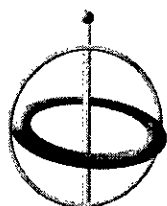


Proceso: 05-6156000295-2017-00464
Delito: Actos sexuales con menor de 14 años agravado y otro
Acusado: Juan Diego Castro Valencia
Procedencia: Juzgado 10° Penal del Circuito de Medellín
Objeto: Apelación auto que admite prueba de referencia
Decisión: Inadmite recurso
M. Ponente: Luis Enrique Restrepo Méndez
Auto No: 006-2020

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellin

SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, veinte (20) de marzo de dos mil veinte (2020)

Aprobado Según Acta Nro. 025

Siguiendo los lineamientos de la Ley 1395 de 2010, sería del caso que la Sala entrara a resolver el recurso de apelación interpuesto y sustentado por la defensa de **Juan Diego Castro Valencia**, contra la decisión del Juez de instancia de decretar la prueba de referencia pedida por la Fiscalía, pero la tarea no puede atenderse porque dicha decisión no es susceptible de tal impugnación, conforme pasa a explicarse:

HECHOS Y ANTECEDENTES PROCESALES

1. Fueron sintetizados en el escrito de acusación por la Fiscalía Delegada, en los siguientes términos:

“La investigación se inicia por denuncia de fecha 20 de febrero de 2017, en ella se pone en conocimiento unos hechos materia de investigación que tuvieron ocurrencia entre los años 2013 a 2016, cuando el señor JUAN DIEGO CASTRO VALENCIA, padraastro de la menor AMRV, realizaba conductas libidinosas que afectaban la integridad sexual y formación de la menor, hechos que comenzaron cuando residían en la loma de Los Bernal del barrio Belén, donde al interior de la pieza de la niña, cuando estaban solos y cuando la menor tenía 7 u 8 años, (años 2013 a 2014), el señor JUAN DIEGO comenzó a tocarle sus partes íntimas, senos y vagina por fuera de la ropa, cuando ya AM, tenía 9 años (año 2015) continuó los

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
Sala de Decisión Penal
Radicado 055156000295201700464
Juan Diego Castro Valencia

tocamientos pero por debajo de la ropa, además de untarse una crema en el pene para que ella lo tocara, hechos que se repitieron entre 10 y 15 veces, cuando la menor cumplió los 10 años (año 2016) aumentó su intensidad metiéndole (sic) los dedos en la vagina, entre 3 y 4 veces. Los últimos episodios ocurrieron en el barrio San Antonio del Municipio de Rionegro”.

2. El 10 de abril de este año, el Juzgado 29 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías, llevó a cabo las audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento en establecimiento carcelario¹.

3. El escrito de acusación se radicó el 29 de mayo siguiente, correspondiéndole su conocimiento al Juzgado 10° Penal del Circuito de esta ciudad, quien llevó a cabo la audiencia de formulación de cargos el 4 de julio de 2019, oportunidad en la que se acusó a Juan Diego Castro Valencia como autor responsable de un concurso homogéneo de acceso carnal abusivo con menor de 14 años en concurso heterogéneo con actos sexuales con menor de 14 años, ambos agravados, artículos 208, 209 y 221 numeral 5° del C. Penal.

4. El 11 de octubre de 2019, se llevó a cabo la audiencia preparatoria, donde la Fiscal Delegada, solicitó tener como pruebas, entre otras el testimonio de **JOHANA ANDREA RAMÍREZ MORENO**, psicóloga adscrita al CAIVAS que realizó entrevista forense a la menor AMRV, la misma que inicialmente fue decretada por el *a quo* de manera condicionada, pero que esta Sala a través del Auto Nro. 028-2019 del 13 de noviembre siguiente modificó para que tanto el testimonio de Ángela María Villegas González, como éste se recepcionaran sin ningún tipo de condicionamiento².

5. El 5 de diciembre de 2019 se dio inicio al juicio oral y el 7 de febrero de este año, cuando se iba a dar inicio a la práctica de pruebas solicitadas por la fiscalía, ésta anunció que la progenitora de AMR le informó que la menor no deseaba declarar.

¹ Audiencias preliminares. Folio 6.

² Tribunal Superior de Medellín. Sala de Decisión Penal. Auto No. 028-2019 del 13 de noviembre de 2019.

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
Sala de Decisión Penal
Radicado 055156000295201700464
Juan Diego Castro Valencia

Después en sesión del 13 de febrero la fiscalía indicó que si bien había citado nuevamente a la menor para que compareciera al juicio a declarar, ésta le allegó un escrito donde le manifestó los motivos por los cuales no iba a comparecer en los siguientes términos “*bajo el amparo de la ley 33 y que es su voluntad no comparecer y que conoce los motivos por los cuales fue citada a esta audiencia*”³ y continuó con la práctica de sus pruebas.

El 24 de febrero del año en curso, se presentó ante el despacho la testigo de cargo **JOHANA ANDREA RAMÍREZ MORENO**, cuando estaban en desarrollo del interrogatorio la delegada de la fiscalía le puso de presente un CD que la declarante reconoció como el medio dónde quedó grabada la entrevista de la menor AMRV y un informe de investigador de campo suscrito por ella, que tiene como anexos las autorizaciones del defensor de familia y su progenitora, y anunció que iba a solicitar que a través de ésta se permitiera la incorporación de la entrevista como prueba de referencia, pues en la audiencia preparatoria se hizo claridad que sólo se admitiría excepcionalmente la misma en caso de que la menor no estuviera disponible para declarar en la audiencia de juicio oral y argumentó su solicitud de la siguiente manera:

Inicialmente hizo referencia al escrito remitido por la menor en el que señaló que no iba a comparecer al juicio y que no iba a declarar amparada en el artículo 33 de la Constitución Nacional, incluso dijo que su deseo era que la entrevista rendida ante la investigadora Ramírez Moreno no fuera utilizada; no obstante, esta situación no es completamente clara para ella, pues es violatorio de todas sus garantías ya que la menor, hoy con 15 años, debe saber qué es lo que se va a hacer en la audiencia, pero ante su deseo de no comparecer siquiera a ratificar lo manifestado a través de un escrito, se constituye en un estado de indisponibilidad de la testigo, pues no conoce las consecuencias de declarar o no en contra de Juan Diego Castro Valencia.

Por ese motivo y en aras de no revictimizar a la menor solicitó se incorpore la entrevista por ella rendida como prueba de referencia, tal y como lo consagra el artículo 438 del C. de P. P literal e.

³ Audiencia de juicio oral del 13 febrero de 2020. Minuto 02:49

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
Sala de Decisión Penal
Radicado 055156000295201700464
Juan Diego Castro Valencia

Reiteró que dicho medio de convicción se descubrió de manera legal y oportuna desde la audiencia de formulación de acusación y posteriormente en audiencia preparatoria se solicitó de manera anticipada que en caso de que la menor no estuviera disponible por cualquiera de las causales de la norma referida anteriormente, se admitiera como prueba de referencia, pues de no hacerlo se desconocerían sus derechos y se vulneraría el interés superior de la menor consagrado en los artículos 7º y 192 del Código de la Infancia y la Adolescencia, donde refiere que los menores víctimas de este tipo de delitos tienen derecho a la verdad⁴.

6. En el traslado que se le dio a las partes, la representante de la víctima coadyuvó a la solicitud de la fiscalía, en el mismo sentido lo hizo el delegado del Ministerio Público quien además consideró que a partir de la ley 1652 de 2013, la entrevista del menor víctima de delitos sexuales adquirió autonomía propia y que la tiene por virtud de la ley y no de las partes en un proceso penal.

Explicó que de acuerdo con los razonamientos de la Corte Constitucional en sentencia C-177/2014 es preciso ponderar entre los derechos a la confrontación, contradicción y de defensa, y el de los menores, siendo éste último prevalente.

Resaltó que cuando la menor estuvo ante la funcionaria de la fiscalía ella le puso de presente el artículo 33 de la Constitución y el 385 de la ley 906 de 2004, los cuales ella aceptó, con base en esto, se estructuró un plan metodológico, además, esa entrevista tiene vocación probatoria propia, por lo que se preguntó ¿podrá entonces luego la menor mandar un escrito donde señale que no autoriza que se utilice la entrevista? Su respuesta es no, porque considera que ella puede disponer de no venir a declarar, pero no de este medio, la entrevista es indisponible.

Manifestó que, salvo mejor criterio la renuncia que hizo la menor se entiende como la expresión de su deseo de no comparecer, pero no es válido que disponga de una entrevista que rindió con todas las formalidades de ley y así las cosas, la fiscalía está autorizada para pedirla como prueba de referencia admisible y que a través de la

⁴ Audiencia de juicio oral del 24 de febrero de 2020. Minuto 43:25

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
Sala de Decisión Penal
Radicado 055156000295201700464
Juan Diego Castro Valencia

psicóloga se introduzca su declaración; por tanto, no se opuso y le solicitó al Juez de instancia que acepte la petición de la fiscalía⁵.

El defensor, por el contrario, se opuso y señaló que la prueba de referencia tiene una regulación legal para ver en qué casos se puede recurrir o no a ella y que si bien, existe un régimen especial para no revictimizar a los menores, este al parecer, no es el caso, pues la hoy joven de 15 años, hizo uso de una prerrogativa constitucional contenida en el artículo 33, en consecuencia, no están presentes los presupuestos de la “no revictimización” y trajo a colación la sentencia T-321/2017 donde se dice claramente que un menor no puede ser obligado a declarar.

Respecto de la entrevista dijo que no tenía vocación probatoria propia porque las pruebas son las que se decretan en el juicio, que no hay motivos fundados y en este sistema no existe la permanencia de la prueba, así mismo no está acreditada la causal de no revictimización, por lo que solicitó que se niegue la petición de la fiscalía “*porque lo que hay de por medio es el derecho de la menor de no declarar contra su padrastro y que no sea utilizada la entrevista*”⁶.

DECISION APELADA

El Juez de instancia luego de hacer un recuento de lo manifestado por las partes indicó que el problema jurídico se contrae a establecer si es o no viable que la fiscalía solicite la incorporación de la entrevista de la menor como prueba de referencia admisible habida cuenta que ésta no quiso declarar en el juicio haciendo uso del artículo 33 de la Carta Política.

Para resolver lo anterior, señaló que se debe partir del escenario jurídico fáctico que se presenta en esta oportunidad, habida cuenta que el mismo involucra derechos fundamentales y éstos deben analizarse en el caso concreto y no de manera abstracta o genérica, pues se presenta una tensión ente dos derechos de la menor, uno el contenido en el artículo 33 de la Constitución y el otro, los derechos a la verdad, justicia y reparación que tienen las víctimas.

⁵ Audiencia de juicio oral del 24 febrero de 2020. Minutos 50:39 y 53:49

⁶ *Ibidem*. Minuto 01:25:04

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
Sala de Decisión Penal
Radicado 055156000295201700464
Juan Diego Castro Valencia

Por ello, dijo, es pertinente acudir a los principios básicos de la ley 1098 de 2006, específicamente los que señalan los artículos 5, 7 y 9, pues el derecho a no declarar más que proteger el derecho del menor, protege a la familia, y en este caso, deberían primar las garantías a la verdad, justicia y reparación del menor, los cuales considera tienen prevalencia sobre el artículo 33 de la C.N.

Resaltó que la entrevista que rindió la menor, acompañada por su madre está revestida de legalidad y dijo que las personas no somos dueñas de los actos jurídicos, por lo que si bien puede decir “*no declaro las veces que sea llamada*”, no lo puede hacer frente a un acto que ya tiene vida jurídica, en otras palabras, puede disponer de su declaración en el juicio, pero no de la que presentó ante la funcionaria del ente persecutor, cuya procedibilidad y valor probatorio reclama hoy la fiscalía al solicitarla como prueba de referencia.

Ahora bien, continuó, frente a las manifestaciones que hace la defensa en punto a que la sentencia de tutela T-321/2017 indicó que ese artículo 33 constitucional opera en cualquier tipo de declaración, es verdad, sin embargo, ese argumento, no sería pertinente a efectos de una decisión como la que pretende pues al momento de recibirle la entrevista a la menor se le dio a conocer el derecho que tenía a no declarar y aun así lo hizo, otra cosa es que se le hubiera obligado a declarar.

Advirtió que es cierto, que la declaración en juicio es la prueba válida y la entrevista sólo sirve para impugnar credibilidad o refrescar memoria, pero si cumple los requisitos de la prueba de referencia se debe admitir y valorar, y analizó los requisitos traídos en la sentencia con radicado 42390 del 20 de agosto de 2014 donde la Corte Suprema de Justicia advirtió que los requisitos para ser considerada esta prueba es que i) sea una declaración realizada por una persona fuera del juicio oral, como efectivamente así sucedió; ii) verse sobre aspectos que ella pueda percibir, en este caso la menor es la víctima del delito; iii) exista un medio de prueba para probar la verdad de los hechos de la declaración, hay un CD con la entrevista; iv) la verdad que se pretenda probar tenga aspectos sustanciales del debate, aquí la menor habla de unas presuntas conductas punibles; entonces tiene toda la pertinencia

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
Sala de Decisión Penal
Radicado 055156000295201700464
Juan Diego Castro Valencia

y utilidad a efectos de la demostración del tema de prueba y la misma ley 1652 señaló que se puede utilizar la entrevista de la menor para evitar la revictimización.

Por tanto, consideró que están dados los presupuestos de la prueba de referencia aunado a que esa declaración se realizó con el lleno de requisitos legales, en consecuencia, aceptó la petición de la fiscalía, admitió como prueba de referencia la entrevista realizada a la menor para que se introduzca a través de la investigadora Johanna Andrea Ramírez, quien la recepcionó⁷.

APELACIÓN

Entendió el juez de instancia que en este caso su decisión era susceptible de recursos y habilitó el espacio para que así lo hicieran. Fue así como el defensor, censuró sus argumentos con miras a que se revoque su decisión, señalando en primer lugar que las razones que tuvo para decretar la prueba de referencia admisible fueron las siguientes i) tensión entre dos derechos de la menor, uno que tiene a no declarar en contra de sus parientes y el otro, a la verdad, justicia y reparación; ii) las previsiones del código de infancia y adolescencia, y en ese contexto la prevalencia de los derechos de los menores y por último iii) que los derechos son de orden público irrenunciables, para la cual se apoya en el Código de Infancia y Adolescencia.

Después adujo que el *a quo* incurrió en un error, pues él entiende que “*no hay una prevalencia de derechos porque hay derechos en conflicto*” y que el tema a su juicio, se debe resolver de acuerdo con la naturaleza jurídica de la prueba que se solicitó y su tratamiento en el C. de P. P y más concretamente la prueba de referencia.

Indicó que la ley de Infancia y Adolescencia y la ley 1652 de 2013 establece los casos en los cuales opera la prueba de referencia, en especial para evitar la revictimización de los menores, el cual no es un “*comodín jurídico*”, pues debe tener un argumento válido y en este caso, la menor hizo uso del derecho a no declarar y de que no se usara la entrevista rendida ante la investigadora⁸.

⁷ Audiencia de juicio oral del 24 febrero de 2020. Minuto 01:42:47

⁸ Audiencia de juicio oral del 24 febrero de 2020. Minuto 02:09:44

DE LOS NO RECURRENTES

1. La Delegada de la Fiscalía solicitó que se confirme la decisión, pues el *a quo* estableció que se cumplió con la carga de argumentación frente a la solicitud de introducir la entrevista de la menor como prueba de referencia admisible.

Mencionó que en la sentencia del 6 de marzo de 2016 dentro del proceso radicado 43866 la Sala Penal de la Corte, dijo cuáles eran los presupuestos para admitir como prueba de referencia una declaración anterior al juicio oral, los cuales fueron tenidos en cuenta por el juez de instancia quien analizó los derechos encontrados.

Indicó que el párrafo del artículo 206A de la ley 906 de 2004 señaló que la entrevista forense será elemento material probatorio al cual se acceda siempre y cuando se respeten las garantías y derechos fundamentales de los menores víctimas de delitos sexuales⁹.

2. La representante de la víctima también solicitó que la decisión fuera confirmada en tanto la entrevista realizada a la menor fue legalmente obtenida y hace parte el proceso, además los derechos de la víctima son prevalentes¹⁰.

3. Finalmente el Delegado del Ministerio Público solicitó que no se dé trámite al recurso de apelación, en primer lugar, porque según lo ha desarrollado ampliamente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, cuando se trata de autos que decretan pruebas, sobre ellos no proceden recursos de alzada y ello se debe a la necesidad de que los procesos se tramiten de manera ágil, máxime cuando no se le está vulnerando a la defensa ningún derecho; en segundo término el censor incurrió en un defecto argumentativo pues no cumplió con la carga de sustentar su inconformidad, por tanto el recurso debe declararse desierto pues si se repara en su argumentación sólo tocó una de las tantas tesis contenidas en el auto impugnado y se limitó a expresar que aquí no hay un enfrentamiento entre derechos.

⁹ *Ibidem*. Minuto 02:20:15

¹⁰ *Ibidem*. Minuto 02:24:05

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
Sala de Decisión Penal
Radicado 055156000295201700464
Juan Diego Castro Valencia

Finalmente, en caso de que se decida dar trámite al recurso, indicó que la decisión del *a quo* debe ser confirmada toda vez que el recurrente construyó un argumento sofisticado, al decir que no existe la ponderación de derechos de la menor, porque la Corte Constitucional ha entendido que el derecho a no declarar es fundamental, por lo que se parte de una realidad para enfrentarla con otra que no es equitativa ya que la Sentencia T-321/2017 no está analizando lo mismo, además la menor al momento de rendir la entrevista ante la funcionaria del CTI estuvo prevalida de todos sus derechos, por tanto, no hay una relación lógica¹¹.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Como se anunció al inicio, la Sala no puede conocer de la alzada, porque no está habilitada por el legislador para las decisiones que decretan prueba y consecuentemente no acceden a su rechazo.

Si bien la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, durante un corto lapso dudó sobre el tema de los recursos frente a las decisiones que decretan pruebas¹², finalmente retomó el criterio según el cual los autos que las decretan no son objeto de recurso de apelación, que ha sido sostenido por este Tribunal de manera contundente y sólida a lo largo de los años. Así lo impone el derrotero previsto en el artículo 177 de la Ley 906 de 2004, que señala:

“La apelación se concederá:

En el efecto suspensivo, en cuyo caso la competencia de quien profirió la decisión objeto de recurso se suspenderá desde ese momento hasta cuando la apelación se resuelva:

- 1. La sentencia condenatoria o absolutoria.*
- 2. El auto que decreta o rechaza la solicitud de preclusión.*

¹¹ Audiencia de juicio oral del 24 febrero de 2020. Minuto 02:26:40

¹² Decisiones CSJ SP, 30 Noviembre de 2011, Rad. 37298 y CSJ SP, 20 Mar. 2013, Rad. 39516, indicó con claridad que el auto que acepta una prueba no admite recursos; sin embargo, en otras oportunidades, como CSJ SP, 13 Jun. 2012, Rad. 36562, CSJ SP, 26 Sep. 2012, Rad. 39048 y CSJ SP, 22 May. 2013, Rad 41106, resolvió el tema de manera totalmente opuesta

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
Sala de Decisión Penal
Radicado 055156000295201700464
Juan Diego Castro Valencia

3. *El auto que decide una nulidad.*
 4. *El auto que niega la práctica de prueba en el juicio oral, y*
 5. *El auto que decide sobre la exclusión de una prueba del juicio oral.*
- (...)"

Dicho artículo regula expresamente los efectos en que se concede el recurso de apelación y las decisiones contra las que procede, es decir, para aquellas que niegan las pruebas o para el auto que decide sobre una exclusión probatoria, y no lo contempla para el que decreta las pruebas; así entonces ante la literalidad del precepto, no es viable para el intérprete ampliar el sentido de la norma haciendo extensiva la alzada a la decisión que las admite o decreta.

Tal situación, se reafirma con lo establecido en el artículo 359 de la referida ley, que en su parágrafo 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 y posterior, concreta el contenido del artículo 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.

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, que éste 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

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
Sala de Decisión Penal
Radicado 055156000295201700464
Juan Diego Castro Valencia

que haya lugar a considerar que la decisión de admitir o decretar una prueba, 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 que 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, autorizando al juez incluso la exclusión de la prueba, en cualquier momento, en caso de ser procedente.

Y así lo sostuvo la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia radicado No. 47469 del 27 de julio de 2016:

“De manera diferente, si el juez acepta la práctica de determinado medio de convicción, no sólo se habilita que su contenido pueda ser utilizado para soportar la tesis de la parte, sino que, además, existe la posibilidad de controvertir esa determinada prueba directamente a partir del ejercicio de confrontación o con la presentación de otros elementos de juicio que la confute”.

Concluyendo que: *“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, incluso en tratándose de temas de exclusión probatoria, la Corte arribó a la misma conclusión en los siguientes términos:

En relación con este aspecto, esta Corporación, en hermenéutica de la legislación procesal penal contenida en la Ley 906 de 2004, consideró la procedencia de la alzada solamente en lo que atañe con los medios de prueba que sean negados y contra la decisión que excluye pruebas en primera instancia. Al efecto determinó el cambio de criterio jurídico en CSJ AP4812-2016, rad. 47469, con fundamento en las siguientes razones:

En su sola verificación textual, la confrontación de los numerales 4° y 5° del artículo 177, parece entrañar una clara desarmonía o, mejor, una distinta solución para circunstancias que aparentemente operan similares.

Y, claro, la cuestión fundamental estriba en definir por qué si la solicitud de pruebas a practicar en el juicio únicamente permite el recurso de apelación

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
Sala de Decisión Penal
Radicado 055156000295201700464
Juan Diego Castro Valencia

cuando se niega, no ocurre igual con la exclusión de pruebas a introducir en ese momento procesal, que permite su impugnación vertical, sin distinción alguna en si se niega u otorga.

La razón de la diferenciación emerge evidente.

Es que, cuando se trata de la solicitud de exclusión de un elemento suasorio en poder de una parte, que esta solicita introducir al juicio oral, necesariamente se hace referencia a derechos fundamentales en juego, que se entienden afectados con la recolección o posible introducción del medio.

En estas circunstancias, como la decisión puede remitir a la vulneración o no de dichas garantías, se explica la razón para que en caso positivo o negativo pueda acudir al superior, pues si se acepta la inclusión del medio, puede pervivir el tema de derechos fundamentales afectados.

Lo anterior encuentra fundamento en que, como desde el principio se definió, la facultad del legislador para regular el recurso vertical se encuentra limitado por los casos en que se afecten derechos fundamentales, apenas natural surge que en tratándose de la exclusión probatoria, íntimamente ligada con éstos, se facultara en toda su extensión la posibilidad de impugnación.

Precisamente, ello se acompasa con la cita jurisprudencial referenciada al inicio (sentencia C-738 de 2006), en cuanto definió que la libertad de configuración normativa respecto del tópico opera «siempre y cuando con esa determinación no vulnere normas constitucionales, especialmente, las que consagran derechos fundamentales de las partes procesales».

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 a 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. (Subrayas de la Sala)

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.

La jurisprudencia citada decantó que, frente a la aplicación que de los contenidos del artículo 359 de la Ley 906 de 2004, la única decisión que tiene apelación es la de exclusión de medios de conocimiento por

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
Sala de Decisión Penal
Radicado 055156000295201700464
Juan Diego Castro Valencia

vulneración de derechos fundamentales, es decir, la prueba ilícita; en tanto que, en la que no acoge petición de rechazo, solo procede la reposición.¹³

Este es el caso que nos convoca en la medida que lo pretendido por la defensa es que se revoque la decisión del Juez 10º Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de esta ciudad de decretar a favor de la fiscalía como prueba excepcional de referencia la entrevista suministrada por la menor AMRV ante la funcionaria de policía judicial Johana Andrea Ramírez Moreno, aspecto que hace inviable la alzada y así se declarará.

Por todo lo anterior, el Tribunal Superior de Medellín en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y la ley **RESUELVE, Inadmitir** el recurso de apelación interpuesto por la defensa de Juan Diego Castro Valencia contra la decisión del juez de instancia de decretar la prueba de referencia pedida por la Fiscalía.

Contra esta decisión no procede recurso alguno. Se notifica en estrados.

Devuélvase el diligenciamiento al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ
MAGISTRADO


JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
MAGISTRADO


NELSON SARAY BOTERO
MAGISTRADO

¹³ C.S. de J. Auto del 21 de febrero de 2018, radicado AP708-2018,51.774