



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellin

SALA PENAL DE DECISIÓN

PROCESO: 05001 60 00206 2020 13115
DELITO: Hurto calificado y agravado en concurso heterogéneo con simulación de investidura o cargo.
PROCESADO: ALEXANDER ALBERTO SEPÚLVEDA HOYOS
PROCEDENCIA: Juzgado Treinta Penal del Circuito de Medellín
OBJETO: Apelación auto que rechaza algunas pruebas de la fiscalía
DECISIÓN: CONFIRMA
M. PONENTE: Rafael M Delgado Ortiz
Auto Nro. 75
Aprobado Acta Nro. 199

Medellín, ocho (08) de octubre de dos mil veintiuno

ASUNTO POR TRATAR

Se decide lo pertinente sobre el recurso de apelación presentado por la delegada de la fiscalía, en contra de la providencia del treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021), proferida por la Juez Treinta Penal del Circuito de Medellín, al interior de la audiencia preparatoria, mediante la cual rechazó los testimonios de Oscar Alejandro, Ricardo Antonio y Carlos Andrés Higueta Graciano, solicitados por la delegada de la fiscalía.

ANTECEDENTES FÁCTICOS

Se dice, en el escrito de acusación, que siendo aproximadamente las 05:10 horas del seis (6) de septiembre de dos mil veinte (2020), en la calle 56 con carrera 49 del barrio Villa Nueva de Medellín, los señores **ALEXANDER SEPULVEDA HOYOS**, José Nilson

PROCESO: 05001 60 00206 2020 13115
DELITOS: Hurto calificado y agravado y otro
PROCESADO: ALEXANDER ALBERTO SEPÚLVEDA HOYOS
OBJETO: Apelación auto que rechaza pruebas.
DECISIÓN: CONFIRMA

Espinosa Escobar, Jhon Fernando Vásquez Rendon, Ricardo Antonio Higueta Graciano, Carlos Andrés Higueta Graciano, Oscar Alejandro Higueta Graciano, Bryan Alexander Vélez Robledo, Yovanier Castaño Goes y Oscar Mauricio Salazar Bonilla, fueron capturados vistiendo uniformes de la empresa Tigo Comunicaciones y tenían, en el interior del vehículo de placas SNS-490, cable multipar pe-bh seco 0.4 MM 2400 PS, destinado para las comunicaciones, que habían hurtado de la alcantarilla del sector, avaluado por la empresa en dieciocho millones novecientos cincuenta y siete mil doscientos seis pesos (\$18'957.206).

ACTUACIÓN PROCESAL

El siete (7) de septiembre de dos mil veinte (2020), se celebraron ante la Juez Catorce Penal Municipal con función de control de garantías de Medellín, audiencias concentradas en las cuales se legalizó la captura de **ALEXANDER ALBERTO SEPÚLVEDA HOYOS** y otros ocho ciudadanos. En la misma diligencia se legalizó la incautación con fines de comiso y no se accedió a la devolución del vehículo incautado, decisión contra la cual el apoderado de quien se presentó como tercera de buena fe, interpuso recurso de apelación, el cual fue resuelto en audiencia del nueve (9) de octubre siguiente, por el Juez Veinticuatro Penal del Circuito de Medellín, revocando la decisión de primera instancia y ordenando la entrega del rodante incautado.

El siete (7) de septiembre de dos mil veinte (2020), se le comunicó a **SEPÚLVEDA HOYOS** y a los otros capturados, que estaban siendo investigados como presuntos responsables del delito de hurto calificado y agravado en concurso con simulación de investidura o cargo, sin que aceptaran responsabilidad penal por estos hechos.

El ocho (8) de septiembre de dos mil veinte (2020), el despacho les impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario, providencia que fue apelada por la defensa, y en la diligencia efectuada el nueve (9) de octubre siguiente, el Juez Veinticuatro Penal del Circuito de Medellín, revocó la decisión y ordenó la libertad inmediata de los imputados.

El cuatro (4) de noviembre siguiente, la fiscalía presentó escrito de acusación en contra de **ALEXANDER ALBERTO SEPÚLVEDA HOYOS** y los demás ciudadanos capturados en razón de estos hechos, como presuntos responsables de los delitos que les fueron imputados, correspondiendo el asunto por reparto a la Juez Treinta Penal del Circuito de Medellín, ante quien se inició la audiencia de formulación de acusación el dos (2) de febrero de dos mil veintiuno (2021), pero se solicitó el aplazamiento, en aras de materializar por algunos de los procesados un preacuerdo con la fiscalía.

El doce (12) de abril siguiente, se formuló acusación en contra de los imputados, aclarándose por la delegada de la fiscalía que el valor de lo hurtado fue tasado por Une Comunicaciones en ocho millones de pesos (\$8'000.000) y que el delito de hurto calificado y agravado se imputaba en el grado de tentativa. Acto seguido se presentó un preacuerdo entre la fiscalía y JOSE NILSON ESPINOSA ESCOBAR, JHON FERNANDO VASQUEZ RENDON, RICARDO ANTONIO HIGUITA GRACIANO, CARLOS ANDRES HIGUITA GRACIANO, OSCAR ALEJANDRO HIGUITA GRACIANO, BRYAN ALEXANDER VELEZ ROBLEDO, YOVANIER CASTAÑO GOES Y OSCAR MAURICIO SALAZAR BONILLA, el

cual fue avalado por el despacho, al que no se acogió **SEPULVEDA HOYOS**.

El treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno, se llevó a cabo la audiencia preparatoria, en la que se rechazaron, por indebido descubrimiento, algunas de las pruebas pedidas por la delegación de la FGN¹, que inconforme con tal decisión interpuso y sustentó, en ese acto procesal el recurso de apelación.

Las pruebas solicitadas por la fiscalía y que fueron rechazadas por la judicatura son los testimonios de Oscar Alejandro, Ricardo Antonio y Carlos Andrés Higueta Graciano (coacusados debido a estos hechos), respecto a quienes la delegada del ente acusador, al momento de la solicitud probatoria, manifestó que estos darían cuenta de las circunstancias de tiempo, modo y lugar, así como la autoría de las conductas.

DE LA PROVIDENCIA APELADA

La juez de primera instancia adujo que no decretaba los testimonios de Oscar Alejandro, Ricardo Antonio y Carlos Andrés Higueta Graciano, en tanto no se efectuó el descubrimiento de estos, y por tanto debían ser rechazados, toda vez que se verificó la audiencia de formulación de acusación, y ninguno de ellos fue enunciado.

Expuso que si bien dicha situación en principio podía ser entendible dado que no tenía conocimiento la

¹ Fiscalía General de la Nación

delgada que los aludidos testigos iban a aceptar los cargos por vía anticipada, ello se superó para la segunda audiencia de formulación de acusación, en tanto el escrito de preacuerdo se presentó previo a esa diligencia, entonces no era desconocido para la entidad que iban a realizar esa negociación, que se presentó antes de la diligencia, por ello, era conocedora de las personas que iban a preacordar, y que esos testigos no iban a comparecer a juicio.

Indicó que, en ese momento, debió – *si consideraba que los iba a usar* – adicionarlos, pero no lo hizo pese a ser conocedora de que iban a realizar un preacuerdo, por lo que no es justificable ese descubrimiento tardío, incluso, dice, pudo ponerlos en conocimiento de la defensa, una vez se preacordó y no sorprenderla en la audiencia preparatoria.

Finalmente expresó que la delegada de la Fiscalía no argumentó al momento de la solicitud probatoria, si era que pretendía solicitarlos como prueba sobreviniente, simplemente los mencionó como si hubieran sido descubiertos con lo demás, por lo que los rechazó por indebido descubrimiento.

DE LA APELACIÓN

Corrido el traslado a los sujetos procesales, la delegada de la FGN interpuso recurso de apelación con fundamento en lo siguiente:

Afirmó en primer lugar que sustentó la pertinencia y conducencia de los testimonios de Oscar Alejandro, Ricardo Antonio y Carlos Andrés Higueta Graciano, aseverando que si

bien se trata de una solicitud nueva, ello se dio por cuanto para la audiencia de formulación de acusación estaban cobijados por su derecho a guardar silencio, toda vez que estaban vinculados al proceso como acusados, y luego de la formulación oral, se presentó el preacuerdo que fue avalado por la juez, por lo que frente a ellos terminó el proceso con sentencia condenatoria, en virtud de lo cual pueden asistir al juicio oral a rendir testimonio frente a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos.

Aseveró que no se vulnera el derecho de defensa, como quiera que el defensor conocía que los testigos estaban vinculados al proceso penal y en la audiencia de acusación en el preacuerdo se ventiló la posibilidad de que se logran beneficios porque estaban dispuestos a declarar si se avalaba el preacuerdo, por lo que aseveró, no se sorprende a su Contraparte.

Manifestó, finalmente, que, si bien se trata de una prueba que puede tomarse como sobreviniente, se da en razón *a la renuncia al derecho a no autoincriminarse*, luego de la formulación de acusación; además, indicó, son testigos de vital importancia, para establecer la participación del acusado, en especial cuando se tienen videos que corroboran la responsabilidad y la materialidad de la conducta punible en cabeza de **SEPULVEDA HOYOS**, y también se observa en los testigos que solicita la fiscalía.

PRONUNCIAMIENTO DE LOS NO RECURRENTES

REPRESENTANTE DE VÍCTIMAS

Peticionó decretar las pruebas solicitadas por la fiscalía, afirmando que es pertinente el recurso interpuesto.

EL DEFENSOR

Argumentó en primer orden que no se sustentó de manera suficiente el recurso de apelación interpuesto.

De otro lado, refirió que no se cumplió con la obligación de descubrimiento de los aludidos testimonios en la audiencia de formulación de acusación, donde pudo enunciar esos testigos, y no sorprender a la defensa, no siendo válida la excusa que presenta, a fin de que se tome como una prueba sobreviniente, ya que no se cumple con los requisitos para ello, dado que para ese momento tenía conocimiento de estos, por lo que solicita confirmar la decisión de primera instancia.

SE CONSIDERA PARA DECIDIR

Es la Sala competente para decidir el recurso de apelación interpuesto por la delegada de la fiscalía, en contra del auto proferido por la Juez Treinta Penal del Circuito de Medellín, con funciones de conocimiento, conforme lo señala el numeral primero del artículo 34 de la ley 906 de 2004.

El auto apelado es de aquellos respecto de los cuales, conforme a lo previsto en el numeral cuarto del artículo 177 de la ley 906 de 2004, modificado por el artículo 13 de la ley 1142 de 2007 procede la apelación, y si bien la juez de primera instancia y el defensor, advirtieron falencias en la sustentación del recurso, en criterio

de la Sala, de la argumentación de la recurrente, se extractan unos mínimos elementos para que sea viable analizar el fondo del asunto, limitándose nuestra competencia, conforme a la técnica del recurso a los aspectos apelados y aquellos que le sean inescindibles.

De conformidad con el planteamiento de la delegada de la Fiscalía, el problema jurídico a resolver consiste en determinar si procede el decreto y práctica de los testimonios de OSCAR ALEJANDRO, RICARDO ANTONIO Y CARLOS ANDRÉS HIGUITA GRACIANO, pese a que la representante del ente acusador no realizó el descubrimiento de tal evidencia en la audiencia de formulación de acusación, para lo cual se deberá establecer si debe dársele trámite a tal solicitud como prueba sobreviniente, o como descubrimiento excepcional para la Fiscalía.

En tal sentido, lo primero que debe indicar la Sala es que el momento procesal para el descubrimiento probatorio por parte de la Fiscalía, se encuentra consagrado en el artículo 344 de la Ley 906 de 2004, que por su pertinencia se transcribe:

ARTÍCULO 344. INICIO DEL DESCUBRIMIENTO. <Artículo y Aparte subrayado CONDICIONALMENTE executable> Dentro de la audiencia de formulación de acusación se cumplirá lo relacionado con el descubrimiento de la prueba. A este respecto la defensa podrá solicitar al juez de conocimiento que ordene a la Fiscalía, o a quien corresponda, el descubrimiento de un elemento material probatorio específico y evidencia física de que tenga conocimiento, y el juez ordenará, si es pertinente, descubrir, exhibir o entregar copia según se solicite, con un plazo máximo de tres (3) días para su cumplimiento. La Fiscalía, a su vez, podrá pedir al juez que ordene a la defensa entregarle copia de los elementos materiales de convicción, de las declaraciones juradas y demás medios probatorios que pretenda hacer valer en el juicio. Así mismo cuando la defensa piense hacer uso de la inimputabilidad en cualquiera de sus variantes entregará a la Fiscalía los exámenes periciales que le hubieren sido practicados al acusado.

El juez velará porque el descubrimiento sea lo más completo posible durante la audiencia de formulación de acusación (...)"

La prueba sobreviniente por su parte está establecida en el inciso cuarto del mismo artículo, en los siguientes términos:

"Sin embargo, si durante el juicio alguna de las partes encuentra un elemento material probatorio y evidencia física muy significativos que debería ser descubierto, lo pondrá en conocimiento del juez quien, oídas las partes y considerado el perjuicio que podría producirse al derecho de defensa y la integridad del juicio, decidirá si es excepcionalmente admisible o si debe excluirse esa prueba"

Ahora bien, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la providencia con radicado 51421 del 29 de agosto de 2018, manifestó que el descubrimiento probatorio no se realiza única y exclusivamente en un solo momento, pues existen cuatro oportunidades en que se puede surtir el mismo, de forma metódica y cronológica, esto es: (i) con la presentación por parte del fiscal, del escrito de acusación ante el juez de conocimiento; (ii) en la audiencia de formulación de acusación; (iii) en la audiencia preparatoria, y (iv) excepcionalmente en el juicio oral, conforme lo prevé el artículo 344 de la Ley 906 de 2004. (CSJ, AP, 8 nov. 2011, rad. 36177, CSJ SP179-2017, rad. 48216, entre otras).

En esa providencia se indicó que ello de modo alguno significa que la audiencia preparatoria se constituya en una nueva oportunidad para que la Fiscalía General de la Nación enuncie y descubra elementos materiales probatorios y evidencia física no enunciados en la audiencia de formulación de acusación, pues ello indudablemente sorprendería a su adversario, en detrimento de los principios de contradicción, defensa y lealtad que inspiran el sistema

penal acusatorio, resultando obligatorio su rechazo; **a menos que se acredite que el descubrimiento fue omitido por causas no imputables a la parte afectada**, tal y como lo preceptúa el artículo 346 de la Ley 906 de 2004².

En el mismo sentido, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en providencia con radicado 48178 de 2016, respecto al descubrimiento excepcional por la Fiscalía en la audiencia preparatoria había dicho:

«Luego entonces, no sería posible atribuir al Ente Acusador no haber descubierto un medio de prueba que le era desconocido; sobre el particular debe recordarse el principio general de derecho según el cual, "nadie está obligado a lo imposible", entonces, mal pudiera afectarse la administración de justicia para el caso concreto, en aras de cumplir una formalidad.

De la norma mencionada se infiere que la sanción de rechazo es consecuencia de una acción u omisión atribuible a la Fiscalía, luego si no se descubrió por un evento que no puede endilgarse a esa Entidad, no puede aplicarse la consecuencia jurídica establecida, debiendo entonces no rechazarse el medio de conocimiento.

Así, no decretar el medio que reúne tales condiciones por hacer prevalecer la formas, privándose al juicio del conocimiento que puede ofrecer un trascendental medio de prueba, no consulta los fines constitucionales de la administración de justicia, por tanto, es necesario determinar cómo realizar al máximo los intereses del acusado y su derecho de defensa, al tiempo que se no sacrifiquen las finalidades del proceso penal dentro del marco del Estado social y democrático de derecho.

Considera la Sala que el tema puede superarse con la realización del descubrimiento dentro de la misma audiencia preparatoria, al inicio, cuando el juez está controlando el ordenado en la acusación a realizarse fuera de la sede del juzgado.

Acreditadas, en esa oportunidad, por el Organismo Investigador, las circunstancias en las que se surgió el medio de conocimiento, el funcionario, si encuentra que el elemento no fue conocido por la Fiscalía previamente a la formulación de acusación, que no corresponde a un medio que pudo hallarse con una investigación seria, integral y suficiente, que es esencial para la solución

² Los elementos probatorios y evidencia física que en los términos de los artículos anteriores deban descubrirse y no sean descubiertos, ya sea con o sin orden específica del juez no podrán ser aducidos al proceso, ni convertirse en prueba del mismo, ni practicarse durante el juicio. El juez está obligado a rechazarlos, salvo que se acredite que su descubrimiento se haya omitido por causas no imputables a la parte afectada.

del caso y que no se afectará gravemente el derecho de defensa, podrá ordenar que se descubra el o los elementos materiales que lo soporten, lo cual se surte siguiendo los parámetros del artículo 344 del Estatuto Adjetivo.

Cumplido lo anterior se entenderá cumplido el descubrimiento y la audiencia continuará con el rigor establecido en el artículo 356 de la Ley 906 de 2004, es decir, con la enunciación, estipulaciones, solicitudes, oposiciones y decreto de medios de prueba, entre otros aspectos.

Llama la atención la Sala en relación con lo excepcional de la circunstancia previamente descrita, pues, no puede tratarse de un medio de prueba que pudo conocerse con una investigación diligente, su aparición debe demostrarse se produjo en el lapso entre la terminación de la acusación y el inicio de la preparatoria y por demás, no puede tratarse de un medio de conocimiento más para demostrar la teoría del caso, puesto que debe ser de una trascendencia singular.

(...)

En conclusión, una prueba decretada en la audiencia preparatoria no puede ser calificada como sobreviniente pues ha cumplido todo el proceso probatorio. Es necesario tener en cuenta que es posible solicitar una prueba en las condiciones enunciadas, aunque los funcionarios judiciales tendrán que ser muy rigurosos en el escrutinio de las circunstancias en que se conoció, y finalmente, si dentro de la misma audiencia que prepara el juicio se decreta el medio así descubierto, esa decisión no tendrá recurso de apelación, tal como lo establece la ley y lo ha decantado la jurisprudencia».

Ahora bien, descendiendo al caso objeto de estudio, tenemos que, en efecto, en el escrito de acusación presentado por el Fiscal 105 Seccional de Medellín, no enlistó las deponencias de OSCAR ALEJANDRO, RICARDO ANTONIO Y CARLOS ANDRÉS HIGUITA GRACIANO.

De otro lado, debemos indicar, que tal y como lo manifestó la juez de primera instancia, tiempo suficiente tuvo la delegada del ente acusador para advertir la necesidad de practicar dichos testimonios, pues si bien es cierto, primero se dio curso a la formulación de acusación que a la presentación del preacuerdo en la diligencia del doce (12) de abril de dos mil veintiuno, ello obedeció al requerimiento que en tal sentido hizo la titular del despacho derivado de

una modificación en la imputación jurídica que anunció la delegada del ente acusador, en el sentido que el delito de hurto calificado y agravado no se iba a endilgar en la modalidad de consumado sino tentado, sin que lo dicho hiciera parte del preacuerdo.

Por ello, estimó la A quo, que lo procedente era primero la formulación de la acusación con las respectivas aclaraciones, adiciones y correcciones, y que una vez esta quedara en firme, se presentara el preacuerdo, pero no puede desconocerse que la negociación ya había sido presentada incluso mediante escrito allegado al despacho previo a la audiencia – como lo advirtió la A quo – y por tanto, la delegada de la fiscalía debió desde ese momento precaver que al llegarse a un acuerdo con los aludidos coprocesados -OSCAR ALEJANDRO, RICARDO ANTONIO Y CARLOS ANDRÉS HIGUITA GRACIANO- estos podrían servirle de testigos en contra de **ALEXANDER ALBERTO SEPULVEDA HOYOS** y en esa diligencia efectuar la adición de esos testimonios.

Aunado a lo anterior, al momento de la solicitud probatoria, ciertamente la delegada del ente acusador no justificó ese descubrimiento tardío, solo lo hizo al momento en que el defensor se opuso a la práctica de los aludidos testimonios por ausencia de descubrimiento.

De otro lado, ese descubrimiento excepcional por la Fiscalía en la audiencia preparatoria, como lo analizó la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en la jurisprudencia transcrita, reviste unos requisitos, en concreto, que la omisión de su descubrimiento en la audiencia de acusación no sea atribuible a una

acción u omisión de la Fiscalía, es decir, que no corresponda a un medio que pudo hallarse con una investigación diligente, integral y seria.

En tales condiciones, estimamos que la omisión en el descubrimiento de los testimonios de OSCAR ALEJANDRO, RICARDO ANTONIO Y CARLOS ANDRÉS HIGUITA GRACIANO en la audiencia de acusación, sí resulta atribuible a la delegada del ente acusador, quien no puede justificar su actuación en que para ese momento los procesados se hallaban cobijados por la garantía a guardar silencio, porque como se indicó en precedencia, previo a la audiencia ya se había efectuado una negociación entre estos y la fiscalía, y por ello, debió prever esa situación y no sorprender en el trámite de la audiencia preparatoria a la defensa con tal solicitud extemporánea, que debió realizarse desde la audiencia de formulación de acusación, en detrimento de los principios de defensa y lealtad.

Por ello, dicho descubrimiento resulta tardío e injustificado, y, por tanto, no cumple con los parámetros establecidos por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, para admitir de manera excepcional que se solicite en la audiencia preparatoria tal elemento no descubierto en la acusación.

En tales condiciones, se deberá confirmar la decisión de primera instancia, en tanto debe aplicarse a la solicitud realizada por la Fiscalía, consistente en los testimonios de OSCAR ALEJANDRO, RICARDO ANTONIO Y CARLOS ANDRÉS HIGUITA GRACIANO, la sanción de rechazo de tal medio de prueba, establecida en el artículo 346 de la Ley 906 de 2004.

PROCESO: 05001 60 00206 2020 13115
DELITOS: Hurto calificado y agravado y otro
PROCESADO: ALEXANDER ALBERTO SEPÚLVEDA HOYOS
OBJETO: Apelación auto que rechaza pruebas.
DECISIÓN: CONFIRMA

Por causa de lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE

PRIMERO: Confirmar la decisión emitida el treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021), por la Juez Treinta Penal del Circuito de Medellín (Antioquia), en audiencia preparatoria, por medio de la cual no decretó los testimonios de OSCAR ALEJANDRO, RICARDO ANTONIO Y CARLOS ANDRÉS HIGUITA GRACIANO, pedido por el delegado de la Fiscalía.


SEGUNDO: Contra de esta decisión no procede recurso alguno. Vuelvan por tanto las diligencias al Juzgado de origen para que se continúe el trámite respectivo.

TERCERO: Quedan, partes e intervinientes, notificados en este estrado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ
Magistrado


JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ
MAGISTRADO


MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS
MAGISTRADO