



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO

Relatoría

PECULADO POR APROPIACIÓN – IMPROCEDENCIA DE LA APELACIÓN SOBRE LA ADMISIÓN DE PRUEBAS: Solo son susceptibles del recurso de apelación: (i) las sentencias, (ii) las providencias que tengan efectos patrimoniales y, (iii) los proveídos que afecten la práctica de pruebas.

Sería el caso de iniciar el estudio de la controversia que nos convoca respecto de la solicitud de exclusión, sino fuera porque revisado en detalle el trámite y la sustentación de lo recurrido se observa que la Defensa no pretende la exclusión probatoria decretada a la Fiscalía, sino por el contrario, quiere atacar la admisión de pruebas, lo que no está llamado a prosperar. Acorde con el diseño con el que el legislador concibió el actual Código de Procedimiento Penal, se tiene que entre sus principios rectores se consagró el de la doble instancia, pero acorde con lo regulado en los artículos 20 y 177 ibidem, válidamente se puede colegir que dicho principio no es absoluto, ya que se consagraron una serie de hipótesis que tienen que ver con ciertas providencias que solamente serían susceptibles del recurso de apelación en caso que este se impetire como principal, las cuales de manera genérica vendrían siendo las siguientes: (i) las sentencias, (ii) las providencias que tengan efectos patrimoniales y, (iii) los proveídos que afecten la práctica de pruebas.

PECULADO POR APROPIACIÓN – IMPROCEDENCIA DE LA APELACIÓN SOBRE LA ADMISIÓN DE PRUEBAS: Rol del Juez cuando se evidencia que la defensa está haciendo uso de un mecanismo claramente dilatorio.

En ese sentido los jueces deben controlar adecuadamente las solicitudes elevadas respecto de las pruebas y sus efectos, pues es factible que las partes acudan al mecanismo de exclusión, para evadir la limitación del recurso de apelación que existe frente la impugnación de autos que resuelven sobre peticiones probatorias, ya que el recurso no se puede ejercer contra el auto que concede pruebas, siendo evidente que la defensa está haciendo uso de un mecanismo claramente dilatorio, al punto que se erige en la única razón que gobierna, la más de las veces, el recurso, independientemente de los motivos que sustenten la pretensión de la defensa.

PECULADO POR APROPIACIÓN – LAS PRUEBAS DOCUMENTALES QUE SE PRESUMEN AUTÉNTICAS NO REQUIEREN TESTIGO DE ACREDITACIÓN PARA SU INCORPORACIÓN EN EL JUICIO ORAL: Como la historia clínica de la encausada, tanto que sobre dicho documento hay certeza de la persona que lo elaboró, eso sí, debe establecerse por quien la pretende aducir al juicio tiene la carga de demostrar la forma como se obtuvieron, quién la suscribió, si son originales o copias y los datos generales referentes a su contenido.

Luego de los juicios precedentes, nuevamente la Sala reconsideró esos argumentos y retomó el criterio afirmando, que el testigo de acreditación solo es indispensable para introducir documentos sobre los cuales no recae la presunción de autenticidad y los que gozan de esta presunción pueden ser ingresados directamente por la parte interesada. Ello de conformidad con el literal D del numeral 5 del artículo 337 del Código de Procedimiento Penal y el artículo 63 del Código General del Proceso, por cuanto si la finalidad del testigo de acreditación es demostrar la autenticidad no tiene ningún sentido hacerlo cuando goza de presunción. Así las cosas y contrario a lo sostenido por el A quo, se concluye que las pruebas documentales que se presumen auténticas no requieren testigo de acreditación para su incorporación en el juicio oral, como lo es la historia clínica de la encausada, tanto que sobre dicho documento hay certeza de la persona que lo elaboró, eso sí, debe establecerse por quien la pretende aducir al juicio, tiene la carga de demostrar la forma como se obtuvieron, quién la suscribió, si son originales o copias y los datos generales referentes a su contenido, por tanto, esos documentos si pueden ingresar directamente en el juicio oral por la parte interesada.

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL SANTA ROSA DE VITERBO SALA UNICA

PATRIMONIO HISTÓRICO Y CULTURAL DE LA NACION
LEY 1128 de 2007

RADICACIÓN:	155373189001201800053 02
ORIGEN:	JUZGADO PROMISCOUO DEL CIRCUITO DE PAZ DE RÍO
PROCESO:	PECULADO POR APROPIACIÓN
DECISION:	CONFIRMAR
PROCESADO:	MARTHA LUCÍA PALOMINO ROJAS
M. PONENTE:	JORGE ENRIQUE GÓMEZ ÁNGEL Sala Segunda de Decisión

Santa Rosa de Viterbo, martes, veintitrés (23) de marzo de dos mil
veintiuno (2021)

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la Defensa contra el auto de 29 de julio de 2020, proferido por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Paz de Río, mediante el cual se negó la exclusión probatoria y negó la incorporación de la historia clínica de Martha Lucía Palomino Rojas.

1. ANTECEDENTES:

1.1. Situación fáctica:

De la información vertida en el expediente se extraen, como bases del reclamo, los siguientes hechos:

1.1.1. Edilberto Masmela Rodríguez, quien era procesado por el delito de inasistencia alimentaria, llegó a un acuerdo con la Fiscalía y la denunciante, el cual, consistía en realizar tres pagos; cada un por el valor de \$1'000.000,00 por concepto de la obligación alimentaria adeudada.

1.1.2. El 8 de noviembre de 2017, Masmela Rodríguez se dirigió a la Fiscalía 31 Local de Socha, a fin de cancelar la primera cuota pactada. Al llegar a

dichas instalaciones fue atendido por Martha Lucía Palomino Rojas, quien fungía en ese momento como asistente, asegurándole que la Fiscal titular se encontraba ausente y por tanto el pago del dinero debía entregárselo a ella, motivo por el cual, el procesado procedió a ello.

1.1.3. Que Palomino Rojas no quiso dejar constancia de ello a pesar de que Edilberto Masmela Rodríguez se lo había solicitado. Posteriormente, ella negó la entrega del dinero y luego de iniciadas las investigaciones correspondientes, confesó que si había tomado dicho pecunio.

1.2. Trámite procesal:

1.2.1. El 25 de mayo de 2018, ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Socha con función de Control de Garantías, se agotaron las audiencias de medida de aseguramiento y formulación de imputación, en la que se le endilgó a Martha Lucía Palomino Rojas, la autoría a título de dolo, los delitos de peculado por apropiación, falsedad ideológica en documento público y, destrucción supresión u ocultamiento de documento público¹.

-La indiciada no aceptó los cargos formulados.

1.2.2. El conocimiento del asunto le correspondió al Juzgado Promiscuo del Circuito de Paz de Río, ante el cual se surtió la audiencia de acusación los días 18 de octubre de 2018, 24 de mayo de 2019, y 22 de julio del mismo año.

1.2.3. La audiencia preparatoria se evacuó en tres (3) sesiones; el 11 de mayo, 26 de junio y 29 de julio de 2020.

1.2.4. En la última audiencia convocada, la Defensa solicitó se decretara la incorporación de la historia clínica de Martha Lucía Palomino Rojas, la cual sería incorporada por la misma acusada y subsidiariamente por el investigador de la defensa Herney Sogamoso Yosa, como testigo de acreditación, ya que la prueba se pretende demostrar, que, para el momento de los hechos, es decir, el 8, 9 y 10 de noviembre de 2017, la investigada venía siendo valorada

¹ Artículos 286, 292 y 397 Código Penal.

por médico con manejo de *lorazepam* y como las imputaciones en su contra, le generaron afectaciones, se le ha remitido al médico psiquiátrico.

1.2.5. Por otro lado, solicitó la exclusión probatoria de algunos elementos materiales probatorios de la Fiscalía, así (Audio 29 de julio de 2020, record: 2:13:22): (i) Copia del acta de audiencia del 5 de octubre de 2017, (ii) Cd con grabación de audiencia de 5 de octubre de 2017. (iii) Copia de las constancias del 8 de noviembre de 2017; una suscrita por Martha y la segunda por Lucía Palomino y Edilberto Masmela. (iv) Audiencia de 8 de noviembre de 2017. Respecto a las anteriores, señaló que son copias y no reúnen el requisito de la conducencia, además que su recolección fue ilícita; pues no fueron embalados ni hubo cadena de custodia y no se puede saber si dichos documentos son auténticos o no y no hubo inspección judicial. (v) Las entrevistas recepcionadas a Edilberto Masmela el 9 y 10 de noviembre de 2017, porque fueron recepcionadas dentro del proceso de inasistencia alimentaria y por tanto es inconducente e ilegal. (vi) Informe ejecutivo de 10 de noviembre de 2017 porque no cumple los requisitos legales del artículo 205 del Código de Procedimiento Penal, pues quien dirigió esos actos urgentes fue Olga Lucia Pérez, que si bien estaba en turno de disponibilidad ello era para las capturas en flagrancia mas no para otros actos, entonces la competencia recaía en Lida Mejía. (vii) Copia de proceso 98927 en la Fiscalía 8 Seccional de Duitama contra Martha Lucía Palomino; porque no tiene relación con los hechos que acá se investigan ni con la responsabilidad penal de Martha Palomino. (viii) Interrogatorio rendido por la procesada el 14 de diciembre de 2017 ya que no se pueden usar así ella guarde silencio, pues de decretarse sería una auto incriminación, por tanto, debe inadmitirse por impertinente e inconducente. (ix) Pantallazos de registro de información sirjú; porque no dicen nada ni aportan nada al proceso y atentaría contra su presunción de inocencia, y es una prueba ineficaz, innecesaria e inútil. (x) Oficio DCD-0079 de 31 de mayo de 2018, procedente de control interno disciplinario; no le aporta nada al proceso. Es una prueba inútil e innecesaria. (xi) Los testimonios de: Mario Edison Fuquen, porque no es testigo directo de los hechos y porque no aporta nada al juicio, es impertinente. Sandra Patricia Albarracín Díaz y María Mercedes Patiño; son repetitivos no le aportan nada al juicio van a ser testigos de referencia. Nelly García Nuncira; no le consta

nada los hechos y no le aporta nada al juicio y solo podrá a hablar del manual de funciones y, Olga Lucía Pérez Castro, porque las comunicaciones entre funcionarios públicos deben ser por actos administrativos, si se trae a esta testigo para eso están los oficios y constancias con las cuales se puede constatar el contenido. Ella no puede decir si le consta o no le consta algo.

1.3. Decisión de Primera instancia:

Negó el decreto de incorporación de la historia clínica en el juicio por parte de la misma procesada, por cuanto quien debe incorporar para acreditar las falencias y problemas de salud de ésta, deben ser los galenos que suscribieron dichas incapacidades o falta de el otro galeno, por tanto, la forma en que se pretende incorporar era inconducente.

1.3.1. Adicionalmente, negó la exclusión probatoria señalando que conforme al artículo 245 del Código de Procedimiento Penal y, los artículos 244 y siguientes del Código General del Proceso, hay presunción de autenticidad de documentos, además por cuanto la defensa teniéndolos en sus manos no los tachó de falsos.

Que el despacho podrá revisar su autenticidad en el juicio oral, respecto a la inspección judicial, argumentó que el artículo 435 del Estatuto Adversarial, establece las reglas de la inspección y señala que el juez excepcionalmente debe ordenar la inspección. La cadena de custodia se puede verificar solamente durante el juicio oral, momento en el que el despacho verificará su interrupción o quebrantamiento.

1.3.2. En relación al interrogatorio de la acusada, indicó que fue ella misma solicitó que fuera interrogada.

1.3.3. Sobre la competencia de la Fiscalía dijo que, bien se podía haber puesto en tela de juicio desde la imputación, pero los fiscales tienen competencia en todo el territorio nacional.

1.3.4. En cuanto a las entrevistas rendidas en el proceso, señaló que era extraño que a la Defensa, si le sirven otras diligencias que ella acopió en su inspección judicial. Además, si tiene relación directa con los hechos por cuanto las obligaciones que allí nacieron, fueron al parecer el dinero que presuntamente Martha Palomino se apropió y falsificó unas constancias de ese mismo proceso.

1.3.5. Lo que concierne a las pruebas testimoniales, indicó que Mario Fuquen indicó que los testigos podían declarar de cuestiones previas, concomitantes y posteriores a los hechos y, si él va a declarar de cuestiones para la fecha de los hechos, entonces si le puede aportar a la teoría de la Fiscalía.

1.3.6. Sobre el testimonio de Nelly García, señaló que es importante por cuanto las funciones del asistente, no solo son las que estrictamente están contempladas en el manual de funciones, sino también las que demande su superior y, ella se referirá respecto a ello.

1.3.7. Respecto al testimonio de Sandra Patricia Albarracín, indicó que si una persona puede declarar por cuestiones posteriores a los hechos que tengan que ver directa o indirectamente con los mismos, si se puede admitir porque esas cuestiones pueden hacer más o menos probable un hecho.

1.3.8. Sobre las otras investigaciones señaló que si se podían aportar, ya que según la pertinencia, ello puede hacer más probable o menos probable el comportamiento de una persona, claro que no se va a profundizar en ellas porque la investigación es esta, pero esas investigaciones pretendidas a incorporar le aportan a la teoría de la Fiscalía, porque pretende demostrar un modo de actuar que hace más probable o menos probable que Martha Palomino, venía realizando actos reprochables. Si bien no son antecedentes judiciales si son anotaciones que son importantes para la teoría del caso del ente acusador.

1.3.9. En relación al testimonio de Olga Lucía Pérez, debe decirse que los actos administrativos no son la regla general para comunicarse entre

funcionarios, máxime cuando el superior debe encomendarle alguna actividad a un funcionario que este a su cargo.

1.3.10. En cuanto a la minuta del ingreso a las instalaciones de la Fiscalía, no se está violando ningún derecho fundamental, ni siquiera el derecho a la intimidad de nadie, con ellas se pretende la seguridad de todos, especialmente para los funcionarios (Audio 29 de julio de 2020, record: 3:52:13).

1.4. Recurso de apelación:

La formuló la Defensa, ante la negativa del decreto de la prueba solicitada (historia clínica de Martha Lucía Palomino Rojas) e insistiendo en los argumentos expuestos en su solicitud de exclusión. Adicionalmente, señaló que la motivación del *A quo* fue insuficiente para negar la exclusión, ya que cuando se pide la exclusión de los elementos materiales probatorios pretendidos a incorporar en juicio debe hacerse como lo dispone el artículo 360 *ibídem* (Audio 29 de julio de 2020, record: 4:13:29).

2. CONSIDERACIONES PARA RESOLVER

En atención a los argumentos expuestos por la apelante, esta Sala deberá: *dilucidar si es procedente o no la exclusión de los elementos materiales probatorios de los que la defensa solicitó su exclusión, y que fueron decretados como pruebas del ente acusador. Por otro lado, se examinará la procedencia para la concesión o no de la incorporación de la historia clínica de Martha Lucía Palomino Rojas.*

2.1. La exclusión probatoria solicitada:

Sería el caso de iniciar el estudio de la controversia que nos convoca respecto de la solicitud de exclusión, sino fuera porque revisado en detalle el trámite y la sustentación de lo recurrido se observa que la Defensa no pretende la exclusión probatoria decretada a la Fiscalía, sino por el contrario, quiere atacar la admisión de pruebas, lo que no está llamado a prosperar.

Acorde con el diseño con el que el legislador concibió el actual Código de Procedimiento Penal, se tiene que entre sus principios rectores se consagró el de la doble instancia, pero acorde con lo regulado en los artículos 20 y 177 *ibidem*, válidamente se puede colegir que dicho principio no es absoluto, ya que se consagraron una serie de hipótesis que tienen que ver con ciertas providencias que solamente serían susceptibles del recurso de apelación en caso que este se impetire como principal, las cuales de manera genérica vendrían siendo las siguientes: (i) *las sentencias*, (ii) *las providencias que tengan efectos patrimoniales y*, (iii) *los proveídos que afecten la práctica de pruebas*².

Como quiera que el tema puesto a consideración de la Sala tiene que ver con una providencia de estirpe probatoria, vemos que en lo que atañe con esta clase de providencias, es de público conocimiento que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha tomado una posición pendular, ya que en un principio dijo que el recurso de apelación solo procedía en contra de las providencias que negaban la práctica de pruebas³, pero posteriormente ese criterio fue cambiado cuando esa Alta Corporación adoptó la posición consistente en que la alzada también procedía en contra del auto que ordenaba la práctica de pruebas.

Recientemente, dicha línea de pensamiento fue nuevamente mutada por la Corte, al inclinarse por la inicial posición, o sea, la consistente en que el recurso de apelación, solo procede en contra del auto que niega la práctica de pruebas, por lo que el proveído que las ordena no es susceptible de alzada.

Ahora, la Sala advierte que la controversia que suscitó la alzada tiene que ver con una serie de reproches y oposiciones que la recurrente le formuló a una pretérita decisión del *A quo*, en la cual, se admitieron unas pruebas deprecadas por el ente acusador, porque en su sentir no cumplían los requisitos de pertinencia, conducencia y utilidad, pues si bien, en algunas ocasiones señaló que determinada prueba era ilegal o violaban derechos

² Corte Suprema de Justicia AP 5785 de 2015, AP 948 de 2018 entre otros fallos.

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicados: 41.106 de 2013 y 41790 de 2013.

fundamentales, no sustentó siquiera mínimamente las razones que la llevaban a esa conclusión.

Si ello es así, como en efecto lo es, tal situación sería indicativa que la fuente de la discrepancia expresada por la recurrente en la alzada tiene que ver con una decisión relacionada con la admisión de las pruebas deprecadas por la Fiscalía, de la cual ahora la defensa está inconforme.

Por lo tanto, si la inconformidad expresada por la recurrente tiene que ver con una providencia que admitió u ordenó la práctica de unas pruebas, acorde con lo expuesto en párrafos anteriores, es claro que estamos en presencia de un proveído que no era susceptible del recurso de apelación, lo cual le cerraría las puertas a esta Colegiado para hacer cualquier tipo de pronunciamiento respecto de los reclamos formulados por los apelantes, ya que se carecería de competencia para proceder en tal sentido.

Lo anterior por cuanto, el legislador en el canon 177 del Código de Procedimiento Penal, dispuso la posibilidad de apelar únicamente respecto del auto interlocutorio que niega la práctica de pruebas en el juicio oral y no el auto que las admite.

En ese sentido los jueces deben controlar adecuadamente las solicitudes elevadas respecto de las pruebas y sus efectos, pues es factible que las partes acudan al mecanismo de exclusión, para evadir la limitación del recurso de apelación que existe frente la impugnación de autos que resuelven sobre peticiones probatorias, ya que el recurso no se puede ejercer contra el auto que concede pruebas, siendo evidente que la defensa está haciendo uso de un mecanismo claramente dilatorio, al punto que se erige en la única razón que gobierna, la más de las veces, el recurso, independientemente de los motivos que sustenten la pretensión de la defensa.

Siendo así las cosas, la Sala se abstendrá de desatar el recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de la decisión proferida por la primera instancia respecto de la solicitud de exclusión.

2.2. Prueba documental (historia clínica de Martha Palomino):

Ahora bien, respecto a la segunda censura, esto es, la negativa de la incorporación de la historia clínica, se deberá establecer si para su incorporación es necesario el testigo de acreditación, o si por el contrario, no requiere de dicho requisito.

Hay que precisar que la línea jurisprudencial sobre la materia ha variado en el transcurrir del tiempo; inicialmente la Corte Suprema de Justicia, en Sala Penal argumentaba que, para ingresar documentos al juicio oral, se requería de un testigo de acreditación para que afirmara en audiencia pública que el documento es lo que la parte dice que es⁴.

Posteriormente, señaló que los documentos de carácter público gozan de presunción de autenticidad, por lo que no requieren testigo de acreditación para su incorporación en esta etapa procesal penal⁵.

Luego de los juicios precedentes, nuevamente la Sala reconsideró esos argumentos y retomó el criterio afirmando, que el testigo de acreditación solo es indispensable para introducir documentos sobre los cuales no recae la presunción de autenticidad y los que gozan de esta presunción pueden ser ingresados directamente por la parte interesada. Ello de conformidad con el literal D del numeral 5 del artículo 337 del Código de Procedimiento Penal y el artículo 63 del Código General del Proceso, por cuanto si la finalidad del testigo de acreditación es demostrar la autenticidad no tiene ningún sentido hacerlo cuando goza de presunción⁶.

Así las cosas y contrario a lo sostenido por el *A quo*, se concluye que las pruebas documentales que se presumen auténticas no requieren testigo de acreditación para su incorporación en el juicio oral, como lo es la historia clínica de la encausada, tanto que sobre dicho documento hay certeza de la persona que lo elaboró, eso sí, debe establecerse por quien la pretende aducir al juicio, (en este caso la procesada o eventualmente el médico que la asistió)

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia 25920 de 2007.

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia 31049 de 2009.

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia 46278 de 2017.

tiene la carga de demostrar la forma como se obtuvieron, quién la suscribió, si son originales o copias y los datos generales referentes a su contenido, por tanto, esos documentos si pueden ingresar directamente en el juicio oral por la parte interesada.

Ahora será la Fiscalía quien tiene la potestad de controvertir o desvirtuar ese documento en caso de que considere que la historia clínica es falsa, no es auténtica o adolece de alguna irregularidad, garantizándole así a la contraparte su derecho a la confrontación.

Lo anterior no quiere decir que, luego de practicada la prueba, que no se pueda examinar y analizar si en efecto dicho elemento probatorio pueda arrimar o no al juez de instancia a la verdad de lo acontecido, pues es dicha autoridad quien está llamada a darle el valor probatorio que le corresponde.

De lo anterior se concluye que deberá decretarse la prueba de la incorporación de la historia clínica de Martha Lucí Palomino Rojas, para que sea practicada en audiencia de juicio oral y público.

OTRAS DISPOSICIONES

Por otro lado, debe advertirse que, si bien las partes pueden disentir de las decisiones judiciales, e interponer los reparos que crean convenientes, también deben actuar con moderación y respeto a la investidura de la justicia, pues en ellos reposa la soberanía de la imparcialidad, y por ende, los abogados deben abstenerse de manifestar palabras, gestos, predisposición o prejuicio contra nuestros jueces y servidores judiciales, so pena de las faltas disciplinarias contra la administración de justicia.

Por lo anterior se exhorta a Nancy Edyth Pérez Acevedo, para que en lo sucesivo prescinda de señalamientos groseros e irrespetuosos y, se dirija con decoro a los jueces y auxiliares de la justicia.

3. En virtud de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión de la Sala Única del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo,

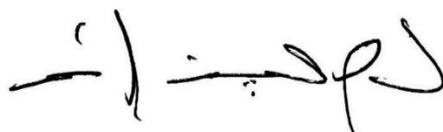
RESUELVE :

3.1. Abstenerse de desatar el recurso de apelación interpuesto por la Defensa, respecto de la solicitud de exclusión probatoria por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

3.2. Revocar el auto 29 de julio de 2020, proferido por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Paz de Río, en relación a la admisión de la prueba documental solicitada por la defensa y, en consecuencia, ordenar el decreto probatorio de la historia clínica de Martha Lucía Palomino, de acuerdo a las consideraciones señaladas.

3.3. Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Una vez ejecutoriada esta decisión, por secretaría remítanse las diligencias al Juzgado de origen para lo de su competencia.



JORGE ENRIQUE GOMEZ ANGEL
Magistrado Ponente



GLORIA INÉS LINARES VILLALBA
Magistrada

155373189001201800053 02



EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA
Magistrado

Se autoriza el levantamiento de la respectiva acta, y copia de esta decisión se remitirá a las partes, a los correos electrónicos que hayan aportado.

4124-200255 leída hoy 23 de marzo de 2021