El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Queja – 07 de marzo de 2017

Proceso: Penal - Confirma negativa de concesión del recurso de apelación contra la admisión de testimonio como prueba de juicio

Radicación Nro. : 66170 60 00 066 2015 01557

Acusado: JOSÉ YESID GALEANO RAMÍREZ Y OTROS

Magistrado Sustanciador: JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

**Temas: IMPROCEDENCIA DEL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA ADMISIÓN DE PRACTICA DE PRUEBA / ÚNICAMENTE PROCEDE EL RECURSO DE REPOSICIÓN.** “[E]l juez de conocimiento admitió como prueba para el juicio el testimonio del médico Erwin Montoya, según el registro de la audiencia preparatoria adelantada el 17 de enero de 2017. En ese orden de ideas, para decidir lo relativo al grado de acierto de la decisión del *A quo,* de denegar el recurso de apelación contra esa determinación, la Sala se remite al precedente CSJ SP del 27 de julio de 2016, radicado 47469, donde se dijo que frente al auto que admite la práctica de una prueba, no procede el recurso de apelación. (…) [F]ue correcta la decisión del juez de primer grado, para negar el recurso de apelación contra su decisión de admitir como prueba para el juicio oral el testimonio del médico Erwin Montoya, por lo cual esta Colegiatura confirmará la decisión frente a la cual se interpuso el recurso de queja.”.

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA - RISARALDA**

#### **SALA DE D ECISION PENAL**

**M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Pereira, siete (7) de marzo de dos mil diecisiete (2017)

Acta Nro. 0197

Hora: 2:00 p.m.

1. ASUNTO A DECIDIR.

Se procede a resolver lo concerniente al recurso de queja que se interpuso contra la decisión del 17 de enero de 2017 del juez 2° penal del circuito de Dosquebradas, que no concedió el recurso de apelación interpuesto por los defensores de los señores José Yesid Galeano, Carlos Andrés Ramírez Gómez y Yeisson Stiven Correa Correa, contra la decisión de ese despacho que admitió como prueba para el juicio el testimonio del perito Erwin Montoya.

2. SOBRE LA ACTUACIÓN QUE DIO ORIGEN AL RECURSO INTERPUESTO.

El siguiente es el contexto de la audiencia preparatoria que se cumplió el 17 de enero de 2017, en lo que atañe a la actuación que tiene que ver con el recurso de queja propuesto:

2.1 El delegado de la FGN anunció entre otras pruebas, el informe de necropsia del 25 de septiembre de 2015 del señor Jefferson Toro Hurtado junto con su historia clínica, documento que sería introducido con el médico Erwin Montoya Zapata, adscrito al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses[[1]](#footnote-1).

2.2 El juez de conocimiento se pronunció sobre las pruebas solicitadas por las partes.

2.3 Se solicitó que no se admitiera como prueba el testimonio del médico Erwin Montoya Zapata, en la medida en que la FGN había enunciado como perito para la introducción del informe pericial de necropsia, al Dr. Hernán Villa Mejía.

3. SOBRE LA DECISIÓN OBJETO DEL RECURSO.

3.1 En lo que interesa a la presente decisión se tiene que el juez de primer grado admitió como prueba el testimonio del perito médico Erwin Montoya. Para el efecto adujo que a la defensa se le había dado traslado de la diligencia de necropsia que fue realizada por el Dr. Montoya, fuera de que el debate no se centraba en la demostración de la conducta de homicidio, sino en la responsabilidad de los procesados por los hechos investigados[[2]](#footnote-2).

3.2 El representante de la FGN, la apoderada de víctimas y la defensora de Jairo de Jesús Flórez Botero estuvieron conformes con la decisión.

3.3 Los defensores de José Yesid Galeano, Carlos Andrés Ramírez Gómez y Yeisson Steven Correa Correa, manifestaron que apelaban lo relativo a la admisión del testimonio del perito Erwin Montoya.

3.4 El juez de conocimiento dijo que en razón de la naturaleza de su decisión en ese aspecto puntual, no procedía el recurso de apelación, el cual denegó, manifestando que con base en un precedente reciente de la SP de la CSJ, contra el auto que admitía la práctica de una prueba sólo se podía interponer el recurso de reposición.

3.5 Los representantes de José Yesid Galeano y Carlos Andrés Ramírez Gómez, manifestaron que formulaban el recurso de queja, el cual sustentarían conforme a la ley. Por lo tanto solicitaron copia del registro y del acta de la audiencia

3.6 Se dispuso dar trámite al recurso de queja interpuesto.

4. SOBRE LOS RECURSOS PROPUESTOS.

4.1 DEFENSOR DE CARLOS ANDRÉS RAMÍREZ GÓMEZ (recurrente)

* Desde la audiencia de Formulación de Acusación la FGN refirió como prueba el Documento No.67 así: Informe Pericial de Necropsia No. 2015010166001000496 del 25-09-2015 con relación a Jefferson Toro Hurtado, suscrito por el médico Forense Erwin Montoya Zapata, junto con la historia clínica respectiva.
* En el acápite correspondiente a “peritos” se dijo lo siguiente: 1. Dr. Hernán Villa Mejía médico forense, se ubica en el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Pereira, quien rendirá Informe pericial de necropsia de Jefferson Toro Hurtado.
* La FGN enunció como prueba documental el informe pericial de necropsia suscrito por el médico Erwin Montoya Zapata, pero citó como perito a un galeno diferente, esto es, al Dr. Hernán Villa Mejía.
* El delegado del ente acusador trató de subsanar su error e indiligencia en la audiencia preparatoria, aduciendo que el médico Montoya Zapata aparecía relacionado en el escrito de acusación, lo que constituye una verdad a medias, ya que este profesional fue relacionado “en un documento” y no en la lista de peritos, por lo cual se debió inadmitir esa prueba.
* En el escrito de acusación se estableció que el médico Montoya Zapata había suscrito un protocolo de necropsia y que adjunto a ese protocolo se incluía una historia clínica de Jefferson Toro Hurtado. Por lo tanto debe operar en este caso la cláusula de exclusión que contempla el artículo 23 del CP, ya que el juez de conocimiento excluyó por ilegal la historia clínica del señor Toro Hurtado. Lo anterior en aplicación de la teoría *“del árbol envenenado”* (sic), según la cual las pruebas que son obtenidas con violación de las garantías fundamentales deben ser excluidas.
* Como el citado protocolo de necropsia fue obtenido sobre la base de la historia clínica, este protocolo deberá recibir el mismo tratamiento, es decir debe ser excluido e igual suerte debe correr el testimonio del médico Erwin Montoya Zapata, con base en lo dispuesto por el artículo 23 del CPP.
* El recurso de apelación es procedente cuando se decide sobre la exclusión de una prueba, según lo dispuesto en el artículo 177 -5 del CPP.

Por lo tanto solicitó que se concediera el recurso de apelación que se había interpuesto contra esa determinación.

4.2 DEFENSOR DE JOSE YESID GALEANO RAMIREZ (recurrente)

* Reproduce el argumento anterior, en el sentido de que la FGN había referido como prueba No. 67 el informe pericial de Necropsia No.2015010166001000496 del 25-09-2015 con relación a Jefferson Toro Hurtado, firmado por el médico forense Erwin Montoya Zapata, junto con su historia clínica; y que en el escrito de acusación y en la audiencia respectiva se anunció como perito al Doctor Hernán Villa Mejía, para que rindiera el citado informe pericial de necropsia, pese a lo cual en la audiencia preparatoria se mencionó como perito al Dr. Montoya Zapata, quien no había sido relacionado ni en el escrito, ni en la audiencia de formulación de acusación.
* El fiscal argumentó que el perito que asistiría al juicio en su condición de médico forense era el Dr. Hernán Villa Mejía. Por lo tanto la defensa se opuso a que el juez de conocimiento aceptara la práctica del testimonio de un perito que no fue anunciado en la acusación. Además no se trataba de una prueba sobreviniente.
* El *A quo* admitió esa prueba considerando que se trataba de un *“lapsus”* del delegado de la FGN, al anunciar desde el escrito de acusación a un médico en reemplazo del otro.
* El funcionario de primer grado ya había decidido no aceptar como prueba la historia clínica de Jefferson Toro Hurtado.
* En consecuencia se debe excluir el testimonio del Dr. Erwin Montoya Zapata, con base en lo dispuesto por el artículo 23 del CPP.
* La decisión recurrida es apelable, según el artículo 177-5 del CPP.
* Solicita que se conceda el recurso de apelación interpuesto que fue denegado indebidamente por el juez de primer grado.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

5.1 Esta colegiatura es competente para conocer del recurso propuesto, en atención a lo dispuesto en el artículo 179C del CPP

5.2 Se debe advertir que en atención a las consideraciones del recurso de queja regulado por los artículos 179B, 179C, Y 179D del CPP, adicionados por los artículos 93, 94 y 95 de la ley 1395 de 2010, la sustentación del recurrente se debe dirigir a exponer las razones por las cuales considera que no fue ajustada a derecho la denegación del recurso de apelación contra la providencia recurrida, más no a controvertir los fundamentos jurídicos de la providencia impugnada[[3]](#footnote-3), ya que en sentido estricto se entiende que esa argumentación queda diferida a lo que disponga el *Ad quem ,* tal como lo dispone el artículo 179D del CPP, adicionado por el artículo 96 de la ley 1395 de 20190 así:

*“Decisión del recurso. “Si el superior concede la apelación, determinará el efecto que le corresponda y comunicará su decisión al inferior”.*

Por lo tanto se entiende que la argumentación de los recurrentes en sede de queja, no puede versar sobre temas distintos a los motivos por los cuales considera errónea la decisión del *A quo* de denegar el recurso de apelación interpuesto.

5.3 En ese sentido se cita la jurisprudencia pertinente CSJ SP del 4 de julio de 2013 radicado 41598, donde se dijo lo siguiente:

“(…)

*2. Preceptúa el artículo 179-C de la Ley 906, que cuando ha sido negado el recurso de apelación, el interesado solicitará copia de la providencia impugnada y de las demás piezas pertinentes, las cuales se compulsarán dentro del improrrogable término de un (1) día y se enviarán inmediatamente al superior.*

*A su vez, el artículo 179-D, dispone que: “Dentro de los tres (3) días siguientes al recibo de las copias deberá sustentarse el recurso, con la expresión de los fundamentos. (…) Si el recurso no se sustenta dentro del término indicado, se desechará”.*

*3. Examinado el escrito presentado como sustentatorio[[4]](#footnote-4) del recurso de queja, mal puede entenderse que del mismo pueda colegirse así fuese de manera primaria una verdadera sustentación, conforme se pasa a examinar. La estructura del escrito se ocupa en primer lugar de una reseña de la actuación procesal, que culmina con la alusión a la audiencia de lectura de la decisión de preclusión, valga decir, el 12 de junio de 2013.*

*En segundo lugar, en el acápite denominado “DE LA PROVIDENCIA RECURRIDA”, el recurrente hace referencia a una audiencia llevada a cabo en el Juzgado Segundo Penal del Circuito con funciones de Control de Garantías, en segunda instancia, para resolver la solicitud de restablecimiento del derecho, aparentemente llevada a cabo el 3 de abril de 2013. Indica el impugnante que allí se habría hecho referencia a la configuración del delito de falsedad en documento público en la conducta desplegada por el Juez Noveno Civil Municipal de Barranquilla.*

*Finalmente, el escrito se concentra en transcribir varias citas jurisprudenciales sobre el derecho a la verdad que tienen las víctimas de los hechos punibles.*

*Conforme ya se anotó, fácil es advertir que el recurso de queja no ha sido adecuadamente sustentado, en tanto, es claro que más allá de las erráticas referencias a otra actuación judicial, desligada de la que nos ocupa, el recurrente no ha cumplido con la carga que le impone la ley, de exponer los argumentos, fácticos y jurídicos, por los cuales su petición debe ser atendida[[5]](#footnote-5). Más concretamente, en relación con el recurso de queja, debe indicarse que el impugnante ha omitido el deber de exteriorizar las razones por las cuales considera que procede la queja, y en esa misma línea argumentativa, indicar por qué considera que la denegación del recurso de apelación no se ajusta a derecho, de manera que debe accederse a la concesión del recurso de alzada, cual es en suma, la finalidad del recurso de queja. El propósito de la sustentación de la queja se centra en demostrar la apelabilidad[[6]](#footnote-6) de la decisión recurrida, es decir, demostrar que la decisión oportunamente impugnada es susceptible de ser revisada por el superior jerárquico….” (* Subrayas fuera del texto original )

5.4 En atención al precedente citado, y aunque en este caso habría razones para desechar el recurso de queja propuesto por falta de sustentación, se advierte que los censores hicieron una referencia a la apelabilidad de la decisión recurrida, para efectos de controvertir la negativa del *A quo* paraconceder el recurso vertical frente a su determinación, y en consecuencia hicieron referencia al artículo 177-5 del CPP, aduciendo que el auto que admitió la práctica del testimonio del médico Erwin Montoya Zapata si era susceptible de la alzada. En ese sentido invocaron la norma en mención que dispone lo siguiente: *“La apelación se concederá: “En el efecto suspensivo…5 .El auto que decide sobre la exclusión de una prueba en el juicio oral…”,* manifestación que se puede entender como sustentación del recurso de queja propuesto.

5.5 Solución al caso concreto:

5.5.1 Para la Sala, de manera independiente a la connotación que le otorgan los recurrentes a la decisión del juez de primer grado, lo real es que el juez de conocimiento admitió como prueba para el juicio el testimonio del médico Erwin Montoya, según el registro de la audiencia preparatoria adelantada el 17 de enero de 2017[[7]](#footnote-7).

5.4.2 En ese orden de ideas, para decidir lo relativo al grado de acierto de la decisión del *A quo,* de denegar el recurso de apelación contra esa determinación, la Sala se remite al precedente CSJ SP del 27 de julio de 2016, radicado 47469, donde se dijo que frente al auto que admite la práctica de una prueba, no procede el recurso de apelación.

La parte puntual de esa providencia es la siguiente:

(…)

*“ En efecto, cuando se niega la práctica de determinada prueba, ello de inmediato anula cualquier posibilidad de hacer valer la información que ella contiene e incluso se puede afectar fuertemente la teoría del caso de la parte, si la misma se fundamenta en ese elemento de juicio.*

*Así se entiende que la decisión denegatoria deba posibilitar la alzada, visto el daño que puede producir.*

*De manera diferente, si el juez acepta la práctica de determinado medio de convicción, no sólo se habilita que su contenido pueda ser utilizado para soportar la tesis de la parte, sino que, además, existe la posibilidad de controvertir esa determinada prueba directamente a partir del ejercicio de confrontación o con la presentación de otros elementos de juicio que la confute.*

*Además de lo anotado, no puede pasar por alto la Sala cómo en la jurisprudencia vigente objeto de examen, se dice que con la posibilidad de apelar el auto que admite la prueba, se materializan los principios de depuración y eficacia.*

*Dejando de lado si el de depuración puede entenderse principio o no, y cuáles son su naturaleza y efectos, es lo cierto que la práctica judicial ocurrida con posterioridad a la expedición de la sentencia en comento, lejos de advertir cumplido el principio de eficacia, informa todo lo contrario.*

*En efecto, día a día se registra, de conformidad con los procesos que ingresan a la Corte, cómo esa habilitación para que se pueda impugnar la decisión que admite la prueba, ha sido utilizada a manera de mecanismo claramente dilatorio del proceso, al punto que se erige en la única razón que gobierna, la más de las veces, el recurso, independientemente de los motivos que sustenten la pretensión de la defensa.*

*Ello, en evidente contravía, no solo de lo que la norma registra, como se anotó ya, sino de los principios de eficacia, celeridad, economía procesal y concentración.*

*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*.”. (Subrayas fuera del texto original)

5.4.3 En atención a lo expuesto en el precedente antes citado, resulta claro que fue correcta la decisión del juez de primer grado, para negar el recurso de apelación contra su decisión de admitir como prueba para el juicio oral el testimonio del médico Erwin Montoya, por lo cual esta Colegiatura confirmará la decisión frente a la cual se interpuso el recurso de queja.

En consecuencia la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión del juez 2º penal del circuito de Dosquebradas, adoptada el 17 de enero de 2017, en el sentido de no conceder el recurso de apelación contra la determinación que admitió el testimonio del médico Erwin Montoya Zapata, como prueba para el juicio.

SEGUNDO: En consecuencia se ordena devolver la actuación al despacho de conocimiento para lo de su cargo.

TERCERO: Esta decisión queda notificada en estrados y contra ella no procede ningún recurso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Magistrado

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Magistrado

WILSON FREDY LÓPEZ

Secretario

1. Sesión del juicio oral del 17 de enero de 2017 A partir de H. 02.09.40. [↑](#footnote-ref-1)
2. Sesión del juicio oral del 17 de enero de 2017. A partir de H. 03.15.13 .00.- [↑](#footnote-ref-2)
3. Desde esas perspectiva resulta irrelevante la argumentación de la defensa en el sentido de que en aplicación de la teoría de “los frutos del árbol envenenado“, se debía excluir el testimonio del perito Erwin Montoya, en los mismos términos de la historia clínica de la víctima del homicidio. [↑](#footnote-ref-3)
4. Folios 1 a 5, C. de la Corte. [↑](#footnote-ref-4)
5. Auto de 6 de diciembre de 2001, Rad. 18468. [↑](#footnote-ref-5)
6. Radicación 40758 (10-04-2013). [↑](#footnote-ref-6)
7. Audiencia preparatoria del 17 de enero de 2014. [↑](#footnote-ref-7)