



## SALA PENAL

Radicado: 05212-60-00-201-2015-05728  
Acusado: Víctor Manuel Molina Jaramillo  
Delito: Actos sexuales con menor de 14 años  
Asunto: Apelación de auto  
M. Ponente: Miguel Humberto Jaime Contreras

Aprobado por Acta No.076

Medellín, trece (13) de junio dos mil dieciocho (2018)

### 1. VISTOS

Procede la Sala a inadmitir el recurso de apelación interpuesto por la defensa en contra de la providencia proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Bello que negó el rechazo de los medios de prueba de la Fiscalía.

### 2. SOLICITUD DE LA DEFENSA

El pasado 7 de mayo, iniciada la audiencia preparatoria, al momento de la juez concederle el uso de la palabra al defensor para que informara si el descubrimiento probatorio había sido completo, este manifestó su inconformidad al respecto, puesto que esta sería la primera vez que le hacen un descubrimiento mediante un CD, del que dice que está mal grabado, porque las pruebas contenidas en el son anómalas, habrían quedado vacíos y se fraccionaron de manera antitécnica, lo que haría difícil entender e imposibilita la debida defensa técnica; alega que pese a que trató de obtener copias físicas de las pruebas acercándose a la Fiscalía, ello no fue posible.

Por esta causa la defensa, solicita la exclusión de la prueba conforme a lo previsto en los artículos 359 y 360 del Código Procesal Penal<sup>1</sup>.

### 3. DECISIÓN CUESTIONADA

La juez estimó que no existían razones jurídicas admisibles para rechazar los medios de prueba en los términos de los artículos 356 y 359 del Código de Procedimiento Penal, como quiera que en su criterio se cumplió con el descubrimiento de manera completa, en tanto el defensor no sostiene que en el contenedor hubiera faltado alguno de los elementos descubiertos en el anexo del escrito de acusación.

### 4. DEL RECURSO DE APELACIÓN

4.1 Expone la defensa su inconformidad con la decisión asumida por la juez de instancia, como quiera que en su criterio la Ley 906 de 2004 no facultó a la Fiscalía para que presentara y descubriera las pruebas de cualquier manera y por ende no es una nimiedad que se repare que las pruebas contenidas en el CD entregado por la fiscalía están mal grabadas, en tanto, no es posible ejercer el derecho de defensa de manera correcta cuando el descubrimiento no se cumplió en debida forma, observación que fue realizada de manera oportuna como lo dispone el artículo 356 del Código Procesal Penal.

Insiste el defensor en que acorde con el artículo 359 ejusdem, procede la exclusión de los medios de prueba, como quiera que no es posible que ni siquiera hubiera accedido la Fiscalía, dentro de los 3 días siguientes a la audiencia de acusación, a realizar la entrega de las copias de las pruebas, cuando estaba en juego el derecho de defensa, es decir, en su criterio la prueba no fue entregada en debida forma como lo dispone el artículo 356 del mismo ordenamiento y por eso la prueba es ilegal (art 360 CPP).

---

<sup>1</sup> Escuchar minuto 05:34 audiencia del 7 de mayo de 2018 - segunda sección

4.2 La Fiscalía, la Representante de víctimas y la Delegada del Ministerio Público, como no recurrentes, al unísono solicitaron se mantenga la decisión de no rechazar los medios de prueba.

4.3 La juez declaró desierto el recurso de apelación por indebida sustentación. El defensor interpuso el recurso de reposición y el despacho atendiendo al “principio de solidaridad jurídica” concedió el recurso ante esta Sala.

## 5. CONSIDERACIONES

Los antecedentes expuestos obligan a la Sala a establecer, prioritariamente, si la decisión de la juez de primera instancia de negar el rechazo de los medios de prueba de la Fiscalía es susceptible de ser impugnada.

Dado que la discusión de este asunto se hizo de manera precipitada, esto es, antes de haberse agotado los pasos adecuados para que se diera la oportunidad de pedir pruebas y solicitar el rechazo de cada medio de prueba no descubierto, o de todos si la carencia de descubrimiento era de la totalidad de los medios de acreditación, es posible caracterizar esta decisión de dos modos, esto es, desde una perspectiva jurídica formal o jurídica material.

Pero cualquiera sea el enfoque con el que se caracterice lo decidido, lo cierto es que no adquiere la calidad de auto recurrible en apelación, causa que será suficiente para inadmitir el recurso, lo que pasará a explicarse, no sin citar jurisprudencia que ilustre a la instancia sobre el desarrollo de la audiencia preparatoria, en procura de que en el futuro no sea afecte la debida concentración que debe imperar en esta actuación procesal y no sea menester que por una misma audiencia deban surtirse varias segundas instancias.

Pues bien, según el enfoque jurídico formal, la juez no rechazó todos los medios de prueba de la Fiscalía, lo que si bien, como quedó acotado, se hizo antes de tiempo, equivale a que por el momento no se ha afectado la práctica de dichas pruebas.

Pese a las oscilaciones que sobre este aspecto, en general, se ha presentado en nuestro máximo órgano de la jurisdicción ordinaria, lo cierto es que el precedente vigente no admite el recurso de apelación en estos eventos, forjado en la providencia del 27 de julio de 2016, radicado 47469, de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que se ve ratificado en la sentencia AP 8489 del 5 de diciembre de 2016, dentro del radicado 48178, con ponencia del Magistrado Eyder Patiño Cabrera, providencia esta última en la que se dice: “(...) las decisiones que en materia probatoria tienen recurso de alzada son: i.- la que inadmite pruebas<sup>2</sup>; ii.- la que resuelve (aceptando o no) una petición de aplicación de regla de exclusión<sup>3</sup> iii.- la que impone la sanción por descubrimiento extemporáneo, es decir, la que rechaza un medio de prueba<sup>4</sup>, y iv.- también la prueba anticipada por expreso mandato del artículo 179 numeral 6 del inciso 2<sup>5</sup>”

Esta postura consulta el debido balance entre costos y beneficios del modo cómo se diseña un proceso penal, pues si bien es cierto que se sacrifica el reexamen del acierto y validez de las decisiones que de manera general no impiden la práctica de prueba, exceptuado lo ya expresado, se compensa con la celeridad y debida concentración que debe tener la actividad procesal en el juzgamiento; pues de otro lado, no se reúnen los presupuestos del principio de necesidad procesal, en tanto no se afectan garantías fundamentales y se conserva la oportunidad de demostrar en la fase de la valoración de la prueba, si es

---

<sup>2</sup> Artículo 179 inciso 1 numeral 4.

<sup>3</sup> Artículo 179 inciso 1 numeral 5.

<sup>4</sup> Al aplicarse la sanción de rechazo, se está denegando la prueba, por tanto, deviene la aplicación del numeral 4 previamente citado.

<sup>5</sup> Ver sentencia AP 8489 del 5 de diciembre de 2016, dentro del radicado 48178, con ponencia del Magistrado Eyder Patiño Cabrera

del caso, la irregularidad por no descubrimiento del medio probatorio, en orden a conducir a que el mismo sea desestimado.

Específicamente, la postura se fundamenta en la libertad de configuración que sobre los procedimientos le asiste al legislador, quien en tal virtud está facultado para limitar la posibilidad de interponer recursos y en la norma rectora contenida en el artículo 20 de la ley 906 de 2004, según el cual la doble instancia en esta materia está reservada para cuando se afecta la práctica de las pruebas y el alcance que le había dado la jurisprudencia de la misma corporación a dicho concepto en la providencia del 30 de noviembre de 2011, Rd. 37298, de modo que se concluyó al respecto en la primera de las decisiones citadas que *“en materia de pruebas es procedente el recurso de apelación como mecanismo para acceder a la segunda instancia, únicamente respecto de las decisiones que impidan su efectiva práctica o incorporación”*

Pues bien, acogido estos precedentes, no hay duda que la providencia que nos convoca carece del recurso de apelación, causa por la cual se impone la inadmisión del recurso, en tanto lo decidido no impide la práctica de las pruebas de la Fiscalía.

De otro lado, cabe acotar que la Sala de Decisión no desconoce la reciente providencia del siete (7) de marzo de dos mil dieciocho (2018) de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, Rd. 51.882 con ponencia de la Dra. Patricia Salazar Cuéllar, en la que se dijo:

*“Sin embargo, cuando no es posible solucionar la controversia por la vía de la dirección del proceso, el Juez debe resolver sobre la procedencia del rechazo. Esta decisión admite el recurso de apelación, independientemente de su sentido, por lo siguiente:*

*Si opta por rechazar las pruebas, como una sanción a la parte que incumplió las obligaciones atinentes al descubrimiento, no cabe duda que procede la alzada, tal y como sucede con la decisión de inadmitir pruebas. Esto no admite discusión.*

*Si se decide no acceder al rechazo, es evidente que están en juego los derechos de la parte que lo solicitó, pues de ser cierto que se tendría que enfrentar a pruebas desconocidas, la posibilidad de defensa, los controles a la incorporación de las pruebas durante el juicio oral y los otros aspectos relacionados en el numeral 7.1.3 podrían verse seriamente afectados. En tal sentido, a la luz de los criterios establecidos por esta Corporación para concluir que el auto que resuelve sobre la exclusión de evidencia admite el recurso de apelación, independientemente del sentido de la decisión (CSJ AP, 27 Jul. 2016, Rad. 47.469), resultan aplicables al auto a través del cual se decide sobre el rechazo por indebido descubrimiento.”*

No obstante, el tribunal no acogerá esa postura por dos motivos esenciales: el primero por cuanto no constituye realmente un precedente, en tanto el comentario citado no guarda relación directa con lo decidido, que fue anular la actuación procesal, específicamente la audiencia preparatoria desde que se solicitó el rechazo de una prueba, por cuanto un Tribunal dejó de resolver al respecto, en lo cual se comprometía el acceso a la justicia, de modo que no constituye *ratio decidendi*; y el segundo, por cuanto si se repara con cuidado la razón brindada por la Corte, aunque sugestiva, carece de consistencia, en tanto presupone que la prueba es válida, que es precisamente lo que está en discusión.

Dicho esto último de mejor modo, ha de entenderse que en la instancia el juez competente evaluó si el descubrimiento fue completo y en últimas, si con las deficiencias en el mismo se afecta el derecho de contradicción y se merma la capacidad defensiva de la contraparte. Entonces, si entendió que no era menester rechazar la prueba porque el descubrimiento fue idóneo o cuando menos no mermaba ninguna capacidad de contradicción y realmente es así, no se afectan derechos y si fue desacertada la decisión, puede remediarse en la valoración probatoria, tanto en primera como en segunda instancia o casación, caso en el cual la afectación de los derechos de la parte que invocó la ausencia o defectuoso descubrimiento, es apenas aparente.

En suma, por esta vía acatando los precedentes vigentes, el Tribunal deberá proceder a inadmitir el recurso de apelación formulado por la defensa que festinadamente pretendió el rechazo de toda la prueba de la Fiscalía, sin que sea menester reparar, por sustracción de materia, en si el recurso fue adecuadamente sustentado.

De otro lado, asumiendo una perspectiva material también se llega a la misma conclusión, este enfoque se recoge de buena manera en la providencia de la Sala de Decisión que preside la Dra. Maritza Ortiz Castro, Radicado: 11 001 60 00000 2015 00014, del veintisiete de marzo de dos mil quince, que le niega sustancialidad a lo decidido en razón de obviar los presupuestos materiales para el pronunciamiento; veamos:

*“En efecto, por orden lógico y para evitar dilaciones indebidas la audiencia preparatoria debe agotarse en su integridad, para que finalizada las solicitudes de las partes, el Juez proceda a pronunciarse sobre todas ellas ya sea admitiéndolas o no y respondiendo las pretensiones que tocan con la exclusión, rechazo o inadmisión de pruebas.*

*Pero en este caso la audiencia preparatoria que apenas iniciaba, terminó tomando un curso muy particular, cuando el Juez, opta por darle respuesta a las pretensiones de los abogados de manera anticipada, pues en el escenario en que se hallaban se les concede la palabra para que ofrezcan sus “observaciones sobre el descubrimiento probatorio”, pues nada lógico se presenta que pretendan una sanción respecto a las pruebas que todavía no se han solicitado.*

*La consecuencia de la sanción que se pide aplicar no es otra que el rechazo de la prueba y no se puede rechazar lo que no se ha pedido. De contera, el juez no podía anticipar una decisión de la nada, ni siquiera para anunciar que no aplicaría la mentada sanción, porque en otras palabras ello significa que está admitiendo pruebas que no han sido solicitadas.*

*Definir la imposición o no de una sanción de rechazo de pruebas, depende de que la prueba haya sido pedida, por ende se anticipa indebidamente una decisión cuando so pretexto de reclamar por la aplicación de la sanción prevista en el art.346 del C.P.P, se desatiende el fondo del asunto y se deja sin desarrollar la audiencia*

*preparatoria, dispuesta precisamente para que las partes hagan los pronunciamientos debidos, acorde con el estadio procesal en que se encuentran.”*

Entonces, por cualquier lado que se le mire lo resuelto carece de apelación, causa por la cual se inadmitirá el recurso interpuesto, a la vez que se reproduce lo expuesto por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre el orden que debe imperar en la audiencia preparatoria, para efectos ilustrativos:

*“Ciertamente y de conformidad con el artículo 356 del Código de Procedimiento Penal, en desarrollo de la audiencia preparatoria el juez dispondrá: i) Que las partes manifiesten sus observaciones pertinentes al procedimiento de descubrimiento de elementos probatorios, en especial, si el efectuado fuera de la sede de la audiencia de formulación de acusación ha quedado completo. ii) Que la defensa descubra sus elementos materiales probatorios y evidencia física. iii) Que la Fiscalía y la defensa enuncien la totalidad de las pruebas que harán valer en la audiencia del juicio oral y público. iv) Que las partes manifiesten si tienen interés en hacer estipulaciones probatorias y v) Que el acusado manifieste si acepta o no los cargos, mientras que en términos del 357 durante la audiencia el juez dará la palabra a la Fiscalía y luego a la defensa para que soliciten las pruebas que requieran para sustentar su pretensión y 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.*

*Con base en tales preceptos ha entendido la Sala (Auto de junio 29 de 2007, Rad. No.27608), que el acto en mención ostenta una secuencia según la cual la audiencia preparatoria se abre consultando a la defensa acerca del cumplimiento, por parte de la fiscalía, de lo dispuesto respecto del descubrimiento que eventualmente se hubiere ordenado por razón del artículo 344 ídem; se prosigue con el descubrimiento por parte de la defensa; luego con la enunciación probatoria por cuenta de la Fiscalía y la defensa “sin establecer respecto de ello ningún tipo de argumentación de conducencia o pertinencia, sencillamente porque el objeto de la enunciación no es otro distinto a permitir el conocimiento de la contraparte, que faculte la etapa siguiente de estipulaciones probatorias”.*

*Sucede luego precisamente la fase de estipulaciones y tras ella la de solicitud y controversia de los medios de convicción porque “Ya decantado, por ocasión de las estipulaciones probatorias, qué de todo lo enunciado anteriormente, efectivamente habrá de llevarse al juicio para soportar la teoría del caso de las partes, estas tienen la obligación de solicitar al juez de conocimiento su aducción - artículo*

Radicado: 05212-60-00-201-2015-05728  
Acusado: Víctor Manuel Molina Jaramillo  
Delito: Actos sexuales con menor de 14 años

357 de la Ley 906 de 2004-, con mención expresa de su pertinencia - artículo 375 *ibídem*-.

*Es este el momento procesal en el cual se refiere por el solicitante lo relativo a la admisibilidad, conducencia y pertinencia de cada uno de los medios pretendidos introducir en el debate oral, en razón a que a través de su argumentación -que se entiende carga procesal de quien invoca la prueba- se faculta la controversia y contradicción de las otras partes e intervinientes”, luego de lo cual el juez decide cuáles pruebas decreta y cuáles excluye”<sup>6</sup>.*

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en Sala de Decisión Penal,

## RESUELVE

Inadmitir el recurso de apelación interpuesto por la defensa en contra del auto proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Bello, conforme a las razones expuestas en la parte motiva.

Contra esta decisión, la que queda notificada en estrado al momento de su lectura, no procede recurso alguno.

MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS  
MAGISTRADO

PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN  
MAGISTRADO

MARITZA DEL SOCORRO ORTIZ CASTRO  
MAGISTRADA

---

<sup>6</sup> C.S.J.Sala Penal. Sentencia 3 de septiembre de 2014, Rad.SP12030-2014, 34719