



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellín

SALA PENAL

Radicado: 05-001-60-00-206-2013-43125
Procesada: Bibiana Marcela Jiménez Zapata
Delito: falsedad en documento privado
Asunto: Apelación de auto que decreta prueba
M. Ponente: Miguel Humberto Jaime Contreras

Aprobado por Acta No. 128

Medellín, tres (3 de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

1. VISTOS

Resuelve la Sala el recurso de apelación que **interpuso la fiscalía en contra del auto proferido**

por el Juzgado Veintiséis Penal del Circuito de Medellín a través del cual negó el decreto de prueba, en audiencia preparatoria celebrada el pasado 23 de septiembre.

2. ANTECEDENTES

2.1. Acusación

El 19 de enero de 2016, la fiscalía acusó a *Bibiana Marcela Jiménez Zapata* de ser autora del concurso homogéneo y sucesivo de treinta falsedades en documento privado, descrito en el artículo 289 del código penal. El fundamento fáctico de la acusación se hizo consistir en que para el año 2012, la señora Bibiana Marcela Jiménez Zapata, en calidad de compañera de trabajo en la empresa Team Comunicaciones del señor

Mauricio Arango, quien a su vez laboraba como asesor de la compañía Convercel SAS, distribuidora directa de Comcel y vendedora de equipos a Call Center SA, realizó treinta falsedades en los formatos de cambio de servicio múltiple que se realizaban para reponer equipos celulares, con la supuesta imposición de firma y huella quien era la representante legal de la compañía Call Center, la señora Maria Victoria Manjares, lo que acarreó la pérdida de \$79.067.041 correspondientes al descuento otorgado por Comcel en la reposición de equipos celulares.

2.2. Audiencia preparatoria

Luego de diversos aplazamientos solicitados por la defensa por cuanto no había obtenido los elementos materiales probatorios que haría valer en juicio respecto el resultado de búsqueda selectiva en base de datos, se dio inicio a la audiencia preparatoria el 8 de agosto de 2016, en la que la defensa descubrió las pruebas que pretendía utilizar y se enunciaron los elementos materiales probatorios que harían valer en juicio.

El pasado 31 de agosto se dio continuidad a la audiencia, fecha en la cual se relacionaron las estipulaciones. La fiscalía y la defensa realizan el pedimento probatorio. El representante de víctimas se abstiene de realizar solicitudes.

Pronunciamiento de las partes sobre las pruebas.

En esta última sesión de audiencia, tanto la defensa como la Fiscalía solicitan se realicen aclaraciones y se abstenga la juez de autorizar el decreto de algunas de las pruebas solicitadas. Por su parte, la representante de víctima, una vez aclarados algunos puntos, no presenta oposición.

La defensa objetó algunas de las pruebas solicitadas por la Fiscalía, entre otras, se opone a que se decrete como prueba el testimonio del señor Edgar Gustavo Guzmán García, porque no fue enunciado por la Fiscalía de manera oportuna, siendo esto una condición para la solicitud probatoria.

Ante dichas manifestaciones, realiza la Fiscalía algunas anotaciones puntuales, acotando respecto al testimonio de Edgar Gustavo Guzmán García, que quisiera que se verifique si fue enunciado y en caso de que no hubiera sucedido de todos modos sea considerado como testigo, puesto que el defensor conoce de este medio de prueba con anterioridad, dado que la carpeta le fue descubierta en su totalidad.

Por su parte la defensa, refuta las manifestaciones de la Fiscalía, señalando que no es posible solicitar de manera extemporánea ese testimonio, por cuanto la norma exige la enunciación para poder realizar solicitudes probatorias. Según su criterio no basta con el descubrimiento.

2.3. La decisión impugnada

En la continuación de la audiencia del 23 de septiembre de 2016, se pronunció la juez sobre las solicitudes probatorias, decretando todas las solicitadas por la Fiscalía salvo el testimonio de Edgar Gustavo Guzmán, por cuanto consideró que, como lo señaló la defensa, el artículo 355 y siguientes del Código de Procedimiento Penal establece una etapa procesal para realizar la solicitud de la prueba. Estima que no puede desconocerse el principio preclusivo de los actos procesales y dado que no se anunció de manera oportuna el medio probatorio, considera que de decretarse se rompería la igualdad de armas. Así mismo, accedió a todas las peticiones de práctica de pruebas de la defensa, pese a la oposición de la Fiscalía.

2.4. Sustentación del recurso de reposición y en subsidio el de apelación por la fiscalía

Alega la fiscal delegada que desde el escrito de acusación hizo referencia a Edgar Gustavo Guzmán como testigo de acreditación y por lo tanto en esa oportunidad procesal no quedó duda de que se trataba de un asistente de la Fiscalía 158 que realizó actos investigativos en este asunto. Igualmente, que se precisó que era pertinente y conducente su testimonio por cuanto obtuvo los documentos originales que fueron fruto de la falsedad. Así, considera, que al ser decretada esta prueba no se sorprendería ni al juez ni a la defensa, porque al defensor se le hizo entrega no solo de elementos materiales probatorios enunciados en la acusación, sino además de todas las carpetas. Por lo tanto, ha tenido la oportunidad de estudiar muy bien el caso.

Advierte que la omisión de enunciarlo fue un error involuntario que no implica un sorprendimiento y si bien se trata de un testigo de acreditación con el que se pretende ingresar unos documentos y que podría hacerlo con otro, insiste que sea con éste para evitar inconvenientes con la empresa Comcel.

En sustento de su planteo hace referencia a la sentencia 46683 del 8 de octubre de 2014 de la Corte Suprema de Justicia, que refiere a un caso similar, donde expresó *“que en modo alguno puede admitirse como pretende la Defensa que cada una de esas instancias procesales se valore de manera aislada, en tanto el acto probatorio es un todo complejo, que se inicia con el escrito de acusación y termina con su práctica en el juicio oral”*. Así considera que es en la acusación donde deben enunciarse los medios de prueba para evitar sorprendimientos. Solicita se realice una ponderación para determinar si tal omisión es una formalidad por sí sola o si es un mero formalismo.

Reseñó, además, que la Corte Suprema de Justicia en sentencia 31614 de 2009, relacionó que el objeto de la enunciación no es otro distinto a permitir el conocimiento de la contraparte y facultar las estipulaciones probatorias, luego no se trata de una irregularidad que afecte al debido proceso. En lo que respecta a las pruebas decretadas a la defensa, sustenta así mismo su inconformidad.

2.6. La opinión de los no recurrentes

La defensa solicita se rechacen los recursos interpuestos contra el auto que decretó pruebas, en tanto acorde con lo descrito por la Corte Suprema de justicia en la decisión AP 4812 del 2016 del 27 de julio de 2016 y la posición de la mayoría de las Salas del Tribunal Superior de Medellín, en contra del auto que decreta pruebas, no procede el recurso de reposición ni el de apelación y darle curso sería una dilación injustificada al proceso. Así mismo, en su sentir, la recurrente expone las mismas razones aducidas en el traslado previo a la decisión para oponerse a las pruebas de la contraparte, sin que se aporten argumentos nuevos.

En relación al no decreto del testigo Edgar Gustavo Guzmán, advierte que no se refutan los argumentos considerados por el juez, en tanto se limita a manifestar que en la acusación los mencionó y que por un error involuntario no se enunció, alegando su propia culpa para sustentar una pretensión de reposición, lo cual es inadmisibles.

Asegura así mismo, que puede ingresar la prueba con otro testigo, pero insiste en éste, quedando demostrado que el testigo incluso es innecesario, porque la Fiscalía reconoce que puede incorporar la evidencia con un testigo de Comcel a quien se le puede exigir su colaboración. Así las cosas, considera que el recurso tampoco está debidamente sustentado.

2.7 resolución del recurso de reposición

Al pronunciarse el juez de instancia del recurso de reposición, confirma la decisión recurrida en relación al decreto de algunas de las pruebas de la defensa de las que, entiende, se precisó la pertinente y conducencia de ellas, absteniéndose de conceder el recurso de apelación en tanto en reciente pronunciamiento –sentencia 47469 del 27 de julio de 2016– la Corte Suprema de Justicia estableció su improcedencia.

Al referirse a las pruebas no decretadas, esto es, al testimonio de Edgar Gustavo Guzmán, confirmó en su integridad la decisión de primera instancia, reseñando que los argumentos de la Fiscalía no lograron refutar sus manifestaciones, como quiera que incluso hace referencia a una decisión de la Corte Suprema que no viene al caso. Así, además manifestó que no es posible dejar de anunciar una prueba para luego solicitarla, cuando además la audiencia preparatoria se tiene que llevar en un rigor como lo establece el artículo 356 del Código de Procedimiento Penal. Así las cosas, concedió el recurso de apelación de manera exclusiva respecto a la negativa de decretar la prueba de Edgar Gustavo Guzmán.

2. CONSIDERACIONES

Los pronunciamientos de la defensa sobre la sustentación del recurso pueden entenderse en parte, como una objeción a la adecuada alegación de la impugnación, la que a juicio de la Sala no prospera pues al invocar la fiscalía que no se sorprende a la defensa con el decreto de la prueba, realmente ataca soportes de la denegación, como son: (i) la carencia de trascendencia de la forma (la enunciación de la prueba) echada de menos y (ii) la no afectación de la igualdad de armas invocada.

Cabe precisar que, tal como lo señaló el a-quo, esta Sala en virtud del recurso de apelación conocerá de manera exclusiva sobre la negativa del decreto del testimonio del asistente adscrito a la Fiscalía 158 Seccional, Edgar Gustavo Guzmán, en tanto como fue resaltado, recientemente la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha decantado que frente a las decisiones que admiten pruebas no cabe la apelación (sentencia 47469 del 27 de julio de 2016).

Entonces, debe ocuparse la Sala de determinar si en el presente asunto la omisión de enunciar un medio de prueba en una sesión anterior de la misma audiencia preparatoria, impide que sea decretada válidamente por haber operado la preclusión de su enunciación.

Para resolver el problema jurídico así planteado, el Tribunal hará algunas reflexiones tendientes a mostrar que el debido proceso se evalúa en términos materiales más que formales, así sea de reconocer que las formas jurídicas gozan de indiscutible importancia en tanto asegure valores, garantías y derechos de las partes para generar un juicio justo y ordenado. Habrá que considerar, también, el desarrollo de la audiencia preparatoria y cuál es el sentido jurídico procesal de la enunciación de la prueba, así como detenernos un poco en la naturaleza y alcance del principio procesal de preclusión, para luego descender al caso concreto y extraer la conclusión pertinente.

Cabe precisar que desde mucho tiempo atrás, incluso antes del cambio de orientación constitucional de 1991 en la que el derecho acentúa su materialización, es claro que las formas procesales son instrumento de realización del derecho sustantivo, el que por imperativo del artículo 228 de la Constitución Política prevalece en los actos procesales; de modo que el derecho que establece el artículo 29 ibídem a ser juzgado “*con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio*” se entiende y evalúa en su acepción material, para no caer

en el culto de las formas por sí mismas, lo que eventualmente podría constituir un exceso ritual manifiesto. Un buen modo de asegurar el sentido material protector de valores y derechos de las formas jurídicas es verificar si se altera la igualdad de armas que debe existir entre fiscalía y defensa.

De conformidad con el artículo 357 del Código de Procedimiento Penal, en el desarrollo de la audiencia preparatoria se dispondrá que: i) las partes manifiesten sus observaciones respecto al descubrimiento de elementos probatorios y si este fue completo. ii) la defensa descubra sus elementos materiales probatorios y evidencia física. iii) la Fiscalía y la defensa enuncien la totalidad de las pruebas que harán valer en la audiencia del juicio oral y público. iv) las partes manifiesten si tienen interés en hacer estipulaciones probatorias y v) la Fiscalía y luego la defensa soliciten las pruebas que requieran para sustentar su pretensión, indicando la pertenencia y conducencia y finalmente vi) el juez determina la procedencia del decreto de la práctica de las pruebas solicitadas.

Pese a la enunciación de estos pasos, por sí mismos éstos no configuran fases propiamente dichas, pues a grandes rasgos se observa que se constituyen como tales, los asuntos de descubrimiento probatorio, de estipulaciones y de la enunciación, solicitud y decreto de la prueba. De otro lado, la ley no signó con un rigorismo innecesario que cada paso sea preclusivo y es de acotar que carecería de sentido cuando no se ponga en juego el orden o los presupuestos antecedente consecuente de los actos procesales ni sus finalidades se comprometan, como se evidencia fácilmente en que aún agotado el momento de las estipulaciones no hay ningún inconveniente en reabrir el punto si las partes así lo consideran adecuado.

Sobre el principio de preclusión, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 20 de marzo de 2003, Rd. 19.960, con ponencia del Dr. Herman Galán Castellanos, ha dicho:

“5.- La preclusión de un acto procesal - ha dicho la Sala - significa que no es posible volver a realizarlo, así sea con el pretexto de mejorarlo o de integrarlo con elementos omitidos en la debida oportunidad, máxime si quien pretende renovarlo (juez) carece de competencia para hacerlo. El principio de preclusión, en la práctica, trata de evitar los retrocesos innecesarios, salvo la nulidad que tampoco podría asumirse como disculpa, pues sería ella una manera de disfrazar la violación de la regularidad procesal y el desbordamiento de las atribuciones constitucionales y legales de los respectivos órganos judiciales.” (C.S.J. Sentencia de febrero 4 de 1.999)

En efecto, el debido proceso obedece a una sucesión ordenada y preclusiva de actos, que no son solamente pasos de simple trámite, sino verdaderos actos procesales, metodológicamente concatenados en orden a la obtención de su precisa finalidad, por lo tanto, obedece a unas reglas preestablecidas, las cuales de ninguna manera el arbitrio habrá de reemplazar, puesto que se han promulgado precisamente para limitar la actividad del juez y para preservar las garantías constitucionales que permitan un orden social justo”.

Por lo que puede colegirse, el principio de preclusión no solo asegura valores y un orden metodológico, sino que no está concebido para blindar pasos de simple trámite, sino de los verdaderos actos o fases procesales.

Igualmente, en lo que atañe a la enunciación de la prueba, que es el acto que se echa de menos por la defensa, manifestó la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en auto de junio 29 de 2007, Rad. No.27608 que su objeto *“no es otro distinto a permitir el conocimiento de la contraparte del material probatorio para facultar la etapa siguiente de estipulaciones probatorias, pero en este momento ni la Fiscalía, ni la defensa “realizan algún tipo de argumentación de conducencia o pertinencia (...”*

No obstante este fin específico, el acto probatorio de enunciación como viene de decirse, para la fiscalía se ha iniciado desde el escrito acusatorio donde deben enunciarse los hechos que no requieren prueba, los documentos y testigos o peritos de descargo, así como otros elementos favorables al procesado, momento en el que también se debe haber dado el descubrimiento que se materializa con la obligación que adquiere la Fiscalía de mostrar, exhibir o entregar copias del material probatorio anunciado.

Con base en este sucinto marco teórico descendemos al caso concreto y verifica la Sala que la Fiscalía en el escrito de acusación, a folio 43, relaciona en el numeral 6 los elementos materiales probatorios, evidencia física u otros, en el acápite de testigos relaciona en el tercer lugar “*al asistente de la fiscalía 158 local EDGAR GUSTAVO GUZMAN GARCIA*”¹. Así mismo, en la audiencia de formulación de acusación fue enunciado de la misma manera².

Desde este momento la defensa se enteró de la existencia de este testigo, aunado a que prometió la fiscalía (min 26:14) realizar la entrega de todos los elementos enunciados y tal como se afirmó al interior de la audiencia preparatoria no solo se aportó esto, sino además todo lo que tenía en su poder la Fiscalía, lo que posibilitó que el defensor conociera y estudiara con suficiencia cuáles serían las pruebas de cargo, sin que al preguntársele por el descubrimiento se hubiera realizado reparo alguno³ entendiendo la Sala que éste fue completo. Significa lo anterior, que en el caso no se da pie a un sorprendimiento, pues además ninguna duda surge de que se trata del mismo testigo, el señalado con precisión en el escrito de acusación y en la solicitud.

¹ Ver escrito de acusación folio 36 y ss

² Escuchar audiencia de formulación de acusación del 19 de enero de 2016, minuto 18:11 y s.s.

³ Escuchar audiencia del 3 de agosto de 2016, minuto 03:01

Si bien se omitió la enunciación del testimonio de Edgar Gustavo Guzmán García, tal como se constata en audiencia del 8 de agosto de 2016 a minuto 15:34, al momento de realizar la solicitud probatoria, se precisó la pertenencia y conducencia de su decreto como testigo de acreditación, el cual puede sostenerse ya estaba enunciado o cuando menos en ese momento se reiteraba pues la solicitud de la prueba implica también anunciarla como tal.

Esta postura puede tener apoyo en la decisión del 3 de septiembre de 2014, al interior del radicado 34719, de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, cuando al examinar un asunto en el cual la Fiscalía omitió al momento de realizar la solicitud probatoria determinar la conducencia y pertenencia de la prueba, concluyó que por el hecho de fundirse en un solo acto ambos momentos de *“enunciación y solicitud probatoria no significa que se haya cercenado alguna de dichas fases, como equivocadamente lo entiende el censor”* y que por ende no existían *“irregularidades constitutiva de una afectación sustancial al debido proceso o a una garantía debida a cualquiera de las partes”*⁴.

Debe concederse que si la finalidad del trámite de la enunciación es solo con miras a conocer qué pruebas se pedirán para determinar si se estipula, no hace parte del régimen imprescindible antecedente y

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal en decisión del 3 de septiembre de 2014, al interior del radicado 34719

“ (...) Yerra en ese sentido el demandante al denunciar no agotado el trámite previsto en los artículos 356 y 357 de la Ley 906 de 2004, específicamente el que hace relación con la previa argumentación que deben las partes exponer en cuanto a utilidad, necesidad, pertinencia y conducencia de las pruebas que van a hacer valer en el juicio, porque, según se reseñó, dichos razonamientos sí fueron expuestos por la Fiscalía, sólo que lo hizo al momento de la enunciación probatoria y no en uno posterior, lo cual de todas maneras garantizó el correspondiente debate probatorio y con eso la defensa, al punto que ésta se opuso a la práctica de unas, cuya conducencia había expresado la Fiscalía, pero que aquella consideraba inútiles por corresponder finalmente a una estipulación.

Que el juez haya fundido en uno solo los momentos de enunciación y solicitud probatorias no significa que se haya cercenado alguna de dichas fases, como equivocadamente lo entiende el censor, de ahí que mal pueda invocar la existencia de una irregularidad constitutiva de una afectación sustancial al debido proceso o a una garantía debida a cualquiera de las partes”.

consecuente de la solicitud de prueba, como si ocurre con el descubrimiento probatorio. De modo que el olvido por parte de la fiscalía de enunciar un medio probatorio en los momentos iniciales de la audiencia preparatoria no reviste trascendencia para el efecto de decretar o no la prueba, ya sea porque se entienda que desde la acusación se anunció, ora porque se entienda que al solicitarse se anuncia y no ha sido superada la fase de solicitud y decreto de pruebas.

Dicho de otra manera, si de la enunciación de la prueba no pende la procedencia de su decreto, no percibe la Sala de qué modo se afecta la igualdad de armas, pues las potestades defensivas se mantienen a salvo, en tanto el defensor se enteró en su momento de la existencia de la prueba, de la pretensión de solicitarla y por ende, tuvo la oportunidad de ajustar su estrategia defensiva a la realización de dicho medio probatorio, lo cual se constituye en razón suficiente para decretar la prueba pretendida y en consecuencia se deberá revocar el auto recurrido respecto a la denegación de ordenar la práctica del testimonio de acreditación de Edgar Gustavo Guzmán García.

Finalmente, en relación con la acotación de la defensa sobre que, según las propias manifestaciones de la Fiscalía, el testigo sería innecesario por cuanto la evidencia podría ser introducida con un testigo de Comcel a quien se le puede exigir su colaboración, se trata de una posibilidad que no se concretó en el desistimiento de la prueba; y es potestad de cada parte asegurar la producción de medios de convicción del modo que le resulte más seguro. Por tanto, este motivo es un aspecto que no incide para ordenar la práctica de la prueba, pues el testigo de acreditación es requerido; así se pueda eventualmente suplir con otro.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE

Revocar el auto proferido por el Juzgado 26 Penal del Circuito el 23 de septiembre de 2016, en cuanto inadmitió la práctica del testimonio de Edgar Gustavo Guzmán García, asistente de la Fiscalía 158, como testigo de acreditación y en consecuencia se ordena la realización de dicho testimonio.

Esta decisión queda notificada en estrados al momento de su lectura y contra ella no procede recurso alguno por agotar el objeto de la apelación.

MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS
MAGISTRADO

PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN
MAGISTRADO

MARITZA DEL SOCORRO ORTIZ CASTRO
MAGISTRADA