportunidades las partes terminaban pidiendo aplazamiento, lo que implicó que apenas se pudiera continuar el 13 de marzo de 2017, día en que otra vez se suspendió para seguirse el 1º y 2 de junio de 2017, pero en la fecha señalada no se hizo presente la unidad de defesa, lo que implicó un nuevo aplazamiento. El 16 de agosto de 2017, día para el que se había programado la continuar con la audiencia, el defensor nuevamente faltó a esta.

Así la cosas, tan solo se pudo reanudar la vista pública el 12 de octubre de esta anualidad, continuándose con ella al día siguiente, y en desarrollo de la misma, el Defensor de la señora MELVA VALENCIA ARIAS interpuso recurso de apelación en contra de la decisión del señor Juez de la causa de admitir como prueba el informe contable y sus anexos rendido por la perito Esmeralda China Arenas, contadora pública y Coordinadora del Grupo Anticorrupción de la Fiscalía, con todos sus anexos; ello por cuanto no entiende las razones por las cuales tales documentos anexos (17 Certificados de la Oficina de Instrumentos Públicos de Pereira, información financiera de los Bancos Agrario de Colombia, de la Cooperativa Financiera de Antioquia, del BBVA, del banco de Occidente y del BCSC, con información relativa a la señora MELVA, al igual que información de la Cámara de Comercio y unas denuncias en contra de la procesada), no se presentan como pruebas de la Fiscalía, sino como pruebas adjuntas, a pesar de que supuestamente se ordenaron en la audiencia preparatoria, lo que le da a entender que las mismas no fueron pedidas pero se quieren introducir como pruebas adjuntas a la testigo. Aunado a ello, adujó que no hay constancias de que la obtención de los mismos fueran solicitados y autorizados por juez de control de garantías y tampoco que se sometieran a control posterior después de obtenidos; además tampoco se evidencia la cadena de custodia que asegure la mismidad de los documentos. Por otro parte, señaló que el informe de la perito no debe ser admitido como prueba porque eso es base de la declaración pericial, ya que la prueba es lo que diga la testigo en la audiencia. En cuanto a las denuncias, adujó que deben ser excluidas ya que la Fiscalía no puede incorporar denuncias respecto de las cuales no tiene como soporte a quien las interpuso.

**EL AUTO OPUGNADO:**

Como ya se dijo, se trata de una providencia proferida en las calendas del el 13 de octubre del año que transcurre por parte del Juzgado Primero Penal del Circuito de Pereira, en la cual se accedió a una solicitud probatoria deprecada por la Fiscalía.

Consideró el *A quo* que era viable admitir como pruebas tanto el informe contable rendido por la perito como sus anexos por cuanto revisada el acta de la audiencia preparatoria se logró constatar que la Fiscalía relacionó de manera detallada los informes que harían parte de la declaración de la perito. De otra parte, el Despacho evidenció dentro de la carpeta del SPA la existencia de acta de 30 de noviembre de 2010 en donde la Fiscalía solicitó ante el Juez de Control de Garantías la autorización para búsqueda de esa información; en cuanto al control posterior, el Ente Acusador presentó, como todos lo pudieron escuchar, el audio de la audiencia en que el mismo se hizo, lo que deja claro que los soportes al informe contable fueron obtenidos de manera legal. La información obtenida de la Cámara de Comercio es pública y no requiere autorización legal para su obtención, en cuanto a las denuncias las mismas se toman como anexo del informe sin que se señale que hacen parte de aquellas materia del proceso. Respecto del informe de la perito señaló que su informe pericial está constituido tanto por su declaración en juicio como por su informe escrito.

Finalmente señaló el señor Juez que declarar ilegal los informes analizados por la perito, por no evidenciarse dentro de estos la cadena de custodia, no es viable por cuanto la Fiscalía ha sido clara en indicar que cada uno de los anexos la tiene y la declarante indicó haber visto su diligenciamiento. Ahora bien si lo que se discute la mismidad de dichos elementos, era deber de la defensa contradecir tal cosa pero señalando en qué lo allí existente no se corresponde con lo entregado por las entidades financieras.

Así las cosas el Despacho decidió incorporar al juicio el informe contable con todos sus anexos.

**EL RECURSO DE APELACIÓN:**

Escuchada la decisión del fallador, procedió el defensor de la señora MELVA VALENCIA ARIAS a interponer el recurso de apelación en contra de esa decisión, para ello señaló que:

* La inspección que hizo el señor Juez a la carpeta del SPA en donde encontró las actas de control previo y posterior referenciadas, estuvo por fuera del debido proceso, pues para ello no contó con la presencia de las partes, en especial con la suya, razón por la que tal cosa es ilegal y debe declararse nula. Además esas actas no fueron presentadas, como era el deber ser, por parte de la Fiscalía en el juicio oral como parte de los elementos que se iban a incorporar junto con los informes a los que aluden.
* Por otra parte, señaló que le llama poderosamente la atención el hecho de que en la primera parte del interrogatorio el día 12 de octubre de este año, la perito al ser preguntada respecto a la recolección de los elementos materia de informe contable, señaló que no fue ella la persona que los recolectó, que a ella se los entregó la Policía Judicial, sin embargo, en los audios de las audiencias que presentó la Fiscalía, se dijo que los tan reseñados documentos sí fueron recogidos por la perito. Lo que a su juicio indica que o la perito mintió en su declaración o la prueba es inexistente o no existe la prueba.
* Se vulneraron los derechos de contradicción, defensa y publicidad de la prueba, puesto que los informes financieros no fueron leídos en su totalidad, por ende se desconoce el contenido real de los mismos, igual situación sucede con las denuncias, los certificados de Cámara de Comercio y los demás que son anexos de ese informe, reduciendo el tema a un asunto de preclusividad del momento procesal para pedir su exclusión.
* Conocer la cadena de custodia de los documentos base de experticio resulta importante toda vez que lo que hizo el Ente Acusador en la diligencia de control posterior, fue hacer una relación general de los documentos obtenidos, sin especificar su contenido ni hacer lectura de ellos.

Bajo esa perspectiva, señaló el defensor que con la decisión adoptada en primera instancia el Despacho le ha ayudado a la Fiscalía a legalizar una prueba que ella no fue capaz de mostrar que fuera legal, esto es la actuación de la perito, y cuyas actuaciones para su obtención y legalización no se sabe cómo y cuándo se dieron, lo que implica que si el documento no es acompañado de la cadena de custodia debe declararse ilegal, esto más allá de que ello se esté pidiendo por fuera de la audiencia de control de garantías, especialmente teniendo en cuenta que él no fue el abogado que estaba representando a la procesada en ese momento por cuanto asumió el asunto a portas del juicio.

**LA RÉPLICA:**

**La Fiscal en su calidad de no recurrente**, de entrada solicitó que se confirmara la decisión de primera instancia, toda vez que no se puede responsabilizar a la Fiscalía de los descuidos que tuvo la unidad de defensa al momento de la audiencia preparatoria, independientemente de que el actual defensor haya llegado cuando ya se iba a iniciar el juicio oral era su responsabilidad revisar lo acaecido con anterioridad en el proceso, ya que si lo hubiera hecho se habría percatado de que sus antecesores, que por cierto eran defensores de confianza de la señora MELVA nada dijeron en la audiencia preparatoria respecto a una posible exclusión probatoria por ilegal, por cuanto era ese el momento oportuno para hacerlo.

En cuanto a la perito Esmeralda Chica, indica que ella sí señaló haber tenido a la vista las actas de control posterior y haberlas conocido, las del control previo ella no tenía por qué conocerlas, sin embargo las mismas sí se encuentran en la carpeta del centro de servicios que le es llevada al juez una vez inicia el juicio. Por otra parte, indicó que sí lo que pretendía el señor Defensor era controvertir la realización de las diligencias tanto las previas como posteriores a la obtención de la información financiera de la procesada, era su deber traer con qué controvertir eso y tachar a la testigo de mendaz o mentirosa, pero en este caso no se hizo.

Al Juez no le está vedado el revisar la carpeta del proceso a fin de corroborar información de lo sucedido en todo dentro del mismo, toda vez que el artículo 435 del C.P.P. permite la procedencia excepcional de inspección judicial por parte del fallador, a esa carpeta que contiene todas las actuaciones judiciales que se han dado dentro de un asunto. En cuanto a la cadena de custodia de los documentos la misma sí existió y la Fiscalía la exhibió, además de eso, considera que con lo dicho por la perito al reconocer uno a uno esos documentos como los revisados por ella para la base de opinión pericial, se cumple esa carga de asegurar que sean los mismos.

**El apoderado de las víctimas**, se adhieren a lo dicho por la Fiscalía y agregó que tanto con los documentos y la información arribada a la audiencia con lo mencionado por la perito, es evidente que se trata de pruebas legamente obtenidas y no generan duda alguna cono lo quiere hacer ver el defensor; además tampoco se puede hablar de una inspección judicial, toda vez que la carpeta donde están las copias de una actuación judicial son precisamente para que el fallador las consulte en caso de ser necesario.

**PARA RESOLVER SE CONSIDERA:**

**- Competencia:**

Esta Sala de Decisión, acorde con lo consagrado en el numeral 1º del artículo 34 del C.P.P. es la competente para resolver la presente alzada, en atención a que estamos en presencia de un recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado de manera oportuna en contra de un auto proferido en primera instancia por un Juzgado Promiscuo del Circuito que hace parte de este Distrito judicial.

**- Problema Jurídico:**

Del contenido de lo expuesto tanto por el recurrente como por los no apelantes, la Sala es de la opinión que se desprende el siguiente problema jurídico principal:

¿Debió el señor Juez de instancia no admitir como prueba el informe rendido por la perito contable ESMERALDA CHICA ARENAS, toda vez que no es claro cómo se obtuvieron los documentos e informes que sirvieron de base para el mismo?

De igual forma la Sala, de manera colateral, avizora el siguiente problema jurídico:

¿Era susceptible del recurso de apelación la providencia opugnada?

**- Solución:**

Para poder solucionar los problemas jurídicos propuestos, la Sala inicialmente abordará el relacionado con la susceptibilidad del recurso de apelación respecto del proveído confutado, ya que en el evento de estar en presencia de una providencia inapelable, es obvio que por sustracción de materia se relevaría a la Colegiatura de hacer cualquier tipo de pronunciamiento respecto del tema que fue objeto de alzada.

Acorde con el diseño con el que el legislador concibió el actual Código de Procedimiento Penal, se tiene que entre sus principios rectores se consagró el de la doble instancia, pero acorde con lo regulado en los artículos 20 y 177 C.P.P. válidamente se puede colegir que dicho principio no es absoluto, ya que se consagraron una serie de hipótesis que tienen que ver con ciertas providencias que solamente serían susceptibles del recurso de apelación en caso que este se impetre como principal, las cuales de manera genérica vendrían siendo las siguientes: a) Las sentencias; b) Las providencias que tengan efectos patrimoniales; c) Los proveídos que afecten la práctica de pruebas.

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[[1]](#footnote-1), 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.

*“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.”*

Al aplicar lo anterior al caso en estudio, observa la Sala que la controversia que suscitó la alzada tiene que ver con la inconformidad expresada por el defensor de la procesada respecto de una decisión proferida por el Juez de primer nivel en la cual se admitió como prueba tanto el informe, con todos los anexos que sirvieron para la elaboración del mismo, presentado por la perito contable ESMERALDA CHICA ARENAS, al igual que sus dichos dentro de la audiencia de juicio oral, y que están relacionados tanto con las finanzas como con el ejercicio comercial de la procesada MELVA VELENCIA ARIAS, ello a pesar de los reparos presentados por la defensa en cuanto a la obtención de esos documentos y la información existente en ellos.

Tal situación nos estaría indicando que la inconformidad del recurrente en esencia tiene que ver con una providencia que admitió u ordenó en el juicio que se allegará al proceso una serie de documentos que acompañaban el dictamen pericial rendido por la experta ESMERALDA CHICA ARENAS, cuya admisibilidad es cuestionada por parte del apelante, quien pone en tela de juicio la validez de dichas pruebas.

Si lo anterior es así, como en efecto lo es, la Sala es de la opinión que estamos en presencia de una providencia que no era susceptible del recurso de apelación, pues se reitera se está en presencia de una alzada interpuesta en contra de un auto que en esencia ordenó la admisión de unas pruebas, lo que le cierra las puertas a la Colegiatura para hacer cualquier tipo de pronunciamiento respecto de los reclamos que el apelante ha formulado en contra del auto recurrido, ya que carecemos de competencia para proceder en tal sentido.

Siendo así las cosas, la Sala se abstendrá de desatar el recurso de apelación que fue interpuesto por el apoderado judicial de la procesada MELVA VALENCIA ARIAS en contra de la providencia proferida en la audiencia celebrada el 13 de octubre del presente año.

Por lo expuesto con anterioridad, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala de Decisión Penal,

**RESUELVE:**

**PRIMERO:** **ABSTENERNOS** de resolver el recurso de apelación que fue interpuesto por el abogado defensor de la procesada señora **MELVA VALENCIAS ARIAS** en contra de la providencia proferida en la audiencia celebrada el 13 de octubre de 2017, por parte del Juez Primero Penal del Circuito local.

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

**TERCERO:** **DEVOLVER** el expediente al despacho de origen para que se continúe con el trámite dentro del incidente de reparación.

**COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE:**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**Magistrado**

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

**Magistrado**

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

**Magistrado**

1. Ver entre otras: Providencia del 22 de mayo de 2013. Rad. # 41.106; Providencia del 11 de septiembre de 2013. Rad. # 41790. [↑](#footnote-ref-1)