

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR**

Medellín

## **SALA PENAL**

**Radicado:** 05001 60 00207 2020-00847

**Acusado:** Hernán Darío Vélez Arenas

**Delitos:** Acto sexual violento agravado en concurso homogéneo y sucesivo

**Decisión:** Inadmite recurso

**Magistrado Ponente:** Gabriel Fernando Roldán Restrepo

**Acta N° 134**

## **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**

### **Sala Décima de Decisión Penal**

**Medellín, veintiséis (26) de septiembre de dos mil veintidós (2022).**

### **1.- VISTOS**

Sería del caso entrar a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la decisión proferida por el Juez Noveno Penal del Circuito de Medellín el 8 de septiembre de 2022, que decretó en audiencia de juicio oral la práctica de una prueba sobreviniente, si no fuera porque esta decisión no es susceptible de apelación, como pasa a explicarse:

### **2.- ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL**

Se reseñará solo lo relevante, de acuerdo al objeto de apelación:

En sesión del juicio oral realizada el 8 de septiembre de 2022, la Fiscalía solicitó que de conformidad con lo establecido en el artículo 344 de la Ley 906 de 2004, se decretara como prueba sobreviniente el testimonio de la psicóloga Kelly Tatiana Angulo, quien daría cuenta de las condiciones emocionales de la menor, cuándo recibió la atención, qué sintomatología presenta y si esta es derivada del suceso; esto por cuanto, en el trascurso del juicio oral, a través de la declaración de una testigo, tuvo conocimiento del tratamiento psicológico al que se está sometiendo la afectada, el cual inició el 30 de marzo de 2022, fecha posterior a la audiencia preparatoria y cuando había comenzado el juicio.

La representante del Ministerio Público y el intercesor de víctimas no presentaron oposición, mientras la Defensa consideró que no se trata de un elemento nuevo o sorpresivo pues la fiscalía pudo prever tal situación, es decir, en este tipo de procesos lo que normalmente ocurre es que los menores son remitidos a esos profesionales, entonces, bien pudo el ente acusador en la audiencia preparatoria mencionar ese dictamen para que la defensa solicitara las respectivas pruebas con miras a contradecirla.

### **3.- PROVIDENCIA RECURRIDA**

El Juez decretó como prueba sobreviniente el testimonio de la psicóloga Kelly Tatiana Angulo, en tanto fue un evento que surgió con posterioridad a la presentación del escrito de acusación y a las solicitudes probatorias; además, según la línea de tiempo no era previsible para la Fiscalía, y surgió en el juicio a raíz de la declaración de otro testigo, por ende, lo indicado por la defensa es meramente especulativo.

### **4.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN E INTERVENCIÓN DE LOS NO RECURRENTES.**

**4.1.-** La Defensa advirtió que, tratándose de estos delitos contra menores de edad lo usual era que existan dictámenes psicológicos que evidencien las consecuencias sufridas por la víctima, lo cual era predecible para la Fiscalía y, si a través de su investigador no auscultó lo pertinente, surge es una falta de diligencia y, entonces, al decretarse la prueba se está afectando el derecho al debido proceso.

#### **4.2.- No recurrentes.**

La Fiscal señaló que no procede en este caso el recurso de apelación, y que el Defensor tampoco atacó de fondo la decisión, siendo su argumento meramente especulativo, pues pretende que se hubiese hecho la solicitud probatoria de un elemento inexistente al momento de la audiencia preparatoria. Y, no hay vulneración al derecho de defensa, en tanto se hizo el respectivo traslado, pudiendo el defensor realizar lo pertinente.

En el mismo sentido, el vocero del Ministerio Público manifestó que al tratarse de una prueba admitida no habría lugar a la interposición de recursos, pero que, en caso de aceptarse, no hubo imprevisión ni negligencia de la fiscalía, ajustándose la situación a lo previsto en el artículo 344 de la Ley 906 de 2004.

Finalmente, el Juez explicó que concedía la apelación, dado que es una prueba que fue rechazada por la defensa, y no se podría pasar por encima de esa oposición.

### **5.- CONSIDERACIONES**

Concita la atención de la Sala el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la decisión del juez de instancia de decretar como prueba sobreviniente el testimonio de la psicóloga Kelly Tatiana Angulo, pero como se anunció al inicio de esta providencia, la Sala no puede conocer la alzada, conforme pasa a explicarse:

Si bien la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia no ha sido pacífica frente al tema de los recursos respecto a las decisiones que decretan pruebas, esta Sala del Tribunal unánimemente ha señalado que los autos que las decretan, no son susceptibles del recurso de apelación en atención a que el problema jurídico que se debate es de admisibilidad de la prueba y no de afectación a garantías fundamentales, lo que impone seguir el derrotero previsto en el artículo 177 de la Ley 906 de 2004.

En lo tocante con el tema, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia desde la providencia radicada al No. 47469 del 27 de julio de 2016 retomó la tesis inicial de la inviabilidad del recurso de apelación frente a este tipo de decisiones para no desatender el querer del legislador, ni su naturaleza atada a los principios básicos de la sistemática acusatoria, criterio que se comparte a plenitud.

En efecto, como lo viene exponiendo esta Sala en anteriores decisiones, haciendo eco a la primera postura asumida por la Corte, el asunto se vincula con la garantía de la doble instancia consagrada en el artículo 20 del C.P.P, que establece:

*“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.*

*El superior no podrá agravar la situación del apelante único.”*

Y, como lo anunciara la Corte, el vocablo “afectar” utilizado por el legislador en la norma en comento, que de paso sea dicho es prevalente y ha de usarse como derrotero interpretativo –artículo 26 de la Ley 906 de 2004– debe ser entendido en su sentido natural y obvio, que para este caso no puede ser otro que menoscabar, perjudicar, influir desfavorablemente, así lo indicó:

*“La Corte destaca la expresión verbal utilizada en esa disposición para aludir a las providencias que **en tratándose de pruebas** son pasibles del instrumento de impugnación*

*vertical, pues dado que las palabras usadas por el legislador deben entenderse en su sentido natural y obvio<sup>1</sup>, el significado que en ese contexto tiene el vocablo **afectar** no es otro que el de "...5. Menoscabar, perjudicar, influir desfavorablemente. 6. Producir alteración o mudanza en algo..."<sup>2</sup>.*

*"Por tanto, con sujeción al citado precepto, el cual como norma rectora es prevalente sobre las demás y debe ser utilizado como fundamento de interpretación (ídem, artículo 26), 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.*

*(...)*

*"Cuando el juez excluya, rechace o inadmita una prueba deberá motivar oralmente su decisión y contra esta procederán los recursos ordinarios".*

*La diafanidad de la regla no da espacio a interpretaciones subjetivas o acomodadas, por elaboradas que ellas sean: sólo respecto de los pronunciamientos que impiden o enervan (afectan) la práctica de pruebas, son pertinentes los recursos ordinarios. De lo anterior se sigue, en consecuencia, que en la hipótesis contraria, esto es, cuando el juez ordena la práctica o incorporación de las pruebas solicitadas por las partes, o cuando desestima o niega la exclusión, rechazo o inadmisibilidad alegada por alguna de ellas, tal pronunciamiento, en aplicación de la regla general contenida en el artículo 176, inciso segundo, de la Ley 906 de 2004, sólo es susceptible del recurso de reposición.*

*Y ello es así porque una decisión en tal sentido implica o apareja apenas el impulso de la actuación hacia la fase subsiguiente: el juicio, con el fin de evitar el entorpecimiento del proceso, sin que por tal resolución quede agotada la controversia o crítica de las pruebas ordenadas, ejercicio cuyo escenario natural es el debate oral y público, espacio en el que con sujeción a los principios de publicidad, contradicción, inmediatez y concentración, y con observancia de las reglas inherentes a la práctica e incorporación de cada uno de los diferentes medios de prueba, las partes deben llevar al conocimiento del juez los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, valga decir, los que tienen que ver con la materialidad de un*

---

<sup>1</sup> Código Civil, artículo 28.

<sup>2</sup> Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésima Segunda Edición 2001. Pág. 54.

*comportamiento constitutivo de una conducta punible y la responsabilidad del acusado como su autor o partícipe (Ley 906 de 2004, artículos 372 y 373).*

*Dicho de otra forma, la orden de practicar una prueba o la decisión de no acceder a su exclusión, rechazo o inadmisibilidad, en manera alguna lesiona prerrogativas superiores de la parte contra la cual se pretende aducir el elemento cognoscitivo, pues, además de lo ya puntualizado, en cuanto hace al derecho de contradicción, el desenvolvimiento de esa garantía se dinamiza y hace efectivo en el debate oral con la práctica de las pruebas de confutación o contra pruebas, así como con la crítica que se haga de las realizadas por la parte contraria, bien al momento de los alegatos de conclusión o al sustentar los recursos de ley contra la providencia que defina el fondo de la controversia con base en esos medios de conocimiento.”<sup>3</sup> (Subraya y negrita propia del texto)*

Así mismo, una revisión sistemática de la normativa que regula el asunto al interior del ordenamiento penal acusatorio, permite entender que no cualquier pronunciamiento relativo a la práctica de pruebas es susceptible de alzada.

Al respecto, se tiene el artículo 177 de la misma obra al regular expresamente los efectos en que se concede el recurso de apelación y las decisiones contra las que procede, no lo contempla para el decreto de pruebas y en cambio sí lo hace de manera expresa contra el auto que las niega o para el auto que decide sobre una exclusión probatoria, sin que a criterio de esta Magistratura, ante la literalidad del precepto, sea viable para el intérprete ampliar el sentido de la norma haciendo extensiva la alzada a la primera de las hipótesis mencionadas.

Tal situación, se reafirma con lo establecido en el artículo 359 de la referida ley, en cuyo párrafo final consagra que contra la providencia que excluya, rechace o inadmita una prueba, la cual deberá ser motivada oralmente, “*procederán los recursos ordinarios*”, el que bajo este escenario y al ser una norma especial, concreta el contenido del artículo 177 en comento y ratifica la regla procedimental establecida en la Ley 906 de 2004, en torno a que sólo las decisiones que impidan la práctica de

---

<sup>3</sup> CSJ, SP., Rad. 37298 de fecha 30 de noviembre de 2011, M. P. Julio Enrique Socha Salamanca

una prueba son susceptible de apelación. En sentido contrario, la premisa aplicable es la general fijada por el artículo 176 de la referida normativa.

Ese es precisamente el reflejo de la dinámica propia del sistema, en el que una decisión de decreto o admisión de pruebas es apenas el inicio de la fase subsiguiente, donde será rebatida y confrontada y cuando la parte tendrá la posibilidad de controvertirla, siendo ese escenario propio para su discusión, y no a través de la alzada. Por tanto, que este sea un sistema controversial no implica que todas las decisiones sean apelables, máxime cuando el tema de los recursos, siempre ha sido reglado.

Justamente el carácter adversarial del modelo acusatorio que conlleva la facultad probatoria de las partes, permite a su vez que la intervención del *ad quem* se habilite ante una restricción a dicha potestad, pues mientras el *a quo* avale las pretensiones que en tal sentido se le pongan de presente, se estaría respetando tal iniciativa, sin que haya lugar a considerar que la decisión de admitir o decretar una prueba, negando su rechazo, lesiona los derechos de la contraparte pues, como se ha dicho, a su favor se halla la garantía de contradicción frente a la misma, la cual se materializa al momento de su práctica en el debate oral, así como en los alegatos de conclusión o al sustentar los recursos contra la providencia que pone fin al asunto.

Y así lo sostuvo la Corte en la mencionada decisión con radicado 47469 del 27 de julio de 2016 *“en la jurisprudencia que busca recogerse tampoco se especifica, cómo la posibilidad de que sólo la negativa a la práctica de pruebas pueda ser objeto de apelación, afecta el carácter adversarial del sistema acusatorio, como quiera que, ya se entiende suficientemente decantado, la filosofía del principio en cuestión no se agota o satisface apenas a través de ese medio”*. Concluyendo: *“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”*.

Es más, la Corte llama la atención para que los jueces estén muy atentos y controlen este tipo de argumentaciones, señalando:

*“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.*

*De no ocurrir así, ha de resaltarse, que al juez le compete rechazar de plano la argumentación y la petición que alrededor de ella se eleve, acorde con lo establecido en el ordinal primero del artículo 139 de la Ley 906 de 2004, dada la abierta improcedencia de lo solicitado”.*

Este es el caso que nos concita, y en la medida en que lo pretendido por la defensa es que se revoque la decisión del Juez Noveno Penal del Circuito de Medellín de decretar a favor de la Fiscalía como prueba sobreviniente el testimonio de la psicóloga Kelly Tatiana Angulo, inviable resulta la alzada.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, Sala de Décima de Decisión Penal,

## **RESUELVE**

**PRIMERO: INADMITIR** el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la decisión del juez de instancia que decretó como prueba sobreviniente el testimonio de la psicóloga Kelly Tatiana Angulo.



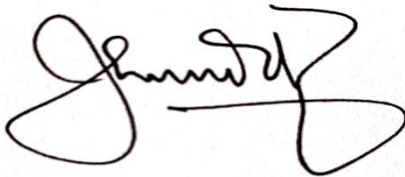
**SEGUNDO:** Esta providencia queda notificada en estrados y contra ella no procede recurso alguno.

Devuélvase al juzgado de origen, no sin antes dejar copia de la misma.

**COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE**



**GABRIEL FERNANDO ROLDÁN RESTREPO  
MAGISTRADO**



**JORGE ENRIQUE ORTIZ GÓMEZ  
MAGISTRADO**



**CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO  
MAGISTRADO**