



SALA PENAL

Radicado: 05-001-60-00000-2018-01494
Acusados: Yesid López Pineda
Delitos: Concierto para delinquir y tráfico,
fabricación o porte de estupefacientes
Asunto: Apelación de auto que niega pruebas
M. Ponente: Miguel Humberto Jaime Contreras

Aprobado por Acta No. 073

Medellín, dieciocho (18) de julio de dos mil veintitrés (2023)

1. EL ASUNTO

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía en contra del auto proferido por el Juzgado 5° Penal del Circuito Especializado de esta ciudad, el 7 de junio de 2023, que rechazó el decreto de una prueba testimonial y otra documental.

2. ANTECEDENTES

2.1. La acusación

El 5 de mayo de 2021, la Fiscalía acusó a *Yesid López Pineda* de ser autor del concurso de conductas de concierto para delinquir agravado (artículo 340 inciso 2° del Código Penal) y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado bajo el verbo rector vender (artículos 376 inciso 2° y 384 numeral b) del Código Penal), por hechos que habrían ocurrido en el barrio 12 de Octubre de Medellín, referidos a la organización criminal La Oficina del 12, dedicada a la comercialización al menudeo de

cocaína, actividad que se desarrollaría en cercanía de instituciones educativas, recreativas y hospitalarias, específicamente en relación con la existencia de una plaza de vicio denominada Los Callejones o La Inspección.

En este contexto fáctico, al señor Yesid López Pineda se le endilga ser una de las 13 personas que fueron individualizadas, mediante actos de investigación realizados en el segundo semestre del año 2018, que se dedicaban al tráfico de estupefacientes.

En concreto, se le acusa por una venta realizada el 18 de agosto de 2018 al señor Cristian Alejandro Alcalá López, a quien se le incautó una cápsula contentiva de cocaína, y por concierto para delinquir por pertenecer a la organización delincuencia ya mencionada entre el 9 de julio al 22 de noviembre de 2018, que fue el periodo que duró la actividad investigativa de vigilancia de personas y cosas.

En virtud de la ruptura procesal ordenada dentro de la actuación con CUI 05-001-60-00248-2018-00866, que se tramitaba en contra de otros ciudadanos por los mismos hechos y que decidieron terminar anticipadamente vía preacuerdo de este proceso, se desprendió otra actuación que, obviamente, discurre por aparte.

2.2. La solicitud probatoria de la Fiscalía

La audiencia preparatoria se realizó el día 7 de junio de 2023, culminando el descubrimiento probatorio, y las partes

enunciaron y pidieron las pruebas que pretendían hacer valer en el juicio.

En virtud de lo impugnado, solo se reseñará lo concerniente a la solicitud probatoria efectuada por la Fiscalía cuyo decreto fue denegado o rechazado por el juzgado de primera instancia.

En la audiencia preparatoria, la Fiscalía solicitó el testimonio del señor Cristian Alejandro Alcaraz López, quien se dice rindió entrevista al investigador Yesid Mosquera Alcalá el 12 de agosto de 2018, advirtiéndole que, si bien de manera específica no se mencionó como testigo a descubrir, sí se encuentra relacionado en la documentación que le fue entregada al defensor público en el escrito de acusación, en los numerales 59 y 60, por lo que no se estaría sorprendiendo a la defensa en la enunciación y utilización del testigo cuya información podría ser objeto de estipulación.

Anunció que este testigo servirá para acreditar la existencia de la conducta de tráfico de estupefacientes y de la estructura criminal dedicada a esa actividad en el lugar donde se hizo vigilancia de personas y de cosas, esto es, donde funcionaba la plaza de vicio de la organización Los Callejones, en relación con la compra de sustancia estupefaciente que el mismo testigo hizo en ese sitio.

Así mismo, solicitó como prueba documental la incorporación de un CD contentivo de 20 videos y que fue objeto de descubrimiento, en los que aparece el ciudadano Yesid López Pineda en la plaza de vicio de Los Callejones, incluyendo dentro

de la información digital la concerniente al video M2U02198 en el que se observará la venta de cocaína que se le hace al ciudadano Cristian Alejandro Alcalá López. Dice que la acreditación se hará con el testigo Juan Felipe Grajales López, quien realizó la vigilancia de personas, por lo cual, con esta prueba documental se fortalecerá sus conclusiones sobre las ventas de estupefaciente y la vinculación del acusado en mención con varios integrantes de la organización delincriminal.

El defensor se opuso al decreto de ambas pruebas. Con relación al testimonio de Cristian Alejandro Alcaraz López, consideró que la Fiscalía desde el mismo escrito de acusación debe darle claridad a la defensa sobre los elementos de conocimiento o prueba testimonial va a practicar en juicio, lo que no es lo mismo a solo descubrir entrevistas o informes para posibilitar enunciaciones y solicitudes probatorias conforme con lo descubierto. Preciso que, en este caso, aunque se alude a una entrevista de Cristian Alejandro Alcaraz López, este no fue solicitado en la acusación para testificar en el juicio oral. Entonces, entendió que lo no descubierto es que fuese a ser testigo, y alega que la defensa no puede prepararse para toda la información que contienen los elementos descubiertos, por lo que solicita su rechazo.

En lo atinente a los videos, sostuvo que el fiscal enunció dos CD referentes a interceptaciones telefónicas que debían ser incorporadas por la testigo de acreditación Ana Muñoz, y el CD sobre la extracción de información de los celulares sería introducido por el testigo Yesid Hincapié Ortiz, sin que en la enunciación probatoria se aludiera a videos contenidos en un

CD que fueran incorporados por el investigador Juan Felipe Grajales Ortiz, por lo cual, ante la falta de enunciación, pese a ser descubierto el elemento, evidencia que la Fiscalía no quería hacer esa solicitud probatoria, por lo que debe rechazarse.

2.3. La decisión de primera instancia.

El juez de primer grado decidió rechazar la declaración de Cristian Alejandro y el CD contentivo de 20 videos.

Respecto a lo primero juzgó que no es posible que la Fiscalía pueda recopilar un montón de información para que la defensa adivine cuál será la que va a utilizar y, por el contrario, en virtud del principio de legalidad, deberá indicar cuáles serán esos testigos que llamará.

Por tanto, no es carga de la defensa suponer cuáles testigos van a declarar, de modo que no sería posible establecerlo si la Fiscalía no hace la lista correspondiente, conforme con los requisitos de que trata el artículo 337, numeral 5, literal c) del Código de Procedimiento Penal, el que establece que el escrito de acusación deberá contener el descubrimiento de las pruebas, así como el nombre, dirección y datos personales de los testigos o peritos cuya declaración se solicita en el juicio.

Adujo que, precisamente, esto es lo que se echa de menos, es decir, cuando la Fiscalía omite el nombre de Cristian Alejandro Alcaraz López, así haya presentado las entrevistas relacionadas en los numerales 59 y 60 del escrito de acusación, con lo cual le estaría diciendo implícitamente a la defensa que

no llamará a declarar al entrevistado. Por tanto, rechazó esta prueba por falta de descubrimiento.

En lo que respecta al CD con los 20 videos que iban a ser introducidos por el investigador Juan Felipe Grajales, del que dijo la Fiscalía había realizado algunos seguimientos, el juez se preguntó dónde están esos seguimientos, puesto que no fueron enunciados y, aunque puede que hayan sido descubiertos, el inconveniente que encontró es que no fueron enunciados, lo cual conduce a que la defensa deduzca que esos videos no se pedirán como prueba documental o como evidencia digital.

Entonces, ante la falta de enunciación detectada estimó que no podrá decretarse dicha prueba documental, advirtiendo que tiene razón el defensor cuando dijo que los únicos DVD o CD de los que se hablaron fueron tres, dos con interceptaciones y uno con información de cuatro equipos celulares, sin que en ningún momento dentro de la enunciación se hablara de los 20 vídeos contenidos en un CD. Por ello, decretó el rechazo.

2.4. La sustentación del recurso de apelación y la opinión del no recurrente.

2.4.1. La Fiscalía sustentó el recurso de apelación bajo el entendido de que sí hubo descubrimiento probatorio por la enunciación en el escrito de acusación, dividiendo los elementos materiales o documentos de la relación de testigos, pues el descubrimiento se hizo entregando copia de la entrevista y copia del acta de incautación que aparecen

referenciadas en el escrito de acusación en los numerales 59 y 60.

Considera que la norma citada por el juez de primer grado no puede entenderse como lo está haciendo la judicatura porque una cosa es tener el nombre, la identidad y la dirección del testigo, y otra muy diferente es relacionarla como tal, arguyendo que en este evento efectivamente se está relacionado porque aparece el nombre del testigo y no es nada sorprendente ni sorprendente para la defensa porque, así se haya hecho caso omiso a una relación de testigos referenciados para las solicitudes probatorias, ello no significa que si no se menciona el nombre del ciudadano en ese ítem es porque no hay.

Alega que no existe una fórmula sacramental en la relación del material probatorio que se quiere hacer valer en juicio, puesto que se dividen testigos y elementos materiales, pero si en estos últimos aparece el nombre de este testigo, la forma no puede estar por encima de lo sustancial. Aduce que hay diferentes espacios, momentos y formas de descubrir, tal como se dice en la sentencia hito del 21 de febrero de 2007, radicado 25920, M. P. Javier Zapata Ortiz, en la que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia habla de varias formas de descubrimiento: una enunciando, otra entregando y otra prestando material para que la defensa lo conozca.

Con relación al CD que contiene los 20 videos que ya fueron referenciados, dice no recordar si los mencionó al momento de la enunciación; pero, independientemente de haberlo hecho o no, desde el momento en que se hizo la adición

de la acusación y, como efectivamente lo consignó el defensor cuando el juez le indagó si había sido completo el descubrimiento y contestó afirmativamente, desde ese momento ya se estaba asociando esa información y no como prueba documental, sino como evidencia digital que puede ser utilizada por el testigo de acreditación, el investigador Grajales ya mencionado.

Insiste en que pudo existir algún lapsus de la Fiscalía, pero debe centrarse en la enunciación en la audiencia preparatoria y en la solicitud probatoria que se hace de manera ya más profunda y abierta, siendo allí en donde efectivamente se hace una sustentación completa de cada requerimiento o pretensión probatoria, pues en la enunciación solamente se referencia y en ella habló del testigo investigador Grajales. Estima que hubo descubrimiento de los videos y se hizo la solicitud probatoria sobre el testigo de incorporación de esta evidencia digital también. Entonces, el hecho de que no se hayan referenciado estos videos, si así ocurrió como lo dice el juez, no significa que no se le permita hacer uso de la evidencia digital del trabajo del investigador porque no se pueden separar y los videos no ingresan solos, sino con un testigo de acreditación.

Agrega que no hay mala fe de la Fiscalía ni la pretensión de ocultar estos elementos materiales como evidencia digital para juicio, que se referenciaron desde mucho tiempo atrás, y el lapsus que se pudo haber presentado no es de tal magnitud para que prevalezca un formalismo sobre lo sustancial. Además, que no son actividades preclusivas porque la

audiencia preparatoria es integral y se está desarrollando, tanto que se puede renunciar a testigos después de hacer solicitudes probatorias.

En síntesis, solicita se revoque la decisión y, en consecuencia, se ordene la práctica del testimonio de Cristian Agudelo Alcaraz y se permita la utilización de la evidencia digital para que pueda introducirse con el testigo Juan Felipe Grajales Gómez.

2.4.2. El defensor, como no recurrente, advierte que, respecto del testimonio de Cristian Alejandro Alcaraz López, los requisitos para su decreto no constituyen un exceso de ritualidad, sino que hacen parte de un debido proceso probatorio.

Aduce que el sistema acusatorio regula la presentación del escrito de acusación y sus requisitos, entre ellos, el de señalar el nombre de los testigos, dirección y dónde podrán ser ubicados. Entonces, estima que no es un formalismo porque a partir de ese momento la contraparte puede diseñar su estrategia defensiva, esto es, sobre qué pruebas se van a practicar en el juicio, lo que implica saber qué pruebas requiere para descubrir, enunciar y solicitar. Por tanto, considera que el fiscal no cumplió con esa carga, en cuanto a la enunciación de los testigos que iba a hacer valer en juicio; por consiguiente, solicita al Tribunal se confirme en este aspecto la decisión de primera instancia.

Y con relación al segundo aspecto impugnado, indica que, si bien no existió mala fe del fiscal y pudo tratarse de un lapsus el no enunciar la prueba que iba a solicitar, el juez realizó el trámite que establece la ley procesal penal para el desarrollo de la audiencia preparatoria en la que hay varias etapas referidas a las pruebas como son las oposiciones al descubrimiento de la Fiscalía, descubrimiento de la defensa, enunciación probatoria y solicitud probatoria. Alega que la Corte Suprema de Justicia en muchas de sus decisiones se ha referido a ese orden y que no debe obviarse la enunciación, señalando esta como una etapa preclusiva frente a la solicitud probatoria.

Por tanto, la defensa solicita confirmar también la decisión de primera instancia referente a la incorporación de los videos.

3. CONSIDERACIONES

Acorde con lo expuesto, le corresponde a la Sala resolver si en el caso es procedente, o no, el rechazo de las pruebas solicitadas por la Fiscalía, específicamente el testimonio de Cristian Alejandro Alcaraz López por no ser descubierto como testigo y del ingreso de un disco compacto contentivo de 20 videos por carencia de enunciación.

3.1. Para resolver el primer problema jurídico planteado referente al decreto del testimonio de Cristian Alejandro Alcaraz López, deberá establecerse inicialmente si este medio de prueba fue debida y oportunamente descubierto como tal por el interesado, precondition básica para el posterior análisis de conducencia, pertinencia y utilidad.

En nuestro sistema procesal de juzgamiento vigente se entiende que la verdad la obtiene el juez de la contienda entre las posturas enfrentadas sobre los hechos y la responsabilidad del fiscal y el defensor, a quienes les corresponde recaudar los elementos materiales probatorios, las evidencias físicas y, en general, la información legalmente obtenida que sea del interés de su causa para aducir en el juicio a través de los medios de prueba a que haya lugar, previo descubrimiento, pues tal labor de las partes se realiza de manera independiente y sin que cada una de ellas conozca, en principio, lo indagado por su contraparte.

Lo esencial del descubrimiento probatorio es que hace posible la contradicción de la prueba descubierta o, en sentido contrario, cabría cuestionarse: ¿cómo podrá resistirse, contradecirse o impugnar lo que no se conoce? Ahora bien, esta labor de refutación o contradicción de prueba, para ser efectiva, demanda en no pocas ocasiones otras labores investigativas, algunas más complejas, lo cual explica la carga de descubrimiento que impuso el legislador a las partes y la correspondiente sanción en el evento de que se incumpla con este deber, tal como se desprende del contenido de los artículos 344 y 346 del Código de Procedimiento Penal que disponen:

ARTÍCULO 344. INICIO DEL DESCUBRIMIENTO. 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 conocimiento¹, 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.

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.

(...)

ARTÍCULO 346. SANCIONES POR EL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE REVELACIÓN DE INFORMACIÓN DURANTE EL PROCEDIMIENTO DE DESCUBRIMIENTO. 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 estará obligado a rechazarlos, salvo que se acredite que su descubrimiento se haya omitido por causas no imputables a la parte afectada.

¹ Aparte subrayado declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE por el cargo analizado por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1194-05 de 22 de noviembre de 2005, Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, 'en el entendido de que dicha potestad puede ejercerse independientemente de lo previsto en el artículo 250 constitucional que obliga a la Fiscalía General de la Nación, o a sus delegados, en caso de presentarse escrito de acusación, a "suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticia incluidos los que le sean favorables al procesado"'.

Así las cosas, es de concluir que la no demostración del descubrimiento oportuno acarrea el rechazo de la prueba, esto es, jurídicamente la ley no habilita al medio probatorio para acreditar lo que debió haber sido descubierto.

Entonces, para determinar si puede considerarse que existió un sorprendimiento para la defensa cuando la Fiscalía en la audiencia preparatoria efectuó la solicitud probatoria en cuestión, se hace necesario acudir a los antecedentes procesales a partir de la presentación del escrito de acusación por tratarse del momento desde el que inicia el descubrimiento para verificar si en realidad este existió.

De acuerdo con lo obrante en el expediente, en el acápite de relación probatoria contenido en el escrito de acusación, se especifica en el numeral 59: *“formato entrevista FPJ 14 de fecha 12 de agosto de 2018, recibida a Cristian Alejandro Alcaraz López, indocumentado, suscrita por Yeris Mosquera Alcalá, testigo de acreditación”*; y en el numeral 60: *“acta de entrega voluntaria realizada por el señor Cristian Alejandro Alcaraz López, suscrita por Juan Felipe Grajales Gómez, testigo de acreditación”*. Estos numerales se refieren a la prueba documental y, en cambio, en la enunciación de los testigos no se menciona a Cristian Alejandro Alcaraz López.

En la formulación de acusación que se llevó a cabo el 6 de mayo de 2021, la Fiscalía presentó unas adiciones de la relación probatoria consistentes en unos informes de campo, de laboratorio y de análisis de interceptaciones, así como los testimonios de Edwin Mauricio Quiceno, María Camila Ríos

Moreno, León Steven Valderrama Pulgarín y David Steven Muñoz, y del perito Yesid Hincapié Ortiz, omitiendo hacer mención de su pretensión de aducir el testimonio de Cristian Alejandro Alcaraz López.

En la audiencia preparatoria la Fiscalía enunció las pruebas que haría valer en el juicio y, dentro de ellas, el testimonio de Cristian Alejandro Alcaraz López, precisando que se trata de uno de los consumidores de estupefaciente. Ante la advertencia del juez y del defensor de que este testigo no aparecía como testigo en el escrito de acusación ni en las adiciones al mismo, el fiscal replicó que el testigo había sido mencionado en los numerales 59 y 60 de la relación probatoria del escrito de acusación.

Luego, al presentar la petición probatoria, la Fiscalía solicitó el decreto del testimonio de Cristian Alejandro Alcaraz López con base en el anterior argumento, es decir, que ya había sido mencionado en el escrito de acusación cuando se aludió a la entrevista rendida y al acta de entrega voluntaria de una sustancia, a lo que se opuso la defensa toda vez que no había sido debidamente descubierto como testigo.

En estas circunstancias, lo primero que se advierte es que el fiscal contraría a todas luces lo dispuesto en el artículo 337 numeral 5° literal c) del Código de Procedimiento Penal que impone la obligación de identificar a los testigos cuyo testimonio se solicite como medio de prueba y de esa forma evitar sorprender a su contraparte como expresión del principio de lealtad procesal. No se trata de que la ley exija una fórmula

sacramental, sino que lo que demanda es que se expresen claramente las pruebas que se pretenden hacer valer en el juicio, esto es, implica una carga para las partes y, a la vez, la contraparte está relevada de la obligación de hacer interpretaciones que podrían ser subjetivas e inciertas, pese a que la ley dispone que se haga con claridad.

Entonces, de entrada tenemos que el actuar de la Fiscalía fue irregular, es decir, no ajustó su actuación procesal a lo debido según la regla de procedimiento señalada, causa por la cual el examen debe centrarse en la trascendencia que tiene dicha irregularidad, es decir, si a pesar de ello no se mermaron las garantías de las partes o no se trastoca la estructura procesal, pues sabido es que se tiene el derecho constitucional a ser juzgado *“con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”*.

Puestos en esta labor, a primera vista se percibe que la solicitud del decreto del testimonio conllevó a que la defensa fuese sorprendida en tanto se trata de una pretensión de prueba que no fue descubierta en su momento y por ello no contaba con la misma para plantear su estrategia defensiva, de lo que solo se vino a dar cuenta en la audiencia preparatoria.

Aunque el fiscal del caso plantea que hubo descubrimiento al haberse mencionado el nombre del testigo en los ítems 59 y 60 del escrito de acusación, lo cierto es que estos se relacionaron como prueba documental consistente en la entrevista rendida por el declarante y el acta de entrega voluntaria que realizó, mas no fue plasmado dentro del acápite

de testimonios ni con posterioridad en la formulación de acusación se incluyó como adición.

Esta visión se acompasa con lo establecido al respecto por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia como puede observarse en el auto AP212-2020 del 27 de enero de 2021, Radicación No. 57103, M. P. José Francisco Acuña Vizcaya, en el que la Alta Corporación, al analizar un caso similar, determinó lo siguiente:

“(…)

Como se observa, la enunciación y solicitud de los referidos testimonios, en las condiciones descritas, generó una circunstancia novedosa para la contraparte, puesto que se trataba de pruebas que no fueron descubiertas y respecto de las cuales solo se vino a saber que hacían parte de la estrategia acusadora de la Fiscalía hasta que fueron enunciadas y solicitadas como tal en la audiencia preparatoria.

Nótese que, tanto en el escrito de acusación como en la audiencia de formulación de cargos, el fiscal no relacionó como testigos a los ciudadanos Alba Edith Cortés Reyes y José Eliecer Pineda López. En realidad, lo que observa la Sala es que únicamente se descubrieron las entrevistas recibidas a dichas personas por parte de la funcionaria del CTI Mariela Heredia García, las cuales se encontraban a folios 6 al 8 y 223 al 224 del cuaderno anexo No. 3, respectivamente.

Lo expuesto impone el rechazo de los testimonios referidos como sanción al incumplimiento del deber de descubrimiento oportuno, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 346 de la Ley 906 de 2004, que como ya se expuso, torna nugatoria la posibilidad de aducción, introducción o recaudo de toda prueba que no cumpla este presupuesto, con excepción de aquellos casos en los que la omisión no sea imputable a la parte interesada, hipótesis que no se presenta en este caso.

Cabe señalar que el razonamiento del delegado de la Fiscalía, adoptado en la decisión recurrida, según el cual deben considerarse descubiertos los testimonios referidos en razón a que en el escrito de acusación aparecen los nombres de dichos

ciudadanos, es equivocado, pues resulta contrario a lo descrito en los literales c y g del numeral 5° del artículo 337 de la Ley 906 de 2004, según los cuales deben identificarse por aparte los testigos cuya declaración se solicite, y las declaraciones o deposiciones con que cuente la Fiscalía.

Además, no se puede desconocer que el delegado de la Fiscalía, en el curso de la audiencia de formulación de acusación, contó con la oportunidad de aclarar lo concerniente a los testigos de cargo. Sin embargo, no lo hizo, y se ciñó exclusivamente a darle lectura al escrito, el cual, en el anexo correspondiente, solo contaba con prueba documental y testigos de acreditación a efecto de realizar la correspondiente incorporación, a pesar de que la normatividad procesal le imponía el deber de indicar expresamente el nombre de los testigos cuya declaración solicitaría a efectos de evitar sorprender a la contraparte, como en efecto ocurrió, lo cual implicó un menoscabo al principio de lealtad procesal que rige el sistema penal con tendencia acusatoria.

Por lo expuesto, la Sala revocará parcialmente la decisión adoptada en primera instancia, para en su lugar rechazar los testimonios de Alba Edith Cortés Reyes y José Eliecer Pineda López.”

Por lo anterior, el Tribunal considera que la decisión de primera instancia de rechazar el testimonio de Cristian Alejandro Alcaraz López por indebido descubrimiento es acertada y debe confirmarse.

3.2. Pasando al segundo tema de apelación que concierne a la prueba documental consistente en un CD con 20 videos que, en sentir del juez de primer grado, debe ser rechazada por falta de enunciación, resulta pertinente efectuar algunas acotaciones con relación al sentido jurídico procesal de la enunciación de la prueba, así como frente a la naturaleza y alcance del principio procesal de preclusión de los actos para concluir que en el caso concreto no resulta trascendente la carencia de enunciación que se le atribuye a la Fiscalía.

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; v) la Fiscalía y luego la defensa soliciten las pruebas que requieran para sustentar su pretensión, indicando la pertinencia y conducencia; y, finalmente, vi) el juez determina la procedencia del decreto de la práctica de las pruebas solicitadas.

Pese a la especificación de estos pasos, por sí mismos no configuran fases propiamente dichas, puesto que 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 del caso.

Sobre el principio de preclusividad de los actos, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en providencia del 1 de septiembre de 2010, Radicado No. 33686, con ponencia del Magistrado Sigifredo Espinosa Pérez, ha indicado que:

“Una característica del derecho procesal colombiano, es el carácter preclusivo de sus actos. Ello supone que cada trámite procesal se desarrolla a partir de etapas definidas, dentro de las cuales se toman decisiones y se agotan oportunidades, las que una vez superadas impiden devolver la actuación. En desarrollo de este principio, la Corte ha señalado:

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.”

²

Con idéntica dirección sostuvo:

En la sistemática procesal colombiana tiene arraigo el principio de preclusión, siendo desarrollo del mismo todas aquellas normas que en los diferentes ordenamientos adjetivos (Civil, Penal, Laboral, etc.) establecen términos y oportunidades para la realización de los actos procesales de los distintos sujetos del proceso, razón por la que puede afirmarse que son los términos los que cumplen con la trascendental función de determinar con precisión la época para la realización de las cargas procesales de las partes, los intervinientes, los auxiliares de la justicia y, también, de los funcionarios judiciales.³

Este andamiaje hace parte del debido proceso, donde en cada fase se cristaliza o se pierde una facultad procesal, la que a su turno permite que se avance en el juicio, siendo tal construcción progresiva la que dota de contenido el principio de preclusión de los actos, pues al acreditarse el final de una

² Sentencia de marzo 20 de 2003, radicado 19960

³ Sentencia de 15 de septiembre de 2008, radicado 30107

etapa, se obliga a abordar la siguiente, en un orden que se debe respetar hasta la culminación del proceso.”

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, manifestó la alta corporación 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 la presentación del escrito de acusación 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.

En el presente evento es de advertir que, dentro de la prueba documental enunciada por la Fiscalía, se hizo referencia a un DVD contentivo de la información extraída a cuatros equipos celulares y de dos CD que contienen las grabaciones de las interceptaciones telefónicas que utilizaba el acusado y María

Camila Ríos Moreno, sin hacer alusión al CD que contiene los 20 videos y que ahora es objeto de análisis.

No obstante, atendiendo a lo expuesto con antelación, si bien la Fiscalía, cuando se le dio la palabra para ello, omitió la enunciación del CD contentivo de 20 videos en los que se observaría al acusado en la plaza de vicio objeto de indagación y que se dice ingresaría con el testigo de acreditación, el investigador Juan Felipe Grajales Gómez, lo cierto es que dicha enunciación puede entenderse realizada con la solicitud de la prueba en la que se precisó la pertinencia y conducencia de su decreto, a lo que cabe agregar que la evidencia digital en cuestión había sido enunciada desde el escrito de acusación.

También debe entenderse que en la formulación de la acusación se anunció, porque se prescindió de su lectura por acuerdo entre las partes y el juez, que estimaron innecesario expresar la relación probatoria contenida en el escrito, que se entiende leída, salvo lo concerniente a las adiciones que fueron introducidas por el fiscal, por lo que puede sostenerse que, cuando menos, la Fiscalía enunciaba la evidencia digital en cuestión con la solicitud de la prueba, pues ello implica también anunciarla como tal.

Esta postura tiene su apoyo en la decisión del 3 de septiembre de 2014, proferida al interior del proceso con 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 pertinencia de la prueba, la Alta

Corporación 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”*, puesto que *“dichos razonamientos sí fueron expuestos por la Fiscalía, sólo que lo hizo al momento de la enunciación probatoria y no en uno posterior”* y que, por ende, no existían *“irregularidades constitutivas de una afectación sustancial al debido proceso o a una garantía debida a cualquiera de las partes”*.

Debe reconocerse que si la finalidad del trámite de la enunciación se da solo con miras a conocer qué pruebas se pedirán para determinar si se presentan estipulaciones, entonces no hace parte de un antecedente imprescindible del cual penda la suerte de la consecuente solicitud de prueba, como sí 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 enunció como quedó explicado, ora porque se entienda que al solicitarse se anuncia y no ha sido superada la fase de solicitud y decreto de pruebas; a lo que cabe agregar que hasta el momento no se ha efectuado estipulación alguna.

Por estos motivos, considera el Tribunal que, pese a que lo deseado es que se siguiera el orden lógico de los pasos propios de la audiencia preparatoria y que resulta inexplicable el lapsus de la Fiscalía, pues si bien es propio de la naturaleza humana

padecer desaciertos y olvidos, cuando se trata de actos de relevante importancia como es la acusación y la posterior solicitud probatoria en la audiencia preparatoria, la falencia no torna procedente el rechazo de la prueba por cuanto en realidad no existió una carencia de enunciación al entenderse que esta se hizo de manera concomitante con la solicitud de la prueba en cuestión.

3.4. En conclusión, la Sala revocará parcialmente el auto de primera instancia en cuanto rechazó el ingreso como prueba de la Fiscalía del CD contentivo de 20 videos y, en su lugar, se dispondrá su decreto. En lo restante se confirmará la decisión impugnada.


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

RESUELVE

Revocar parcialmente el auto recurrido en cuanto rechazó el ingreso de la evidencia digital consistente en un (1) disco compacto (CD) con veinte (20) videos que habrían sido obtenidos en virtud de las labores de vigilancia y seguimiento a personas realizadas por el investigador Juan Felipe Grajales Gómez y, en su lugar, disponer el decreto de esta prueba. En lo restante rige la providencia impugnada.

Contra esta decisión, la que queda notificada en estrados al momento de su lectura, no caben recursos, por lo que se

ordena la devolución inmediata del expediente al juzgado de conocimiento.



MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS
MAGISTRADO



PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN
MAGISTRADO



GABRIEL FERNANDO ROLDÁN RESTREPO
MAGISTRADO