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 respectiva Secretaría.

**TEMAS: DECRETO DE PRUEBAS / PRINCIPIO DE LA DOBLE INSTANCIA / NO ES ABSOLUTO / ES APELABLE EL AUTO QUE NIEGA LA PRÁCTICA DE PRUEBAS / NO EL QUE LA ORDENA / EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL.**

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…

… 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 inclinó el péndulo hacia la inicial posición…

… la Sala es de la opinión que estamos en presencia de una providencia que no era susceptible del recurso de apelación, tal como en su momento lo indicó el A quo a pesar de haber decidido conceder el recurso, 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…

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**Magistrado Ponente:**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**AUTO INTERLOCUTORIO DE 2ª INSTANCIA**

Pereira, tres (03) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Aprobado por acta No. 656

Hora: 10:00 a.m.

|  |  |
| --- | --- |
| Radicación: | 66594 61 06 554 2017 00213 01 |
| Acusados: | GGG  |
| Delitos: | Actos Sexuales con menor de 14 años  |
| Asunto:  | Apelación auto que no excluyó pruebas |
| Procede:Decisión:  | Juzgado Promiscuo del Circuito de Quinchía Se abstiene de resolver  |

**VISTOS:**

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a resolver el recurso de apelación interpuesto por el Defensor del procesado **GGG,** en contra de una decisión proferida por el Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Quinchía, en el devenir de la audiencia preparatoria celebrada el 29 de enero del año avante, mediante la cual se admitieron las pruebas solicitadas por la Fiscalía a pesar que la Defensa solicitó su exclusión, y se inadmitió una de las pruebas solicitada por él.

**ANTECEDENTES:**

Los hechos que dan origen a la presente investigación tienen su génesis en la denuncia que el 27 de octubre de 2017 presentara el padre del menor J.A.S.C., en contra del señor GGG, mejor conocido como “Michel”, toda vez que su menor hijo fue a motilarse a la peluquería propiedad del denunciado, y después de eso regresó muy callado y comportándose de manera diferente; posteriormente ante los interrogatorios de su hermana respecto a qué le sucedía, le contó a ella que el día en que se motiló donde “Michel”, este le hizo quitar la camiseta y después cuando le estaba quitando con un cepillo los restos de cabello que le habían quedado en la espalda y el pecho, “Michael” bajó la mano y le empezó a tocar los genitales mientras le decía “esto está como duro ¿cómo lo tiene? ¿Lo tiene grande o lo tiene pequeño? Después de eso le indicó al menor que se fuera a lavar la cabeza en el lavadero que estaba ubicado en el patio del inmueble, y mientras J.A.S.C. hacía esto, “Michel” aprovechó y cerró la puerta de la peluquería y fue a buscarlo donde él estaba y allí nuevamente, le empezó a tocar los genitales mientras le decía que eso estaba muy bueno, ¿qué si eso botaba mucha leche? ¿qué si él era virgen o no?, y que precisamente cuando estaba diciéndole esas cosas, alguien que buscaba a “*Michel”* abrió la puerta, lo cual el menor aprovechó para salir corriendo del lugar. Ante este relato, la hermana de la víctima decidió contarle a su papá lo sucedido.

Con base en la denuncia interpuesta, la FGN decidió iniciar la indagación respectiva, razón por la cual le tomaron entrevista al menor J.A.S.C., quien ratificó lo narrado por su progenitor al momento de la denuncia, indicando las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se dieron los hechos.

**SINOPSIS DE LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

* Con base en la información legalmente obtenida, la FGN decidió mediante audiencia realizada el 24 de julio de 2019, ante el Juzgado Único Promiscuo Municipal de Guática, endilgar cargos al señor GGG, por presuntamente haber incurrido en el delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años consagrada en el art. 209 del C.P., y de los cuales fuera víctima el niño J.A.S.C. imputación que no fuera aceptada por el indiciado. No se impuso medida de aseguramiento toda vez que el Ente Acusador no la solicitó.
* El 26 de agosto de 2019, la Fiscalía presentó escrito de acusación ante el Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Quinchía. Despachó que realizó la audiencia para tal fin el 07 de octubre de esa misma anualidad, en dicha vista pública el Ente Acusador ratificó los cargos endilgados en contra del procesado durante la imputación.
* La audiencia preparatoria, tuvo lugar el 29 de enero de 2020, en ella la tanto la Fiscalía como la Defensa hicieron sus solicitudes probatorias; posteriormente, el defensor pidió la exclusión de todas las pruebas solicitadas por el Ente Acusador, por considerar que el Fiscal durante su intervención no hablo de la pertinencia y conducencia de las pruebas pedidas, lo cual es un requisito legal. El *A quo* no accedió a lo pedido y decretó la totalidad de las pruebas pedidas por la Fiscalía, en cuanto a las de la Defensa, decretó todas, excepto el informe de calificaciones del menor víctima por considerar que tales documentos nada tenían que ver con el delito. Contra estas decisiones el Defensor del procesado se alzó de manera oportuna.

**EL AUTO OPUGNADO:**

Como se dijo anteriormente se trata de la decisión tomada por el Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Quinchía, en desarrollo de la audiencia preparatoria llevada a cabo en calendas del 29 de enero del corriente año, mediante la cual decidió admitir las pruebas solicitadas por la Fiscalía y no admitir como prueba de la defensa el informe de calificaciones del menor víctima.

Para llegar a las anteriores conclusiones, el *A quo* indicó que:

* El artículo 359 del C.P.P. señala que las partes podrán solicitar la exclusión, rechazo o inadmisión de las pruebas e indica cuáles son las causales para ello; bajo ese entendido, consideró que si bien es cierto el señor Fiscal al momento de pedir las pruebas que pretende hacer valer en el juicio oral no lo hizo con la técnica debida, si dio a entender la utilidad, conducencia y pertinencia de las pruebas por él pedidas, como lo son los testimonios tanto del menor víctima como de su hermana, su abuela y su padre, por lo cual no se avizora razón alguna para proceder a su rechazo o exclusión. Razón esa suficiente para admitir la práctica de todas las pruebas pedidas por el Ente Acusador.

* Respecto del informe de calificaciones académicas del menor J.A.S.C., indicó el *A quo* que el mismo no resulta ni pertinente ni útil, puesto que el Defensor indicó que esa prueba es para demostrar sí el menor tuvo o no una afectación psicológica, lo que indica que este Letrado parte de una falsa premisa de que todos los menores víctimas de algún delito sexual tienen una afectación psicológica, lo que no es necesariamente así, pues muchos de ellos, a pesar del evento traumático en que se ven inmiscuidos, no bajan en su nivel académico ni se sienten afectados de manera profunda por lo sucedido, en especial si se tienen en cuenta que muchas veces las víctimas ya tenían un bajo rendimiento escolar desde antes de los hechos.

Contra esas decisiones el Defensor interpuso y sustentó el recurso de reposición y en subsidio el de apelación.

**LOS RECURSOS INTERPUESTOS:**

Para sustentar su inconformidad con las decisiones adoptadas por el fallador de primer nivel, el Letrado que representa los intereses del procesado, al sustentar los recursos interpuestos, señaló:

* En cuanto a la no admisión como prueba el informe de calificaciones del menor víctima, indicó que la práctica enseña que cuando se trata de delitos sexuales por lo general solo la víctima y el supuesto victimario saben lo que en realidad sucedió, por ello es que resulta importante echar mano de las pruebas de corroboración periférica que puedan servir, en el caso de la defensa, para demostrar en el juicio la inexistencia del hecho investigado. De tal manera, esos informes escolares del menor J.A.S.C. en el presente asunto, pueden servir para que el Juez en un momento determinado observe si en realidad existió una afectación psicológica en este niño, como consecuencia de los hechos presuntamente ocurridos, esto por cuanto muchas veces los menores víctimas de delitos cambian su comportamiento en el ámbito escolar, no solo en términos de las calificaciones sino frente a la manera cómo se comportan. Dada esa situación, para la defensa ese informe académico de la institución educativa en donde estudia el menor J.A.S.C. es importante para su teoría del caso.

* En cuanto a las pruebas de la Fiscalía, insistió en que las mismas se debieron negar ya que en el momento procesal oportuno el Delegado del Ente Acusador no mencionó las palabras, conducencia, pertinencia o utilidad de la prueba y mucho menos desarrollo argumentación alguna respecto al tema y al Juez no le está dado inferir ni suponer del anuncio de las pruebas, cuál es su pertinencia, conducencia, utilidad y necesidad, pues ello debe hacerse de manera clara y expresa por parte de quien las solicita, de tal suerte no se puede decir que tal error se debe solamente a una falta de técnica al momento de realizar las solicitudes probatorias.

**- El Fiscal en su calidad de no recurrente**, solicitó se confirme la decisión de primer nivel, para sustentar tal pedimento, en cuanto al rechazo de la prueba de la defensa, hizo lectura de un aparte de la sentencia T-453 de 2005, para señalar que llevar a juicio el informe de calificaciones del menor, sería de cierta manera inmiscuirse en su privacidad y casi que juzgar su comportamiento cuando no es él quien cometió delito alguno.

En punto de la admisión de las pruebas por él pedidas, considera que el art. 376 del C.P.P. es muy claro en señalar las razones para no admitir una prueba, y sus solicitudes probatorias no encajan en esas hipótesis, pues en todo momento se dejó claro que ellas están encaminadas a demostrar que en efecto ocurrieron los hechos aquí investigados, de tal manera que resultan ser útiles, conducentes, pertinentes y no son repetitivas, por tanto no se puede pedir su rechazo o exclusión por una falta argumentativa, a sabiendas que las mismas cumplen con todos los requisitos a la luz de lo establecido en el art. 359 del C.P.P.

**DECISIÓN DE LA REPOSICIÓN:**

Escuchadas las intervenciones de las partes, el Juzgado *A quo*, procedió a resolver el recurso de reposición interpuesto indicando que primero se pronunciaría respecto a la inadmisión como prueba del informe académico del menor J.A.S.C. para luego proceder a resolver lo atinente al no rechazo de las pruebas de la Fiscalía.

* Respecto al primer punto, el A quo decidió reponer su decisión y por tanto permitir que se allegué al juicio oral el mencionado documento, puesto que el mismo al parecer resulta ser importante para la teoría del caso de la defensa, por ende, en respeto por la igualdad de armas, se admitirá dicha prueba y ya será al momento de la valoración probatoria que se determinará si la misma era o no útil al proceso.
* Respecto al segundo punto, indicó que confirmaría su decisión inicial pues el hecho de que el Fiscal hubiese omitido decir de forma expresa las palabras, pertinencia, conducencia y utilidad de la prueba, no puede ser la base para rechazar sus pruebas, a pesar de que sí cumplió con decir en qué consistía cada prueba y en ninguna parte la norma establece que el fallador no pueda deducir el objeto de las mismas de esa intervención que sí bien no cumplió estrictamente con la técnica que se espera que se haga, si se hizo; además, no se puede olvidar que el proceso penal persigue unos fines entre los que encontramos la búsqueda de la verdad y la justicia, como también la prevalencia del derecho sustancial, y a la luz de ello, dejar sin pruebas a la Fiscalía por su descuido argumentativo, sería atentar contra esos principios.

Aunado a lo anterior, en el presente asunto no se están decretando pruebas nuevas o desconocidas para la defensa, como para pensar que se le está sorprendiendo o violentando el principio de la igualdad de armas, pues esas pruebas que se han decretado las conoce la defensa desde la acusación, tanto es así, que ha echado mano de algunas de ellas para pedirlas como pruebas comunes.

Finalmente señaló el *A quo* que si bien es cierto el art. 177 del C.P.P. no incluye entre aquellos autos apelables los que admiten las pruebas, él consideraba que en atención a lo establecido en el art. 20 de esa misma codificación se debe garantizar la doble instancia, por tanto, es procedente que el *Ad quem* se pronuncie en segunda instancia sobre la solicitud realizada por la defensa dentro del presente asunto.

**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.

De igual manera no se encuentra irregularidad procesal que haga cortapisa al análisis de fondo y en su lugar se deba declarar oficiosamente la nulidad de la actuación.

**- PROBLEMA JURÍDICO:**

Del sustento del recurso, y lo señalado por el *A quo* al conceder el recurso de apelación, encuentra la Sala que se desprenden dos problemas jurídicos a resolver, los cuales son:

¿La decisión de admitir en el juicio todas las pruebas solicitadas por la Fiscalía era susceptible del recurso de apelación?

En caso de ser afirmativa la respuesta al anterior interrogante, entonces se deberá proceder a resolver

¿Sí en efecto se debieron rechazar todas las pruebas solicitadas por el señor Fiscal Delegado en su intervención, toda vez que en el momento oportuno olvido mencionar la pertinencia, conducencia y utilidad de las pruebas por él solicitadas?

**- SOLUCIÓN:**

En aras de desarrollar el cuestionamiento atrás propuesto, resulta válido recordar que acorde con el diseño del Sistema Penal Acusatorio, es la audiencia preparatoria por excelencia el escenario procesal idóneo para el trámite de las solicitudes de pruebas que las partes e intervinientes pretenden hacer valer en el juicio oral, por ende es allí donde el Juez debe determinar de acuerdo a las reglas de pertinencia, conducencia y utilidad qué pruebas serán practicadas dentro de la etapa del juicio oral que le permitan llegar a una decisión más allá de toda duda razonable.

Es también dicha diligencia el escenario procesal idóneo para que las partes intervinientes se pronuncien respecto de la oferta probatoria efectuada por su contraparte a través de las herramientas de la exclusión, rechazo o inadmisión de los medios de conocimiento, lo cual tiene como propósito hacer gala a los principios de legalidad, eficiencia y eficacia, a fin de evitar que el juicio sea permeado con medios de conocimiento ilícitos, ilegales, inconducentes, impertinentes o inútiles, por eso en opinión de la Sala resulta válido colegir que la audiencia preparatoria también cumple una finalidad de saneamiento y purga probatoria.

En ese orden de ideas, se tiene que en nuestro ordenamiento judicial el artículo 357 de la Ley 906 de 2004, establece que es la audiencia preparatoria el momento en dónde el juez le permitirá, primero a la fiscalía y después a la defensa, solicitar “… *las pruebas que requieran para sustentar su pretensión. El juez decretará la práctica de las pruebas solicitadas cuando ellas se refieran a los hechos de la acusación que requieran prueba, de acuerdo con las reglas de pertinencia y admisibilidad previstas en este código”*.

Teniendo claro lo anterior, la Sala abordará el primer problema jurídico acá planteado y es 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 inclinó el péndulo hacia la inicial posición, o sea la consistente en que el recurso de apelación solo procede contra el 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 del procesado respecto de una decisión proferida por el Juzgado de primer nivel en la cual se admitieron todas las pruebas pedidas por la Fiscalía durante el devenir de la audiencia preparatoria, a pesar de los reparos presentados por el Letrado de la defensa en cuanto a que el señor Fiscal no argumentó en debida forma la pertinencia, conducencia y utilidad de las pruebas solicitadas.

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, tal como en su momento lo indicó el *A quo* a pesar de haber decidido conceder el recurso, 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 del procesado GGG en contra de la providencia proferida en la audiencia celebrada el 29 de enero del presente año.

Como anotación final, se indicará que la notificación de la presente decisión no se realizará en audiencia de lectura de sentencia como lo establece la norma procesal penal, esto en atención a la situación de amenaza de contagio generada por la propagación del virus COVID-19, y siguiendo lo dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 4º del Acuerdo PCSJA20-11518 del 16 de marzo de 2020 y en la Circular CSJRIC20-75 expedida por el Consejo Seccional de la Judicatura de Risaralda, y en lo consignado en el Decreto 417 de 2020, en el que declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional, ante la pandemia generada por el coronavirus; el Decreto 457 de 2020 que fijó los parámetros de las normas del aislamiento obligatorio o cuarentena, y el Decreto 806 de 2020, que reguló la forma como se deben notificar los fallos, y los posteriores decretos y acuerdos que ampliaron las normas en cita, se tiene que tales normas obligan a que la presente decisión se le deba notificar a las partes e interesados vía correo electrónico por intermedio de la Secretaría, medio por el cual, de ser procedente, podrán interponer los recursos de ley en las oportunidades pertinentes.

Sin más por considerar, 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 del procesado **GGG** en contra de la providencia proferida en la audiencia celebrada el 29 de enero de 2020, por parte del Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Quinchía.

**SEGUNDO: DISPONER** que en atención a la situación de amenaza de contagio generada por la propagación del virus COVID-19, y siguiendo lo dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 4º del Acuerdo PCSJA20-11518 del 16 de marzo de 2020 y en la Circular CSJRIC20-75 expedida por el Consejo Seccional de la Judicatura de Risaralda, y en lo consignado en el Decreto 417 de 2020, en el que declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional, ante la pandemia generada por el coronavirus; el Decreto 457 de 2020 que fijó los parámetros de las normas del aislamiento obligatorio o cuarentena, y el Decreto 806 de 2020, que reguló la forma como se deben notificar los fallos, y los posteriores decretos y acuerdos que ampliaron las normas en cita, se tiene que tales normas obligan a que la presente decisión se le deba notificar a las partes e interesados vía correo electrónico por intermedio de la Secretaría, medio por el cual, de ser procedente, podrán interponer los recursos de ley en las oportunidades pertinentes.

**TERCERO:** **DECLARAR** que en contra esta providencia procede el recurso de reposición el cual deberá ser impetrado y sustentado de manera escritural, acorde con lo reglamentado en la ley 600 de 2000. De no interponerse el recurso en mención, se **DISPONE** que por la Secretaría de esta Sala se realice la devolución del expediente al Despacho de origen para que se continúe con la actuación.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE:**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**Magistrado**

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

**Magistrado**

*En incapacidad médica*

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SÁNZ**

**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)