



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellin

## SALA PENAL

Medellín, veinticinco de abril de dos mil veintidós.

**CUI:** 05001 60 00000 2020 00456  
**Procesado:** Rita Yadira Pavas Morales  
**Delito:** Homicidio agravado  
**Asunto:** Apelación de auto que admitió prueba de la fiscalía  
**Interlocutorio:** N° 19 aprobado por acta 63 de la fecha  
**Decisión:** Se abstiene de resolver la apelación por improcedente  
**Lectura:** Mayo dos de dos mil veintidós

Magistrado Ponente

JORGE ENRIQUE ORTIZ GÓMEZ

### 1. ASUNTO

La Sala se pronunciará respecto de la apelación presentada por la defensa técnica contra la decisión proferida por el Juzgado Veintitrés Penal del Circuito de Medellín el 25 de febrero de 2022, de admitir a la fiscalía una prueba de referencia y no reponer lo decidido.

### 2. HECHOS

De conformidad con el escrito de acusación, el jueves 20 de julio de 2017, aproximadamente a las 4 de la madrugada, en la carrera 42 B con calle 110 A, vía pública del barrio Popular Uno —Comuna Uno— de esta ciudad, RITA YADIRA PAVAS MORALES, quien haciendo un aporte importante, mediante acuerdo común con otros sujetos, prevalidos todos de objetos contundentes, atacaron a Jorge Luis Cano Cortés —de 46 años de edad— ocasionándole múltiples lesiones por trauma

contundente principalmente en la cara, miembros superiores y abdomen, que le produjeron sangrado muscular profundo que desencadenó choque hipovolémico y su muerte inmediata, sin posibilidad de recibir asistencia médica.

### **3. ACTUACIÓN PROCESAL**

Por esos hechos, el 19 de febrero de 2020, ante el Juzgado Noveno Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Medellín se formuló imputación contra RITA YADIRA PAVAS MORALES como coautora de homicidio agravado —por motivo abyecto y con sevicia— (artículos 103, 104 numerales 4° y 6° del CP), con la circunstancia de mayor punibilidad del artículo 58, numeral 10 *ejusdem* —por obrar en coparticipación criminal— cargo al cual no se allanó.

El escrito de acusación se radicó y correspondió por reparto al Juzgado Veintitrés Penal del Circuito de Medellín —el 4 de junio de 2020—, despacho donde se hizo la correspondiente formulación el 15 de julio de 2020 sin variación en la imputación. La audiencia preparatoria tuvo lugar el 17 de septiembre de 2020, el juicio oral se inició el 8 de marzo de 2021, y en una sesión de este —realizada el 25 de febrero de 2022— la fiscalía solicitó ingresar una declaración anterior de Yeimer Alexis Castañeda Rodríguez como prueba de referencia, toda vez que a pesar de haberse ordenado por la judicatura su conducción, no ha sido posible su concurrencia a declarar en el juicio oral porque se está ocultando, y aseguró el fiscal que inclusive él estuvo en la residencia de dicho testigo con personal de policía judicial para persuadirlo de la importancia de su declaración y hasta le firmó una constancia de notificación para la audiencia de juicio oral, pero aun así no compareció, de ahí que es procedente la admisión de la aludida prueba de referencia con sustento en el artículo 438, literal b del CPP, es decir, por indisponibilidad del testigo por *evento similar*.

### **4. DECISIÓN IMPUGNADA**

El juez de primera instancia consideró que se dan los presupuestos legales y jurisprudenciales para admitir la declaración anterior de Yeimer Alexis Castañeda Rodríguez como prueba de referencia, toda vez que ha sido reticente a comparecer al juicio oral, y a pesar de haberse ordenado su conducción no fue posible su ubicación por las autoridades, de ahí que se presenta una desaparición voluntaria que habilita el decreto de dicha prueba, según la facultad otorgada en la sentencia C 144 de 2010 al

juzgador para determinar los eventos similares a que se alude en el literal b del artículo 438 del CPP. Igualmente advirtió la judicatura que respecto de esta decisión solo procede el recurso de reposición, pero la defensa tajantemente alegó que también es procedente la apelación, por ello el juez permitió la interposición de uno y otro recurso, advirtiendo la posibilidad de su rechazo por el *ad quem*.

## **5. ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN**

Manifestó el defensor que la sentencia C 144 de 2010 no autoriza al juez a definir los casos de eventos similares, sino que esos deben ser determinados por el legislador. Además, por ellos se entienden otras circunstancias próximas al secuestro o la desaparición forzada, sin que el hecho de no encontrar al testigo, como en este caso cuando solamente se le trató de ubicar en dos ocasiones, haga parte de esas situaciones, máxime considerando la fiscalía cuenta con todo los medios investigativos para persistir en la búsqueda del declarante.

Agregó el apelante que lo que pretende la Corte Constitucional es que la prueba de referencia sea excepcional y no como lo dice la primera instancia que el juez tiene libertad para decidir asuntos penales, considerando que dos visitas que se hicieron al testigo son suficientes para considerar que ha desaparecido voluntariamente, desconociendo que el aspecto probatorio es fundamental para demostrar esa situación porque no es un elemento de simple suspicacia del despacho o de la fiscalía, pues se requieren medios de conocimiento que no se allegaron. No hay ni siquiera un informe del cuerpo técnico de investigación o del aparato de investigación de la fiscalía que demuestre que efectivamente se realizaron todas las acciones, necesarias y pertinentes para hacer comparecer al testigo.

Expresó el defensor que las condiciones de los eventos similares no quedan al simple criterio del juez, se requiere una ponderación especial porque es principio del sistema acusatorio la confrontación de las pruebas, que desaparece con la de referencia y por ello su excepcionalidad, pero la fiscalía no aportó elementos materiales probatorios que justifiquen siquiera analizar la posibilidad de admitir tal pretensión.

Por todo lo anterior, el impugnante pide reponer la decisión de primer grado y, de no ser así, conceder la apelación para que la segunda instancia revoque la admisión de la mencionada prueba de referencia.

## **6. PRONUNCIAMIENTO DE LA FISCALÍA COMO NO RECURRENTE**

Dijo el fiscal, que estuvo en la casa del testigo arriesgando su propia integridad física y habló con él, prueba de lo cual es el oficio que le llevó en noviembre de 2021; es decir que el ente acusador tiene la ubicación clara del deponente y por ello no es necesario acudir al CTI y desgastar la institución con un ciudadano cuyo paradero se conoce, en un barrio de una comuna nororiental de esta ciudad, y lo que procede es la solicitud de prueba de referencia como se hizo, pues se le citó personalmente y no compareció y al emitirse la orden de conducción que intentó hacerse efectiva por la policía de vigilancia de la estación de El Poblado no fue hallado, por eso el mismo día nuevamente el fiscal se trasladó a su vivienda con la policía judicial y conversó con la mamá del testigo, de nombre Sor Marina Rodríguez, quien manifestó que su hijo no estaba, que había salido temprano.

Añadió el fiscal que es fácil inferir que el declarante se está ocultando, porque con seguridad le llegó el mensaje de que está siendo requerido, y cuando *“yo hice la visita en el mes de noviembre lo que me manifestó es que sentía temor, porque él vive allí, él tiene arraigo, está con su familia y obviamente el testimonio de él comprometería, según él, situaciones y personas del mismo sector o barrio, y manifestó temor”*, por lo tanto es claro que voluntariamente está evadiendo el deber ciudadano de declarar. Entonces, si habiéndolo buscado por el fiscal y por la policía de vigilancia, el ciudadano no comparece, la conclusión es que se está ocultando y si lo hace es porque no quiere declarar. De acuerdo con ello, el artículo 438 literal b del CPP, con el desarrollo jurisprudencial respectivo, en punto de la equivalencia de un evento similar como la desaparición voluntaria, claramente cabe el ocultamiento voluntario como sucede en este caso, y es procedente admitir el testimonio de Yeimer Alexis Castañeda Rodríguez como prueba de referencia, a través de quien le hizo, la entrevista que rindió previamente, por ello solicita no reponer la decisión, y de concederse la apelación, confirmar la providencia de primera instancia.

## **7. DECISIÓN FRENTE AL RECURSO DE REPOSICIÓN**

El juez no repuso su decisión, argumentando que no interpretó erróneamente la Sentencia C 144 de 2010, como lo asegura la defensa, porque en dicha providencia la Corte Constitucional reconoce discrecionalidad, al juzgador para definir qué otras situaciones similares al secuestro y a la desaparición forzada permiten la admisión de la prueba de referencia bajo la hipótesis de la cláusula residual de evento similar

prevista en el literal b del artículo 438, literal b del CP. Y con sustento en ello hizo la valoración correspondiente para establecer la indisponibilidad del testigo. Como eventos similares se han establecido dos situaciones concretas: la desaparición voluntaria o imposibilidad de localizar al testigo, y en este caso, no se trata de esta última situación, por lo cual no es procedente un aparato investigativo para ubicarlo, ya que se conoce dónde reside con su madre y fue ubicado inclusive por la fiscalía, entonces se trata de una desaparición voluntaria u ocultamiento, como lo dice el ente acusador. Al analizar lo acontecido se advierte que la fiscalía desplegó el aparato investigativo y hasta el fiscal fue personalmente a la residencia del declarante, habló con él y estableció por qué no quiere declarar, y aun así le notificó una citación escrita, pero pese a todo ello el ciudadano no compareció y por eso se ordenó su conducción conforme al artículo 384 del CPP, y aunque se ordenó esta en dos oportunidades, falló. Así que, esos actos que se realizaron bajo el principio de libertad probatoria, y las manifestaciones del fiscal, de las cuales no hay por qué dudar, dan cuenta de que el testigo no está disponible para declarar, así se conozca dónde reside, porque nada garantiza que declare aunque los uniformados en cumplimiento de la orden de conducción lo lleven al juicio coercitivamente, toda vez que ya manifestó a la fiscalía su temor de hacerlo.

## **8. COMPETENCIA**

Esta corporación es competente para conocer de la presente impugnación según lo dispuesto en el artículo 34-1 del Código de P. Penal —Ley 906 de 2004— toda vez que la decisión de primera instancia fue proferida por el Juzgado Veintitrés Penal del Circuito de Medellín, que hace parte de este distrito judicial.

## **9. CONSIDERACIONES**

Habida cuenta de que el objeto de la apelación es la decisión proferida por el Juzgado Veintitrés Penal del Circuito de Medellín de admitir a la Fiscalía General de la Nación una prueba de referencia, esta Corporación se abstendrá de resolver la impugnación por la improcedencia de la misma, de conformidad con los siguientes argumentos.

Es preciso recordar que, en principio, no ha sido pacífica la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, frente a la viabilidad del recurso de apelación respecto de la admisión y práctica de pruebas, pues en algunas

decisiones ha admitido que el auto que decreta o acepta la práctica probatoria sí es susceptible del recurso de apelación<sup>1</sup>; y en ha dicho que este es improcedente<sup>2</sup>.

No obstante, en el auto AP 4812-2016. Radicado 47.469 del 27 de julio de 2016, la mencionada Corporación determinó que frente a la orden de admisión y práctica probatoria resulta improcedente la alzada, concretamente dijo:

“(…) examinadas al detalle las posturas antagónicas, vale decir, la que se inclina por negar el recurso de apelación al auto que admite pruebas, y la que lo concede, estima la Sala necesario reformular la tesis vigente, arriba transcrita en lo sustancial, en tanto, advierte que allí se desconoce el tenor de lo que la ley consagra al efecto, pasando por alto, también, la naturaleza diversa que comportan las decisiones de aceptación y negación de medios probatorios, conforme la finalidad que anima el proceso penal, sin tomar en consideración, además, principios básicos de la sistemática acusatoria condensada en la Ley 906 de 2004.

(…)

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.

(…)

---

<sup>1</sup> Autos 36562 de 2012, 39848 de 2012, 41106 de 2013 y otros.

<sup>2</sup> Auto 39.516 de 2013.

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.”<sup>3</sup>

En reciente providencia, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado la improcedencia del recurso de apelación frente a la admisión de pruebas, manifestando:

“Tratándose de la decisión que resuelve las solicitudes probatorias elevadas por las partes, el Código de Procedimiento Penal diferencia entre el auto que accede a su práctica y aquél que la niega.

De este modo, contra el primero solamente procede el recurso de reposición, de conformidad con lo establecido por el citado canon 176. En tanto contra aquél que excluya, rechace o inadmita una prueba, proceden el de reposición y/o el de apelación, tal como lo consagra el inciso 3° del artículo 359, en concordancia con el numeral 4° del artículo 177 *ibídem*.

Luego entonces, concluye la Corte, contra aquella decisión que admite el decreto de pruebas, no procede el recurso vertical de apelación<sup>4</sup> y la parte favorecida con la prueba, carece de legitimidad en la causa para atacarla.

No obstante, la Corte<sup>5</sup> ha precisado que “...sólo cuando se trata de exclusión probatoria por ilicitud del medio, sea que se haya decretado o no la prueba, procede el recurso de apelación, pues en esos eventos se trata de determinar la configuración de una violación a derechos fundamentales”<sup>6</sup>.

Y efectivamente el artículo 177 del Código de Procedimiento Penal, al determinar los efectos en que se concede la apelación y las providencias contra las cuales procede ésta, no incluyó al auto que decreta las pruebas, limitando esa posibilidad a “*el auto que niega la práctica de pruebas en el juicio oral, y el auto que decide sobre la exclusión de una prueba del juicio oral*” en concordancia con lo dispuesto en el artículo 359 *ejusdem*, según el cual “*cuando el juez excluya, rechace o inadmita una prueba deberá motivar oralmente su decisión y contra ésta procederán los recursos ordinarios*”. Y el artículo 20 de la misma disposición normativa señala: “*las sentencias y los autos que se refieran a la libertad del imputado o acusado, que afecten la práctica de las pruebas o que tengan efectos patrimoniales, salvo las excepciones previstas en este Código, serán susceptibles del recurso de apelación*”.

---

<sup>3</sup> Auto AP 4812-2016. 47469 del 27 de julio de 2016.

<sup>4</sup> En este sentido, CSJ AP 3805-2015 Rad 46262 8 Jul 2015, CSJ AP4812-2016 Rad 47469 27 Jul 2016.

<sup>5</sup> Al respecto véase decisiones como CSJ AP1319-2018, Rad. 52345, reiterada en el AP234-2020, Rad. 57865 del 16 de septiembre de 2020.

<sup>6</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado 60130 (AP5468-2021). M.P. José Francisco Acuña Vizcaya.

Luego entonces, según los mandatos legales transcritos y la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, es clara la improcedencia de la apelación con relación a los autos que admiten pruebas, pues a tal posibilidad sólo se hizo mención positiva de las decisiones que afectan la práctica de las mismas, las excluyan, las rechacen o las inadmitan, sin que constituya vulneración de los derechos de defensa y contradicción el que no proceda la alzada para las decisiones de decretar las pruebas, porque si ello se hiciera respecto de alguna inadmisibles, impertinente, inconducente o susceptible de rechazo, tales vicios podrían subsanarse al practicarlas en el juicio oral o en la respectiva sentencia en razón del juicio de legalidad que debe realizar el juzgador al emitir la misma o en respuesta a los planteamientos de los sujetos procesales en los alegatos de cierre. Pero, por el contrario, permitir la apelación frente a la admisión de las pruebas constituye un atentado al principio de legalidad, por la interpretación extensiva o análoga que se haría de los artículos 20, 377 y 359 del CPP, los cuales claramente dan cuenta de la improcedencia del recurso en casos como el aquí planteado, tergiversando la voluntad del legislador que es la pronta y efectiva justicia y celeridad procesal.

En conclusión, el recurso de apelación con relación a la práctica probatoria solo procede contra las decisiones que niegan, rechazan o deciden sobre la exclusión probatoria, porque las que decretan las pruebas solo serán susceptibles del recurso horizontal de reposición. Ello por mandato legal y jurisprudencial, en punto de la celeridad procesal, por lo tanto, a pesar de que esta Sala tiene la competencia funcional para desatar la alzada, se abstendrá de resolverla en atención a lo expuesto.

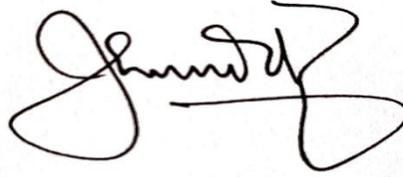
***En mérito de lo expuesto la Sala Once de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín,***

## **RESUELVE**

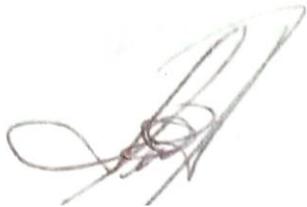
**PRIMERO ABSTENERSE** de pronunciarse de fondo respecto del recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica contra la decisión de acceder al decreto de la prueba de referencia solicitada por la fiscalía.

**SEGUNDO** Contra la presente decisión no procede recurso alguno, por tanto se ordena la remisión del expediente al juzgado de origen.

**Notifíquese y cúmplase**



**JORGE ENRIQUE ORTIZ GÓMEZ**  
**Magistrado**



**CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO**  
**Magistrado**



**LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ**  
**Magistrado**

LC