



## SALA PENAL

Radicado: 05-360-60-99057-2017-07785  
Procesado: Manuel Antonio Gutiérrez Galicia  
Delito: Actos sexuales con menor de catorce años  
Asunto: Apelación de auto que admite pruebas  
M. Ponente: Miguel Humberto Jaime Contreras

Aprobado por Acta No.85

Medellín, tres (3) de julio de dos mil dieciocho (2018)

### 1. VISTOS

Procede la Sala a inadmitir el recurso de apelación interpuesto por la defensa, en contra del auto proferido por el Juzgado 2° Penal del Circuito de Itagüi, el pasado 31 de mayo del 2018, en el curso de la audiencia preparatoria, que decretó todas las pruebas de la Fiscalía, incluyendo a las que se había opuesto el recurrente.

### 2. ANTECEDENTES

#### 2.1. LA ACUSACION

La Fiscalía acusó a *Manuel Antonio Gutiérrez Galicia* de ser autor del concurso homogéneo del delito de Actos sexuales con menor de 14 años, consagrado en el artículo 209 del código penal, en concurso heterogéneo con el delito de demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años de edad (artículo 217 A ibídem), agravado por su ordinal 4° del código penal, es decir, por tener la víctima menos de 14 años.

El soporte fáctico de la anterior atribución jurídica consiste en que, entre los meses de julio y agosto de 2017, el acusado, quien hacia parte del cuerpo de docentes y formadores de la casa hogar del niño y casa hogar san José, en el municipio de La Estrella, donde el menor D.A.C.H. permanecía de lunes a viernes, aprovechando que tenía acceso a los dormitorios de los internos y favoreciéndose de tener una amistad con D.A.C.H, realizaba actos de carácter libidinosos, que eran alentados con la entrega de juguetes, cosas y pequeñas sumas de dinero.

## 2.2. LA DECISIÓN IMPUGNADA

La juez de conocimiento decretó todos los medios de pruebas solicitados por la Fiscalía, sin acoger los reparos de la defensa sobre la forma en la que fueron pedidos algunos medios de prueba por el ente acusador, como la pericia de la psicóloga Cristina Monterroso Martínez y del médico legista Gustavo Adolfo Jaramillo, así como no aceptó excluir el testimonio de la investigadora Sandra Yolima Torres, para el caso que se requiriera ingresar la entrevista del menor como prueba de referencia, en caso de que este no pudiera testificar.

## 2.3. LA SUSTENTACION DE LA IMPUGNACIÓN

Apeló el defensor alegando que los medios de prueba específicamente mencionados no fueron pedidos como prueba pericial sino como prueba testimonial debido a que el Código de Procedimiento Penal y la jurisprudencia hacen la diferenciación entre ellos, pretendiendo su inadmisión ya que de la manera como hizo la Fiscalía la solicitud es inconducente, impertinente e inútil.

Agrega que la juez al interpretar las solicitudes probatorias de la acusación viola la igualdad de armas y el principio de neutralidad del Juez.

En este sentido, solicita revocar la decisión e inadmitir los tres medios de prueba mencionados.

#### 2.4. LA OPINIÓN DE LOS NO RECURRENTES

La Fiscalía considera que el apelante no atacó la decisión de la Juez y, por el contrario, exhibe una postura muy personal, a la vez que acota que la Corte Suprema de Justicia ha resuelto que no admiten recurso de apelación los autos que admiten pruebas en la audiencia preparatoria.

La apoderada de la víctima reitera lo manifestado por la Fiscalía y alude que si bien el defensor dijo que los medios probatorios eran inútiles, impertinentes e inconducentes, no desarrolla su alegación por lo que solicita que se declare desierto el recurso interpuesto.

#### 3. CONSIDERACIONES

Los antecedentes expuestos obligan a la Sala a establecer, prioritariamente, si la decisión de la juez de primera instancia de decretar los medios de prueba solicitados por la Fiscalía, frente a los que la defensa formuló reparos, es susceptible de ser impugnada.

De entrada, se percibe que la naturaleza de la decisión apelada es simplemente la del auto que decreta pruebas solicitadas en la fase preparatoria del juicio y no la que resuelve la exclusión de prueba ilícita, en la cual se comprometen la vigencia de los derechos fundamentales, sobre la que no hay discusión que procedería el recurso de apelación con independencia del sentido en el que se resolviera la solicitud de exclusión; por fuerza de lo normado en el numeral 5 del artículo 177 de la ley 906 de 2004.

Con la advertencia anterior, el Tribunal honra lo dispuesto por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 27 de julio de 2016, Radicado N° 47469, en la que se dijo:

*“En este punto, la Corte quiere hacer hincapié en la necesidad de que los jueces controlen adecuadamente la solicitud de pruebas y sus efectos, pues es factible que las partes acudan al mecanismo de exclusión para evadir la limitación del recurso de apelación que aquí ha quedado claro existe frente la impugnación de autos que resuelven sobre peticiones probatorias.*

*Al efecto, se debe precisar que el tema de exclusión necesariamente está vinculado con la vulneración de derechos fundamentales, dentro del escenario de la prueba ilícita y no apenas la ilegal, lo que obliga de quien se opone a ella presentar una argumentación dirigida exclusivamente a demostrar la vulneración de tales garantías.”*

Conforme a lo expuesto, al no predicarse una ilicitud intrínseca en los medios de prueba, sino apenas formularse objeciones sobre si el juez puede o no interpretar las solicitudes probatorias o si no puede solicitarse un testimonio bajo la condición de que se requiera en el evento de la incorporación de prueba de referencia, ha de concluirse que la discusión propuesta carece de la significación constitucional propia de la solicitud de la exclusión de la prueba ilícita.

Lo que en otros procedimientos había sido materia de pacífica interpretación, como es que la decisión que decreta pruebas carece del recurso de apelación, ha sido objeto en el sistema acusatorio de oscilaciones; sin embargo, para el momento el precedente vigente es que no se admite el recurso de apelación en estos eventos. Doctrina forjada en la providencia citada con antelación que se ve ratificada 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 ; ii.- la que resuelve (aceptando o no) una petición de aplicación de regla de exclusión iii.- la que impone la sanción por descubrimiento extemporáneo, es decir, la que rechaza un medio de prueba , y iv.- también la prueba anticipada por expreso mandato del artículo 179 numeral 6 del inciso 2 ”*

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 pruebas, 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 que no procedía su recepción.

El Tribunal acoge sin reservas esta postura que se fundamenta en la libertad de configuración que le asiste al legislador para establecer los procedimientos, 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 a cuyo examen se 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 cuestionadas.

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 Itagüí, conforme a las razones expuestas en la motiva.

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

MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS  
MAGISTRADO

PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN  
MAGISTRADO

MARITZA DEL SOCORRO ORTIZ CASTRO  
MAGISTRADA