

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellín

SALA PENAL

Radicado: 05001 60 00207 2022-51049

Acusado: Hugo Andrés Posada Gallego

Delito: Pornografía con menor de 18 años y otro

Decisión: inadmite recurso

Magistrado Ponente: Gabriel Fernando Roldán Restrepo

Aprobado en acta No. 45

Medellín, diecinueve (19) de abril de dos mil veintitrés (2023).

1.- VISTOS

Siguiendo los lineamientos del artículo 178 de la Ley 906 de 2004 y demás normas concordantes, sería del caso que la Sala entrara a resolver el recurso de apelación, interpuesto por el defensor contra la decisión del juez de instancia de decretar unas pruebas pedidas por la fiscal, si no fuera porque dicha decisión no es susceptible de tal impugnación, conforme pasa a explicarse:

2.- ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL

Se reseñará sólo lo relevante de acuerdo al objeto de apelación, veamos:

En audiencia preparatoria realizada el 20 de febrero de 2023, la fiscal, entre otras, realizó las siguientes solicitudes probatorias:

- **Testimonio de Gustavo Adolfo Hernández Rincón.** Investigador líder y quien dará cuenta, entre otros aspectos, del análisis de extracción de información del celular de la víctima, lo que se incorporará como prueba documental contenida en un CD y que consta de 51 fotos de la menor, 4 videos y 64 conversaciones de contenido erótico sexual.
- **Testimonio de Yesid Hincapié Ortiz.** En su calidad de perito, llevó a cabo la extracción de información del celular de la afectada, por tanto, indicará cómo realizó el procedimiento, los medios usados y el método.

El defensor pidió su exclusión por ilegal, pues a su juicio, si bien el padre de la menor entregó el celular voluntariamente a la fiscalía como elemento probatorio o evidencia física, no se realizó el respectivo control de legalidad posterior ante Juez de Control de Garantías respecto a los resultados obtenidos en esa extracción de información, vulnerándose con ello el derecho al debido proceso.

3.- DECISIÓN

El juez de instancia una vez se remitió al contenido de los artículos 15 de la Constitución Política y 14 de la Ley 906 de 2004, respecto a que todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar, al carácter disponible de este derecho y a que su limitación tiene que estar sometida a un control judicial, consideró que en este caso, el representante legal de la menor que figura como presunta víctima de un delito sexual entregó un celular a la fiscalía, para que adelantara las respectivas labores investigativas, lo que la habilitaba para extraer la información allí contenida sin que fuese necesario un control de legalidad posterior.

En otras palabras, explicó que la parte afectada al hacer entrega del equipo móvil renunció a su derecho a la intimidad, por ende, la fiscalía no invadió o vulneró ningún derecho fundamental y no requería la intervención del Juez de Control de Garantías para someter lo obtenido a un control posterior; entonces, no resulta acertada la hipótesis de la defensa frente a la aplicación de las normas del allanamiento y registro, pues en ese evento es el Estado el que sin autorización del titular de la intimidad invade su domicilio, o interviene en las comunicaciones o incauta el celular o el computador del procesado, lo que sí requiere de los respectivos controles, pero en este asunto, la fiscalía en la extracción de información no está violentado tal derecho y, en consecuencia, no requiere control judicial.

En esos términos, decretó la totalidad de las pruebas pedidas por la fiscal.

4.- MOTIVO DE APELACIÓN

4.1.- El defensor centró su desacuerdo en la negativa de exclusión, en tanto, el juez no tuvo en cuenta los postulados constitucionales ni lo dispuesto en el artículo 236 de la Ley 906 de 2004, que hace referencia a la extracción de información, debiéndose aplicar los criterios establecidos para allanamientos y registros, ello porque dichos procedimientos implican vulneración de ese derecho a la intimidad, entonces, si bien no hay discusión de que el representante legal, de forma voluntaria, fue quien entregó a la

fiscalía el celular, ello no la habilitaba para extraer la información sin someterla al respectivo control de legalidad, vulnerándose con esto el derecho al debido proceso.

4.2.- No recurrente.

La fiscal solicitó se confirme la decisión, pues el defensor confundió actos de investigación como el allanamiento y registro, con la entrega voluntaria de un elemento material probatorio, y el artículo 236 de la Ley 906 de 2004 se refiere es a la extracción de información cuando se sospecha que una persona se encuentra cometiendo un delito, para lo cual, interviene la fiscalía afectando ese derecho a la intimidad y se requiere el control posterior, es decir, independientemente de la autorización que brinde el morador para el registro, se vulnera esa prerrogativa; y por ende, es necesario dicho control. Pero ello, es diferente a lo ocurrido en este caso, donde la víctima, en beneficio propio, aportó un elemento con vocación probatoria, lo cual no requiere la intervención del juez de garantías.

La representante de víctimas, en ese mismo sentido, instó a que se confirme la decisión, en tanto las pruebas decretadas son legales, pertinentes y útiles, y además la víctima renunció a su derecho a la intimidad, sin que deba someterse a control de legalidad.

Igualmente, el delegado del ministerio público manifestó su conformidad con lo determinado por el juez de instancia, porque la afectada bien podía desistir a la intimidad y poner ese elemento a disposición de la fiscalía, para que esta asumiera los actos de investigación pertinentes, no necesitándose la intervención de juez de garantías.

5.- CONSIDERACIONES

Como se anunció al inicio de la providencia, la Sala no puede conocer de la alzada, porque no está habilitada por el legislador para revisar como *Ad quem* decisiones que decretan pruebas, conforme a lo previsto en el numeral 4° del artículo 177 CPP, que a contrario sensu, estipula el recurso de apelación frente al “*auto que niega la práctica de pruebas en el juicio oral*”.

Solicita la defensa, por vulneración a garantías fundamentales, se excluya la prueba decretada a la fiscalía, consistente en los testimonios del investigador Gustavo Adolfo Hernández Rincón y del perito Yesid Hincapié Ortiz, así como los respectivos informes y resultados obtenidos respecto a la extracción de información realizada al

celular de la víctima, el cual fue entregado voluntariamente por su representante legal, ello ante la ausencia de control de legalidad posterior.

Y, lo primero que advierte la Sala es que no se trata de un tema de exclusión de pruebas por ilicitud del medio en el que se deba determinar la configuración de una vulneración a derechos fundamentales¹, como reiteradamente lo sostiene el censor en aras de habilitar el recurso de apelación, el cual, valga reiterar es improcedente contra decisiones que acogen iniciativas probatorias de parte.

Nótese que confunde el recurrente en este caso los términos de ilegalidad, ilicitud y exclusión de la prueba, frente a lo cual, ha explicado ampliamente la jurisprudencia:

“2.1. La cláusula de exclusión

La Corte² tiene dicho que en materia de la regla general de exclusión probatoria, el artículo 29 de la Constitución Política dispone que «es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso», desarrollada por el artículo 23 de la Ley 906 de 2004.

Igualmente, que la exclusión probatoria opera de diferentes maneras, dependiendo de si se trata de prueba ilegal o prueba ilícita, último supuesto en el que también puede llegar a darse la declaratoria de la invalidez del trámite, cuando sea producto de la tortura, la desaparición forzada o la ejecución extrajudicial.

Así lo ha dicho la Sala³:

«En efecto, mayoritariamente se ha concebido por la doctrina nacional, extranjera y la jurisprudencia que la prueba ilícita es aquella que se ha obtenido o producido con violación de derechos y garantías fundamentales, género entre las que se encuentran las pruebas prohibidas. Ella puede tener su génesis en varias causalidades a saber:

(i) Puede ser el resultado de una violación al derecho fundamental de la dignidad humana (art. 1º Constitución Política), esto es, efecto de una tortura (arts. 137 y 178 C. Penal), constreñimiento ilegal (art. 182 C.P.), constreñimiento para delinquir (art. 184 C.P.) o de un trato cruel, inhumano o degradante (art. 12 Constitución Política).

(ii) Así mismo la prueba ilícita puede ser consecuencia de una violación al derecho fundamental de la intimidad (art. 15 Constitución Política), al haberse obtenido con ocasión de unos allanamientos y registros de domicilio o de trabajo ilícitos (art. 28 C. Política, arts. 189, 190 y 191 C. Penal), por violación ilícita de comunicaciones (art. 15 C. Política, art. 192 C. Penal), por retención y apertura de correspondencia ilegales (art. 15 C. Política, art. 192 C. Penal), por acceso abusivo a un sistema informático (art. 195 C. Penal) o por violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial (art. 196 C. Penal).

(iii) En igual sentido, la prueba ilícita puede ser el efecto de un falso testimonio (art. 442 C. Penal), de un soborno (art. 444 C. Penal) o de un soborno en la actuación penal (art. 444 A C. Penal) o de una falsedad en documento público o privado (arts. 286, 287 y 289 C. Penal).

¹ Al respecto véase decisiones como CSJ AP1319-2018, Rad. 52345, reiterada en el AP234-2020, Rad. 57865 del 16 de septiembre de 2020.

² CSJ SP, 31 jul. 2009, rad. 30838.

³ CSJ SP, 23 jun. 2012, rad. 37434; 26 oct. 2011, rad. 37432; y 23 abr. 2008, rad. 24102, entre otros.

Por su parte la prueba ilegal o irregular que extiende sus alcances hacia los “actos de investigación” y “actos probatorios” propiamente dichos, es aquella “en cuya obtención se ha infringido la legalidad ordinaria y/o se ha practicado sin las formalidades legalmente establecidas para la obtención y práctica de la prueba, esto es, aquella cuyo desarrollo no se ajusta a las previsiones o al procedimiento previsto en la ley.

Desde una interpretación constitucional, en orden a la visión y concepción de la casación penal como un control de constitucionalidad y legalidad de las sentencias proferidas en segunda instancia, se debe considerar que tanto en los eventos de ilicitud como de ilegalidad probatoria, lo que se produce normativamente son efectos idénticos de exclusión dadas las inexistencias jurídicas, por tratarse en esos eventos de medios de convicción que constitucionalmente se predicen “nulos de pleno derecho”, inexistencia que se transmite a las evidencias o elementos materiales probatorios que dependan o sean consecuencia de aquellos o a los que sólo puedan explicarse en razón de la existencia de las excluidas.

La expresión “nulas de pleno derecho” en manera alguna puede asimilarse a la nulidad procesal, sino a la inexistencia jurídica del medio de convicción, que no implica retrotraer el proceso a etapas anteriores, sino a ignorar, a tener por inexistente, el elemento de juicio obtenido en forma ilegal o ilícita, según se configure cualquiera de las situaciones antes reseñadas.

Sin embargo, la doctrina constitucional, en sentencia C 591 de 2005, reguló las situaciones en las que ante casos de prueba ilícita, la sanción no era la mera exclusión del medio de convicción así logrado, sino que sus efectos se extendían a la legalidad y constitucionalidad del proceso, debiéndose optar por la declaratoria de nulidad, como por ejemplo cuando el medio de convicción es obtenido a través de la comisión de un delito de lesa humanidad [tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial].»

Esta postura jurisprudencial que ahora se reitera, permite escindir tres eventos específicos.

El primero, atañe a la prueba ilegal, la cual se genera cuando en su producción, práctica o aducción se incumplen los requisitos «esenciales» establecidos en la ley, caso en el que la prueba debe ser excluida como lo indica el artículo 29 Superior.

En este evento le corresponde al juez determinar si el requisito legal pretermitido es «esencial» y establecer su trascendencia sobre el debido proceso, pues la omisión de cualquier formalidad per se no autoriza la exclusión del medio de prueba.

El segundo, que la prueba ilícita corresponde a la obtenida con vulneración de los derechos fundamentales de las personas -la dignidad, el debido proceso, la intimidad, la no autoincriminación, la solidaridad íntima, entre otros-, y tiene como consecuencia la exclusión del medio de conocimiento, que conlleva a que no podrá valorarse y en consecuencia no producirá efectos en las determinaciones del fallo.

A este supuesto es al que podría enmarcarse el cargo formulado, dado que la alegación se ciñe a que los correos electrónicos aportados en el testimonio de A.G., se obtuvieron con desconocimiento del derecho fundamental de la intimidad de la víctima.

El tercero, incumbe a otra modalidad de prueba ilícita. Aquella en cuya producción, práctica o aducción se somete a las personas a tortura, desaparición forzada o ejecuciones extrajudiciales.

Como bajo estas circunstancias se genera una lesión a los derechos humanos, la irregularidad produce consecuencias diferentes y de mayor entidad que en los anteriores eventos, pues más allá de comportar la exclusión del elementos de convicción, el

resultado que genera es la invalidez del trámite, porque la práctica de la prueba afecta de ilegal e inconstitucional el proceso, generando la nulidad de todo lo actuado⁴.

En esos términos, es claro que el argumento del censor para soportar la exclusión no está justificada en la ilicitud del medio probatorio sino en la ilegalidad de los mismos, pues lo que se debate es que no se aplicaron las formalidades establecidas para la obtención y práctica de la prueba, como lo es el control posterior a la información extraída del celular de la víctima.

Y es que la prueba ilícita implica que se hubiese obtenido con vulneración a derechos fundamentales, lo que no se aprecia, en tanto, específicamente en lo que toca con el derecho a la intimidad, no hubo una intromisión sin autorización en el ámbito íntimo de la víctima, pues el representante legal de la menor, en ejercicio de su patria potestad y en pro de la protección de las garantías de su hija, aportó a la fiscalía el elemento material probatorio para que se pudiese adelantar la investigación en contra del procesado, en consecuencia, no fue obtenida ilícitamente o por lo menos no se acreditó su ilicitud.

Entonces, se itera, no se presentó un debate en tema de exclusión probatoria que habilitara el estudio del recurso, pues si bien el defensor alude a la vulneración de garantías fundamentales, en últimas lo que censura es la ilegalidad de la prueba por no cumplirse a su juicio el procedimiento fijado en la ley, esto es, el control posterior a la información extraída, lo que traslada la discusión al ámbito de la valoración probatoria por su capacidad suasoria y no guarda relación alguna con afrenta a derechos fundamentales, de allí la improcedencia del recurso de apelación.

Al respecto, esta Sala del Tribunal unánimemente ha señalado que los autos que decretan pruebas, y por ende los que no acceden a su rechazo, no son objeto de recurso de apelación (postura que la Corte Suprema de Justicia ha avalado, aunque de modo no pacífico, valga reconocerlo) dado que allí el problema jurídico que se debate es de admisibilidad de la prueba, lo cual impone seguir el derrotero previsto en el citado canon 177 del estatuto procesal penal -Ley 906 de 2004.

Ahora, que el debate gire en torno al reproche de la parte por la no exclusión de la prueba, no altera la perspectiva del recurso, pues sustancialmente la decisión del juez de instancia constituye una admisión de pruebas, al no aceptarse la oposición planteada por la parte contraria a la que las pedía.

⁴ Rad.42307 de 2015

Con la postura de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, plasmada en la providencia radicada al No. 47469 del 27 de julio de 2016, se retoma 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 comparte la Sala a plenitud.

De contera, como lo viene exponiendo esta Sala en anteriores decisiones, haciendo eco de 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 explicara nuevamente, 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 –art. 26 Ley 906 de 2004-, debe ser entendido en su sentido natural y obvio que, para este caso, no puede ser otro que menoscabar, perjudicar o influir desfavorablemente. Así se dijo por la Corporación de cierre:

*“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 obvio⁵, 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...”⁶.*

“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.” (Subraya y negrita propia del texto)

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

⁵ Código Civil, artículo 28.

⁶ Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésima Segunda Edición 2001. Pág. 54.

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 las que decretan las pruebas y en cambio sí lo hace, de manera expresa, para aquellas que las niegan 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, que en su 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 art. 177 en comento y reafirma la regla procedimental establecida en la Ley 906 de 2004, en torno a que sólo las decisiones que impidan la práctica de una prueba son susceptible de apelación. En sentido contrario, la premisa aplicable es la general fijada por el artículo art. 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, no a través de la alzada. Por tanto, el 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, lesione 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.

Entonces, en la medida en que lo pretendido por la defensa es que se revoque la decisión del juez de decretar a favor de la fiscalía una prueba, se rechazará el recurso de apelación por improcedente, dado que se trata de una orden no susceptible del recurso de alzada.

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

RESUELVE,

PRIMERO: INADMITIR el recurso de apelación interpuesto por el defensor contra la decisión del juez de instancia, que decretó como prueba de la fiscalía los testimonios del investigador Gustavo Adolfo Hernández Rincón y el perito Yesid Hincapié Ortiz, así como los respectivos informes y resultados obtenidos respecto a la extracción de información realizada al celular de la víctima.

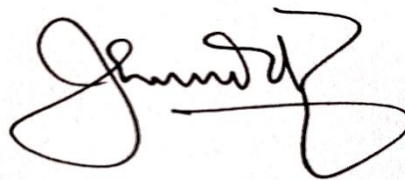
SEGUNDO: Esta providencia queda notificada en estrados y contra ella no procede recurso alguno.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



GABRIEL FERNANDO ROLDÁN RESTREPO
MAGISTRADO



JORGE ENRIQUE ORTIZ GÓMEZ
MAGISTRADO



CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO
MAGISTRADO