



DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN

SALA PENAL DE DECISIÓN

Medellín, jueves, primero de septiembre de dos mil veintidós

Aprobado mediante acta número 0104 del diecinueve de agosto de dos mil veintidós

Magistrado Ponente
Ricardo De La Pava Marulanda

Por apelación interpuesta y sustentada por el señor defensor, conoce en segunda instancia esta Corporación la providencia proferida por la Juez Segunda Penal del Circuito de Bello en la sesión de audiencia preparatoria celebrada el 14 de julio de 2022, mediante la cual inadmitió parte de la petición probatoria documental elevada por la defensa técnica.

1. ANTECEDENTES

Los hechos fueron narrados así por la Fiscal 228 Seccional de Bello en el escrito de acusación:

"En cumplimiento de la orden de registro y allanamiento del bien inmueble ubicado en el sector Villa Linda del municipio de Bello, en la dirección calle 80 # 66B-177 primer piso, interior 121, sector conocido por el alto consumo y venta de sustancias estupefacientes, el 2 de marzo de 2022, fue capturada en circunstancia de flagrancia la señora VICMARY MAELBIS SOTO PACHECO, quien conservaba en su bien inmueble registrado 140 bolsas plásticas transparentes con sello hermético color rosado y 230 bolsas plásticas transparentes color rojo, las cuales contienen una sustancia sólida color blanco con características similares a la base de coca, con un peso bruto de 265 gramos y peso neto de 145 gramos, los cuales al realizarle la prueba preliminar homologada PIPH arrojó positivo para cocaína y sus derivados.

De la misma manera 80 frascos pequeños con tapa azul y 45 frascos pequeños con tapa rosada los cuales contienen en su interior una sustancia sólida color blanco con características similares a la base de coca, con un peso bruto de 390 gramos y peso neto de 55 gramos, los cuales al realizarle la prueba preliminar homologada PIPH arrojó positivo para cocaína y sus derivados.

En igual sentido 350 frascos pequeños con tapa roja, 14 frascos pequeños con tapa fucsia, 150 frascos pequeños con tapa azul, y 56 frascos pequeños con tapa verde, los cuales contienen en su interior una sustancia sólida color beige, con características similares al bazuco, con un peso bruto de 1.635 gramos y peso neto de 185 gramos, los cuales

al realizarle la prueba preliminar homologada PIPH arrojó positivo para cocaína y sus derivados.

De otro lado 6 paquetes rectangulares con envoltura en una película plástica transparente que en su interior contiene una sustancia vegetal color verde, que por su olor y características se asemejan a la marihuana, con un peso bruto de 3.290 gramos y peso neto de 3.000 gramos, los cuales al realizarle la prueba preliminar homologada PIPH arrojó positivo para cannabis y sus derivados.

En igual sentido 252 cigarrillos envueltos en papel blanco, que en su interior contienen una sustancia vegetal color verde, que por su olor y características se asemejan a la marihuana, con un peso bruto de 265 gramos y peso neto de 216 gramos, los cuales al realizarle la prueba preliminar homologada PIPH arrojó positivo para cannabis y sus derivados.

Así mismo 5 cigarrillos con envoltura de color café, que en su interior contiene una sustancia vegetal color verde, que por su olor y características se asemejan a la marihuana, con un peso bruto de 210 gramos y peso neto de 115 gramos, los cuales al realizarle la prueba preliminar homologada PIPH arrojó positivo para cannabis y sus derivados.

Por último, tres (3) licuadoras discriminadas así: una de ellas color negro, marca recco, otra color roja marca Samurái, las cuales en su interior contienen residuos de una sustancia vegetal color verde, que por su olor y características se asemejan a la marihuana y el siguiente color plata marca Osterizer, la cual en su interior contiene residuos de una sustancia blanca, que por sus características físicas se asemeja a la base de coca, cada una de ellas con vasos plásticos.

Auto interlocutorio segunda instancia Ley 906

Acusada: Vicmary Maelbis Soto Pacheco
Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes
Radicado: 05001 60 00206 2022 05236
(0219-22)

Con un peso bruto = 6.240 GRAMOS, LICUADORAS) seguidamente se raspa el interior de dos de los vasos que presentan sustancia vegetal impregnada en sus paredes, obteniendo residuos de sustancia vegetal verde impregnada en sus paredes (sic); se homogeniza la sustancia y se toma su PESO NETO PN = 02 GRAMOS, la cual al realizarle la prueba preliminar homologada arroja PRUEBA PRELIMINAR POSITIVA PARA CANNABIS Y SUS DERIVADOS.

Seguidamente se raspa el interior del vaso restante el cual presenta sustancia en polvo color blanco, obteniendo residuos de sustancia pulverulenta color blanco impregnada en sus paredes; se homogeniza la sustancia y se toma su PESO NETO PN = 02 GRAMOS, la cual al realizarle la prueba preliminar homologada arroja PRUEBA PRELIMINAR POSITIVA PARA COCAINA Y SUS (sic).

Se afirma con probabilidad de verdad que la señora VICMARY MAELBIS SOTO PACHECO conservaba estas sustancias con la finalidad de venta en virtud de los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida en el transcurso de la investigación, la cual será objeto de debate en sede de juicio.”

En diligencias preliminares realizadas el 03 de marzo de 2022 ante el Juez Tercero Penal Municipal con funciones de control de garantías de Bello, luego de declararse la legalidad del procedimiento de captura y el control posterior a la orden de registro y allanamiento, la Fiscalía le formuló imputación a la señora VICMARY MAELBIS SOTO PACHECO por la autoría del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en heterogéneo con destinación ilícita de muebles o inmueble, cargo que no fue aceptado por la imputada. En la misma audiencia se le impuso medida de aseguramiento preventiva en centro carcelario.

Se radicó el escrito de acusación, la formulación oral se celebró el 10 de mayo de 2022 en el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Bello y la audiencia preparatoria se llevó a cabo el 14 de julio pasado, diligencia en la cual la Juez de primera instancia resolvió sobre las solicitudes probatorias elevadas por la delegada de la Fiscalía y el señor defensor.

2. LA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La Juez de conocimiento decretó la totalidad de la prueba testimonial deprecada por ambas partes, y frente a las documentales de la defensa decidió inadmitir por impertinentes los siguientes elementos: (i) informe fotográfico para establecer la ubicación del bar; (ii) informe fotográfico de la vivienda de la procesada de fecha 06 de mayo, bajo el argumento de que para tener conocimiento de la ubicación de dicho inmueble ya se cuenta con el contrato de arrendamiento; y (iii) el CD con 05 audios extraídos de WhatsApp entre las señoras Yuzmaira y Vicmary, fundamentalmente porque la primera de las mencionadas es testigo y en ese sentido indicará qué fue lo que conversó con la acusada, siendo el testimonio una prueba muchas más completa y pertinente en este evento.

3. LOS MOTIVOS DEL DISENSO

El señor defensor presentó su inconformidad únicamente respecto a la negativa de admitirse como prueba

documental el CD contentivo de cinco (05) audios extraídos de WhatsApp.

Al respecto, sostuvo no resulta cierto que como la señora YUZMAIRA PACHECO va a testificar en el juicio, la prueba documental tiene entonces menos valor probatorio pues, por el contrario, lo que busca es que la referida ciudadana ratifique el contenido de unos audios que ella misma envió y recibió, además de que verifique la procedencia de los mismos, esto es, que se trata de la misma aplicación y que el mensaje es auténtico y no ha sido manipulado.

Adujo que no comparte la apreciación realizada por la a quo para despachar negativamente su petición por cuanto si se parte de ese presupuesto solo se practicarían pruebas testimoniales y no habría lugar para las documentales porque se lleva a declarar a todos los peritos, investigadores y testigos, argumento bajo el cual deprecó que se permita el ingreso de los 05 audios como prueba documental al juicio a través del testigo de acreditación que dará cuenta de cómo los extrajo y sobre los cuales la señora YUZMAIRA PACHECO realizará el respectivo reconocimiento de los mismos, y así puedan ser estudiados en conjunto con el resto del acervo probatorio.

4. LOS NO RECURRENTES

La delegada de la Fiscalía deprecó la confirmación de la decisión de primera instancia en el entendido de

que como las personas que participan en los audios van a acudir a rendir su deponencia, no resulta pertinente que ingrese entonces el CD con los 05 audios extraídos de WhatsApp como prueba documental.

5. CONSIDERACIONES

De conformidad con el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, es competente esta Corporación para conocer, por vía de apelación, el auto proferido por la Juez Segunda Penal del Circuito de Bello en la audiencia preparatoria en punto de que inadmitió una prueba documental deprecada por la defensa al considerar que el testimonio que va a rendir una de las interlocutoras de dicha conversación suple el contenido de los audios extraídos de la aplicación de mensajería, destacando además que la deponencia deviene mucho más pertinente en el sub judice.

Entonces, el problema jurídico que entrará a estudiar la Sala corresponde en determinar si en el sub judice la argumentación ofrecida por el defensor deviene apropiada y suficiente en aras de que se decrete como prueba documental los 05 audios extraídos de WhatsApp o si los mismos deben ser inadmitidas por cuanto el testimonio de una de las personas que participó en los mensajes constituye una "mejor evidencia".

Y con la finalidad de entrar a estudiar de fondo el dilema planteado, esto es, el cumplimiento de la exigencias requeridas para que proceda el decreto de pruebas, resulta

importante señalar que la negativa a ordenar la práctica de determinados medios de conocimiento por parte de la judicatura, habiendo sido descubiertos oportunamente por las partes, solo puede obedecer a la circunstancia de que ella no conduzca a establecer la verdad sobre los hechos y circunstancias materia del proceso o que estén legalmente prohibidas o sean ineficaces o versen sobre hechos notoriamente impertinentes o manifiestamente superfluos.

El derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes, inseparable de la garantía fundamental a la defensa, implica el derecho a la proposición de la prueba y a que la que sea propuesta se admita cuando supera los parámetros de admisibilidad legalmente previstos (pertinencia, utilidad y legalidad) y se haya propuesto conforme a los factores legales.

Esa garantía al uso de la prueba pertinente demanda de quien la solicita, como carga procesal, argumentar en torno de su pertinencia y conducencia, esto es, explicar cuál es su objeto, qué se pretende demostrar con ese medio de conocimiento, que se avenga con la teoría del caso que sustenta su posición dentro del contradictorio (artículo 357 de la Ley 906 de 2004). En otras palabras, que lo requerido como prueba se halla inescindiblemente ligado a los intereses que fundamentan su específica teoría del caso. Ahora bien, la denegación debe ser razonada y motivada, lo que se traduce en una obligación para el juez de sustentar adecuadamente las razones de inadmisión.

En este caso concreto, escuchado el registro de la intervención del defensor al momento de solicitar la petición probatoria que fue inadmitida, el togado explicó que: *"tenemos señorita un CD con cinco audios extraídos del aplicativo WhatsApp de una conversación entre la señora YUZMAIRA PACHECO y VICMARY SOTO antes, durante y después de la captura. Estos audios señorita pues también va a fungir el testigo de acreditación, el investigador JUAN DAVID RAMÍREZ MONTOYA, y también los va a reconocer la señora YUZMAIRA PACHECO y serán pues totalmente pertinentes y útiles para que usted verifique qué comentaba, qué decía, qué manifestaba mi defendida incluso antes de la captura y después de la captura, para que usted pues también verifique la probabilidad de la teoría del caso de la defensa y pues los hechos endilgados por el ente persecutor sean menos probables."*¹

De conformidad con lo anterior, advierte esta Sala de decisión que le asiste razón al recurrente de cara a la admisión de la prueba documental deprecada, pues nótese que claramente el solicitante manifestó que su pretensión es incorporar al juicio, a través del testigo de acreditación JUAN DAVID RAMÍREZ MONTOYA, los cinco (05) audios extraídos de la aplicación WhatsApp para que la judicatura pueda tener conocimiento de la secuencia de la conversación sostenida entre la señora YUZMAIRA PACHECO y la acusada, es decir, para que se conozcan los dichos intercambiados entre ambas mujeres antes, durante y después de la captura de la señora SOTO PACHECO.

¹ Registro audio visual "03Preparatoria20220714.mp4" (audiencia preparatoria celebrada el 14 de julio de 2022). Minuto 31:17 a 32:12.

Adicionalmente, el defensor pretende corroborar la credibilidad de la señora YUZMAIRA PACHECO que como testigo de descargos declarará en el juicio oral, así como reforzar la veracidad de su relato, finalidad que claramente se encuentra incluida dentro de las eventualidades que conforman la pertinencia de una prueba y que se encuentran descritas en el artículo 375 del código de procedimiento penal.

Pero, más allá de lo expuesto en precedencia, tenemos que sobre el concepto de mejor evidencia la Corte Suprema de Justicia ha establecido que *"cuando se exhiba un documento con el propósito de ser valorado como prueba y resulte admisible, conforme con lo previsto en el capítulo anterior deberá presentarse el original del mismo como mejor evidencia de su contenido"*, y que *"se asume que la declaración del testigo que presencié los hechos es mejor evidencia que el testimonio de quien escuchó el relato sobre ese acontecer fáctico"*².

Adicionalmente, sobre los registros audio visuales o grabaciones, en el mismo proveído atrás citado la alta Corporación indicó que:

*"...por regla general **el respectivo registro constituye mejor evidencia que el testimonio de alguien que haya participado en la misma**, entre otras cosas porque: (i) el registro permite establecer con precisión las palabras utilizadas por los partes y el Juez, lo que difícilmente puede ser referido con exactitud por un testigo, (ii) con el registro se obtiene un conocimiento directo del tono, los énfasis y demás aspectos relevantes para desentrañar el sentido del mensaje, mientras*

² Corte Suprema de Justicia, radicado 51410 del 08 de noviembre de 2017.

que los testigos expresarán su percepción –y, quizás, su opinión-, sobre estos aspectos que pueden resultar trascendentes; (iii) si se utiliza prueba testimonial para demostrar lo sucedido en una audiencia, puede haber lugar a debates, en ocasiones interminables, sobre la percepción de los testigos, su rememoración, la incidencia de su rol o sus posturas jurídicas en la interpretación de lo sucedido, etcétera.”(Negrilla fuera del texto original).

De acuerdo con lo expuesto, observa esta Colegiatura que no resulta plausible sostener que en este evento el testimonio que pueda rendir la señora YUZMAIRA PACHECO en el juicio oral constituye una mejor evidencia que la prueba documental deprecada pues, como quedó establecido, no solo se trata de un medio de conocimiento con el que el recurrente pretende reafirmar la confiabilidad y credibilidad de una deponente, sino que además los audios de la conversación pueden resultar mucho más confiables en orden a establecer los pormenores y la veracidad de los mensajes que se pretenden incorporar.

En conclusión, observa esta Colegiatura que el elemento material probatorio deprecado por el señor defensor en el sub judice no podría ser catalogado como una evidencia con menor trascendencia o importancia que la práctica testimonial que podría recepcionarse en el juicio oral y por tanto resulta procedente la incorporación del CD con los cinco (05) audios extraídos de WhatsApp, ello bajo el análisis realizado en este proveído y con base en la argumentación ofrecida por el peticionario en punto de la pertinencia, conducencia y calidad del medio de conocimiento aludido.

En virtud de lo anterior, se revocará la decisión proferida por la Juez Segunda Penal del Circuito de Bello y en su lugar se admite como prueba documental el CD con cinco (05) audios extraídos de WhatsApp que serán introducidas con el investigador JUAN DAVID RAMÍREZ MONTOYA, al encontrarse satisfechos los requisitos legales y jurisprudenciales exigidos para tal fin.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la providencia proferida el 14 de julio de 2022 por la Juez Primera Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Bello en cuanto inadmitió la introducción de una prueba documental de las peticionadas por el señor defensor y, en su lugar, **SE ADMITE** la incorporación del CD con cinco (05) audios extraídos de WhatsApp que será introducido con el testigo de acreditación JUAN DAVID RAMÍREZ MONTOYA, para los fines que fue solicitada por la parte interesada.

SEGUNDO: Contra esta decisión no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RICARDO DE LA PAVA MARULANDA

Magistrado



RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ

Magistrado



JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ

Magistrado