



SALA PENAL

Magistrado Ponente:

JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ

Resuelve recursos queja 2018-00073

Acusatorio ordinario acta: 187

Medellín, diciembre doce (12) de dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala a resolver los recursos de queja presentados por la defensa contra dos decisiones proferidas por el Juez Quinto Penal del Circuito con función de conocimiento de esta ciudad en desarrollo del juicio oral (audiencias de los días 9 y 15 de noviembre últimos), en el proceso que se adelanta en contra del señor **Thomas Michael Renno**, como presunto autor de las conductas de *demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años de edad agravado, pornografía de menores, utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 18 años agravado*.

Debemos advertir que, pese a que se trata de dos recursos interpuestos en distintos momentos del juicio, por economía y celeridad se resolverán en esta decisión, al tratarse de similar discusión en la misma actuación penal.

ANTECEDENTES

De las actuaciones procesales remitidas a esta Corporación se pudieron verificar los siguientes actos relevantes:

1. La acusación.

En la audiencia realizada el 14 de diciembre del año pasado el señor **Thomas Michael Renno** fue acusado como autor de los delitos de *demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años de edad agravado, pornografía de menores, y utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 18 años agravado*, descritos en los artículos 217-A, 218 y 219-A, del Código Penal.

2. La preparatoria.

En la diligencia preparatoria realizada en sesiones del 23 de marzo y 20 de abril del presente año, las partes solicitaron varias pruebas y respecto de las pedidas por la Fiscalía, como aspecto importante para resolver este tema, observamos que fueron decretadas en su totalidad, entre ellas, las declaraciones de Estefanía Rodríguez Goez y Alejandra Loaiza Goez.

3. La interposición de los recursos de queja.

Como se dijo desde el inicio, el recurso se interpuso en dos momentos diferentes, de la siguiente manera:

3.1. En el minuto 1:59:12 del juicio, sesión del 9 de noviembre, antes del testimonio de Estefanía Rodríguez Góez, el defensor solicitó *“que este testigo no sea escuchado”*, ya que según lo enunciado por la fiscalía, era menor de edad para la fecha de los hechos y no se le dio aplicación a lo dispuesto en el art 206 A del CPP, no se le realizó entrevista forense, y la norma es clara cuando indica que ésta aplica para niñas, niños y adolescentes, cuando se trata de los delitos por los cuales fue acusado su representado, indicando que la norma es del 2013 y establece como única excepción *es que no se realicen dos, pero que al menos se haga una*, y según el literal F de esa misma norma, luego de esa entrevista forense debe haber un personal entrenado que debe presentar un informe detallado de esa entrevista, con base en lo que determina el artículo 209, que es lo que se transfiere a la defensa para poder ejercer ese derecho y verificar esas condiciones, y así poder controvertir cualquiera de las acciones, entrevista que sí se le realizó a la joven Milady pero no a esta testigo, y si se hizo no fue descubierto ni anunciado ni trasladado, entonces recibir este testimonio trasgrediría el debido proceso.

3.2. En audiencia del 15 de noviembre posterior y en igual sentido que el anterior, a partir del registro 14:34 y respecto de la declaración de la joven Alejandra Loaiza Góez, también se solicitó *“que no sea recibido este testimonio, al no haberse dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 206A y 209”*, en razón a que, *“y en ello ha sido clara la Corte”*, dicho informe

no solamente tiene como fin garantizar ese derecho inescindible, irrenunciable que tiene la víctima a que se le reciba declaración inmediatamente se conozca esa condición, sino que para la defensa se constituye en una herramienta indispensable para ejercer su labor, y se sabe que cuando se toma esa declaración cuando es menor, no solo tiene el fin de verificar esos derechos del menor sino fijar temporal y espacialmente lo sucedido, en este caso en el 2018, por lo que es obligatorio para la fiscalía plasmar estos hechos a efectos de que la defensa pueda "*tener las armas suficientes*" para determinar la fiabilidad de esta situación, verificar con los profesionales (peritos), y tener elementos de contradicción, como contar con un perito para determinar la fiabilidad o no.

Expuso que al carecer de la entrevista e informe, la contradicción que se realice sería precaria, pues debe garantizarse el derecho de defensa, puesto que si hasta este momento se quiere traer un testigo menor, por esas condiciones especialísimas debe darse obligatorio cumplimiento al informe que se debe presentar y que puede ser utilizado por la defensa. Aclaró que no se opuso a la declaración de la anterior testigo Mileidy, porque se le recibió declaración, se grabó y hubo un concepto e informe de investigador, lo que también debe ocurrir con las demás víctimas.

4. Las negativas del recurso de apelación.

4.1. Declaración de Estefanía Rodríguez Goez. Luego de darle traslado a las partes e interviniente, y del Juez preguntarle a

la fiscal si a la menor se le había recibido entrevista previa, recibiendo una respuesta negativa por parte de esta, el Juez negó el pedimento de la defensa.

Expuso que la Ley prevé un protocolo que debe seguirse en casos de víctimas menores de edad en procura de la defensa de sus derechos, pero no se establece como requisito previo que se debe hacer esa entrevista, sino que se trata de un protocolo, por lo que no se puede entender como una obligación. La prueba fue decretada sin oposición en ese punto, y si bien es cierto pueden presentarse eventos en los cuales una prueba decretada pueda tener oposición, en cuanto a que una vez practicada y/o confrontada con otros elementos, se pueda solicitar exclusión, el art. 206A no es una obligación, sino que *"es una prevención que hizo la ley que estableció que es un protocolo válido para los eventos de una prueba de referencia para los menores, por eso así lo indica la normatividad, no una exigencia"*, no se afecta el derecho de defensa si nos atenemos a como se solicitó y se ordenó en la audiencia preparatoria, pues *"se está haciendo claridad en el minuto 0:37:36 donde se dice precisamente para que fueron citadas"*, acerca de las circunstancias de tiempo, modo y lugar cómo se conocieron con el acusado, cómo fue el encuentro, cómo accedieron con él, si se contactaron a través de una red social, qué tipo de encuentros sostuvieron, si tuvieron conocimiento de la detención del enjuiciado, y si fueron víctimas de delitos sexuales, como aspectos de conducencia y pertinencia, quedando entonces claro sobre qué puntos debe declarar la menor, situaciones que fueron conocidas por la defensa desde ese momento, entonces no es viable la petición. Finalmente, indicó que se trataba de una orden (*"auto de*

trámite"), que no admitía recursos, pues *"fue una prueba que ya fue ordenada, no se trata de una exclusión probatoria en esos términos"*.

4.2. Declaración de Alejandra Lora Goez. El Juez manifestó que la entrevista es una posibilidad investigativa, no es obligatorio realizarla, sino que es una facultad, concluyendo que como en los juicios normalmente *"los menores después ya no vienen"* entonces para prever esa garantía a la luz del art. 44 de la Constitución Política, se refirió que se recibiera una entrevista a los menores a efectos de que *"pudiera ingresar"*, obviamente como prueba de referencia.

Explicó que si se hubiera realizado la entrevista, la fiscalía estaba en la obligación de realizar ese descubrimiento, pero la misma no fue realizada, por lo que no puede hablarse de exclusión por ausencia de descubrimiento. La prueba fue ordenada sin controversia de las partes, por lo que no se aceptó la oposición del defensor informando que contra esa decisión *"no procede recurso alguno"*.

5. Ante las negativas de la posibilidad de interponer recurso de apelación, el defensor acudió al de queja y en el traslado de tres días de que trata el artículo 179D del Código de Procedimiento Penal para la respectiva sustentación, expuso que la razón de la inconformidad radicó en el incumplimiento por parte de la Fiscalía de las obligaciones establecidas por la Ley 1652 de 2013, sobre la entrevista forense a niños víctimas de los delitos tipificados en el Título IV del Código Penal, al

igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, relacionados con violencia sexual.

Reconoció que esta situación no fue objeto de reparo en la audiencia preparatoria, no obstante en esa oportunidad le solicitó al Juez la exclusión de *“la totalidad de las pruebas por haber sido obtenidas con violación de principios fundamentales”*, respecto de lo cual esta Sala se pronunció indicando que: *“a la parte que pide la exclusión de alguna de las pruebas por ilicitud o por ilegalidad, le corresponde demostrar cuál es el fundamento de su pretensión para tener suficiente claridad y generar con ello la controversia con la contraparte”* esto es, demostrarlo en juicio, según concluyó.

Le parece que es en este momento procesal que debe presentar oposición a los testimonios de quienes fungieron como menores víctimas de los delitos mencionados, pues no resultaba coherente que se pretenda interpretar las normas de una manera sesgada desconociendo el debido proceso, tornándose más bien en una *“prueba secreta”* al impedir el descubrimiento probatorio, sujetándolo al criterio de necesidad, truncando con ello el adecuado ejercicio del derecho a conocer, solicitar y controvertir las pruebas, en este caso, las entrevistas que deben ser aportadas por la fiscalía cuando las víctimas son menores, aún más cuando una de las declarantes en la sesión del 15 de noviembre, la joven Alejandra Lora Goez, menor para la fecha de los hechos, manifestó en juicio que le fue recibida declaración por parte de la Fiscalía.

Explicó que el artículo 34 de la Ley 1719 de 2014 establece que *“Todas las disposiciones de la Ley 1652 de 2013 se aplicarán en los procesos que se surtan en desarrollo de lo previsto en la presente ley y respecto de víctimas menores de edad”*, la cual fue aplicada respecto de sólo una de las supuestas víctimas, Mileidy Maria Osorio Arango, pero no ocurrió lo mismo con las demás menores a quienes después de más de cuatro años se les pretende escuchar en juicio.

El artículo 139 del Código de Procedimiento Penal, sobre los deberes de los jueces, dispone que deben *“Corregir los actos irregulares”*, deber circunscrito a cualquier etapa del proceso, y el Juez respecto de su reparo, determinó que no era una obligación de la Fiscalía hacer la entrevista forense y que de haberla hecho debía haberla descubierto. Adicionalmente, manifestó que se trataba de un auto de trámite no sujeto a controversia, y por ello acudió al recurso de queja, ya que considera *“que dejar que este tipo de violaciones no sólo van en contravía del derecho que asiste a las víctimas, sino de manera directa al derecho de defensa y contradicción que asiste al acusado”*.

En relación con la importancia de la entrevista forense, transcribió in extenso la sentencia C 177 de 2014, que declaró la exequibilidad del artículo 1 de la Ley 1652 de 2013 que adicionó un párrafo al artículo 275 de la Ley 906 de 2004, concluyendo que la entrevista grabada o fijada por cualquier medio audiovisual o técnico por personal del CTI de la fiscalía debidamente capacitado y entrenado, cumple ese doble propósito, de servir para la salvaguarda de los intereses del

niño, niña o adolescente víctima y para el respeto del derecho de defensa y contradicción necesarios para un debido proceso penal, pues como quedó expresado en la sentencia en cita, tales testimonios recogidos de primera mano por personal idóneo son vitales para verificar la fiabilidad de dichos testimonios, su posible refutación por parte de expertos o peritos, máxime cuando los hechos se dijo acaecieron en el 2018, cuestionándose *“¿Si en el proceso hubo cumplimiento de la norma con una de las reputadas víctimas como sucedió con MILEIDY MARIA OSORIO ARANGO, cual fue la justificación de no hacerlo con las demás menores víctimas? ¿Acaso en Medellín no se contaba con el equipo de profesionales idóneo y capacitado para hacerlo en el 2018? ¿O quizá la razón de no hacerlo, es precisamente desequilibrar la balanza en demerito de los derechos del procesado?”*.

Finalmente, advirtió que obviar las exigencias que la ley prescribe para este tipo de delitos, más aún cuando ello conlleva una clara desventaja para la actividad defensiva es una afrenta al debido proceso, por lo que solicitó *“pronunciarse sobre el recurso interpuesto y se ordene al despacho no sean escuchados los testimonios de las menores cuyas entrevistas pudieron ser grabadas (o probablemente están pero no fueron descubiertas) por violar el principio de legalidad y el debido proceso”*.

CONSIDERACIONES

El recurrente propone dos escenarios de análisis y solución (las apelaciones interpuestas y la inviabilidad de los testimonios

por trasgresión a los principios de legalidad y debido proceso), pero solamente el primero de ellos puede ser estudiado por esta Sala conforme a la esencia del recurso de queja, que se orienta a definir si el recurso de apelación, negado por la primera instancia, fue correctamente rechazado, o si debió concederse, en cuyo caso se impone autorizarlo con indicación del efecto que corresponda, según lo previsto en el artículo 179E de la Ley 906 de 2004.

En nuestro caso, la negativa de los recursos de apelación fue fundamentada esencialmente en que se trata de órdenes de trámite, puesto que los testimonios de las jóvenes Estefanía Rodríguez Goez y Alejandra Loaiza Goez fueron decretados desde la audiencia preparatoria sin oposición de ninguna de las partes, solución que consideramos acertada por las siguientes razones:

1. Entendemos que el apelante trata de proponer en desarrollo del juicio oral, sin que haya claridad en su pedimento, una exclusión por la trasgresión al debido proceso con unos fundamentos distintos a los mencionados en la audiencia preparatoria, que es el escenario procesal oportuno para solicitarla, así como el rechazo o la inadmisibilidad de los medios de prueba, conforme lo establece el artículo 359 de la norma mencionada.

Culminada esa audiencia ninguna controversia en ese sentido puede ser reabierta, al menos no en el juicio, y en esa medida cualquier decisión de su director que busque dar cumplimiento a lo ordenado con anterioridad en esa diligencia, hace parte

del control judicial que le es propio y constituye una orden, que de acuerdo al inciso segundo del artículo 176 del mismo Código, no es apelable: *"La apelación procede, salvo los casos previstos en este código, contra los **autos** adoptados durante el desarrollo de las audiencias, y contra la **sentencia** condenatoria o absolutoria"*.

2. Como característica esencial del sistema oral previsto en la Ley 906 de 2004, se ha propendido porque la finalidad del juicio sea su celeridad, esto es, que el mismo sea desarrollado sin interrupciones o dilaciones injustificadas, y por ello es que este tipo de discusiones o debates debe darse en la audiencia preparatoria, de acuerdo a lo establecido en el artículo 29 de la Constitución Política, cuyo inciso tercero prevé que: *"Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; **a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas**; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho."*

En ese sentido, la Sala Penal de la Corte ha reiterado que las discusiones acerca de la procedencia de las pruebas, su nulidad o exclusión debe darse en la audiencia preparatoria, no en el juicio:

"...al inicio del debate probatorio ya debe estar superada cualquier discusión en torno de su práctica, porque precisamente para ello se diseñó la audiencia

preparatoria, escenario en que se resuelven todos los debates vinculados con dicha temática, a través de un auto que habrá de contener la clase de prueba a practicarse en el juicio, la forma de su incorporación, el orden de su presentación, aquello que se excluye del debate, etcétera; proveído susceptible de los recursos correspondientes, pero que una vez en firme, deja zanjada toda la discusión al respecto”.¹

Con este derrotero, si bien resulta viable que durante la práctica de la prueba se vislumbre la posible afectación de garantías o derechos fundamentales, lo que permitiría su exclusión (como la apreciación del defensor de que la joven Alejandra en su declaración manifestó en juicio que le fue recibida declaración por parte de la Fiscalía), será un tema que podrá discutirse en los alegatos finales donde podrá evidenciarse la misma, con la solicitud de exclusión en cuanto a su valoración en la sentencia, conforme lo ha señalado la Corte:

“Así entonces, dados los fines del proceso penal y aplicado a ellos los criterios moduladores de la actividad procesal señalados en el artículo 27 ídem, se impone con criterio ponderado evitar los excesos contrarios que resulten en detrimento de la función pública de administrar justicia, como así se evidenciaría con la posibilidad de presentar objeciones a través de diversas formas, entre ellas, mediante solicitudes de nulidad sobre temas relacionados con las pruebas decretadas, pues tales aspectos ya fueron materia del control judicial al momento de decidir sobre su admisión o en la sentencia al apreciar la prueba con los principios de identidad, existencia material o jurídica, sana crítica, legalidad o convicción y al verificar el respeto de las garantías debidas para el tema en examen al acusador, al procesado o al defensor.

¹ CSJ AP2421-2014 Rad. 43841 reiterada entre otras, en AP5911-2015, Rad. 46109, AP3787-2018; Rad. 53364

Es por ello que corresponde al juez abstenerse de dar trámite a peticiones o actuaciones que pueden resultar temerarias o dilatorias conforme a los artículos 140-2, 141 y 161-3 del C de P.P, en aras de salvaguardar la debida celeridad y concentración del juicio oral

Lo anterior no significa que las partes queden desprovistas de la posibilidad de plantear situaciones que comporten eventuales irregularidades sobre el debate probatorio con posterioridad a la audiencia preparatoria, pues el juez debe efectuar las verificaciones que corresponda en la sentencia al apreciar la prueba conforme a los principios de identidad, existencia material o jurídica, sana crítica, legalidad o convicción y constatar el respeto de las garantías debidas para el tema en examen al acusador, al procesado o al defensor.

Así mismo cuentan con los recursos contra las sentencias de instancia, oportunidad en que se pueden cuestionar tópicos vinculados con la prueba y que sean trascendentes en relación con las garantías o derechos fundamentales o la credibilidad de la evidencia que fundamente la decisión.” (Negrilla nuestra. Auto del 6 de agosto de 2019, radicado 55652, AP3180-2019²)

En estas condiciones, al tratarse de una orden de trámite resulta clara la improcedencia de los recursos formulados, y por ello no podrá concederse las apelaciones que se pretenden.

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

² Con ponencia del doctor Eugenio Fernández Carlier.

RESUELVE

Primero: NEGAR los recursos de apelación interpuestos por la defensa en contra de las decisiones proferidas los días 9 y 15 de noviembre por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Medellín.

Segundo: COMUNICAR esta decisión a dicho Juzgado y devolverle la actuación para los fines pertinentes.

Contra esta decisión no procede recurso.

CÓPIESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,



JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ



MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS



PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN