



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
SALA DE DECISIÓN PENAL**

Medellín, siete (7) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Radicado: 050016000207202150008
Procesado: Jeffrey Jhonatan Bedoya Peña
Delito: Acto sexual abusivo con menor de 14 años agravado
Asunto: Apelación de auto que niega pruebas
Interlocutorio: No. 10 Aprobado por acta No. 26 de la fecha.
Decisión: Decreta nulidad de lo actuado.
Lectura: Martes, 14 de marzo de 2023.

Magistrado Ponente

Dr. LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

1. ASUNTO PARA DECIDIR

Se apresta la Sala a resolver el recurso de alzada interpuesto por la defensora del señor **Jeffrey Jhonatan Bedoya Peña** en contra del auto proferido por la Juez Sexta Penal del Circuito de Medellín, mediante el cual negó la práctica de una prueba pedida por esa parte.

2. HECHOS

En el mes de agosto del año 2019, en la vivienda ubicada en la calle 48 BE 104-73 del barrio Antonio Nariño San Javier de la ciudad de Medellín (Ant), el ciudadano **Jeffrey Jhonathan Bedoya Peña** en varias oportunidades, tocó con sus manos, por encima de la ropa, la vagina y los glúteos de la menor K.P.CH.H. quien para la fecha de los hechos contaba con 8 años de edad y era hija de su compañera marital, advirtiéndole que si decía algo “la echaba de la casa”. Dichos tocamientos ocurrían cuando aquel aprovechaba los momentos en que se encontraban a solas en la vivienda que compartían.

3. ANTECEDENTES DEL CASO

El 22 de febrero de 2022, ante el Juzgado Sexto Penal Municipal de Medellín con Funciones de Control de Garantías se legalizó la captura de **Jeffrey Jhonathan Bedoya Peña**; acto seguido se le formuló imputación por un concurso homogéneo sucesivo de actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravado (Art. 209 y 211 # 5 del C.P.), cargos que no fueron aceptados por el ciudadano, imponiéndosele medida de aseguramiento intramural.

El 20 de mayo de 2022, la Fiscalía presentó escrito de acusación correspondiendo el conocimiento de esa actuación al Juzgado Sexto Penal del Circuito de Medellín quien celebró la audiencia de formulación de acusación el 15 de julio de los corrientes.

La audiencia preparatoria se adelantó los días 20 de octubre y 23 de noviembre de 2022, fecha en la cual, habiendo existido cambio

de funcionario judicial a cargo del Despacho, se decidió sobre las solicitudes probatorias presentadas por las partes, negándosele a la defensa la práctica de varios medios de prueba, pero esta apeló solo la denegación de una prueba de carácter testimonial.

En este punto, forzoso resulta advertir que el audio que contiene el acto procesal del 20 de octubre de los corrientes es en lo absoluto ininteligible, tal como lo fue señalado por el Juzgado de origen en la respectiva acta de audiencia¹ y ratificado por la defensora del procesado al momento de ser concedido el recurso vertical en la audiencia del pasado 23 de noviembre.

4. CONSIDERACIONES DE LA SALA

4.1. COMPETENCIA

De conformidad con el numeral 1 del artículo 34 del Código Procesal Penal en concordancia el numeral 4 del canon 177 *ibidem*, es competente esta Colegiatura para decidir el recurso de alzada propuesto por la defensa del señor **Jeffrey Jhonathan Bedoya Peña**, en contra del auto que denegó la práctica de una prueba pericial, proferido en el curso de la audiencia preparatoria del pasado 23 de noviembre de 2022.

4.2. EL PROBLEMA JURÍDICO

¹ Al final del acta, reposa la siguiente constancia “Se deja constancia que a pesar de que en audiencia no hubo problemas en la fluidez del audio, en la grabación se registró intermitencia en el mismo, lo que causó que sendos apartes de la audiencias se tornen inentendibles.”

Sería del caso que la Sala entrara a estudiar la corrección de la decisión adoptada por la Juez Sexta Penal del Circuito de Medellín, de conformidad con las censuras propuestas por la apelante, de no ser porque se avizora una situación que da al traste con la legalidad del procedimiento y con los intereses de partes e intervenientes.

En consecuencia, esta Colegiatura debe comenzar por definir si los daños o fallas en los registros de audios que contienen las audiencias genera nulidad de la actuación. Una vez efectuado lo anterior, pasará la Sala a ocuparse del caso concreto si hay lugar a ello.

4.2.1. Efectos procesales de la ausencia, falla o daños de los registros de audio que contienen las audiencias practicadas en el curso del trámite penal.

Con la expedición del Acto Legislativo 03 de 2002, la sistemática procesal penal colombiana pasó de un esquema de corte inquisitiva que en su esencia se basaba en la escrituralidad, a uno adversarial con marcada tendencia acusatoria en el cual las actuaciones surtidas, en regla general, deben realizarse teniendo en cuenta la oralidad como eje fundante del procedimiento, lo que indica que las diligencias procesales deben realizarse en audiencias públicas.

Para lo anterior, la Ley 906 de 2004 en sus artículos 8 y 174 previó el empleo de los medios técnicos idóneos para el registro y reproducción fidedignos de las actuaciones surtidas, lo cual debía consignarse en un medio magnético idóneo.

Lo anterior, sin duda alguna ofrece un mayor privilegio para la preservación del principio de oralidad y la eventual revisión por los distintos superiores de los funcionarios judiciales al surtirse la doble instancia, lo que de igual modo preserva de buena medida ese derecho que le asiste a las partes de que las decisiones sean revisadas por el superior funcional del juzgador que la profiere.

Ahora, cuando estos registros de las audiencias presentan fallas en su aptitud para poder ser reproducidos en ejercicio de la revisión connatural a la doble instancia, la Corte ha sido categórica en señalar²:

Una falencia de esa categoría, eventualmente, podría dar lugar a declarar la invalidez de la actuación, siempre que se constate que el juez plural no pudo tener acceso al conocimiento que debía reportarle el acervo probatorio, pues, en esas condiciones, carecería de los elementos mínimos para verificar la validez y legalidad o no de la sentencia de su inferior, cuando ella haya sido impugnada por las partes o intervenientes.

En verdad, de acuerdo con los artículos 9º, 10 y 146 de la Ley 906 de 2004, aunque la actuación es oral, se deben utilizar los medios técnicos disponibles para imprimirlle agilidad y garantizar la fidelidad de su registro. Ante la ausencia absoluta o significativa de los mismos, es claro que el control judicial de las decisiones por quien no presenció directamente las pruebas sería imposible, caso en el cual habría lugar a declarar la nulidad de lo actuado a efecto de repetir los actos procesales afectados por tal anomalía. No obstante, si los defectos en las grabaciones no son sustanciales o la pérdida de los registros no abarca la esencia del debate, esto es, si la irregularidad no es

² CSJ SP2430-2018, Rad. 45909 del 27 de junio de 2018.

trascendente de cara a la decisión proferida, no habrá lugar a dicha declaratoria.

Al respecto, la Sala viene señalando de manera invariable (CSJ AP4353-2014, rad. 38379):

Cabe recordar que la Corte ha dicho, que en los eventos en los que los registros técnicos del trámite del juicio oral no cuenten con un buen audio que permita conocer lo debatido o no se hayan podido recuperar por fallas en el sistema, estas situaciones por sí solas no son suficientes para desechar los medios de convicción que se recogieron en el acto, mucho más, en los eventos en los que las partes e intervenientes no ponen en duda que el evento procesal y probatorio se verificó, como aquí ocurre, donde la misma defensa en su condición de recurrente elabora la censura desde la incuestionable existencia del medio de prueba (CSJ SP, 9 dic. 2010, rad. 35391; 11 may. 2011, rad. 35668; y 23 ene. 2013, rad. 40421).

En este caso, no se puede perder de vista que el juzgador de primera instancia, en ejercicio de los principios de inmediación y concentración, intervino en su producción y aducción, dando fe de lo allí ocurrido y en la sentencia de esa instancia incorporó un resumen de lo declarado por la menor víctima, con base en lo percibido personalmente, siendo valorado para sustentar la decisión.

Así, deviene diáfano que la sola ineptitud de los registros audiovisuales o solo de audio que contengan las diferentes actuaciones surtidas al interior del proceso no es un fundamento plausible para que se genere una afectación que dé al traste con la legalidad de la actuación, pues el contenido del decurso de la respectiva diligencia puede ser apreciado por otros medios, como lo puede ser, a manera de ejemplo, lo consignado en el acta que se levante del acto procesal.

No obstante, cuando no se tiene la posibilidad de acceder de buena manera al contenido del medio magnético que contiene la diligencia, esto sí genera un irregularidad insalvable que afecta la legalidad del proceso, por cuanto torna imposible que el funcionario encargado de revisar la decisión pueda acceder a los apartes necesarios para adoptar una decisión en derecho en segunda instancia.

En consecuencia, lo viable en este segundo evento lo es la declaratoria de nulidad de los actos procesales que no están consignados en medio magnético, o que, pese a estarlo, hace imposible su reproducción para ser revisados, ya sea porque no existe audio o porque este se torna ininteligible.

Caso concreto:

En el presente asunto, se tiene que la audiencia preparatoria se adelantó en dos sesiones, una celebrada el 20 de octubre de 2022 en la cual las partes efectuaron las exposiciones de pertinencia y utilidad respecto de los medios de prueba que pretendían hacer valer en la audiencia de juicio oral, y otra el pasado 23 de noviembre de los corrientes en la que la funcionaria de primer nivel adoptó la decisión respecto de las peticiones de los sujetos procesales.

En el trámite de la segunda audiencia, la *a quo* determinó denegar a la defensa un medio de prueba pericial pedido por ella en el acto procesal del pasado 13 de octubre hogaño, decisión que fue recurrida por esta parte procesal, por medio de los recursos ordinarios de reposición y apelación.

Al iniciar su exposición, la defensora fue categórica en señalarle a la funcionaria judicial que no había resuelto de forma completa su petición probatoria respecto de ese elemento, por cuanto limitó su decisión a uno solo de los dos aspectos que había expuesto en su argumentación de pertinencia en la sesión anterior de la audiencia preparatoria, pasando a exponer sus reparos contra la parte que sí le fue resuelta. La *a quo* decidió no reponer su auto y ordenar el envío de las diligencias a esta Corporación para que se surtiera la respectiva alzada.

Empero, al finalizar el acto procesal en comento, la apelante fue clara al indicar que solicitaba de esta Corporación una revisión completa de ambas sesiones de la preparatoria, por cuanto el audio de la primera parte presentaba fallas, en especial en el momento en que realizó la solicitud probatoria que le fue denegada por la primera instancia.

En efecto, al efectuarse la revisión por la Sala del audio contentivo de la audiencia celebrada el 20 de octubre de 2022, se tiene que el mismo es totalmente ininteligible en la mayoría de los apartes de la diligencia, en especial en momentos donde las partes, y no solo la recurrente, efectuaron sus solicitudes probatorias.

La escucha del registro magnetofónico de la diligencia, en realidad genera una suma dificultad para conocer a ciencia cierta cuales fueron los argumentos esbozados por las partes para soportar sus peticiones de prueba, situación que sin duda se vio proyectada en la toma de la decisión sobre las solicitudes probatorias, por lo que pasa a explicarse.

Si se tiene en cuenta el deficiente audio que existe en la actuación sobre la audiencia del 20 de octubre de los corrientes, aunado al cambio de funcionario judicial entre esta sesión y la del 23 de noviembre de 2022, se encuentra una explicación lógica a lo manifestado por la recurrente sobre la no resolución sobre otro de los temas de prueba para los que solicitó la pericia que le fue negada, habida cuenta que en el preciso instante de su argumentación de pertinencia no se puede escuchar la completitud de sus argumentaciones, lo que sin duda contrajo que no se le resolviera de forma íntegra sobre lo pedido.

Pero el problema de audio no fue solo con la intervención de la defensora respecto de ese preciso medio de prueba, sino que se mantiene constante en todas y cada una de las peticiones probatorias realizadas tanto por la defensa como por la Fiscalía, así como en la intervención de cada uno para oponerse a los elementos probatorios de su contraparte.

Además, la dificultad en el audio genera un serio inconveniente para esta segunda instancia de conocer a ciencia cierta cuáles fueron los argumentos de la recurrente para pedir su prueba pericial denegada, lo que impide que se pueda resolver en debida forma las censuras por ella propuesta.

Lo anterior toma mayor fuerza si se tiene en cuenta que no existe otro medio donde se hayan consignado los argumentos de la petente respecto de su elemento con vocación probatoria, pues en el acta de la audiencia solo existe constancia de la enunciación de los medios de prueba, sin que se consignara nada sobre las argumentaciones de las partes para pedir las pruebas que

pretendía practicar en el juicio oral como soporte a sus teorías del caso.

Llama la atención de la Sala el hecho de que si se conocía de antemano la precariedad de la calidad del audio, tal como en su momento se dejó constancia en el acta del 20 de octubre de 2022, el Despacho no hiciera lo pertinente para corregir ese error, procediéndose a reconstruir la audiencia o en últimas a rehacerla, máxime cuando se tiene que una nueva juez asumió la dirección del Despacho y tuvo que resolver el recurso horizontal con estas falencias.

Esta situación, se itera, tuvo incidencia directa en el hecho de que no le resolviera a la defensa sobre todos los tópicos peticionados, tal como lo hizo saber al momento de su intervención esta parte procesal y esto no es de poca monta pues no se explica la Sala como se pudo adoptar una decisión sin tener un conocimiento completo de la diligencia anterior en la cual, evidentemente, no estuvo presente.

Lo anterior no es fruto de la imaginación de la censora, pues de lo poco que permite escuchar el audio dañado se tiene que la defensa inició su exposición indicando que necesitaba al perito para dos aspectos, lo que se fue dificultando con el correr de la grabación de la diligencia, quedando ininteligible todo el resto del contenido de su argumentación, pues solo permitía escuchar por espacios cortos de tiempo con lo cual se perdía el hilo conductor de su intervención, situación que también acaeció con el resto de las mismas en la audiencia, tal como se ha venido señalando.

Dado lo ocurrido en esta actuación y ante la ausencia de un elemento que permita reconstruir la audiencia del 20 de octubre de 2022, lo pertinente para la Sala es decretar la nulidad de lo actuado hasta el acto procesal señalado, inclusive, para que la funcionaria de primer nivel convoque nuevamente a las partes e intervinientes con miras a rehacer la actuación, esto es, se vuelva a dar curso a las solicitudes probatorias y proceda a resolver lo que en derecho corresponda.

Se llega a esta extrema solución, pues del estudio de los principios que rigen esta figura legal, se tiene que los defectos advertidos menoscaban las bases propias del debido proceso, dado que no se pudo conocer los argumentos no solo de la recurrente para solicitar sus pruebas, sino de la fiscalía; es trascendente porque afecta las garantías legales y constitucionales de partes e intervinientes a obtener un pronunciamiento completo y acorde a los deberes que le asiste a la judicatura; y, por último, no hay otra manera de subsanar el entuerto porque es en absoluto necesario que se rehaga la audiencia con miras a salvaguardar el debido proceso y la funcionaria cuente con un panorama completo de las peticiones de prueba.

Por causa de lo expuesto el **Tribunal Superior de Medellín, en Sala de Decisión Penal**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

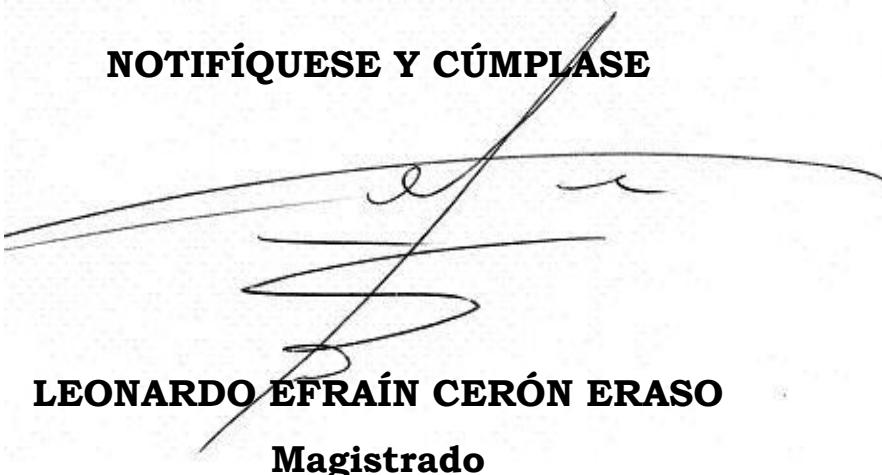
5. RESUELVE

PRIMERO: DECRETAR la nulidad de la audiencia preparatoria, desde la sesión del 20 de octubre de 2022, inclusive, para que se

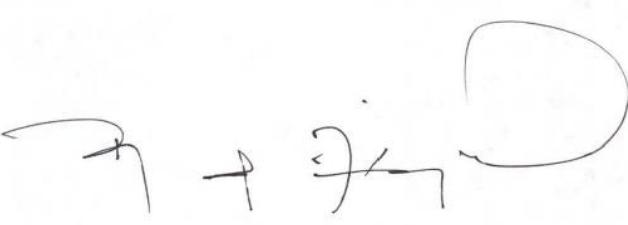
rehaga el trámite respectivo y se pueda escuchar a las partes y adoptar la decisión que en Derecho corresponda.

SEGUNDO: Contra la presente decisión procede recurso de reposición. En firme la decisión, **REMÍTASE** de inmediato el expediente al juzgado de conocimiento.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO
Magistrado


RICARDO DE LA PAVA MARULANDA
Magistrado


RAFAEL MARÍA DELGADO ORTIZ
Magistrado