



SALA PENAL

Magistrado Ponente:

JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ.

Auto pruebas.

Radicado: 2018-00283

Aprobado mediante acta: 179

Medellín, diciembre primero (1) de dos mil veintidós (2022).

Se resuelve el recurso de apelación presentado por la defensa contra el auto proferido por el Juez Quinto Penal del Circuito con función de conocimiento de esta ciudad el pasado 6 de julio, mediante el cual negó la exclusión de algunas pruebas solicitadas por la Fiscalía en el proceso que se adelanta en contra de la señora **Ángela Cecilia Franco Galeano**, como presunta autora de la conducta de *actos sexuales con menor de catorce años agravado*.

ANTECEDENTES

1. Las audiencias y la solicitud de exclusión:

En audiencia realizada el 16 de junio del año pasado la señora **Ángela Cecilia Franco Galeano** fue acusada como autora del delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado,

descrito en los artículos 209 y 211, numeral segundo, del Código Penal, conforme a los siguientes hechos enunciados en la audiencia:

Tuvieron ocurrencia los hechos en el segundo semestre del año 2017 en la institución educativa "Jorge Robledo", cuando la docente Ángela Cecilia Franco Galeano identificada con cédula de ciudadanía # 43.517.712 se inventó el juego del "gatico", el cual consistía en pasarle la lengua por la vagina de la menor CANDELARIA RESTREPO CORREA, quien para el tiempo de los hechos contaba con 4 años de edad y adicionalmente le tocaba la nalga (...).

La audiencia preparatoria se realizó en varias sesiones y en la última de ellas el defensor se opuso a algunas de las pruebas solicitadas por la Fiscalía, solicitando la exclusión de "*los elementos materiales de prueba que dan cuenta de la plena identidad de la supuesta autora de estos supuestos hechos...*", en esencia por la transgresión del derecho a la intimidad y honra de su representada y del procedimiento legal establecido. Indicó que al proceso penal, sin excepción, solamente pueden ingresar evidencias, elementos e información lícita y legalmente obtenidos, so pena de ser excluidos de la actuación (art. 23 del CPP), y que en este proceso se cometieron irregularidades sustanciales.

Explicó que a partir del descubrimiento de los elementos por parte de la fiscalía en la acusación y del análisis de esa documentación, se percató de que la individualización de la imputada se logró mediante un procedimiento arbitrario, que transgredió su intimidad y honra, y las solemnidades que para esos efectos prevén las normas procedimentales. La

individualización ocurrió porque a los pocos días de que los padres de la menor se enteraran de la supuesta agresión sexual se dirigieron a las directivas de la institución educativa y *“las fustigaron a la práctica de un grotesco reconocimiento fotográfico”*, procedimiento arbitrario, ilícito e ilegal *“puesto que se basó en datos o documentos de contenido reservado recolectados por el colegio”*, ya que ellos no tenían conocimiento del nombre de la docente a quien le atribuían los hechos y, por tanto, lo debido era que activaran el código fucsia para la ruta de investigación de los hechos y su autoría con la fiscalía.

Expuso que se debió iniciar una indagación con el fin de adelantar las labores tendientes a establecer la ocurrencia de la conducta, sus circunstancias y autoría o participación mediante la recolección de elementos por parte de la policía judicial, y una vez terminada esa indagación, el fiscal debió decidir si ejercía o no la acción penal, sin embargo con tan irregular proceso de individualización, se dieron por esclarecidas esas situaciones y hasta la responsabilidad de la docente, puesto que de *facto* el colegio la despidió sin justa causa, el mismo día en que los padres denunciaron los hechos, con la consecuente afectación de su intimidad y honra, injerencia arbitraria de derechos fundamentales por medio de un reconocimiento fotográfico ilegal, en la que radica la ilicitud del proceso de individualización de su representada.

Destacó que los particulares carecen de la facultad de acceder a las bases de datos públicas o privadas que contienen la información de carácter reservado, lo que constituye una grave afrenta al derecho a la intimidad que garantiza la

Constitución en su art. 15, y cuya injerencia solo está permitida mediante una autorización judicial previa, lo que no ocurrió porque no hubo una indagación. El reconocimiento fotográfico está regulado en el art. 252 del CPP, con una ritualidad propia que debe ser desarrollada por la fiscalía con la policía judicial, organismo que no realizó ninguna actividad investigativa.

Aludió y exhibió el *"informe del comité escolar de convivencia del instituto Jorge Robledo firmado el 26 de febrero de 2018, casi 6 meses de ocurrencia de los hechos"*, y expuso que en ese elemento descubierto por la Fiscalía se da cuenta de que el abuso sexual ocurrió unas semanas antes del 12 de septiembre de 2017, por parte de una docente de la sección de jardín del instituto, de la cual desconocían el nombre, los padres de la menor la lograron identificar en un registro fotográfico como Ángela *"procediendo luego a su destitución sin justa causa, es ahí donde está esto señor Juez de la prueba ilícita"*, medida que, según la institución, era la que procedía.

La Fiscalía con la simple denuncia tardía del colegio (del 27 de febrero de 2018), simplemente le ordenó a la policía judicial adelantar el proceso de identificación de la docente que supuestamente abusó de la menor, y el investigador con la información ilícita e ilegal suministrada por la rectora del colegio acerca del reconocimiento fotográfico y el número de la cédula que supuestamente le correspondía, ingresó a la Web, constató ese cupo numérico y obtuvo la tarjeta decadactilar, y todo ese proceso le impidió al investigador percatarse *"de la existencia de otras maestras con nombre similar"*, lo que consta *"en el elemento que descubrí en la*

inicial preparatoria" en un listado de docentes que aportó el colegio y que fue sometido a control de garantías previo, y en ese listado figuran tres profesoras con igual nombre y uno con el nombre de Angélica, casi homófono.

Afirmó que se trata de un trámite inicial carente de licitud y de legalidad, ya que se echaron de menos la autorización judicial y las formalidades legales, además conculcó la honra y buen nombre de la docente, puesto que fue el único que sirvió de fundamento a la fiscalía para establecer con la Registraduría la plena identidad de la acusada, por lo que esa plena identidad como prueba derivada de aquel acto inicial ilícito tiene que ser excluido porque tiene los mismos vicios de ilicitud y de ilegalidad como información o prueba derivada, (artículo 29 de la Constitución y 23 del CPP), máxime si se trata de prueba de referencia, porque ese reconocimiento no lo hizo ni siquiera la niña sino sus padres, *"y en ese caso por eso esa prueba de referencia es inadmisibile, además pues de que debe ser excluida"*.

Exhibiendo el informe del comité de convivencia, y leyendo un aparte y ante la oposición del fiscal de que se trata de *"una solicitud probatoria y él parece que fuera el testigo de acreditación"*, el defensor indicó que lo que estaba controvirtiendo *"es la forma en que los padres logran dizque individualizar e identificar a la supuesta profesora de la que desconocían el nombre"*, el colegio hizo un reconocimiento fotográfico, lo que se da a conocer en el documento, y de allí se desprende que la supuesta docente que ellos identificaron fue la señora Ángela, *"por descripciones precisas de los padres, e identificación a través de registro fotográfico de la*

profesional Ángela Cecilia Franco Galeano..." con identificación, dirección de domicilio y demás, criticando que no sabe de dónde se obtuvieron, *"el instituto procede a la terminación del contrato sin justa causa"*, entonces ahí se está identificando mediante un procedimiento e injerencia anormal y arbitraria, concluyendo que ese documento era el soporte.

Adicionalmente, como segundo soporte a su solicitud, aludió a la orden que da la fiscalía a la policía judicial *"para que se establezca entre otras cosas la plena identidad de la docente"* con la que el investigador ingresó a la Web y constató unos datos y después con la Registraduría determinó la identidad de la ausente, sin tener en cuenta el certificado de la institución, donde aparecen varias *"Ángelas"*.

2. La decisión.

El Juez negó la solicitud de exclusión.

Explicó que la Corte Suprema de Justicia en la más reciente sentencia 1162 del 2022 del 6 de abril de este año, radicado 51750, recordó que la identificación e identidad del procesado no son tema de prueba, tampoco se estipula porque tuvo que haber sido acreditada en las etapas preliminares, y por ello esa Corporación ha dicho que la nulidad se puede decantar en el juicio para no contaminar al juzgador.

Mencionó la sentencia 31127 de la misma Corporación del 20 de mayo de 2019, sobre la cláusula de exclusión, la radicada 50948, del 23 de septiembre de 2020, entre otras, leyendo

unos apartes e indicando que la investigación realizada por los familiares fue básicamente la de indagar quién y cómo ocurrieron los hechos, para ponerlos en conocimiento de las autoridades académicas donde sucedieron, y por ello considera que en esa indagación no hubo desbordamiento, y con esa información la Fiscalía procedió a actuar; entonces, no hay una prueba ilícita con base en la citas jurisprudenciales, al igual que la prueba derivada de la misma, que es el informe que realizó el funcionario de la policía con respecto a la plena identidad de la procesada una vez la fiscalía reasumió esas funciones. Por tanto, no accedió a la solicitud de exclusión probatoria de la plena identidad de la acusada, resaltando que esa plena identidad no era un aspecto que debiera ser debatido en el juicio.

3. La impugnación.

El defensor interpuso recurso de apelación en lo relativo a la exclusión *"de la identidad plena de la señora Ana Cecilia Franco Galeano"*.

Destacó que esa era la oportunidad en que debía hacer esa solicitud de exclusión probatoria respecto de la identidad, de conformidad con los artículos 357 y 359 del CPP, y que exigir que este acto se ejerciera en el juicio implicaría una carga adicional de argumentación y de prueba para la defensa, lo que no se compadecía con las circunstancias actuales y concretas del problema propuesto, en la medida que la parte más débil, la procesada, no tiene porqué soportar las

consecuencias de las irregularidades y yerros procesales del ente acusador.

Manifestó que además de ilícito e ilegal, el reconocimiento de los padres de la menor que llevó a la supuesta identificación de la imputada, era una prueba de doble referencia inadmisibles, porque no provino de la supuesta víctima, por lo que no había manera de establecer si el señalamiento fotográfico que hizo el padre de la niña correspondía a la misma persona de la que ella supuestamente "*sintió miedo como él lo dice en alguna de las entrevistas*" al ingresar el 12 de septiembre de 2017 al colegio.

Expuso que en este caso esa ilicitud e ilegalidad del reconocimiento que tiene su propio procedimiento, hizo tan insignificante el trabajo de investigación de la Fiscalía para establecer la plena identidad de la docente, que en esta actuación no obra ni siquiera, o el fiscal por lo menos no lo demostró, un registro fotográfico con fundamento en el cual se haya llevado a cabo ese reconocimiento de referencia, información que no le fue posible a la defensa contrastar precisamente por la ilegalidad del procedimiento efectuado. En la oposición del fiscal y de la víctima y en la argumentación del juez no se hizo alusión a los casos excepcionales del art. 455 que eventualmente permitirían la no exclusión de la prueba derivada (vínculo atenuado, fuente independiente y el descubrimiento inevitable) y no se ahondó en ello.

Indicó que en relación con el vínculo atenuado, ante la ausencia de una investigación penal minuciosa y bien

conducida, la ilicitud de la arbitrariedad en el reconocimiento de la docente con el que se violentó su intimidad, honra y dignidad, difícilmente podría atenuarse con otra actuación lícita de la policía judicial. En cuanto a la fuente independiente, a estas alturas no existe otra manera autónoma para el establecimiento de la identidad del autor de la supuesta conducta punible sin afectar los derechos de la acusada; y frente al descubrimiento inevitable, ante la inactividad investigativa de la policía judicial, no podría establecerse ahora la identidad del autor sin menoscabo de los derechos de la procesada, dadas las circunstancias de la ejecución delictiva.

Recalcó que la intimidad, la reputación y la honra son derechos de universal reconocimiento y protección internacional, contra injerencias y ataques ilegales y arbitrarios, reconocidos en la declaración universal de derechos humanos, pacto internacional de derechos civiles y políticos, pacto de San José de Costa Rica, razones por las que esa identificación de la acusada debió hacerse sin incurrir en la vulneración de sus derechos fundamentales, acerca de los cuales la Corte Constitucional ha dicho que se integran de una dimensiones subjetiva y objetiva. Con la denuncia y elementos que aportó la rectoría, la fiscalía debió impulsar una indagación más a fondo, para establecer si esa identidad estaba bien determinada. Se dio por sentado que ella había sido la autora de esa agresión sexual.

Explicó que el límite a la búsqueda de la verdad es el respeto a los derechos fundamentales, como lo expuso la Corte Constitucional en sentencia C396 de 2007; y el artículo 29 de

la Constitución establece que es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso. Por tanto, ante la irregularidad cometida por el colegio para la individualización o identificación de la profesora que había cometido esos actos sexuales, la Fiscalía debió ahondar en el proceso de identificación para disimular el vínculo atenuado. Las fuentes de excepción a la exclusión no las tiene que verificar solo el Juez, sino los fiscales, y si se cometió un yerro en las investigaciones primarias de la denunciante, el fiscal con otros actos investigativos debió atenuarlo, aludiendo a la sentencia de la Sala de Casación Penal de marzo de 2005, sin más identificación, acerca de la prueba ilícita y su exclusión.

Lo que critica no es que la víctima haya adelantado ese proceso de individualización e identificación, sino que la fiscalía no debió conformarse con lo que ella le suministró porque en ese proceso primigenio de aducción de los elementos de prueba, la víctima puede afectar derechos fundamentales, de los cuales hubo violación y de ahí se derivó una prueba de la fiscalía, que está teniendo efectos, tanto que permitió la imputación y la acusación.

Solicitó, entonces, se revoque la providencia y *“en su lugar decretar la exclusión en este caso de todo cuanto atañe al proceso de individualización e identificación de la acusada por vulneración de sus derechos y garantías fundamentales”*.

4. No recurrentes.

4.1. El Fiscal indicó que la plena identidad no es tema de prueba, y desde la imputación se dijo quién era la persona señalada y no se ha cometido ninguna irregularidad, porque se identificó a la persona que se estaba denunciando mediante la orden indicada, donde se obtuvo la página web de la Registraduría Nacional del Estado Civil de la procesada, por lo que la Fiscalía no afectó los derechos de la acusada.

Explicó que la víctima puede realizar algunos actos de verificación que puedan llevar a la búsqueda o a encontrar al presunto autor, las víctimas acudieron a los medios necesarios para poder determinarlo, solicitando, entonces, a este Tribunal *“se decline la solicitud que hace el defensor de exclusión de esa prueba”*, y al juez que se declare desierto el recurso, porque solamente procede recurso frente a las pruebas que se niegan y en este caso fueron admitidas.

4.2. El representante de la víctima solicitó se confirme la decisión. El proceso penal tiene etapas, nos encontramos en la preparatoria, y la fiscalía ya individualizó e identificó plenamente a la procesada, quien no es víctima del Estado en este proceso penal, sin que existan pruebas ilícitas o ilegales. La prueba de identificación fue recogida legalmente, por lo que no se puede alegar la ilegalidad.

Conforme al art. 128 del CP, la fiscalía a través de una información que recogió primigeniamente de parte de la familia de la menor y posteriormente a través de sus investigadores, identificó plenamente a la acusada, lo que no es tema de prueba en materia penal, tampoco el arraigo

familiar, porque son situaciones que desde la audiencia de legalización de captura, imputación y medida de aseguramiento, la fiscalía ha venido realizando para identificar a quien funge como procesada, entonces la ilicitud de la que habla el defensor no tiene fundamento. La procesada se encuentra plenamente identificada por su nombre, cupo numérico y por otras condiciones personales y civiles, y la fiscalía no ha incurrido en ninguna ilegalidad. Además, el defensor no se pronunció acerca de nulidades en la acusación frente a la individualización de su representada.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico a resolver se centra en si resulta viable la exclusión de las pruebas solicitadas por la Fiscalía atinentes a la plena identificación de la acusada como posible autora de la comisión delictiva que se le atribuye respecto de la conducta de actos sexuales con menor de 14 años agravado, pedimento realizado en la audiencia preparatoria por el defensor con fundamento en que su origen provino de unas actuaciones que le parecen arbitrarias y que fueron ejercidas tanto por los padres de la víctima como por la institución educativa, vulnerándose con ello los derechos a la intimidad y honra de la procesada.

En principio debemos advertir, respecto de la inquietud presentada por el fiscal, que la apelación es procedente en atención a que pese a la admisión de las pruebas, se está discutiendo su exclusión en virtud de la cláusula del artículo

23 del Código de Procedimiento Penal, lo que autoriza una revisión en segunda instancia.

Ahora bien, el inciso final del artículo 29 de la Constitución Política establece como *"nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso"*, mientras que el artículo 23 de la Ley 906 de 2004, que regula la cláusula general de exclusión, determina que *"toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal. Igual tratamiento recibirá las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que sólo puedan explicarse en razón de su existencia"*.

En nuestro caso, si bien no existió discusión por parte del fiscal acerca del origen de la identificación de la acusada al dársele traslado de la petición de exclusión y de la interposición del recurso, observamos que se trata de una controversia que no procede en este momento, por tres razones principales:

1. El primer inciso del artículo 128 de la Ley 906 de 2004, establece, acerca de la identificación o individualización del procesado, que *"La Fiscalía General de la Nación estará obligada a verificar la correcta identificación o individualización del imputado, a fin de prevenir errores judiciales..."*, y en ese sentido, la Sala de Casación Penal de la Corte, ha reiterado que ese proceso se cumple durante los actos de investigación conforme a los elementos con los que la fiscalía cuenta, y en esa medida, individualizado e

identificado el procesado, el tema de prueba en el juicio deberá referirse acerca de su eventual responsabilidad en la conducta que se le atribuye, lo que, a estas alturas (preparatoria), deja de lado una discusión en ese contexto:

“Sin embargo, ello resulta intrascendente, en tanto, la Sala de manera reiterada ha señalado que la individualización del procesado **se cumple durante los actos de investigación realizados por la Fiscalía, como presupuesto para imputar y formular acusación en contra de la persona respecto de la cual los elementos materiales probatorios, las evidencias físicas o la información legalmente obtenida, permita afirmar con probabilidad de verdad, que es el autor o partícipe de la conducta delictiva que se le atribuye** (CSJ AP2140-2015, Rad. 45753; CSJ SP, 29 agost. 2007, Rad. 26276; CSJ SP105-2018, Rad. 43651).

Por ello, la Sala ha establecido que una vez individualizada o identificada la persona sobre la cual recae la pretensión de la fiscalía, el juicio debe sujetarse al tema de prueba definido por la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes incluida por el ente instructor en la acusación y por las hipótesis alternativas propuestas por la defensa, cuando acude a esa estrategia, puesto que, **en suma, una es la prueba de la identificación e individualización del procesado y otra la que demuestra su responsabilidad en un determinado comportamiento relevante para el derecho penal** (CSJ SP3302-2020, Rad. 57878; CSJ SP836-2019, 13 mar. 2019, rad. 48368).

En este asunto, debe concluirse que la Fiscalía dio cumplimiento a la obligación contenida en el inciso 1º del artículo 128 de la Ley 906 de 2004, dado que en la audiencia de formulación de imputación y en la acusación identificó plenamente a los procesados con sus nombres completos, números de identificación, fecha de nacimiento, edad, nombre de los padres,

estado civil, grado de escolaridad y ocupación,¹ por lo que no se incurrió en la irregularidad demandada.”²

2. Desde otra arista, el defensor reprocha la ausencia de actos investigativos por parte de la fiscalía para la identificación de la acusada, pero la Sala observa un procedimiento diferente.

Conforme a lo que en este momento de la actuación podemos constatar, observamos que la audiencia de formulación de imputación se realizó el 21 de octubre de 2020, y previo a ese acto de comunicación, y con los elementos enunciados en el escrito de acusación, podemos evidenciar sendos actos previos a la misma, varios de ellos investigativos o de información, como lo son la denuncia del 27 de febrero de 2018, el informe de la institución educativa Jorge Robledo del 26 de febrero de 2018, “*de la activación de ruta*”, el informe de investigador de campo del 24 de mayo de 2018, el cual contiene las entrevistas de los padres de la niña; la hoja de vida de la docente **Ángela Cecilia Franco**, su tarjeta de preparación de la cédula; las entrevistas de los padres de la menor, José Miguel Restrepo y Catalina María Correa Rendón, del 23 de mayo de 2018, entre otros, que obviamente dejan sin fundamento el planteamiento de falta de actos de investigativos previos que permitieran la individualización e identificación de la imputada.

El recurrente ante esta instancia critica que fueron los padres de la menor quienes al enterarse de la agresión sexual se dirigieron a las directivas de la institución educativa, hicieron

¹ A partir del record 7:02 audiencia de formulación de imputación y” (sic).

² Negrilla nuestra. Sentencia del 15 de junio de 2022, SP2021-2022, radicado 54321, con ponencia del doctor Diego Eugenio Corredor Beltrán.

un reconocimiento fotográfico irregular a partir de las hojas de vida de las docentes, en el que entendemos se señaló a la señora **Ángela Cecilia**, quien luego fue destituida, hecho en el que resaltó, observa la trasgresión, por la *“injerencia arbitraria de derechos fundamentales (intimidación y honra), por medio de un reconocimiento fotográfico ilegal, radica la ilicitud del proceso de individualización de la acusada”*, según explicó, pero es que ese trámite administrativo interno que eventualmente haya realizado la institución en aras de la identificación de la docente, en principio es ajeno a esta actuación penal o a las actividades que haya ejercido el Fiscal.

Lo que podemos observar, según los elementos enunciados en el escrito, es que existieron unos actos previos de información y señalamiento, como la denuncia, entrevistas de los padres e informe de la institución educativa, cuyo contenido obviamente desconocemos, pero que da a entender que le establecen un derrotero a la fiscalía de identificación de la persona a la que se señala ser la autora de la comisión delictiva.

Las actividades que haya ejercido la institución educativa en su trámite interno para establecer la identidad de la eventual agresora de la menor, y posibles irregularidades en su despido, no tienen por qué atribuírsele a la fiscalía.

3. Hay una afirmación general de legalidad de parte de la Fiscalía acerca de un procedimiento adecuado y legal de identificación de la acusada, contrario a lo afirmado por el defensor, y esa situación impide que en este momento

procesal entendamos simplemente como cierto el planteamiento presentado por el recurrente acerca de irregularidades en el trámite, ante la imposibilidad legal de contaminar al Juez con los elementos materiales probatorios previo a su práctica en el juicio, como de manera impropia y extemporánea trató de hacerse con la exhibición de dos elementos. Será luego del debate probatorio, donde se obtendría el conocimiento de la afectación o no de algún derecho fundamental, como la trasgresión a la intimidad que se discute, puesto que desconocemos esos elementos (denuncia, entrevistas, informes del colegio, etc.), y en esa medida no puede asegurarse, por lo menos no en este momento, que realmente existió alguna trasgresión por la sola afirmación del defensor.

El argumento adicionado de prueba de referencia inadmisibles, será también un tema de discusión y demostración en el juicio, puesto que no es posible anticipar en la audiencia preparatoria, el tema del interrogatorio y las respuestas que cada testigo suministrará como para establecer si se trata de referencia conforme lo afirma tajantemente el defensor, quien incluso alude a que el señalamiento no provino de la supuesta víctima, y que su padre dijo que "*sintió miedo como él lo dice en alguna de las entrevistas*" al ingresar el 12 de septiembre de 2017 al colegio, situación que no es posible que conozcamos en este momento.

Así las cosas, por estas razones, el auto apelado deberá ser confirmado.

En mérito de lo expuesto, **el Tribunal Superior de Medellín,**
Sala de Decisión Penal:

RESUELVE

CONFIRMAR el auto que por apelación se revisa. Se informa que contra la presente decisión no proceden recursos.

CÓPIESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,



JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ



MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS



PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN