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: Auto - 2ª instancia - 10 de febrero de 2017

Proceso: Penal – Se abstiene de resolver la apelación formulada

Radicación Nro. : 170426000040 2007 00057 06

Encausados: JORGE ANTONIO MORALES RAMÍREZ Y JOSÉ FRANCEY DÍAZ

Magistrado Sustanciador: MANUEL YARGAZARAY BANDERA

**Temas: HOMICIDIO AGRAVADO / IMPROCEDENCIA DEL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA EL AUTO QUE ADMITE U ORDENA LA PRACTICA DE PRUEBAS.** “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. (…) [E]l 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. (…) [S]i la inconformidad expresada por los recurrentes tiene que ver con una providencia que admitió u ordenó la práctica de unas pruebas, acorde con lo expuesto en párrafos anteriores, es claro que estamos en presencia de un proveído que no era susceptible del recurso de apelación, lo cual le cerraría las puertas a la Colegiatura para hacer cualquier tipo de pronunciamiento respecto de los reclamos formulados por los apelantes, ya que se carecería de competencia para proceder en tal sentido. Siendo así las cosas, la Sala se abstendrá de desatar el recurso de apelación interpuesto por los recurrentes en contra del decisión proferida por la *A quo* en la vista pública celebrada el 2 de noviembre del 2.016.”.

**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 mediante Acta # 095 del 9 de febrero de 2017. H: 2:00 p.m.

Pereira, diez (10) de Febrero de Dos mil diecisiete (2.017)

Hora: 8:39 a.m.

Condenados: JORGE ANTONIO MORALES RAMÍREZ y JOSÉ FRANCEY DÍAZ Delitos: Homicidio Agravado

Rad. # 170426000040 2007 00057 06

Asunto: Resuelve recursos de apelación interpuestos en contra de un auto que no accedió a unas objeciones presentadas por los incidentados respecto de las pruebas aducidas por el incidentante.

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 los apoderados de las partes vinculadas a la actuación procesal como terceros civilmente responsables, en contra del auto proferido por el Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría el día 2 de noviembre del 2.016, en virtud del cual no se accedió a una petición de oposición probatoria deprecada por los incidentados respecto de las pruebas que la parte incidentante pretendía aducir en el trámite del incidente de reparación integral.

**ANTECEDENTES:**

Los hechos que originaron el incidente de declaración integral, están relacionados con la declaratoria de responsabilidad criminal pregonada en contra de los otrora Procesados JOSÉ FRANCEY DÍAZ TORO y JORGE ANTONIO MORALES RAMÍREZ por incurrir en la comisión de los delitos de homicidio de la Sra. MARÍA DEL CARMEN ARANGO CARDONA, de 31 años de edad, y de su menor hija “M.C.D.A.” de 5 años de edad, cuyos cadáveres fueron encontrados calcinados el 15 de febrero del 2.007 en una zona boscosa de la vereda “Los Encuentros”, cercana al rio Guática, del municipio de Anserma.

Es de anotar que acorde con la investigación adelantada por los efectivos de la policía judicial, se pudo establecer que la última vez que fueron vistas con vida las antes enunciadas difuntas, fue cuando ellas a principios del mes de febrero del 2.007 estuvieron visitando al reverendo JOSÉ FRANCEY DÍAZ TORO, quien para esas calendas fungía como párroco del municipio de Mistrató, el cual procreó a la menor “M.C.D.A.” como consecuencia de una relación sentimental que sostuvo con la Sra. MARÍA DEL CARMEN ARANGO CARDONA.

**SINOPSIS DE LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. Una vez estando en firme las sentencias condenatorias, el apoderado de las víctimas solicitó dar inicio al incidente de reparación integral, al cual se le dio curso mediante audiencia pública celebrada el 23 de febrero del 2.016. Pero las actuaciones llevadas a cabo en esa vista pública fueron anuladas por esta Corporación mediante auto del 15 de abril del 2.016, en el cual se dijo que al trámite incidental se debía vincular el también condenado JORGE ANTONIO MORALES RAMÍREZ, y que no eran admisibles las pruebas que se practicaron en un pretérito incidente de reparación integral, cuyo trámite había sido anulado por esta Colegiatura.
2. En cumplimiento de lo ordenado por esta Colegiatura, en audiencia celebrada 7 de junio del 2.016 se dio nuevamente inicio al incidente de reparación integral, vista en la cual el apoderado de las victimas propuso sus pretensiones, descubrió las pruebas que pretendía hacer valer. De igual forma en dicha audiencia se intentó que las partes conciliaran, y como quiera que no se llegó a ningún tipo de arreglo, la *A quo* procedió a pronunciarse sobre la procedencia de las pruebas pedidas por el incidentante, y decidió acceder a la práctica de las mismas.
3. El trámite del incidente prosiguió en una vista celebrada el 2 de noviembre del 2.016, audiencia en la cual las partes incidentadas en vez de hacer lo que les correspondía hacer en ese estadio procesal, o sea solicitar la práctica de pruebas, procedieron a formular una serie de oposiciones y objeciones respecto de las pruebas deprecadas por la parte incidentante, e igualmente pidieron que dicha parte debía hacer unas claridades y precisiones sobre las pruebas cuya práctica pidió.
4. Como quiera que la Jueza de primer nivel no accedió a las pretensiones y reparos formulados por los incidentados, ellos procedieron a interponer sendos recursos en contra de dicha decisión, uno principal de reposición y otro subsidiario de apelación; siendo despachado por la *A quo* de manera desfavorable a los intereses de los recurrentes el recurso de reposición.

**EL AUTO IMPUGNADO:**

Se trata de la providencia proferida por parte del Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría durante el desarrollo de la vista pública celebrada el 2 de noviembre del 2.016, en la cual no se accedió a una serie de oposiciones y objeciones formuladas por la parte incidentada respecto de las pruebas deprecadas por el apoderado de las víctimas.

Del contenido del auto opugnado, se desprende que la razón argüida por la Jueza de primer nivel para no acceder a los reclamos formulados por los ahora apelantes, consistió en argumentar que las peticiones deprecadas por los incidentados eran improcedentes y por ende extemporáneas, en atención a que con antelación ya se había proferido una providencia en la cual se accedieron a las pruebas solicitadas por el apoderado de las víctimas.

De igual forma al desatar el recurso de reposición, la *A quo* decidió dar aplicación del artículo 227 del C.G.P. al concederle al apoderado de las victimas un plazo de 10 días para que diera traslado del contenido de los conceptos técnicos y científicos con los que cuenta, para que los Terceros Civilmente Responsables y demás intervinientes los conozcan nuevamente.

**LAS ALZADAS:**

Alegan los recurrentes que la Jueza de primer nivel se equivocó en lo resuelto y decidido en el presente asunto, y por ende se debió acceder a sus reclamos ya que no se tuvieron en cuenta que a la solicitud de pruebas periciales deprecadas por el apoderado de las víctimas no se anexó el dictamen pericial.

De igual forma los apelantes expusieron que el apoderado de las víctimas no tuvo en cuenta que se estaba es en presencia de un nuevo incidente de reparación integral, por lo que sus peticiones deben ser formuladas de manera clara y precisa, y acorde con las disposiciones que lo reglamentan.

Finalmente alegan los recurrente que las objeciones y oposiciones presentadas por ellos eran procedentes, y que eran necesarios ser absueltas para que ellos a su vez pudieran solicitar las pruebas que en su sentir fueran las pertinentes.

**LA RÉPLICA:**

El apoderado de las víctimas en sus alegatos de no recurrente se opone a las pretensiones de los apelantes, argumentando lo siguiente:

* No era necesario que variará sus pretensiones probatorias con la solicitud de pruebas nuevas debido a que no se ha modificado la finalidad del incidente de reparación integral.
* Los reclamos probatorios formulados por los recurrentes son extemporáneos debido a que en una audiencia anterior hubo un pronunciamiento sobre la admisibilidad de las pruebas deprecadas por la representación de las víctimas.

De igual forma el no recurrente aprovechó la oportunidad para solicitarle a esta Corporación que retrotrajera su decisión inicial de nulidad, puesto que variaron los motivos en los que se basó la Corporación para cambiar el criterio de las pruebas aducidas en el inicial incidente de reparación integral que fue objeto de anulación, debido a que el otro litisconsorte renunció al derecho de asistir a las audiencias.

**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 los recurrentes como por los no apelantes, la Sala es de la opinión que se desprende el siguiente problema jurídico principal:

¿Estuvo atinada la decisión tomada por la *A quo* al no acceder a las pretensiones formuladas por la parte incidentada por considerarlas extemporáneas?

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 a 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 recientemente dicha línea de pensamiento fue nuevamente mutada por la Corte, al inclinar 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.

Frente a lo anterior, a fin de ofrecer mejor claridad, bien vale la pena traer a colación lo que ha dicho la Corte sobre ese tópico:

*“Corolario de lo antedicho, ninguna mengua sufre la estructura del sistema acusatorio, o los derechos a la doble instancia y contradicción, cuando el legislador, en ejercicio del poder de configuración que le asiste, reflejado en la normatividad traída a colación en esta providencia, decidió que solo se puede apelar el auto que deniega o imposibilita la práctica de una prueba –no el que la concede-; más aún, si en cuenta se tiene, de cara a los límites de esa facultad, que no se aprecia i) un atentado a los fines del Estado, tales como la justicia o la igualdad, ii) violación a los derechos fundamentales de las partes, iii) desconocimiento de los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la definición de las formas e, iv) imposibilidad de la realización material de los derechos y de primacía del derecho sustancial sobre las formas, conforme lo ha señalado la Corte Constitucional (CC C-227/09).*

*Precisamente, en torno de los fines que gobiernan la práctica de pruebas y su naturaleza de medios encaminados a demostrar la particular teoría del caso de las partes, observa la Sala cómo, dentro del necesario balanceo obligado de hacer en la determinación de cuál es la mejor manera de adelantar el proceso y los sacrificios que ello implica, con la decisión legislativa de conceder el recurso de apelación solo para la decisión que deniega pruebas, se obtiene un resultado mejor que en caso de aceptarlo en general.*

*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…..”[[2]](#footnote-2).*

Al aplicar lo anterior al caso en estudio, observa la Sala que la controversia que suscitó la alzada tiene que ver con una serie de reproches, observaciones y oposiciones que los apelantes le formularon a una pretérita decisión proferida por la *A quo* en la cual se admitieron las pruebas deprecadas por el apoderado de las víctimas.

Si lo anterior es así, como en efecto lo es, tal situación seria indicativa que la fuente de la discrepancia expresada por los recurrentes en la alzada tiene que ver con una decisión relacionada con la admisión de las pruebas deprecadas por el apoderado de las víctimas, de la cual los ahora apelantes estaban inconformes.

Por lo tanto, si la inconformidad expresada por los recurrentes tiene que ver con una providencia que admitió u ordenó la práctica de unas pruebas, acorde con lo expuesto en párrafos anteriores, es claro que estamos en presencia de un proveído que no era susceptible del recurso de apelación, lo cual le cerraría las puertas a la Colegiatura para hacer cualquier tipo de pronunciamiento respecto de los reclamos formulados por los apelantes, ya que se carecería de competencia para proceder en tal sentido.

Siendo así las cosas, la Sala se abstendrá de desatar el recurso de apelación interpuesto por los recurrentes en contra del decisión proferida por la *A quo* en la vista pública celebrada el 2 de noviembre del 2.016.

Ahora bien, en el remoto de los eventos que se llegue a considerar que la providencia impugnada si era susceptible del recurso de alzada, la Sala es de la opinión que la *A quo* estuvo atinada en la decisión opugnada, porque en efecto las oposiciones y demás reclamos formulados por los recurrente deben ser catalogados como inoportunos, trasnochados y extemporáneos en atención a que cuando debieron pronunciarse en tal sentido no dijeron nada al respecto, lo cual debió ocurrir en la audiencia celebrada 7 de junio del 2.016, vista pública en la que la Jueza de primer nivel se pronunció sobre la admisibilidad de las pruebas deprecadas por la representación de las víctimas, pero vemos que los ahora recurrentes guardaron un sepulcral mutismo con el que implícitamente avalaron y aprobaron lo resuelto y decidido en ese momento.

Por lo tanto, en resumidas cuentas, por contrariar las disposiciones del principio de preclusión de instancia, es obvio que no estarían llamados a prosperar los reproches formulados por los apelantes.

Aspecto que llama la atención a la Colegiatura es el peculiar tramite dado al incidente de reparación integral, en especial en lo que corresponde con las decisiones probatorias proferidas por la *A quo,* si tenemos en cuenta que en la vista pública del 7 de junio del 2.016 se pronunció sobre la admisibilidad de las pruebas deprecadas por el incidentalista, y de no ocurrir lo que suscitó la presente alzada, seguramente que en la audiencia del 2 de noviembre del 2.016 se hubiera pronunciado sobre las eventuales pruebas que deprecarían los incidentados, lo cual en sentir de la Sala no es correcto, ya que en nuestra opinión el auto con el cual la Judicatura se pronuncia sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de las pruebas pedidas por las partes en el incidente de reparación integral, como consecuencia de los postulados que orientan los principios de unidad procesal y económica procesal[[3]](#footnote-3), es ***uno solo***, el que se debe proferir después de que las partes en sus debidas oportunidades procesales se hayan manifestado respecto de sus pretensiones probatorias.

A pesar que en opinión de la Sala en lo que tiene que ver con las decisiones probatorias la *A quo* no manejó de la manera mas ortodoxa el trámite del incidente de reparación integral, ya que los pronunciamientos que se harán sobre esos tópicos en vez de ser de naturaleza única van a ser fragmentados, creemos que no estamos en presencia de unas maculas que tengan la entidad suficiente como para viciar el proceso de nulidad procesal, en atención a que dichas irregularidades fueron convalidadas por la actitud asumida por las partes, quienes la acolitaron y patrocinaron al no decir nada al respecto[[4]](#footnote-4), aunado a que las mismas en momento alguno de manera eficaz han socavado los derechos y garantías de las partes.

Finalmente en lo que tiene que ver con las peticiones deprecadas por el apoderado de las víctimas en sus alegatos de no recurrente, la Sala le recuerda a la representación de las víctimas que ello es harina de otro costal por cuanto ese es un asunto que se zanjó en una pretérita ocasión, en la que la Colegiatura se pronunció sobre la invalidez de las pruebas que fueron practicadas en el inicial defenestrado incidente de reparación integral que fue objeto de una nulidad procesal. Por lo tanto se le recuerda al no recurrente, acorde con lo resuelto y decidido en el auto de 2ª instancia del 15 de abril del 2.016[[5]](#footnote-5), que esas pruebas, sin importar cuál sea la posición procesal asumida por la representación del otrora procesado JORGE ANTONIO MORALES RAMÍREZ, por contrariar los principios de la inmediación y de la contradicción, no pueden nuevamente ser aducidas en el presente incidente de reparación integral.

A modo de conclusión, la Sala por carecer de competencia se abstendrá de desatar el recurso de apelación que de manera subsidiaria fue interpuesto por los recurrentes en contra de la decisión proferida por la *A quo* en la vista pública celebrada el 2 de noviembre del 2.016.

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO:** Inhibirnos de resolver el recurso de apelación que de manera subsidiaria fue interpuesto por los recurrentes en contra de la decisión proferida por el Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría en la vista pública celebrada el 2 de noviembre del 2.016.

**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.

Esta decisión queda notificada en estrados.

**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)
2. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Providencia de 2ª instancia del 27 de julio 2016. AP4812-2016. Rad. # 47469. M.P. GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ. [↑](#footnote-ref-2)
3. Lo cual quiere decir que por regla general no pueden haber varios pronunciamientos probatorios, o que la Judicatura de manera fraccionada o fragmentada debe avocar esos tópicos. [↑](#footnote-ref-3)
4. Sobre tal aspecto se debe consultar el principio rector de las nulidades de la convalidación, consagrado en el artículo 136 del C.G.P. [↑](#footnote-ref-4)
5. Cuyo contenido el apoderado de las víctimas de manera tozuda no ha querido aceptar ni admitir. [↑](#footnote-ref-5)