



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellin

SALA PENAL DE DECISIÓN

PROCESO: 05 001 60 00206 2015 34475 (8825)
DELITO: Acto sexual con menor de 14 años y pornografía con menor de 18 años
CONDENADOS: C.F.P.C.
PROCEDENCIA: Juzgado Tercero Penal del Circuito de Medellín (Antioquia)
OBJETO: Apelación de auto que no decreta nulidad en acusación
DECISIÓN: Se abstiene de decidir recurso
M. PONENTE: Rafael M Delgado Ortiz

Auto Interlocutorio N°025

Aprobado según acta N°031

Medellín, tres de marzo de dos mil diecisiete

ASUNTO A TRATAR

Se pronuncia la Sala frente al recurso de apelación interpuesto por la defensa de C.F.P.C. en contra del auto de fecha once (11) de noviembre de dos mil dieciséis, proferido por el Juez Tercero Penal del Circuito de Medellín (Antioquia), al interior de la audiencia de formulación de acusación, por medio del cual no decretó la nulidad de la actuación solicitada por la ahora impugnante.

ANTECEDENTES

Según el escrito de acusación, para el mes de junio de dos mil quince, el menor N.A.V., a la sazón con doce años de edad, recibió por la red social FACEBOOK una solicitud de amistad de un sujeto que dijo llamarse C. F. y

al aceptarla, empezó a recibir, se dice que de este individuo, mensajes de contenido sexual con fotografías explícitas, pidiéndole, al mismo tiempo, que el menor le enviara material de idéntico tema.

Aceptando el menor la propuesta se generó un intercambio de correspondencia de este tenor, recibiendo además el niño, exigencias de no contar a nadie lo que estaba sucediendo.

La hermana de N.A. al observar una conducta extraña de este, revisó el contenido de la cuenta de FACEBOOK y se enteró, de esta forma, de lo acontecido, lo cual generó que la jovencita lograra fijar una cita con el adulto en la cual se le dio captura.

Durante el procedimiento se le decomisó una Tablet que contenía una tarjeta MICRO SD de 4 gigabytes con material pornográfico que incluía menores de edad.

Ante petición del fiscal 152 seccional, el Juez Cuarenta y Uno Penal Municipal, con funciones de control de garantías de Medellín, en audiencia del quince de agosto de dos mil quince, declaró ilegal la captura de C.F.P.C..

Posteriormente, la Fiscal 99 Seccional radicó nueva petición y en audiencias del once de agosto de dos mil dieciséis, ante el Juez Cuarenta y Dos Penal Municipal

de Medellín, se legalizó la captura del referido ciudadano, se abstuvo el Juez de legalizar los elementos incautados, se formuló imputación en contra de P. C. a quien se señaló como presunto responsable de los delitos de pornografía con menor de dieciocho años y actos sexuales con menor de catorce años, sin que aceptara responsabilidad penal por los mismos.

A petición de la delegada de la Fiscalía General de la Nación se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

El treinta y uno de octubre de dos mil dieciséis¹, la fiscal 99 Seccional delegada en Medellín, presentó escrito de acusación en contra de C.F.P.C. a quien señaló como presunto responsable de los delitos de acto sexual con menor de catorce años, agravado conforme a lo previsto en el inciso segundo del artículo 209 del Código Penal, adicionado por el artículo 33 de la ley 679 de 2001, en concurso con el delito de pornografía con menores de dieciocho años, previsto en el artículo 218 del Código Penal, modificado por el artículo 12 de la ley 1236 de 2008, modificado a su vez por el artículo 24 de la ley 1336 de 2009.

Habiendo correspondido el conocimiento del asunto al Juzgado Tercero Penal del Circuito, se fijó fecha y hora para llevar a cabo audiencia de acusación.

¹ Folio 13

El cuatro de noviembre de dos mil dieciséis, al serle otorgado el uso de la palabra la defensor contractual del acusado, deprecó este la nulidad de la actuación.

DE LA PETICIÓN DE NULIDAD

Manifestó el defensor que la causal de nulidad tenía que ver con el desarrollo del proceso y sobre todo con la audiencia de imputación, afirmando que se daba aquella por violación a garantías fundamentales conforme al artículo 457 de la ley 906 de 2004.

Dijo que en la formulación de imputación, conforme al artículo 286 de la ley 906 de 2004, se señala en qué consiste la imputación y que el artículo 287 de la misma codificación establece los requisitos para formularla.

Para el peticionario, la irregularidad se presenta por cuanto el imputado fue capturado, en una actuación que fue declarada ilegal, y en esa ocasión es que se incautaron algunos elementos, sobre los cuales se pronunció otro Juez de Control de Garantías en audiencia preliminar y allí se abstuvo este funcionario de legalizar la incautación de aquellos, mostrando el petente su desacuerdo sobre algunas manifestaciones hechas por la Fiscal en la diligencia.

Precisó que en la imputación se le formularon cargos a su asistido por los delitos de acto sexual con menor de catorce años y de pornografía con menor de dieciocho años, cuestionando entonces la validez de esta

última imputación por apoyarse en una prueba ilícita, pues la incautación de la Tablet en la cual se hallaron las fotografías, fue ilícita; para una mejor ilustración del Juez, realizó un breve recuento de lo acontecido.

Asevera que ni la incautación ni el procedimiento para la búsqueda selectiva en base de datos son válidos pues ante la ilegalidad de captura fue dejado en libertad y no se podía por tanto realizar dicha actividad investigativa pues debió haber sido citado el indiciado para esas diligencias.

Hizo un recuento de las actuaciones desplegadas por los jueces de control de garantías respecto a la búsqueda selectiva en base de datos.

Invocó la cláusula de exclusión respecto a este elemento que dice, es base de la imputación del delito previsto en el artículo 218 del Código Penal.

Concluye que dicho delito no podía ser imputado y tampoco podía ser vinculado a investigación por el otro delito.

Señala que se presenta una irregularidad en la actuación, referente a la incautación y legalización de la búsqueda selectiva en la base de datos.

Hace algunas consideraciones sobre los efectos de la cláusula de exclusión y la no ocurrencia de los eventos que la excepcionan en el caso particular.

Concluye entonces que hay afectación al debido proceso y por ello debe decretarse la nulidad de la audiencia de imputación.

La delegada de la Fiscalía General de la Nación, en su argumentación como no peticionaria, afirmó que no se ajustaban a la realidad las conclusiones dadas por el defensor, dejando claro que no solo se contaba con las imágenes halladas en el artefacto electrónico incautado, sino que se tenía la versión del menor sobre los hechos.

Dijo además que, contrario a lo dicho por el defensor, sí se contaba con autorización del Juez de Control de Garantías, para la legalización de lo hallado en la Tablet, informando al Juez que ponía a su disposición copia del acta respectiva.

Detalló las actuaciones surtidas ante los Jueces de Control de Garantías en lo referente a la incautación del aparato electrónico y la búsqueda en base de datos, aseverando entonces que todo el trámite fue ajustado a la legalidad.

Reseñó que el hecho de haber sido declarada ilegal la captura no implica que la incautación del

elemento devenga en ilícita y que el Juez de Control de Garantías se equivocó al así declararlo y el contenido de la Tablet evidencia la ejecución de los ilícitos; además, añadió, el capturado entregó voluntariamente la Tablet y luego de ello una delegada de la Fiscalía General de la Nación, ordenó la búsqueda en base datos y estas actuaciones fueron sometidas a control posterior por parte del Juez de Control de Garantías.

Tampoco se podría decretar la nulidad porque el único soporte demostrativo hubiese sido lo hallado en la Tablet; por el contrario, se tienen imágenes obtenidas a través del FACEBOOK de contenido sexual, así como conversaciones de ese tenor.

El agente del Ministerio Público, dijo que no debía decretarse la nulidad por cuanto la imputación, como acto de comunicación, sólo debe contarse con una inferencia razonable a efectos de su procedencia y además se contaba con otros elementos demostrativos.

Y, en relación con los elementos incautados, encontró válida la actuación surtida por la policía judicial, en especial de acuerdo a lo previsto por el artículo 236 del Código Penal.

Consideró que no se deben excluir sobre todo si se tiene en cuenta que en la audiencia preparatoria se puede discutir este tópico, no siendo necesario entonces acudir al decreto de nulidad en la audiencia de acusación por cuanto no se afecta el derecho de defensa o el debido proceso.

LA DECISIÓN APELADA

El A quo, previo resumen de la petición elevada por el defensor y las alegaciones de la delegada de la Fiscalía General de la Nación y del agente del Ministerio Público, recordó que el imputado fue capturado en el mes de julio de dos mil quince, diligencia en la cual le fue incautado un elemento electrónico, Tablet, siendo presentado en audiencia ante Juez de Control de Garantías que declaró ilegal la captura.

Habiendo quedado en poder de la fiscalía General de la Nación, la Tablet, se ordenó búsqueda selectiva en base de datos y luego se ejerció control por parte de Juez competente tanto de la orden como de los hallazgos; posterior a ello, se llevó a cabo audiencia de legalización de captura, de legalización de incautación, desestimada por el Juez de Control de Garantías y se le formuló imputación, como presunto responsable de los delitos de acto sexual con menor de catorce años y pornografía con menor de dieciocho años, sobre los cuales versó la acusación.

Consideró el Juez que no advertía afectación al derecho de defensa o el debido proceso pudiendo en la audiencia de juicio oral discutirse la validez de la prueba aportada por la Fiscalía.

DE LA APELACIÓN

Interpuso la defensa recurso ordinario de apelación, manifestando lo siguiente:

Afirmó que el Juez no consideró todos los argumentos esbozados e insistió en que un elemento material probatorio que fue obtenido en forma ilícita y que se hizo valer durante la formulación de imputación y ello genera la nulidad pedida.

Solicitó al Tribunal que se incorporaran todos los argumentos expuestos en su petición y la nulidad se apoya en los artículos 29 de la Constitución Política y el 457 de la ley 906 de 2004, retomando nuevamente las normas que regulan la imputación.

Insiste en que hay violación del derecho de defensa y el debido proceso desde el momento en que se declara ilegal de la captura y nada se dijo sobre la incautación del elemento que en forma arbitraria fue materialmente obtenido por la policía judicial y la incautación nunca se legalizó.

Recaba en que si el elemento fue obtenido ilegalmente cómo puede producir efectos y la consecuencia de la declaratoria de ilegalidad de una captura torna ilegal la incautación de los elementos que en ella se recauden.

Recuerda que la búsqueda selectiva en base de datos solo se dio en el mes de mayo de dos mil

dieciséis y en esa diligencia se debió citar al indiciado así como al control posterior, pero no se hizo así y la discusión que ahora propone se hubiera dado en esa sede de control de garantías.

Por ello, insiste, es nula la prueba ilegalmente obtenida por esas tales razones, declaratoria ilegal de la captura y no citación a la búsqueda selectiva en base de datos y tampoco a la audiencia de control de los hallazgos.

Recaba que uno de los motivos fundados para la imputación era justamente el informe de lo hallado en la base de datos ilegalmente realizada, ambas actuaciones violatorias de derechos fundamentales.

Manifiesta que el delito de pornografía con menor de dieciocho años, depende del hallazgo efectuado por la policía judicial en forma ilegal y por ello tiene incidencia en la imputación de este punible, planteando incluso una posible afectación al non bis ídem, desarrollando además argumentos sobre la tipicidad de esta conducta punible y reseñando una afectación a las formas propias del juicio.

La delegada de la Fiscalía General de la Nación, como no recurrente, manifestó que la decisión del A quo debía ser confirmada teniendo en cuenta que el mismo se basó en el estudio de las audiencias preliminares y que en aquellas se declaró ilegal la extracción de los datos del dispositivo electrónico que se incautó al imputado.

Señaló que la petición de nulidad parcial no fue objeto de pronunciamiento del A quo por cuanto no se hizo tal solicitud en la audiencia cuando elevó la solicitud inicial y sólo se incluyó en los alegatos de sustentación del recurso y que tampoco se tiene por qué esperar que la Sala revise sus primeros argumentos.

Insiste en que la base que tuvo la Fiscalía General de la Nación para formular la imputación no fue únicamente lo hallado en la Tablet sino otros elementos que fueron leídos en la audiencia preliminar; dijo que no es cierto que el delito de pornografía se le haya imputado con base en los elementos hallados en el dispositivo pues también cuenta con otras imágenes pornográficas descubiertas en el dispositivo del menor y que servirán como prueba en el juicio.

El agente del Ministerio Público, pidió primeramente el rechazo del recurso, insistiendo en que la alegación del defensor tiene un momento oportuno como lo es la audiencia preparatoria y además porque no hizo referencia a los argumentos expuestos por el Juez sino que expuso otras consideraciones tales como una posible afectación al non bis in ídem.

Y, si conoce el Tribunal de la petición, estimó que no era dable el decreto de la nulidad, por cuanto los elementos materiales probatorios se obtuvieron respetando las garantías procesales.

Pidió entonces el rechazo del recurso y en subsidio que se confirme la providencia apelada.

Concedió el Juez el recurso de apelación en el efecto suspensivo ante esta Sala.

SE CONSIDERA PARA DECIDIR

Somos competentes, conforme al artículo 34, primer numeral, de la Ley 906 de 2.004, para conocer de la presente apelación habida cuenta que la primera instancia fue agotada por el Juez Tercero Penal del Circuito de Medellín (Antioquia), adscrito a este distrito judicial y la providencia demandada está contemplada en el numeral 3° del artículo 177 de la ley 906 de 2004, modificado por el artículo 13 de la ley 1142 de 2007, como uno de aquellos autos respecto de los cuales procede el recurso de apelación.

Es límite de nuestra intervención, de acuerdo con las técnicas del recurso de apelación, los temas propuestos por el impugnante.

El agente del Ministerio Público ha solicitado el “rechazo” del recurso, por una presunta indebida sustentación del mismo, empero, el defensor pese a que ciertamente refirió similares manifestaciones a las utilizadas en su petición inicial, sí cuestiona, estimamos, los argumentos dados por el Juez en tanto se aparta del criterio de éste sobre la legalidad de las actuaciones realizadas por la policía judicial, acerca del dispositivo electrónico incautado al imputado; más

exactamente, cuestiona, de un lado que el elemento fue incautado en forma arbitraria y que a los actos de investigación posteriores, búsqueda selectiva y control judicial de la misma, su asistido no fue citado como correspondía.

Desde luego que además introduce otra serie de consideraciones que más parecen un alegato de clausura pero ello no supone que deba ser desestimado el recurso.

Tampoco hay lugar a atender el reclamo de la Fiscalía General de la Nación referente a la petición de una declaratoria de nulidad parcial de la actuación efectuada por el recurrente pues, de ser ello viable, ninguna talanquera se advierte para que así se procediera; no puede dejarse de lado que la crítica del petente y ahora recurrente se centra en una presunta ilegalidad de un elemento material probatorio que, a su juicio, no podía ser utilizado en el proceso y que, ese es el eje central de todo el alegato, afectaba la imputación en tanto de desestimarse carecería entonces la Fiscalía General de la Nación de soporte demostrativo de su inferencia razonable de responsabilidad.

Pero, más allá de estas consideraciones, más de orden ilustrativo, existen otros argumentos, de muy diferente índole, que conllevan a la Sala a abstenerse de conocer el recurso y son los siguientes:

Ha solicitado el defensor de C.F.P.C., la nulidad de la imputación por cuanto, en su opinión, en ese

escenario judicial se quebrantó el debido proceso de su asistido al tomarse como soporte de la misma un elemento material probatorio que, a su juicio, está afectado en su validez por varias razones.

Y, justamente, antes de ingresar en el análisis de esos temas, hemos de recordar que en materia de nulidades, si bien la ley 906 de 2004 no consagra los principios que las orientan, ello no supone que quien propende por su declaratoria esté al margen de desarrollar una fuerte carga argumentativa de cara a sacar adelante tal pretensión, mostrando entonces que en el caso en concreto se cumplen aquellos.

La Sala de casación penal de la Corte Suprema de Justicia, en relación con el tema ha sido reiterativa, como lo plasma en la providencia que a continuación se transcribe parcialmente:

En primer lugar, debe precisar la Sala que en lo concerniente a la ineficacia de los actos procesales, conforme lo ha sostenido esta Corporación, entre otros, en los autos CSJ SP, 9 May. 2007, Rad. 27022 y CSJ SP, 29 oct. 2010, Rad. 30300, y ahora lo reitera, si bien es cierto el sistema penal acusatorio no consagró expresamente los principios que orientan la declaratoria y convalidación de las nulidades como lo hacía la ley 600 de 2000 (art. 305 al 310), tal circunstancia no significa que esos postulados hubiesen desaparecido, y es así porque son inherentes al asunto.

A esa conclusión llegó la Sala al interpretar las normas que regulan el instituto de la nulidad y especialmente porque consideró que la actividad del Estado se dirige a garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Política, entre los que se cuentan las garantías fundamentales, la legalidad de la prueba y la competencia del juez, consagrados principalmente en el artículo 29 de la Constitución Nacional.

En consecuencia, los principios de taxatividad, protección, convalidación, trascendencia, instrumentalidad y el carácter residual, seguirán rigiendo las nulidades como hasta ahora.

Esos principios, no sobra advertirlos, deben concurrir en cada caso.²

En esa misma providencia enfatiza la alta corporación que no puede soslayar el peticionario dicha carga.

Ahora bien, además de estas exigencias referentes a la petición, que debe superar tales filtros si se espera que se acceda a la anulación de la actuación que se reputa violatoria de garantías fundamentales, debe repararse en lo que se pretende por parte del defensor y de si se tiene o no, la posibilidad de ejercerse control judicial sobre la actividad cuya anulación se busca.

Mírese, en este punto, y ello es lo esencial del análisis, que busca con su actividad el defensor, que la judicatura decrete la nulidad de una actuación de parte; la formulación de imputación, como lo tiene claramente definido la ley, es un acto de comunicación por parte del órgano de persecución judicial y por ende, en principio, no puede ser objeto de control judicial.

Al respecto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en providencia del

² CSJ. Sala de Casación Penal. Auto del 12.03.2014. Radicación 43.158. MP. GUSTAVO MALO FERNÁNDEZ

24.08.2016, AP 5516-2016, RADICACIÓN 48.573, M.P. MALO FERNÁNDEZ dijo:

“Esa petición de nulidad del proceso se advertía manifiestamente inconducente al dirigirse contra un acto procesal de parte, como lo es la acusación, siendo que esa medida extrema sólo procede frente a las actuaciones de los funcionarios judiciales. En efecto, para los primeros, al constituir meras postulaciones, la ley procesal establece sanciones como la inadmisibilidad³, el rechazo⁴ o la exclusión que, por regla general, no inciden en la validez del proceso⁵. Mientras que, los actos procesales del juez, al ser vinculantes y decidir asuntos con fuerza de ejecutoria material, sí tienen la potencialidad de lesionar garantías fundamentales, entre ellas el derecho a la defensa y el debido proceso, por lo que la irregularidad de los mismos debe repararse con la anulación, claro está, si ello no fue posible con otros remedios como la corrección de los actos irregulares⁶ o la revocatoria de las providencias en sede de impugnación.

La condición de «parte» en el proceso de la Fiscalía General de la Nación es consecuencia natural de las reformas introducidas por el Acto Legislativo No 03 del 19 de diciembre de 2002 y desarrolladas por la Ley 906 de 2004, cuyo objetivo fue el de acentuar la adopción de un sistema de enjuiciamiento penal de naturaleza acusatoria⁷. Los efectos de esa modificación en la función de la fiscalía, entre otros, fueron: (i) se le despojó de la mayoría de facultades jurisdiccionales de injerencia en los derechos fundamentales⁸ y de disponibilidad de la acción penal, frente a las cuales ahora tiene sólo un poder de postulación⁹; (ii) aunque la acusación sigue siendo presupuesto del juicio y, por ende, de la competencia del juez de conocimiento, la naturaleza

³ Se inadmiten, por ejemplo, el desistimiento de la querrela cuando no es voluntario, libre e informado (art. 76 C.P.P./2004) y el medio de prueba impertinente, inconducente o inútil (art. 359 C.P.P./2004).

⁴ El rechazo es la sanción a la falta de descubrimiento de los elementos probatorios y evidencia física (art. 346 C.P.P./2004) y a los actos manifiestamente inconducentes, impertinentes o superfluos (art. 139 C.P.P./2004).

⁵ La sanción a la prueba ilícita e ilegal es la exclusión (arts. 23 y 359 del C.P.P./2004), más cuando se configura la primera hipótesis y la causa de la ilicitud es la obtención del medio de conocimiento mediante tortura, desaparición forzada y ejecución extrajudicial, se produce la nulidad total del proceso, tal y como se dispuso en la sentencia C-591 de 2005.

⁶ “El juez de control de garantías y el de conocimiento estarán en la obligación de corregir los actos irregulares no sancionables con nulidad, respetando siempre los derechos y garantías de los intervinientes”. (art. 10, último inciso, C.P.P./2004).

⁷ Artículo 4, inciso 3º: “Con el fin de conseguir la transición hacia el **sistema acusatorio** previsto en el presente Acto Legislativo, ...”.

⁸ La fiscalía conservó funciones judiciales como son: la captura excepcional, los registros, los allanamientos e interceptación de comunicaciones (Art. 250, num. 1, inc. 3º, y 2).

⁹ Art. 250 de la Constitución Política: “(...) En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá: 1. **Solicitar** al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas. (...) 4. **Presentar** escrito de acusación ante el juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con inmediatez de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías. 5. **Solicitar** ante el juez de conocimiento la preclusión de las investigaciones cuando según lo dispuesto en la ley no hubiere mérito para acusar. 6. **Solicitar** ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito. (...)”

de ese acto varió: de decisión judicial¹⁰ pasó a ser una pretensión¹¹; y, (iii) se delimitó su rol al de investigador y acusador, pues un juez imparcial conoce del juicio y decide, y otro controla el respeto de las garantías.

Y más adelante agregó:

Ahora bien, los cuestionamientos a la formulación de la imputación, a pesar de que éste sí es un acto procesal cumplido, resultan también abiertamente inconducentes por dos razones: (i) porque se dirigió a aspectos que son incontrovertibles con anterioridad al juicio oral por estar adscritos a la potestad de la parte acusadora, como es la conformación de los fundamentos jurídicos que respaldan la atribución de los delitos de prevaricato, y (ii) porque se fundan en la ausencia de un control material que está vedado al juez de control de garantías en la imputación¹² -y al de conocimiento en la acusación-, como aquél que versaría, por ejemplo, sobre la corrección de la calificación típica de los hechos; pues ello supondría una inadmisibile intromisión en el rol del titular de la acción penal y una lesión grave al principio de imparcialidad.

Frente a actuaciones ostensiblemente infundadas e inconducentes como la realizada por el defensor, los jueces tienen la obligación, no la facultad, como lo prevé el artículo 139 «Deberes específicos de los jueces», de rechazarlos de plano y ésta decisión constituye una orden porque tiende a evitar el entorpecimiento de la actuación (art. 161-3 C.P.P./2004) que, como tal, no admite recursos. Es más, en el presente caso el Tribunal debió rechazar la solicitud de nulidad desde el mismo inicio de su sustentación porque desde ese momento el defensor fue explícito en citar el numeral 41 del escrito de acusación, en el que la fiscalía relacionó varias normas jurídicas como infringidas por ..., como el soporte y, a la vez, el objeto de sus múltiples cuestionamientos. “

Obsérvese que la Corporación de cierre no duda en calificar, en ese proceso, la actuación del defensor como abiertamente improcedente y ese mismo

¹⁰ En el Código de Procedimiento Penal de 2000, la acusación era una providencia judicial, tal y como expresamente lo disponía, entre otros, el artículo 397: “El Fiscal General de la Nación o su delegado dictarán **resolución** de acusación cuando...”.

¹¹ Art. 336 C.P.P./2004: “El fiscal presentará el **escrito** de acusación ante el juez competente para adelantar el juicio cuando...”.

¹² En auto AP299-2016 del 27 de enero, se afirmó que: “El juez de garantías, se ha dicho en múltiples ocasiones, no es un convidado de piedra en la audiencia de formulación de imputación, a pesar de que es éste un acto de comunicación que le ha sido deferido por el legislador al fiscal, pues, sin que ello implique afectar el principio de imparcialidad, **el juez puede verificar que se cumplan los formalismos de ley y que no se menoscaben las garantías fundamentales de las partes e intervinientes**”.

calificativo puede ser aquí aplicado; ciertamente, como lo refirió el Agente del Ministerio Público, la audiencia preparatoria es justamente el escenario propicio para discutir la validez de los elementos demostrativos que se pretenden introducir a juicio oral por las partes.

Si bien en este evento no se está discutiendo la corrección o incorrección de la calificación de las conductas punibles espetadas al imputado, se está cuestionando la actuación de una de las partes –*en este evento la Fiscalía General de la Nación*– respecto a sus elementos materiales demostrativos, lo cual, no nos cansamos de advertirlo, tiene su propia sede; por supuesto que se debe argumentar ante el Juez de control de Garantías pero el debate sobre la validez de la prueba, por regla general, debe darse al interior de la audiencia preparatoria; sólo excepcionalmente el Juez de Control de Garantías tiene la posibilidad de excluir elementos materiales probatorios y ello no aconteció en este evento.

Salta a la vista que lo que se pretende por el petente y ahora recurrente es sacar de la actuación unos elementos materiales probatorios que considera fueron obtenidos irregularmente por la Fiscalía General de la Nación pero ha planteado la discusión en una etapa y forma inapropiadas.

En la misma providencia que viene de citarse, la Sala de Casación penal de la Corte Suprema de Justicia concluye que era absolutamente improcedente la

petición y por ende no debió solucionarse mediante auto y menor concederse el recurso de apelación. Así lo expresó:

Conforme a lo anterior, aunque el Tribunal dio trámite a la solicitud de nulidad formulada por el defensor y la resolvió con la forma de un auto respecto del cual procedería el recurso de apelación, conforme lo establece el artículo 177, numeral 3, del C.P.P./2004, el cual efectivamente se ejerció; lo cierto es que la absoluta improcedencia y falta de fundamento de la petición no muta la naturaleza de la única consecuencia jurídica válida que, como ya se anunció, es una orden de rechazo de plano contra la que, obviamente, no procede recurso alguno.

En consecuencia, como quiera que, en el presente evento, se promovió un recurso de apelación contra una decisión respecto de la cual el mismo no es procedente; la Corte carece de competencia para pronunciarse sobre el fondo de los argumentos de sustentación planteados por el recurrente, por lo que se abstendrá de resolver previniendo al Tribunal para que continúe la audiencia de formulación de acusación evitando dilaciones injustificadas y aplicando los poderes de dirección y de corrección que le incumben."

En igual sentido es nuestra conclusión; no se puede pretender, invocando una pretendida afectación al derecho de defensa o al debido proceso, provocar el pronunciamiento de un Juez frente a un acto de parte que, por regla general, insistimos, no tiene control judicial; ciertamente lo adecuado era rechazar por improcedente la solicitud.

Así las cosas, el camino a seguir no es otro que abstenernos de conocer del recurso de apelación interpuesto por el defensor de C.F.P.C..

En mérito de lo expuesto, la Sala de decisión penal del Tribunal Superior de Medellín, en uso de las facultades que le confiere la ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: Se **abstiene** de resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor de C.F.P.C. en contra de la providencia dictada por el Juez Tercero Penal del Circuito, el once de noviembre de dos mil dieciséis en la audiencia de formulación de acusación.

SEGUNDO: En contra de esta decisión procede recurso de reposición.

TERCERO: Partes e intervinientes quedan notificados en estrado judicial.

CÚMPLASE

RAFAEL M DELGADO ORTIZ
Magistrado

JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ
Magistrado

MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS
Magistrado