



SALA DE DECISIÓN PENAL

APROBADO ACTA N° 063

(Sesión del 27 de mayo de 2022)

Radicado: 05001-60-00000-2021-00542
Procesado: Yeison Alberto Yepes Barreneche
Delitos: Concierto para delinquir Agravado; Homicidio y Fabricación, Tráfico, Porte o Tenencia de Armas Fuego, Accesorios, Partes o Municiones
Asunto: Defensa recurre decisión que decretó dos pruebas
Decisión: Confirma
M. Ponente: José Ignacio Sánchez Calle

Medellín, 2 de junio de 2022

(Fecha de lectura)

1. ASUNTO

La Sala resuelve el recurso de apelación que interpuso el defensor del ciudadano procesado, contra la decisión del Juez Quinto Penal Especializado del Circuito de Medellín, que negó su solicitud de rechazo de dos testimonios, por no haberse efectuado el descubrimiento probatorio completo conforme lo establece el artículo 337 # 5 literal C del Código de Procedimiento Penal.

2. ACTUACIÓN PROCESAL

2.1. El pasado 10 de mayo en desarrollo de la audiencia preparatoria, Fiscalía y defensa realizaron sus respectivas solicitudes probatorias. Concretamente y respecto a lo que ocupa la atención de esta Sala, el Fiscal solicitó el decreto del testimonio de los señores John Alexander Muñoz Areiza y Anlly Yeraldin Cossio, indicando las razones de conducencia, pertinencia y utilidad de la práctica de estos.

Radicado: 05-001-60-00000-2021-00542
Procesado: Yeison Alberto Yepes Barreneche
Delitos: Concierto para delinquir Agravado; Homicidio y Fabricación, Tráfico, Porte o Tenencia de Armas Fuego, Accesorios, Partes o Municiones

Una vez se le dio el uso de la palabra a la defensa para que se pronunciara respecto a las solicitudes probatorias de la Fiscalía, solicitó el rechazo de estos dos testimonios por falta de descubrimiento, pero específicamente de los datos de ubicación de ambos individuos, en virtud del artículo 337 # 5 literal C.

2.2. El Juez de primera instancia, decretó todas y cada una de las pruebas deprecadas tanto por la Fiscalía como por la defensa. En cuanto a los testimonios de los que se solicitó el rechazo por parte del defensor advirtió el *a quo* que las entrevistas sí le fueron descubiertas y entregadas al defensor por parte del delegado de la Fiscalía General de la Nación, afirmando que incluso así no se hubiesen entregado esas entrevistas previas lo que ocurriría es que no se podrían utilizar las mismas para refrescar memoria o impugnar credibilidad, pero esos testigos sin declaración o entrevista anterior están habilitados para acudir al juicio a declarar. Prueba de ello es que hay algunos testigos de la defensa que no tienen entrevista o que quizás no fue descubierta a la Fiscalía, pero que sí le fueron decretados a la defensa como testigos.

Consideró que la falta de descubrimiento obedece es al elemento material probatorio que se tiene, no a direcciones ni teléfonos de ubicación de unos testigos, pues incluso en muchas ocasiones los Fiscales y defensores no dan este tipo de información con el fin de proteger a sus testigos y solicitan que las entrevistas de la contraparte se hagan en ciertas dependencias.

2.3. El defensor del ciudadano procesado interpuso y sustentó el recurso de apelación frente al decreto de los dos testimonios de los que solicitó el rechazo arguyendo que ello afecta derechos sustanciales en el ejercicio del derecho de defensa.

Adujo que no se trata de que los testigos requieran declaraciones previas al juicio, sin embargo, le preocupa que en el escrito de acusación se enlisten testigos de cargo que también pueden servirle a la teoría del caso de la defensa, o para tomar decisiones como no desgastar a la Judicatura. Especuló el censor que podría tratarse de un *“testigo imposible de derruir, donde su prueba es más asertiva que dubitativa, no voy al debate, negocio, porque eso me lo permite el espíritu, la naturaleza propia del sistema, pero si la norma de*

Radicado: 05-001-60-00000-2021-00542
Procesado: Yeison Alberto Yepes Barreneche
Delitos: Concierto para delinquir Agravado; Homicidio y Fabricación, Tráfico, Porte o Tenencia de Armas Fuego, Accesorios, Partes o Municiones

carácter impersonal y abstracta, en su deber ser, dice que no es que ese testigo se quiera exhibir, que se quiera enunciar, que sea un estilo de redacción de los escritos de acusación por parte del órgano investigador, sino que manda a que pongan como testigos de la defensa para que precisamente puedan ser escuchados por esa otra parte y ejerzan ese derecho natural previo al debate y no se está haciendo”.

Entonces, decir que se dio una entrevista y que con eso es suficiente no es cierto porque uno de los testigos de los que echa de menos su ubicación, tiene el carácter de víctima, y él como defensor necesita ejercer a cabalidad esa defensa porque, contrario a lo afirmado por el *a quo*, en este caso no se trata de una persona que esté vinculada a un programa de protección a víctimas y testigos y, de serlo, él como defensor igualmente está en su derecho de entrevistarse con ellos en donde la Fiscalía disponga, pero este no es el caso.

Se queja de que él no tiene como saber entonces si el testigo dice la verdad o no, ni tampoco sabe si puede confrontarlo o no y por ende no tiene forma de ejercer a satisfacción el derecho de defensa que le asiste a su prohijado. Decretar este testigo porque rindió una declaración, cuando en juicio puede decir más o menos, sería tanto como golpear la norma para tener acceso a esa defensa. No se trata de la forma por la forma, sino que una entrevista no dice absolutamente nada.

2.4. El delegado de la Fiscalía General de la Nación, como sujeto procesal no recurrente, solicitó en primer lugar que no se conceda el recurso de apelación dada la línea jurisprudencial totalmente pacífica que sobre el tema se encuentra decantada en la Corte Suprema de Justicia y los Tribunales Superiores de Medellín y Antioquia, la cual establece que respecto del auto que admite pruebas en audiencia preparatoria únicamente procede el recurso de reposición; no se trata de la posición que tenga el *a quo* como Juez, ni la de él como Fiscal, ni la del defensor.

Empero, de concederse el recurso, solicita al superior se confirme la decisión apelada en tanto sí se hizo el descubrimiento probatorio, mismo que se refiere a conocer la identidad de unas personas y, si se tienen elementos como

Radicado: 05-001-60-00000-2021-00542
Procesado: Yeison Alberto Yepes Barreneche
Delitos: Concierto para delinquir Agravado; Homicidio y Fabricación, Tráfico, Porte o Tenencia de Armas Fuego, Accesorios, Partes o Municiones

entrevistas, declaraciones o interrogatorios, que se le dé traslado a la contraparte lo cual, itera, en este caso sí se hizo después de la acusación e incluso dentro del término establecido.

Arguye que la dirección y el teléfono actual de un testigo no hace parte del descubrimiento probatorio, pues es posible que la Fiscalía no conozca el paradero actual de estos ciudadanos que rindieron declaración previa hace un poco más de 2 años; ello en tanto no está en la obligación de saber cada día el paradero de sus testigos. Afirmó que no se vulnera ninguna garantía ni el derecho de defensa pues el abogado del acusado tiene para ejercerlo, técnica y materialmente en el contrainterrogatorio, por ende, solicita se confirme la decisión impugnada.

2.5. El delegado del Ministerio Público, como sujeto procesal no recurrente, solicitó de entrada se inadmitiera la apelación y, en caso de inadmitirse, afirmó que no existe vulneración a garantías tales como el derecho de defensa y contradicción.

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que no solo se habilita lo que va a ser tema de prueba por parte de la Fiscalía en caso de que se presente, sino que también existe la posibilidad de que se controvierta esa prueba directamente a partir del ejercicio de confrontación en el contrainterrogatorio o como prueba sobreviniente en caso de que deba presentarse, precisamente a efectos de tachar su credibilidad.

Considera que en este caso del decreto de pruebas e incluso de las solicitudes probatorias que realizó la defensa, es claro el conocimiento y el traslado que se le dio al defensor de lo que van a ser los medios de prueba de la Fiscalía pues de hecho en ello estructuró precisamente su hipótesis a trabajar para ejercer el derecho de defensa, lo cual hizo de manera activa tal y como se denota de sus solicitudes probatorias y en la pertinencia que esbozó de las mismas a efectos de refutar y exponer una hipótesis diferente a la formulada por la Fiscalía, misma que irá a hacer valer en el juicio oral el cual es un escenario de garantía donde la admisibilidad de la prueba no indica que no pueda ser objeto de derecho de defensa y contradicción pues es ahí en su

Radicado: 05-001-60-00000-2021-00542
Procesado: Yeison Alberto Yepes Barreneche
Delitos: Concierto para delinquir Agravado; Homicidio y Fabricación, Tráfico, Porte o Tenencia de Armas Fuego, Accesorios, Partes o Municiones

concreción de materialidad y con inmediación del Juez que se garantiza la confrontación.

Consideró el Procurador que en el decreto de pruebas se ve reflejado el principio de igualdad de armas y no existe vulneración de garantías para ello, por lo que solicitó entonces que, en caso de que se le dé trámite al recurso de alzada, se confirme la decisión objeto de censura.

2.6. El Juez de primera instancia sobre la procedencia del recurso de apelación interpuesto, manifestó que le daría trámite al mismo porque si bien conoce el precedente, considera que la decisión que decreta una prueba sí debería ser susceptible de recurso en virtud a que el artículo 176 del Código de Procedimiento Penal dice que son apelables los autos adoptados durante el desarrollo de las audiencias y, desde luego, la decisión de decretar una prueba es un auto. Además, el artículo 177 *ibídem* solo habla de los efectos de algunos autos, no de todos, es decir se trata de una lista meramente enunciativa y no taxativa.

Así mismo, resaltó que si lo que supone la audiencia preparatoria es la depuración del juicio, una forma de depurarlo es que el superior determine si el decreto de esa prueba fue o no conforme a derecho. Arguyó además que algunos Jueces, simplemente para no argumentar demasiado decretan todas las pruebas compartiendo de manera ligera los argumentos de los solicitantes y, como esa decisión que decreta la prueba no tiene sino reposición entonces se pronuncian en similares argumentos a los que en principio esbozaron; pero, a su juicio, los argumentos del Juez, incluso los que decretan pruebas deben tener la revisión de la segunda instancia, pues los Jueces no le pueden tener miedo al superior.

Acotó además que, contrario a lo manifestado por el delegado de la Fiscalía, no cree que la jurisprudencia sea tan pacífica sobre este aspecto porque la norma no ha cambiado, la Corte en principio sostuvo que no era apelable, después varió a que sí era apelable y ahora volvió a ser no apelable, lo cual da cuenta precisamente de lo dubitativa que esta la Corte en dicha materia.

Radicado: 05-001-60-00000-2021-00542
Procesado: Yeison Alberto Yepes Barreneche
Delitos: Concierto para delinquir Agravado; Homicidio y Fabricación, Tráfico, Porte o Tenencia de Armas Fuego, Accesorios, Partes o Municiones

Por último, señaló que en este caso la defensa solicitó que se rechazara esa prueba, es decir, él como Juez está negando una solicitud probatoria –la que hizo el defensor de rechazo de dos testigos- no la práctica de una prueba y en ese sentido consideró que es procedente la apelación y, por ende, concedió la misma ante el superior, en el efecto suspensivo.

3. CONSIDERACIONES DE LA SALA

3.1. Competencia.

Esta Sala de Decisión es competente para conocer el asunto según lo prevé el numeral primero del artículo 34 de la Ley 906 de 2004¹.

3.2. Problema jurídico.

La Sala establecerá si el Juez de primera instancia debía imponer la sanción rechazo a dos testimonios deprecados solicitados por la Fiscalía y de los cuales, solo se dio traslado a la defensa de las declaraciones previas rendidas por estos, pero sin sus direcciones ni datos de ubicación.

Previo a darle solución a este tópico, y como también fue objeto de discusión dentro de la audiencia que ahora se revisa, aclararemos la razón por la cual, a pesar de que se negó el rechazo de dos pruebas y por ende se decretaron las mismas, consideramos que sí procede el recurso de alzada contra la misma.

3.3. Sobre la apelación contra la providencia que niega la aplicación de la sanción prevista en el artículo 346 del Código de Procedimiento Penal.

Para esta Sala, en consonancia con el precedente jurisprudencial que sobre la materia se ha establecido, no admite discusión alguna el hecho de que contra la decisión de admitir una prueba no procede el recurso de apelación,

¹ Artículo 34. De los tribunales superiores de distrito. Las salas penales de los tribunales superiores de distrito judicial conocen:

1. **De los recursos de apelación contra los autos** y sentencias que en primera instancia proferieran los **jueces del circuito** y de las sentencias proferidas por los municipales del mismo distrito.

Radicado: 05-001-60-00000-2021-00542
Procesado: Yeison Alberto Yepes Barreneche
Delitos: Concierto para delinquir Agravado; Homicidio y Fabricación, Tráfico, Porte o Tenencia de Armas Fuego, Accesorios, Partes o Municiones

salvo que se esté discutiendo la violación de garantías fundamentales en los ámbitos de la exclusión por ilicitud (no por ilegalidad). Empero, es preciso acotar que cuando se trata de la decisión que resuelve sobre una solicitud de rechazo como sanción por falta de descubrimiento, independiente de que se acceda o no a la misma, también procede la alzada. Así lo estableció la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en providencia del 7 de marzo de 2018, con Radicado 51882², cuando indicó que:

“Si se decide no acceder al rechazo, es evidente que están en juego los derechos de la parte que lo solicitó, pues de ser cierto que se tendría que enfrentar a pruebas desconocidas, la posibilidad de defensa, los controles a la incorporación de las pruebas durante el juicio oral y los otros aspectos relacionados en el numeral 7.1.3 podrían verse seriamente afectados. En tal sentido, a la luz de los criterios establecidos por esta Corporación para concluir que el auto que resuelve sobre la exclusión de evidencia admite el recurso de apelación, independientemente del sentido de la decisión (CSJ AP, 27 Jul. 2016, Rad. 47.469), resultan aplicables al auto a través del cual se decide sobre el rechazo por indebido descubrimiento.”

Dicha decisión fue ratificada por la Máxima Corporación en providencias como la 52320 del 11 de abril³ de 2018 y la 52051 del 30 de mayo del mismo año⁴. Luego entonces, erró el Juez de primera instancia al considerar que el problema jurídico de este asunto se circunscribía a darle trámite a un recurso de apelación contra un auto que admite prueba, pues en realidad se trata es de una apelación contra un auto que decidió sobre una sanción rechazo, que es diferente y donde actualmente no hay discusión sobre que en efecto le procede el recurso de alzada.

Aunado a lo anterior, acoge esta Sala la postura de la Corte en el entendido de que la decisión que resuelve sobre el descubrimiento probatorio, eventualmente puede afectar derechos de las partes -como el debido proceso, la igualdad, la imparcialidad, la legalidad, el de defensa, la lealtad, contradicción y objetividad-, por lo que, su revisión en segunda instancia tiene a todas luces la función de sanear el proceso en procura evitar futuras discusiones dentro del asunto y así blindar el proceso de posibles nulidades, exclusiones de prueba e incluso, de la invalidación del mismo, lo cual también

² CSJ AP 948-2018, MP. Patricia Salazar Cuellar.

³ CSJ AP 1465-2018, MP. Patricia Salazar Cuellar.

⁴ CSJ AP2218-2018, MP. Eyder Patiño Cabrera.

permitiría evitar mayores desgastes al solucionar con mayor eficiencia el problema planteado.

3.4. Respuesta y solución al problema jurídico.

Ahora bien, efectuada la anterior precisión procede la Sala entonces a resolver el reclamo del impugnante relacionado con dos pruebas testimoniales decretadas por el *a quo*, en favor de la Fiscalía de las cuales el Ente Acusador, si bien le dio traslado de las declaraciones previas rendidas por estos testigos, no le aportó los datos de ubicación de los mismos.

Partiremos de advertir entonces que el descubrimiento probatorio es un asunto de no poca transcendencia en el sistema de enjuiciamiento penal que regula la Ley 906 de 2004, en tanto este acto materializa los principios de publicidad, lealtad y contradicción en los que el proceso se erige, y por supuesto garantiza el derecho fundamental de defensa que prevé el artículo 29 de la Constitución Política de 1991.

En el procedimiento acusatorio colombiano, el descubrimiento se puede cumplir de diversas formas: anunciando a la contraparte la existencia de información legalmente obtenida; exhibiendo el elemento material probatorio; entregando copia de la evidencia cuando físicamente ello es posible; informando dónde está la evidencia o el elemento, entre otros. No se discute entonces la importancia de que los sujetos enfrentados en un proceso dialéctico de reconstrucción de hechos le informen a la contraparte cuáles son los elementos materiales probatorios y/o evidencia física que tienen en su poder para edificar su teoría del caso o para refutar la del otro.

En el *sub examine*, tampoco se discute como premisas fácticas que: i) desde la acusación la Fiscalía General de la Nación descubrió su intención de solicitar, para soportar su teoría de caso, la práctica de los testimonios de, entre otros, los señores John Alexander Muñoz Areiza y Anlly Yeraldin Cossio; ii) conforme lo anterior, dentro del término previsto, el delegado Fiscal dio traslado a la defensa de las declaraciones previas rendidas por estas dos personas; iii) de los dos elementos trasladados, echó de menos el defensor la

Radicado: 05-001-60-00000-2021-00542
Procesado: Yeison Alberto Yepes Barreneche
Delitos: Concierto para delinquir Agravado; Homicidio y Fabricación, Tráfico, Porte o Tenencia de Armas Fuego, Accesorios, Partes o Municiones

dirección, teléfono y más datos de ubicación de estas dos personas; iv) previo al inicio del trámite de la audiencia preparatoria instalada en el mes de marzo, el defensor afirmó necesitar ubicar a estas dos personas para lo cual el Fiscal advirtió que no contaba con esos datos y que no le había sido posible ubicar a los testigos mencionados por lo que solicitó un mínimo de 30 días para poder realizar labores de Policía Judicial en tal sentido; v) el Juez accedió a la reprogramación y, tras un mes, la situación permaneció incólume, es decir, el Fiscal sigue sin poder contactarse con estas personas según lo afirmó en la audiencia en tanto tras la ocurrencia de los hechos se desplazaron del barrio donde vivían para ese momento y solo cuenta con la declaración rendida por ambos.

Pues bien, es claro para esta Sala que, en efecto y conforme lo demanda el literal C del numeral 5° del artículo 337 del Código de Procedimiento Penal, no se le han dado al apelante los datos de ubicación de los dos testigos que reclama; sin embargo, a la luz de las normas rectoras del título preliminar del Código de Procedimiento Penal, en especial los artículos doce⁵ y quince⁶ que establecen los principios de lealtad y contradicción, la Sala concluye al igual que el *a quo*, que este no es un evento en el que tenga cabida la sanción de rechazo prevista en el artículo 346 *ibídem*.

En efecto, si el descubrimiento tiene como objeto garantizar el derecho de defensa en su componente de contradicción, y desde el origen del juicio la Fiscalía General de la Nación le transmitió a la defensa el contenido de las entrevistas rendidas por estas dos personas, no se puede aseverar que la intención del Ente Acusador sea cercenar este derecho de su contraparte porque no les entregó los datos de ubicación con los que ni siquiera él cuenta.

La sanción, drástica por lo demás, debe entenderse como castigo a la acción dolosa y malintencionada de la parte que, conociendo sus obligaciones, y sobre todo con la evidencia o el elemento material en su poder, decide ocultarlo para perjudicar a su adversario, que no es este el caso pues, se itera,

⁵ **ARTÍCULO 12. LEALTAD.** Todos los que intervienen en la actuación, sin excepción alguna, están en el deber de obrar con absoluta lealtad y buena fe.

⁶ **ARTÍCULO 15. CONTRADICCIÓN.** Las partes tendrán derecho a conocer y controvertir las pruebas, así como a intervenir en su formación, tanto las que sean producidas o incorporadas en el juicio oral y en el incidente de reparación integral, como las que se practiquen en forma anticipada.

Radicado: 05-001-60-00000-2021-00542
Procesado: Yeison Alberto Yepes Barreneche
Delitos: Concierto para delinquir Agravado; Homicidio y Fabricación, Tráfico, Porte o Tenencia de Armas Fuego, Accesorios, Partes o Municiones

y así también lo reconoció el censor, el Fiscal dio traslado de las declaraciones previas de todos sus testigos y de los datos de ubicación con lo que contaba. Una lectura contextualizada y teleológica del artículo 346 del Código de Procedimiento Penal permite concluir que la intención del legislador no es castigar la imposibilidad de ubicar a los testigos del obligado a descubrir, sino la mala fe; recuérdese en este punto que nadie está obligado a lo imposible conforme al aforismo jurídico “impossibilium nulla obligatio” el cual está ligado al postulado general del derecho “ad impossibilia nemo tenetur” que tiene que ver con la imposibilidad de cumplir.

Ha sido enfático el Fiscal en afirmar que no ha logrado la ubicación ni el contacto con estos dos ciudadanos, que lo único con que cuenta es con la declaración previa rendida por ambos, misma de la cual dio el respectivo traslado a las partes tal y como se acreditó al inicio de la audiencia preparatoria, es decir, la Fiscalía ha tenido la firme convicción de que obró con la diligencia debida, al dar traslado completo de los elementos con que cuenta y esta Sala no tiene elementos para colegir que se trata de un actuar malicioso por parte del Ente Acusador pues, por el contrario, en nuestro ordenamiento jurídico el postulado de la buena fe tiene rango constitucional conforme lo consagra el artículo 83 de la Constitución Nacional⁷, y que establece una presunción con efectos procesales en favor del particular cuando actúa frente al Estado y en favor del servidor público.

La teleología del instituto del descubrimiento probatorio, en el marco de un proceso de iguales, es garantizar que el otro no sea sorprendido con material probatorio desconocido, que pueda aprehenderse por el contrario la información con que la otra parte cuenta y así garantizar que se llegue al juicio con elementos que permitan la contradicción y la controversia probatoria en condiciones de igualdad de armas. Tal y como lo afirmó el *a quo*, en este caso la defensa ya sabe el conocimiento que tienen esos dos testigos sobre los hechos objeto de prueba y además cuenta con el contrainterrogatorio en juicio para ejercer los derechos de defensa y contradicción que reclama, no solo formal sino también -y sobre todo- material. En el *sub iudice* no hay sorprendimiento o limitación a la controversia, que se desarrollará en la

⁷ “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.”

Radicado: 05-001-60-00000-2021-00542
Procesado: Yeison Alberto Yepes Barreneche
Delitos: Concierto para delinquir Agravado; Homicidio y Fabricación, Tráfico, Porte o Tenencia de Armas Fuego, Accesorios, Partes o Municiones

audiencia del juicio oral en condiciones de paridad, no se impide en modo alguno que la defensa establezca su estrategia defensiva.

En consecuencia, considera esta Sala que fue acertada la decisión del Juez de primera instancia de negar la solicitud incoada por la defensa de rechazo de los testimonios de John Alexander Muñoz Areiza y Anlly Yeraldin Cossio, pues en modo alguno puede afirmarse que la falta de los datos de ubicación de estos testigos sea producto de alguna maniobra maliciosa u obstructiva del derecho de defensa por parte de la Fiscalía General de la Nación.

En mérito de lo expuesto, Sala de decisión Penal del **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** la decisión proferida el pasado 10 de mayo por el Juez Quinto Penal Especializado del Circuito de Medellín, por medio de la cual en audiencia preparatoria negó la solicitud de rechazo de dos testimonios incoada por la defensa del ciudadano procesado.

Esta decisión se notifica en estrados. Contra ella no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
Magistrado

Radicado: 05-001-60-00000-2021-00542
Procesado: Yeison Alberto Yepes Barreneche
Delitos: Concierto para delinquir Agravado; Homicidio y Fabricación, Tráfico, Porte o Tenencia de Armas Fuego, Accesorios, Partes o Municiones

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Nelson Saray Botero', written in a cursive style.

NELSON SARAY BOTERO
Magistrado

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Hender Augusto Andrade Becerra', written in a cursive style.

HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA
Magistrado