



TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

Sala Penal

Medellín, trece (13) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

Radicado: 050016000000202100796
Delito: Homicidio agravado – Secuestro extorsivo agravado
Procesado: Harold David Saldarriaga Molina – Santiago García Colorado – Víctor Alonso Puerta Duarte
Asunto: Niega decreto de prueba – decide exclusión y rechazo
Interlocutorio: No. 4 – Aprobado por acta No. 16 de la fecha.
Decisión: Se abstiene de conocer – revoca parcialmente

Magistrado Ponente

Dr. LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

1. ASUNTO A DECIDIR

Procede la Sala a resolver la apelación presentada por el defensor de los señores **Harold David Saldarriaga Molina, Santiago García Colorado y Víctor Alonso Puerta Duarte**, en contra la decisión emitida por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Medellín, mediante la cual inadmitió la solicitud de práctica pruebas efectuada por la defensa, a su vez que despacho desfavorablemente para esta parte unas solicitudes de inadmisión y rechazo.

2. ACONTECER FÁCTICO

De conformidad con el escrito de acusación, los hechos que dieron origen a la presente actuación penal, lo son:

El 26 de abril de 2021, a eso de las 05:07 horas, en el kilómetro 2 vía al barrio El Jardín de Medellín, fue hallado incinerado el cuerpo sin vida de una persona que fue levantado legalmente mediante acta de inspección como “CADAVER SEXO MASCULINO NO IDENTIFICADO”, el cual posteriormente fue identificado como FEDERICO OSWALDO GALEANO GUERRA.

El mismo día a eso de las 13:00 horas el señor KEVIN JOAN GONZALEZ QUINTANA instauró denuncia en la que manifestó que el día anterior -25 de abril de 2021, a eso de las 4:30 de la tarde, mandó a un ciudadano de nombre FEDERICO -sin más datos- a entregar un estupefaciente llamado marihuana recreativa a una amiga y cliente llamada NATALIA a la unidad POBLADO DE VERACRUZ (bloque 11 apartamento 103), y tres minutos después lo habían llamado a decirle que tenían retenido a FEDERICO y que si no daba la suma de 20 millones de pesos se lo devolverían en una bolsa porque esa zona era de ellos.

El denunciante manifestó que tenía solo \$ 300.000 mil pesos y le suministran el número cuenta de ahorros no. 91292496619 del banco BANCOLOMBIA, suma que consignó a las 02:18 horas del 26 de abril de 2021, adujo que siempre se comunicaron desde el celular del amigo Federico -3244720151- al celular de su propiedad -3215810352-, y desde ese momento no se comunicaron más.

3. ANTECEDENTES PROCESALES

El 28 de abril de 2021, el Juzgado Doce Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Medellín legalizó la captura de los señores **Harold David Saldarriaga Molina** y **Santiago García Colorado**; acto seguido la Fiscalía les formuló imputación como coautores de los punibles de secuestro simple y homicidio agravado, cargos que no fueron aceptados por los ciudadanos imponiéndoseles medida de aseguramiento de detención preventiva en centro carcelario.

El 30 de abril de 2021, se realizó la legalización de captura de **Víctor Alonso Puerta Duarte**, formulándosele imputación como coautor de los punibles de secuestro extorsivo agravado y homicidio agravado, sin que mediara aceptación de responsabilidad e imponiéndosele medida de aseguramiento aflictiva de la libertad, intramuros.

El 25 de mayo de 2021, ante el Juez Séptimo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías, la Fiscalía General de la Nación adicionó la imputación respecto a los señores **Harold David Saldarriaga Molina** y **Santiago García Colorado** variando el punible de secuestro simple por el de secuestro extorsivo agravado.

El 11 de septiembre de 2021 se presentó escrito de acusación correspondiéndole la etapa del conocimiento a la Juez Primera Penal del Circuito Especializado de Medellín, Antioquia, quien presidió la formulación oral de la misma en audiencia celebrada el 14 de diciembre de esa anualidad.

Luego de múltiples aplazamientos, la audiencia preparatoria se efectuó el día 16 de diciembre de 2022, continuándose en varias sesiones los días 10 de marzo, 5 de mayo, 23 de junio y 4 de julio de 2023, fecha en la cual se decidió sobre las solicitudes elevadas por las partes respecto a los medios de prueba, decisión que fue atacada por la defensa de los encartados.

4. DE LAS SOLICITUDES EFECTUADAS POR EL DEFENSOR.

4.1. Peticiones probatorias.

La defensa de los señores **Harold David Saldarriaga Molina, Santiago García Colorado y Víctor Alonso Puerta Duarte** solicitó como prueba documental, lo siguiente:

1. Derecho de petición del 28 de junio del año 2022 enviado por el investigador de la defensa a la plataforma 123 solicitando información referente al proceso que nos ocupa con su respectiva respuesta, como fueron las grabaciones de radio para el día 26 de abril de 2021 entre las 5:00 a.m. y las 11:30 a.m. que consta de 15 folios por parte de la plataforma 123; otro derecho de petición de información con radicado 2022-10218147 de fecha 28 de junio de 2022, dirigido igualmente a la plataforma 123, solicitando información referente al proceso que nos ocupa con su respectiva respuesta relacionada con el procedimiento para la extracción de los videos con fecha 26 de abril de 2021 entre las 3:42 a.m. a las 4:45 horas frente a cámaras de seguridad públicas; piezas sobre acciones de tutela

conocidas del Juzgado diecisiete civil municipal de Oralidad y Juzgado Primero Penal Municipal para adolescentes adolescentes, ambos de Medellín, así como el fallo proferido por el primer de los Juzgados.

La pertinencia de esos documentos, radicaba en hacer menos probable el hecho investigado en razón a la imposibilidad que tuvo la defensa para acceder a esa información por su carácter de reservado.

2. derecho de petición de información con radicado 20221025921 del 29 de julio de 2022, dirigido a la plataforma 123, solicitando información frente al proceso que nos ocupa, reiterando lo solicitado en el derecho de petición de información del 28 de julio de 2022 con su respectiva respuesta, cuya pertinencia que pretende demostrar que el 123 no le entregó esa información a la defensa porque allí se requiere autorización judicial para la obtención de esta.
3. Derecho de petición de información con radicado N° 202210314748 del 16 de septiembre de 2022 dirigido a la plataforma 123 solicitando donde se indica cuál es protocolo para obtener información de cámaras de seguridad instaladas en la vía pública en el municipio de Medellín, petición probatoria encaminada a hacer menos probable la comisión de la conducta delictiva toda vez que allí se da respuesta del procedimiento que se requiere para obtener los datos de dichas cámaras de seguridad.

4. Derecho de petición del 7 de octubre del año 2022, dirigido al 123, con el cual se acreditaría si la información solicitada por la Fiscalía General de la Nación es pública o no y cuál es el procedimiento que se debe llevar a cabo frente a la extracción de información de esos elementos de circuitos cerrados de televisión, y adicionalmente indicará los derechos fundamentales involucrados en dicho acto de investigación.
5. Derecho de petición de información del 28 de julio 2022, dirigido al Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación, Área Acústica Forense, que pertinente porque se indica precisamente por la respectiva profesional del CTI que luego anunciaría, si la Fiscalía General de la Nación solicitó algún análisis técnico respecto de unos DVDS o CDS dentro de la presente investigación.
6. Derecho de petición de información del 28 de junio de 2022 dirigido al comandante del laboratorio de policía científica regional 6, solicitando información, con su respectiva respuesta, del cual se predicó pertinente por su relación con los actos de investigación de la Fiscalía respecto a interceptaciones donde participó el señor Víctor Alonso Puerta Duarte.
7. Derechos de Petición de información del día 28 de junio, 23 de agosto y 7 de octubre de 2022, dirigidos al administrador de la Unidad Residencial torres de San Sebastián, solicitando información respecto a unos registros, evidencia que consideró el defensor pertinente

para desentrañar la calidad de la información obtenida por el ente acusador y el procedimiento a través del cual la Fiscalía obtuvo esos videos en dicha unidad residencial y así decantar lo irregular del procedimiento de consecución.

8. Derecho de petición de información del día 14 de Julio de 2022, dirigido al gerente de la empresa de seguridad 1TEG SEGURIDAD LTDA., por medio del cual se solicitó información acerca de la extracción de videos de la unidad residencial torres de San Sebastián, con su respectiva respuesta, con lo cual el defensor pretende acreditar si ellos eran los competentes o no para entregar esa información y además, a quien le correspondía directamente entregarla, así como los requisitos que deben darse como tal para la obtención de dicha información, dada la calidad de los datos que se manejan allí.
9. Derecho de petición dirigido el día 09 de septiembre de 2022, al señor Jorge Luis Bello Olaya, Fiscalía 25 URI, solicitando información, acerca de procedimiento de interrogatorio a indiciado Jhonatan Esteban Granada Gil, con su respectiva respuesta y una acción de tutela contra esa Fiscalía, el que consideró pertinente y útil para determinar la manera en la cual se llevó a cabo ese interrogatorio a indiciado así como el mecanismo usado para llevar a cabo ese interrogatorio, específicamente si ese interrogatorio se firmó el Defensor que asistió al declarante.
10. Derecho de petición del día 25 de octubre de 2022, dirigido a la Fiscalía General de la Nación, sección de

Criminalística – Morfología, con su respectiva respuesta, firmado por la señora Paula Andrea Peña Londoño que usaría en juicio para efectuar oposición a los fotogramas traídos por el ente acusador en punto a determinar si llevó a cabo un cotejo morfológico frente a dicha situación para determinar que los que aparecen allí presentes son los aquí acusados.

11. Derecho de petición del día 25 de octubre de 2022, dirigido al Laboratorio de Policía Científica Regional N°6 de la Policía Nacional, sección de Criminalística – Morfología, del cual acudiría a juicio un testigo a manifestar si efectivamente se le realizó o no algún tipo de solicitud dentro del radicado que nos ocupa para llevar a cabo cotejo morfológico e introducir ese documento.
12. Derecho de petición del 27 de octubre de 2022 al Laboratorio de Policía Científica Regional N°6 de la Policía Nacional, dirigido al Intendente y Perito en Informática Forense (SIJIN-MEVAL) Jhon Alexander Agudelo Rodriguez, con su respuesta pertinente para determinar si el proceso de consecución del referido acto investigativo se ajustó o no a la Constitución y la ley, si se llevó a cabo dentro del término de ley, si estaban o no vencidos los términos para llevar a cabo dicho control posterior de dicho acto de investigación.
13. Derecho de petición del día 27 de octubre de 2022, dirigido al jefe del Laboratorio de Policía Científica Regional N° 6, con su respectiva respuesta, pertinente y útil para la defensa con miras a oponerse a la legalidad del acto de

investigación del fotograma de los videos obtenidos por el ente acusador, precisamente en determinar si ese acto se efectuó dentro de los términos legales y constitucionales para la legalización, con miras a determinar la legalidad.

14. Derecho de petición del día 27 de octubre de 2022, dirigido al centro de servicios Judiciales de Medellín, con el cual la defensa demostrará la irregularidad en el procedimiento, en la tramitación del acto investigativo, en donde la fiscalía General de la nación pretende traer a este estrado judicial elementos materiales probatorios y evidencias físicas que tienen que ver con extracción de información de teléfonos celulares.

Ahora, como prueba testimonial, solicitó la declaración de las siguientes personas:

1. Elyoenay Ariza Poveda, intendente adscrito a la sala de grabaciones del 123, quien se encargó de dar respuesta a varios derechos de petición, indicando la reserva de la información, frente a la extracción de información captada por cámaras de seguridad, si es o no base de datos y si es de acceso público, siendo requerido por la defensa este testimonio para que dé cuenta de la calidad de la información que se maneja en las bases de datos de la plataforma del 123, así como el procedimiento para la consecución de la información y si esa información que tienen en la plataforma de seguridad es de acceso público o privado.

2. Julio Cesar Loaiza Gaviria, Representante legal de la Urbanización Torres de San Sebastián, quien acudirá a juicio a referir es la naturaleza del dato que almacenan ellos en los circuitos cerrados de televisión de esa unidad residencial, su forma de almacenamiento y el proceso de consecución de esos registros, así como si ha recibido solicitudes por parte de los servidores de Policía Judicial que participaron en este proceso con ocasión de la ejecución de actos investigativos ordenados por la fiscalía y la forma en que le fueron solicitados los registros filmicos.

3. Juan Domínguez, gerente de la estación de servicio Terpel la mota SELOASEGURO, que subiría al estrado a relatar cómo se le solicitó la información atinente a los videos de ese establecimiento de comercio, en punto a establecer quién le solicitó la información, qué documentos le aportó, si se le aportó o no alguna acta del juez con función de control de garantías, si se respetaron o no los protocolos de cadena de custodia criminalística para la obtención de esos videos, y si estos son de acceso público o privado; así mismo, este declarante sería testigo de acreditación de ese derecho de petición que el mismo respondió a la defensa.

4. David Echeverry, empleado de la ESTACION DE SERVICIO LA MOTA TERPEL, que fue la persona que tuvo ese primer acercamiento con el Subintendente Jonathan Mejía dará cuenta de la manera, a través de la cual lo abordó este para la solicitud de estos registros, cómo se llevó a cabo el procedimiento de extracción de la información, si hubo orden judicial o no hubo orden judicial para la obtención

de esos videos y si se manejaron igualmente protocolos de cadena de custodia.

5. Jorge Raimundo Pinto Blanco, representante legal de la empresa de seguridad 1.TEG., quien incorporaría respuesta a la petición presentada a esa empresa manera frente a la legitimación para la obtención de los registros que quedan consignados en los circuitos cerrados de televisión.
6. Paula Andrea Peña Londoño, Coordinadora del grupo de Morfología Forense del C.T.I. de la fiscalía, seccional Medellín, testigo de acreditación de una respuesta a una solicitud de la defensa sobre cómo es ese procedimiento y cuál es la necesidad y del por qué se debe realizar cotejo morfológico o no para cotejar no solo imágenes fotográficas, sino imágenes a través de videos que se proyectan en lo que se conocen como los fotograma.
7. Jehisson Manuel Pacheco Ramírez, Mayor y jefe grupo regional de Policía Científica y criminalística No 6. Policía Nacional, con quien se introducirían las respuestas a 2 peticiones de la defensa al grupo de criminalística y se logre determinar los pormenores de sus actos investigativos plasmados en esas respuestas.
8. Intendente jefe Jhon Alexander Agudelo Rodríguez, Perito en informática Forense, testigo común requerido para abordar en el directo que dicho acto investigativo por él realizado pudo haber estado viciado dentro de todo lo que es el proceso de consecución y de formación.

9. Luisa Fernanda Ramírez Barrera, quien en su momento era Juez Cuarta Penal del Circuito de Medellín con quien se va a incorporar un derecho de petición, cuya pertinencia y utilidad recaba en sí dentro del traslado que dio la administración de justicia y más particularmente ella como titular del Juzgado Cuarto Penal del Circuito, reposa un oficio en donde se suspendió una audiencia por mala citación a la defensa frente a un acto de investigación de control judicial posterior a la extracción de información.
10. Duván Ferney Álvarez Atilano, investigador de la defensa, que llevó a cabo los actos de investigación aludidos anteriormente y rindió un informe el cual vendrá a sustentar en juicio oral, respecto a los resultados obtenidos en sus pesquisas.

4.2. Solicitud de rechazo.

El defensor de los procesados solicitó el rechazo por indebido descubrimiento, de varias órdenes de trabajo emitidas por el ente acusador, así como de los informes rendidos por el personal encargado de efectuar las respectivas indagaciones.

Además, solicitó de la primera instancia se rechazaran varias pruebas documentales obtenidas en el marco de esas pesquisas y en cumplimiento de las ordenes emanadas del Fiscal director de la investigación, así como la declaración de los peritos y testigos solicitados por el ente acusador.

4.3. Solicitud de exclusión

solicitó la defensa, la exclusión de unos videos de diferentes locaciones de la ciudad y una interceptación de comunicaciones al abonado telefónico del señor **Víctor Alonso Puerta Duarte**, por considerar que estos se obtuvieron con violación a garantías fundamentales, por cuanto los videos no fueron obtenidos por medio de búsqueda selectiva en base de datos y la interceptación tuvo su origen en el dato entregado por la hermana de **Puerta Duarte** sobre su número de teléfono, sin que esta fuera advertida del derecho constitucional de no declarar en contra de su consanguíneo, de acuerdo al canon 33 de la C.N

5. PROVIDENCIA RECURRIDA

Para los efectos del recurso, la judicatura de primer nivel resolvió las solicitudes efectuadas por la defensa, respecto de sus pruebas y de las pedidas por la Fiscalía, así:

1. Respecto a la admisión de las pruebas pedidas por el defensor de los señores **Harold David Saldarriaga Molina**, **Santiago García Colorado** y **Víctor Alonso Puerta Duarte** señaló la funcionaria de primer nivel que su solicitud de decreto fue confusa, en tanto pidió como propios varios elementos que fueron solicitados por la Fiscalía, con la diferencia de que el ente acusador si acreditó la carga de pertinencia, mientras que la defensa no hizo lo propio.

Para fundar su aserto, la *a quo* indicó que las peticiones de la defensa estaban encaminadas a establecer los procedimientos a través de los cuales se obtuvieron los

medios de prueba por parte de la Fiscalía, en punto a la legalidad e ilicitud de estos, pero no presentó argumentos direccionados a demostrar la existencia de los hechos, circunstancias de los mismos o desvirtuar la responsabilidad penal de los aquí acusados o hacer menos probable la teoría del caso de la Fiscalía y más probable la teoría del caso de la defensa.

Así, señaló la falladora de instancia inicial que la argumentación de la defensa no fue la adecuada, que fue por demás genérica, sin que se explicara la relación de los medios de prueba pedidos con los hechos y sus circunstancias, la identidad o la responsabilidad penal de los acusados, mucho menos para hacer más probable la teoría del caso de la defensa o menos probable la teoría del caso de la Fiscalía, motivos por los cuales no decretó ninguna de las pruebas pedidas por esa parte procesal.

2. Con relación a la extensa petición de rechazo por falta de descubrimiento realizada por la defensa, la funcionaria de primer nivel señaló que la única que sería cobijada con esa sanción serían las copias de los videos captados por las cámaras de seguridad internas y externas del establecimiento de razón social Los Coches ubicado en la carrera 51 No 51-44 en Medellín de donde se hizo fotograma y copia de la cadena de custodia criminalística de los videos obtenidos el 26 de abril de 2021, en lugar llamado Lavadero Los Coches, entre las horas 3:50 de la mañana y las 4:30 de la mañana de la fecha en mención.

Lo anterior, dado que en efecto estos elementos no fueron descubiertos en debida forma a la defensa por parte del ente acusador, tal como lo hiciera constar el mismo delegado fiscal, decisión de rechazo que también cobijaba el testimonio de Jhonatan Mejía.

Para los restantes medios probatorios de los que se solicitó exclusión por la defensa, indicó la falladora de instancia inicial que tales elementos si habían sido debidamente descubiertos y que de ello daba cuenta la revisión exhaustiva del escrito de acusación y su posterior adición, motivos más que deficientes para darse cuenta que no hubo un error en la labor del ente acusador.

Además, indicó que existió una confusión del togado entre rechazo e inadmisión respecto a la solicitud de sacar del debate unas entrevistas, cuyo uso es el de refrescar memoria, impugnar credibilidad o, como en el caso de Jhonatan Granada Gil, para ser tenida como prueba de referencia de conformidad con el canon 438 procesal, siendo estas declaraciones previas debidamente descubiertas a la defensa, por lo cual no había lugar a la inadmisión.

3. Al referirse a las solicitudes de exclusión elevadas por la defensa respecto a los videos obtenidos sin acudir a la búsqueda selectiva en base de datos, la falladora de instancia inicial señaló que varios de ellos fueron obtenidos con consentimiento del titular del registro y otros pertenecen a bases de datos públicas como el 123,

que relevan al ente acusador del deber de acudir ante el juez de Control de Garantías.

En lo atinente a la interceptación de comunicaciones de la que se pidió exclusión, la funcionaria judicial luego de hacer un esbozo sobre la regulación de este tipo de pruebas, señaló que su práctica estaba condicionada a que la Fiscalía acreditara el cumplimiento de los lineamientos legales y el control posterior.

Prosiguiendo con las peticiones de exclusión, retomó el tema de la prueba de referencia consistente en interrogatorio al indiciado que fue practicado a Johnatan Granada Gil, quien para el momento de la preparatoria había fallecido, señalando que la queja de la defensa atinente a que si este sujeto estuvo o no acompañado de un abogado, podría ventilarse en la práctica de la prueba; además, señaló el cumplimiento de todos los requisitos para la práctica excepcional de la prueba de referencia, negando la exclusión de este elemento.

6. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

El defensor de los encartados, en un extenso y confuso recurso, cuestionó la decisión que resolvió las solicitudes probatorias, con base en los siguientes argumentos:

1. Cuestionó el defensor la manera en que se resolvió por parte de la primera instancia las solicitudes probatorias, en tanto consideró que se omitió el pronunciamiento sobre varias de las pruebas pedidas por él y la Fiscalía, situación

que sin duda generaba una afrenta al debido proceso en varias de sus aristas, por no contarse con un pronunciamiento claro y de fondo sobre las postulaciones efectuadas.

2. En un segundo momento de su exposición, se refirió el recurrente a la inadmisión de todos los medios de prueba que pretendió llevar a juicio lo que generaba un estado de indefensión, señalando que sí cumplió con la carga de pertinencia para que estas probanzas fueran llevadas a la vista pública.

Así, adujo el censor que la pertinencia de sus medios de conocimiento iba direccionada a demostrar que los actos de investigación realizados por la Fiscalía en la obtención de sus pruebas eran errados y que todos los documentos que solicitó como pruebas fueron debidamente acreditados en su relación con la finalidad de enervar la tesis acusatoria, por lo que pidió de esta sede se revocara la decisión que inadmitió sus pruebas y se le decretaran estas.

3. Prosiguió su exposición el recurrente, quejándose de la flexibilidad que se instauró por la *a quo* respecto al descubrimiento probatorio, en tanto fue evidente que la Fiscalía no había cumplido con el deber de descubrir los elementos materiales probatorios, en tanto muchos de los medios de prueba que se pretenden llevar a juicio no fueron relacionados en el escrito de acusación y en la adición de este acto de parte.

Para el defensor, el despacho no verificó en debida forma el descubrimiento efectuado por el ente persecutor en sede de acusación, lo que se denotaba aún más si se tenía en cuenta que su contraparte enunció varios elementos de juicio en preparatoria que para él eran desconocidos, máxime cuando unos de los actos investigativos desplegados por la Fiscalía fueron órdenes a policía judicial que se les dio extensión con posterioridad a la acusación y que al momento de enunciarlas se desconocía las resultas de lo encomendado.

En razón de ello, indicó que se debía verificar el tema de la flexibilización del descubrimiento, por cuanto era inaceptable que el ente acusador adelantara actos de investigación que se le informan a la defensa mucho tiempo después.

4. Así mismo, se refirió a unas entrevistas de las cuales indicó que la *a quo* malinterpretó su solicitud, porque nunca pidió rechazo de estos elementos, sino inadmisión por considerarlas abiertamente impertinentes, mismas que fueron admitidas por la juez de primer nivel sin que guardaran relación esas atestaciones con algunos de los testigos pedidos por el delegado fiscal.
5. Se opuso a la decisión de la primera instancia, atinente a no excluir por violatorios de garantías fundamentales varios videos obtenidos por la Fiscalía sin que mediaran diligencias de búsqueda selectiva en bases de datos, por cuanto esos elementos contraían una afrenta a la

intimidad que debió controlarse en sede de control de garantías.

Además, señaló el recurrente que nunca el ente acusador ha entregado elementos que vislumbren que los propietarios de las cámaras donde se captaron los videos entregaron su consentimiento o que el otorgamiento del material filmico se hizo de forma voluntaria, para dar por sentado la ausencia de vulneración a derechos fundamentales.

Así mismo, deprecó que en esta sede se decretara la exclusión de unas interceptaciones de comunicaciones que fueron decretadas de forma condicionada por la primera instancia, dado que, en su sentir, fueron obtenidas de forma irregular por violarse el derecho a guardar silencio de la hermana de uno de los encartados.

6. En el cierre expositivo de sus censuras, el apelante cuestionó la prueba de referencia solicitada por la Fiscalía y decretada por la *a quo* atinente al interrogatorio al indiciado ya fallecido Jonathan Esteban Granada Gil, por considerar que el ente acusador contaminó a la juez por hacerle entrega del informe que daba cuenta de la muerte de ese testigo.

Además, se quejó de que el señor Granada Gil no había sido enunciado como deponente de cargo, lo que impediría que su declaración anterior entrase a juicio como prueba de referencia y tampoco cumplió con la carga de pertinencia ni de argumentación para que esa declaración

entrara al título antes señalado, máxime cuando la Fiscalía debió enfocar sus planteamientos de admisión a una prueba sobreviniente.

Con base en los planteamientos señalados, el defensor de los encartados deprecó de esta sede la revocatoria del auto confutado.

7. LOS NO RECURRENTES

6.1 Fiscalía

El delegado del ente acusador, señaló que la defensa no cumplió con la carga de pertinencia exigida para que su solicitud probatoria tuviera prosperidad en el estanco procesal respectivo, ni con ocasión a los derechos de petición, correos y tutela que pretendió ingresar, ni mucho menos con los testigos comunes deprecados.

En lo que guarda relación con la solicitud de rechazo, el fiscal indicó que todas las pruebas fueron debidamente descubiertas y que el defensor tenía conocimiento de todas y cada una de ellas, estando enterado del contenido de las ordenes de trabajo y precisando que sobre estas se expidió una orden posterior direccionada al cumplimiento de lo requerido.

Aunado a lo anterior, señaló que los videos de los que el censor se quejó en su recurso no fueron obtenidos de forma ilegal en tanto fueron adquiridos directamente del titular del derecho sobre los registros fílmicos.

Con ocasión de la censura respecto a la prueba de referencia, indicó el fiscal que la defensa confunde conceptos de prueba sobreviniente con prueba excepcional de referencia, siendo imprósperas las acotaciones del defensor en tanto si se acreditó la procedencia de esta probanza de cara a lo preceptuado en el código de procedimiento penal, por cuanto se estableció que el testigo había fallecido.

Por lo anterior, solicitó se confirmara el auto censurado.

6.2. Ministerio Público

Indicó el delegado del Ministerio Público que la defensa no cumplió en la preparatoria con la carga de pertinencia requerida para que prosperaran sus peticiones probatorias, por cuanto sus postulaciones probatorias solo se encaminaron a cuestionar actos de investigación del ente acusador.

Señaló que la defensa no puede acoger una postura defensiva y que cuando esta no prospera culpar a la judicatura de un estado de indefensión o de vulneración de derechos fundamentales.

Además, adujo que el defensor de los encartados no realizó un correcto ejercicio de oposición en la apelación, habida cuenta que lo que realizó en la interposición de la alzada fue reafirmar los argumentos expuestos en sus solicitudes iniciales.

También, señaló que no le asistía razón al recurrente respecto a la necesidad de efectuar controles jurisdiccionales a la

obtención de videos por parte de la Fiscalía, en tanto estos fueron entregados voluntariamente por sus titulares y que sí se logró acreditar la procedibilidad de la prueba de referencia en este preciso asunto, por la muerte del referido testigo.

En consecuencia, deprecó se mantuviera en firme la decisión censurada.

8. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

8.1. Competencia

En virtud de lo prescrito en el numeral 1 del artículo 33 de la Ley 906 de 2004 esta Sala de Decisión es competente para conocer del recurso de alzada propuesto por la defensa de los procesados en contra del auto proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Medellín, Antioquia.

8.2 El problema jurídico

Del contexto general de los planteamientos efectuado por el recurrente, se puede extraer los siguientes problemas jurídicos:

- ¿La decisión proferida por la juez de primera instancia respecto a la decisión sobre la admisibilidad, exclusión y rechazo de las pruebas fue debidamente sustentada?
- ¿Cumplió la defensa de los señores **Harold David Saldarriaga Molina, Santiago García Colorado** y

Víctor Alonso Puerta Duarte con la debida carga argumentativa de pertinencia al momento de realizar sus postulaciones probatorias?

- ¿Existió un indebido descubrimiento de las evidencias por parte de la Fiscalía que amerite aplicar en este evento la sanción de rechazo, en los términos deprecados por la defensa de los acusados?
- ¿El auto que admitió el uso de unas entrevistas para la Fiscalía por considerarlas pertinentes para el refrescamiento de memoria e impugnación de credibilidad, es susceptible de apelación?
- ¿Los materiales filmicos y la interceptación de comunicaciones que se pretenden llevar a juicio por parte del ente acusador fueron obtenidos con violación a garantías fundamentales?
- ¿Están dados los presupuestos legales para que el interrogatorio al indiciado rendido por el señor Jonathan Esteban Granada Gil, sea aducido en juicio como prueba de referencia, en razón al fallecimiento de este?

Para un mejor abordaje de los interrogantes planteados, la Magistratura resolverá cada uno por aparte.

8.2.1 ¿La decisión proferida por la juez de primera instancia respecto a la decisión sobre la admisibilidad, exclusión y rechazo de las pruebas fue debidamente sustentada?

Lo primero que se ha de decir es que los jueces penales tienen la obligación, entre otras, de argumentar sus decisiones, esto es fundamentarlas o motivarlas en debida forma, de conformidad con los hechos establecidos y las normas referentes a las peticiones elevadas, tal y como lo consagra artículo 162 de la Ley 906 de 2004¹.

La Corte Constitucional ha establecido que el deber de los jueces de motivar adecuadamente sus providencias irradia la esfera de las garantías fundamentales, en tanto se convierte en un derecho para las partes cobijadas con tales decisiones el conocer los argumentos y razones jurídicas que tuvo el funcionario judicial al resolver su petición de acuerdo a la interpretación de las normas que se proponen por la parte. Es decir, los jueces están en la obligación de hacer un ejercicio interpretativo calificado mediante el cual analice el alcance normativo de cara a los mandatos superiores y al caso concreto².

Entonces, una de las aristas del debido proceso y del derecho de defensa, es la obligación perentoria que tienen los funcionarios judiciales de fundamentar sus decisiones de fondo en forma adecuada, clara, precisa y suficiente de acuerdo a los hechos demostrados y las normas aplicables al caso, siendo también necesario que tales pronunciamientos guarden un parámetro

¹ “Las sentencias y autos deberán cumplir con los siguientes requisitos: ... 4. Fundamentación fáctica, probatoria y jurídica con indicación de los motivos de estimación y desestimación de las pruebas válidamente admitidas en el juicio oral.

5. Decisión adoptada.

6. Si hubiere división de criterios la expresión de los fundamentos del disenso. ...”

² Sentencia T-214 de 2012

mínimo de racionalidad lógica, para que, en últimas, sean comprensibles y puedan ser atacados mediante los respectivos recursos por las partes que se consideren afectadas.

Por su parte, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que el cumplimiento de dicha exigencia por parte de los operadores judiciales es fundamental para determinar la validez de la decisión, so pena de poner en riesgo garantías fundamentales tales como el debido proceso y el derecho de defensa.

Ha dicho la Corporación:

“...

De lo anterior se desprende como carga del operador jurídico, no solo en la sentencia, sino en las providencias que resuelvan aspectos sustanciales, referirse a todos los hechos y asuntos planteados en el proceso por los sujetos procesales (Ley 270 de 1996, artículo 55), con indicación expresa y concreta de las razones fácticas, jurídicas y probatorias que respaldan el sentido del pronunciamiento.

El numeral 4° del artículo 170 de la Ley 600 de 2000 (Decreto Ley 2700 de 1991, artículo 180) señala que en toda sentencia debe hacerse un análisis de los alegatos y la valoración jurídica de las pruebas en la que el juez ha de fundar su decisión, mandato que constituye reiteración de las fuentes Constitucional y Estatutaria de las que dimana la obligación a cargo del fallador de motivar adecuadamente sus decisiones.

Ahora bien, cuando en casación se aspira a quebrar el fallo por la trasgresión del debido proceso a consecuencia de vicios en la fundamentación de la sentencia, al recurrente le corresponde precisar qué aspectos de la apelación, o cuáles

inescindiblemente vinculados a ésta, no resolvió el superior jerárquico, y si tales defectos ocurrieron a consecuencia de alguna de las siguientes situaciones decantadas por la jurisprudencia³ como causa enervante por falta de motivación de la sentencia:

1) **Ausencia absoluta de motivación**, que se presenta cuando el fallador no expone las razones de orden probatorio ni los fundamentos lógico jurídicos en los cuales sustenta su decisión;

2) **Motivación incompleta o deficiente**, la cual se configura al omitir el juzgador el análisis de alguno de aquellos dos aspectos, o porque los motivos aducidos son insuficientes para identificar las causas en las que se sustenta el fallo, o porque se dejan de examinar los alegatos de los sujetos procesales en aspectos trascendentales para resolver el problema jurídico concreto;

3) **Motivación ambivalente o dilógica**, que se presenta cuando el juez incurre en contradicciones en la parte motiva que impiden desentrañar el verdadero sentido de la sentencia o las razones expuestas en ella son contrarias a la determinación finalmente adoptada en la resolutive; y

4) Motivación falsa o sofisticada, la cual tiene lugar cuando a través de una valoración incompleta o deformada de la prueba se construye una realidad diferente al *factum*, el juez se aparta abiertamente de la verdad probada, para llegar así a conclusiones abiertamente equívocas...”⁴ –Resaltos intencionales de la Sala-

Lo anterior permite entender, sin lugar a equívocos, que cuando el funcionario judicial omite motivar adecuada y coherentemente sus decisiones, no solo falta a sus deberes, sino

³ Sentencia de 12 de diciembre de 2005. Proceso N° 24.011

⁴ Sentencia emitida dentro del radicado 24108 de 2007.

que afecta garantías de las partes e intervinientes y por ende atenta contra el debido proceso; pues esa omisión en la que incurre constituye un vicio insubsanable dentro del trámite del proceso a su cargo.

8.2.1.1. Caso concreto

En el caso *sub-examine*, el defensor de los señores **Harold David Saldarriaga Molina, Santiago García Colorado y Víctor Alonso Puerta Duarte** se quejó en el recurso de apelación que el auto atacado por esa vía, carecía de una adecuada fundamentación y que no había resuelto de manera concreta todas y cada una de las peticiones efectuadas en el marco de las distintas sesiones de la audiencia preparatoria.

En razón de esas afirmaciones, es menester para la Sala analizar si en efecto el pronunciamiento judicial que resolvió sobre las peticiones realizadas en la preparatoria adolece de una debida fundamentación que pueda generar una afrenta a las garantías fundamentales de partes e intervinientes.

Pues bien, de la detenida escucha del audio contentivo de la sesión de la preparatoria donde se resolvieron las solicitudes sobre las pruebas efectuadas por partes e intervinientes⁵, se tiene que la funcionaria judicial de primer nivel efectuó una argumentación por separado de todas y cada una de las cuestiones que se le plantearon y debía resolver.

De la decisión adoptada, encuentra la Sala que esta sí abarcó los puntos que fueron referidos por las partes y el Ministerio

⁵ Sesión del 4 de julio de 2023

Público con relación a las postulaciones de pruebas que fueron puestas a su consideración, lo cual desvirtúa el aserto del recurrente en su intervención al proponer las censuras.

Si bien la manera en que se resolvieron las peticiones de prueba no fue la más ortodoxa y convencional, ello no indica que sea errada, pues dada la cantidad de solicitudes que se realizaron sobre distintos aspectos atinentes a la evidencia que se pretendía llevar a juicio, es apenas entendible que la funcionaria buscara una manera más adecuada para referirse a completitud de todo lo que se le puso de presente en el desarrollo de la audiencia.

El hecho de que la *a quo* no tomara uno por uno los medios de prueba pedidos por la defensa para referirse a la admisibilidad de estos, no es un aspecto que dé al traste con la debida fundamentación del auto; por el contrario, es apenas entendible que ante el cumulo de información y lo farragosa que se tornó la preparatoria por la cantidad de peticiones, la juez empleara un método argumentativo direccionado a brindar celeridad a la actuación, sin que ello, se itera, comporte una afrenta a las garantías de las partes o derive en una ausencia de debida sustentación del proveído atacado.

Lo anterior, refiere que la queja efectuada por la defensa evidencia más una oposición al estilo o forma de trabajo de la funcionaria judicial que una afrenta a sus deberes, situación que permite afirmar a la Sala que no existe la falta de motivación denunciada, razón suficiente para que la censura planteada por el apelante, en este aspecto, no prospere.

8.2.2. ¿Cumplió la defensa de los señores Harold David Saldarriaga Molina, Santiago García Colorado y Víctor Alonso Puerta Duarte con la debida carga argumentativa de pertinencia al momento de realizar sus postulaciones probatorias?

Lo primero que debe advertirse es que el trámite de la audiencia preparatoria tiene como fin, como su mismo nombre lo dice, preparar la realización del juicio oral, de allí que su objeto sea la depuración probatoria y delimitar el juicio oral a la práctica de las pruebas realmente, pertinentes, conducentes y útiles de conformidad a la teoría del caso planteada por las partes. En otras palabras, en este acto procesal se fija el objeto del litigio.

Para tal fin, se prevé en dicha diligencia el espacio oportuno para que cada una de las partes presente sus argumentaciones acerca de los medios de prueba que requieren para sustentar su teoría del caso, debiendo exponer en debida forma el aporte que el medio de convicción tendrá al punto del esclarecimiento de los hechos.

Dicha argumentación debe corresponder con la pertinencia, conducencia y la utilidad del elemento de prueba, tal y como lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia en decisiones como la emitida en el radicado 46153 del 30 de septiembre de 2015, en la cual refirió:

“Lo anterior pone de manifiesto la importancia de que la parte explique de manera sucinta y clara la pertinencia. Frente a este aspecto, cabe resaltar lo siguiente:

(...) Así, es claro que el tema de prueba de un proceso en particular está estructurado por los hechos o circunstancias relevantes para la aplicación de las consecuencias jurídicas consagradas en las normas seleccionadas por las partes como soporte jurídico de sus respectivas teorías.”

Y más adelante en la misma decisión expuso:

“La Corte ha precisado que el nivel de explicación de la pertinencia puede variar dependiendo del tipo de relación que tenga el medio de conocimiento con los hechos jurídicamente relevantes. Así, cuando la relación es directa, la explicación suele ser más simple, como cuando se solicita el testimonio de una persona que presenció el delito o de un video donde el mismo quedó registrado. Cuando se trata de pruebas que tienen una relación indirecta con el hecho jurídicamente relevante, como cuando sirven para demostrar un dato a partir del cual pueda hacerse una inferencia útil para la teoría del caso de la parte, ésta debe tener mayor cuidado al explicar la pertinencia para que el Juez cuente con suficientes elementos de juicio para decidir si decreta o no la prueba solicitada. (CSJ 08 Jun. 2011, Rad. 35130).

Debe considerarse, además, que el artículo 375 de la Ley 906 de 2004 regula con amplitud los ámbitos de pertinencia, razón de más para que la parte deba explicar si una prueba en particular se relaciona directamente con los hechos, se refiere a la identidad del acusado, hace más probable o menos probable alguno de los hechos o circunstancias relevantes, etcétera.”

Como se puede observar, la carga argumentativa de demostrar como una prueba esta directa o indirectamente ligada a la comprobación de un hecho de la acusación, a la identidad del acusado, a hacer más o menos probable un hecho o a la

credibilidad de otra prueba, es una cuestión trascendente para la fijación del litigio probatorio que evitará desgastes innecesarios de la Administración de Justicia y un acercamiento razonable a la realidad.

En ese sentido, el análisis que le corresponde efectuar a la judicatura en la audiencia preparatoria, de cara a la pertinencia del elemento material probatorio, debe ser flexible porque el verdadero filtro realmente se hace es en el propio juicio oral cuando esta es sometida a contradicción y a la apreciación directa del juez, así como en la valoración que este último efectúe del medio de convicción al momento de proferir la respectiva sentencia.

Por ello, el análisis que se realiza en este estadio procesal por parte del funcionario judicial no puede ampararse en criterios rígidos sino que, por el contrario, deben ser razonablemente flexibles al punto de tomar un baremo negativo para denegar los elementos de convicción en el sentido de solo inadmitir los que resulten **abiertamente** impertinentes, inconducentes o inútiles, máxime cuando en esta etapa del proceso el juez aun no conoce el contenido de los mismos, por lo que asumir posiciones muy estrictas para rechazar las respectivas solicitudes podría afectar el derecho constitucional a la prueba, mismo que constituye una arista fundamental del debido proceso.

Ahora, debe señalarse que esta carga de la argumentación en punto a la pertinencia, conducencia y utilidad de la prueba le corresponde al sujeto procesal que pretende su introducción al juicio oral, la cual depende del tipo de elementos de convicción que se pretenda introducir al debate, pues entre más ligada esté

la probanza con los hechos que se pretenden demostrar, menor será la carga argumentativa, como son, por ejemplo, los testigos directos de los hechos o los materiales filmográficos, estos últimos conocidos en la doctrina como testigos silentes, mismos que resultan sumamente importantes para ilustrar el desarrollo histórico de los hechos, lo que implica que la carga argumentativa que se le exige a la parte que pretende aducirlo en juicio, sea sumamente elemental y se deduzca casi que de la enunciación de la misma.

Ahora bien, cuando la parte pretenda solicitar como testigo directo a un declarante ya pedido por su contraparte, situación que dicho sea de paso es perfectamente viable (testigo común), la Corte venía sosteniendo una posición rígida al establecer que ese alegato de pertinencia tiene que ser diametralmente diferente al presentado previamente por quien solicitó la prueba para con ello demostrarle al juez que en realidad el interés que tiene en los dichos del testigo y que interesan para su teoría del caso, no lo podrá obtener a través del contrainterrogatorio, dada la limitación temática que impone la pertinencia con la que se decreta la prueba.

En otras palabras, la contraparte solo podría hacer uso del testigo común, cuando le demuestre al juez que su interrogatorio es totalmente diferente al de la parte solicitante en tanto servirá de sustento a su teoría del caso, que por supuesto, es diferente a la de su contradictor procesal.

Empero, si la motivación que hace la parte es similar a la que adujo la contraparte o, aunque así no lo sea, se advierte que la

información que requiere del testigo puede ser extractada en el contrainterrogatorio que le permite la práctica probatoria, debe considerarse que ese testigo común es impertinente y por tanto inadmisibile.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia así había definido el asunto:

“En lo que tiene que ver con las pruebas en común, particularmente la de carácter testimonial, es perfectamente viable dentro de la sistemática propia de la ley 906 de 2004, que tanto la fiscalía y la defensa coincidan y busquen valerse de los mismos testigos, pues es probable que un declarante pueda aportar información relacionada con el caso, que sirva tanto a la parte que lo requirió como a su contradictor, desde luego dentro del marco de la teoría del caso que cada uno pretende sacar adelante en el juicio, que suele ser antagónica en atención a los intereses que defienden.

En esos casos se justifica plenamente el interrogatorio directo de doble vía, porque según lo ha precisado la Sala, “en un proceso donde la Fiscalía y la Defensa han anunciado sus pretensiones de responsabilidad e inocencia, el sustento del interrogatorio directo sobre tales supuestos es sustancialmente diferente y por ende más que justificado, no puede tildarse en términos formalistas y anticipados de repetitivo, dado que la fiscalía interrogara sobre supuestos de responsabilidad y la defensa acerca de la inocencia.” (AP896-2015 Radicado 4501, febrero 25 de 2015.)

Naturalmente, a cada parte compete la carga de acreditar la pertinencia, conducencia y utilidad, que es una exigencia de carácter legal, sobre lo cual la Corte también ha puntualizado lo siguiente:

“Insiste la Sala en que no es que le esté vedado al defensor acudir a la práctica del testimonio común, **pero si lo hace debe tener en cuenta que le asiste el deber de agotar una argumentación completa y suficiente que le permita entender al juez de la causa por qué el contrainterrogatorio no será idóneo ni suficiente para satisfacer las pretensiones probatorias, encaminadas a sustentar la teoría del caso.**

(...)

“Lo dicho conduce a recavar que en el caso de pruebas comunes, a la defensa se le exige **una argumentación de pertinencia, conducencia y utilidad adicional a la que propone la fiscalía.** Lo anterior es lógico, porque como distinto es el rol que cumplen la parte acusadora y la parte acusada, entonces la necesidad e interés para acudir a la misma prueba es bien disímil para ambos. Es así que en un sistema en el que la práctica probatoria es rogada, a las partes, en especial a quien pretende oponerse al pliego de cargos, no le está dado reclamar la práctica de una determinada prueba “a ver qué pasa” o “por si acaso”, pues debe tener claro y hacérselo saber de manera explícita al juez o corporación de conocimiento - deber que también le corresponde a la fiscalía- qué es en particular lo que busca obtener de la prueba, cómo esta es idónea y eficaz para acreditar lo que se quiere y por qué es relevante para su postura o para el caso, según el interés que se defiende y, en especial, por qué el ejercicio del contrainterrogatorio es insuficiente para obtener la información que se pretende.⁶

No obstante lo anterior, en reciente decisión, la misma Corporación flexibilizó un tanto este criterio al señalar que esa

⁶ Radicado 49.307 del 3 de mayo de 2017

argumentación de pertinencia, conducencia y utilidad de una prueba en común, no debe ser tan exigente o estricta en términos de un señalamiento claro de objetivos opuestos a los indicados por la contraparte, precisando que, en todo caso, eso sí, debe existir un alegato individual de pertinencia como fundamento de una petición probatoria en punto a su particular teoría del caso.

Así lo expuso esa Sala:

Si la solicitud de prueba común se hace con el único propósito de cuestionar la credibilidad del testigo, dicha argumentación no satisface la pertinencia de la prueba, por lo que resultaría improcedente, entre otras razones, porque puede suplir dicho objetivo con el contrainterrogatorio⁷.

(ii) La pretensión de una prueba común tiene lugar en el marco de cada teoría del caso, incluso si la defensa no tiene interés de anunciarla, pues al menos tendrá como estrategia evidenciar que la Fiscalía no desvirtuó la presunción de inocencia del procesado. De modo que quien la solicita debe *«agotar una argumentación completa y suficiente»* sobre su pertinencia, con el fin de que el juez pueda establecer si se justifica o no decretarla⁸.

(iii) Dichas solicitudes se sustentan en los hechos del proceso contenidos en la acusación o aquellos que proponga la defensa *«cuando opta por una teoría fáctica alternativa»*⁹, así como los temas objeto de controversia o que hagan más o menos probable las circunstancias y credibilidad de otros medios, sin que conlleve a dilaciones del proceso¹⁰.

⁷ Cfr. AP948-2018, rad. 51882 y AP4281-2019, rad. 55798.

⁸ Cfr. CSJ AP896-2015, rad. 45011.

⁹ CSJ AP5785-2015, rad. 46153.

¹⁰ *Ibidem*.

(iv) Si bien, la Sala inicialmente sostuvo que tratándose de una prueba común, a la defensa debía exigírsele una *argumentación adicional* de pertinencia, conducencia y utilidad a la expuesta por la Fiscalía¹¹, en la actualidad se considera que el interrogatorio directo de una prueba se justifica en razón a que ambas partes persiguen objetivos antagónicos: la una de responsabilidad y la otra de inocencia¹².

Es decir, que cuando la defensa solicita una prueba, ya requerida por la Fiscalía, el interrogatorio directo «no puede tildarse en términos formalistas y anticipados de repetitivo»¹³ y, por esa vía, negar o condicionar su examen probatorio. Inclusive, con este enfoque se ha aceptado el decreto de prueba testimonial con homogeneidad de fundamentos de pertinencia de la Fiscalía y la defensa -en el marco de cada teoría del caso-, entendiendo que con la práctica de la prueba buscan elementos distintos¹⁴.

De lo anterior no puede extractarse otra cosa diferente a que el éxito en el decreto probatorio, además de que el medio sea lícito, legal y descubierto oportunamente a la contraparte, lo es que el alegato de pertinencia sea útil para acreditar una situación particular de la teoría del caso y que, en tratándose de un testigo de doble vía o común, la información que se requiera de este no pueda satisfacerse a través de la práctica del contrainterrogatorio, por lo que la carga argumentativa tiene que tener un mínimo explicativo de la utilidad y necesidad del testimonio directo.

¹¹ SP6361-2014, rad. 42864

¹² AP2901-2019, rad. 55136.

¹³ CSJ AP896-2015, rad. 45011 y AP2901-2019, rad. 55136.

¹⁴ Cfr. CSJ AP2901-2019, rad. 55136.

7.2.2.1. Caso en concreto

Para abordar el respectivo caso concreto, se tiene que la defensa realizó sus postulaciones probatorias en dos sesiones de la audiencia preparatoria¹⁵, comenzando por la respectiva prueba de carácter documental, en la cual mencionó varios derechos de petición y acciones de tutela, cuya finalidad en juicio era la acreditación de que las investigaciones de la Fiscalía no se realizaron siguiendo ciertos parámetros establecidos para ello.

Además, solicitó la admisión de varios testigos con los que pretendía atacar la legalidad de las pruebas obtenidas por la Fiscalía, así como acreditar los actos de investigación que se realizaron con miras a soportar su teoría del caso.

Ante las peticiones probatorias de la defensa, la juez despachó desfavorablemente las postulaciones, por considerar que si bien se esgrimió por esa parte procesal un bosquejo de lo que pretendía con esos medios de conocimiento, lo cierto es que no se acreditó la relación de la evidencia con los hechos, siendo esta determinación censurada por la defensa.

Pasando al abordaje de la resolución de las censuras, se comenzará por analizar lo atinente a la prueba que la defensa relaciona como documental.

En efecto, se tiene que los elementos que la defensa relaciona como evidencia de carácter documental obedecen a piezas que tienen relación con derechos de petición y sus respuestas y con tutelas que promovió en el marco de su actividad investigativa,

¹⁵ Sesiones del 10 de marzo y 8 de mayo de 2023.

las cuales, en sentido estricto, no contraen la connotación de prueba documental de conformidad con lo señalado en la normatividad penal imperante en Colombia.

Recuérdese que el canon 294 de la Ley 599 de 2000 define documento como *“toda expresión de persona conocida o conocible recogida por escrito o por cualquier medio mecánico o técnicamente impreso, soporte material que exprese o incorpore datos o hechos, que tengan capacidad probatoria”* acepción en la cual no podrían enmarcarse los resultados de sus actos de investigación que pretende introducir como prueba al juicio oral.

El hecho de que estos elementos se hubiesen obtenido plasmados en papel y en ejercicio del derecho de petición, no los hacen ostentar la connotación de documento en los precisos términos que la ley ha dispuesto, sino, por el contrario, son unas declaraciones previas al juicio oral que han realizado las personas consultadas respecto sobre un punto específico, máxime cuando la defensa enunció en su argumentación de pertinencia que estos versan sobre consultas realizadas respecto de la forma en que se realizaron ciertos actos investigativos por su contraparte y la legalidad de estos.

A lo sumo, esta evidencia podría servir como mecanismo de refrescamiento de memoria o impugnación de credibilidad a los testigos que los confeccionaron, si comparecen a juicio, pero no como una prueba documental autónoma de conformidad con lo antes señalado.

Ahora, solicitó el defensor el decreto del testimonio de Luisa Fernanda Ramírez Barrera, quien ostentaba la condición de

Juez Cuarta Penal del Circuito de esta Capital y daría cuenta en juicio del aplazamiento de una audiencia por mala citación a la defensa, en el marco de un control a un acto de investigación.

Pues bien, al analizar la exposición de pertinencia de este testimonio, encuentra la Sala que este resulta impertinente para el caso que ocupa, en tanto no guarda relación con los hechos o con algún medio de prueba que se quiera minar su valor suasorio.

No encuentra la Sala en la exposición del recurrente, cuál es la finalidad procesal de acreditar un aplazamiento de cara a los precisos hechos consignados en la acusación ni mucho menos la relevancia procesal de la respuesta a una petición, lo cual, se itera, no es prueba documental de carácter autónomo.

Son estos los motivos que conllevan a que se respalde la decisión de no tener en juicio la declaración de esta ciudadana a instancias de la defensa.

También, se solicitó por la defensa la práctica del testimonio de John Alexander Agudelo Rodríguez, testigo común con la Fiscalía General de la Nación, de la cual se observa que la carga de pertinencia esbozada no fue suficiente para que pudiera acceder a esta prueba como propia.

En efecto, al analizar la exposición realizada por el defensor, la Sala observa que sus planteamientos van netamente direccionados a oponerse a la veracidad e idoneidad de la labor realizada por este deponente, situación que no comporta una pertinencia distinta a la del ente acusador.

De lo anterior, refulge nítido que el querer de la defensa, denotado en su argumentación de pertinencia para con este testigo, es una temática que puede abordarse de manera completa en el ejercicio del contrainterrogatorio, no acreditándose la pertinencia adicional requerida que ha sido instaurada por los parámetros jurisprudenciales en la materia.

Por lo anterior, hay acierto hasta este punto del análisis en la decisión de primer nivel al no decretar la prueba documental y los testimonios antes enunciados, siendo menester analizar ahora los restantes testigos que solicitó el defensor en el marco de la audiencia preparatoria al juicio oral.

Así, se tiene que, en primera medida, el defensor de los acusados solicitó como prueba los testimonios de Elyoenay Ariza Poveda, Intendente adscrita al 123 de la Policía Nacional; Julio Cesar Loaiza Gaviria, representante legal de la Urbanización Torres de San Sebastián; Juan Domínguez, gerente de la estación de servicio Terpel la mota “SELOASEGURO”; David Echeverry, empleado de esa misma estación de servicio; Jorge Raimundo Pinto Blanco, representante legal de la empresa de seguridad 1.TEG; Paula Andrea Peña Londoño, Coordinadora del grupo de Morfología Forense del C.T.I. de la fiscalía, seccional Medellín; y Jehisson Manuel Pacheco Ramírez, Mayor y jefe grupo regional de Policía Científica y criminalística No 6. Policía Nacional.

En esencia, la pertinencia de estos declarantes estribó en que acudirían a juicio para deponer sobre aspectos puntuales referentes a los actos de investigación efectuados por la Fiscalía,

en punto a la legalidad y corrección de los referidos procedimientos, así como la introducción de respuesta a derechos de petición que ellos mismos contestaron.

Pues bien, como se dijo al inicio de la exposición por la Magistratura, las respuestas a derecho de petición no son prueba documental, por lo que no podrán ser introducidas al debate en esa calidad razón por la cual la declaración de estos sujetos en el juicio oral no podrá ser para tales efectos.

No obstante, con el primero de los aspectos enseñados en la pertinencia de los testigos, encuentra la Sala que sí le asiste razón al censor al pregonar que cumplió con esa carga de pertinencia exigida para que le pudieran ser decretados esos medios de conocimiento y su consecuencial práctica en la audiencia de juicio oral y público.

Si se hace un análisis de la exposición efectuada por el defensor al momento de exponer la pertinencia de esos declarantes, deviene diáfano que su finalidad no es otra que cuestionar la legalidad de los elementos de juicio que llevará la fiscalía a juicio, en punto específico de un ataque a la acreditación procesal de los videos, que dicho sea de paso son pruebas documentales que deben surtir ese rito y que, dados esos precisos planteamientos de pertinencia, no es posible de atacar con el contrainterrogatorio a los testigos de acreditación de la prueba documental.

Este aspecto, se enmarca perfectamente dentro de la viabilidad de práctica de pruebas en sede de juicio oral en tanto lo que se busca es cuestionar la forma legal de acopio de unos elementos

cuya introducción se pretende en juicio o, en últimas, el valor probatorio que puedan llegar a tener si se permite su aducción en el escenario procesal respectivo, siendo erróneo el planteamiento de la primera instancia atinente a que por no guardar relación directa con los hechos de la acusación, por lo que sí resultan impertinentes los testimonios.

Es claro que le asiste razón a la defensa al pregonar que los declarantes solicitados servirán como base para desacreditar la teoría acusatoria, en tanto busca con ellos, tal como se señaló, cuestionar la acreditación procesal de los documentos, en puntos tan nodales como la legalidad de la obtención de estos por parte del ente acusador y el respeto a garantías procesales en la forma de producción del elemento, labor plenamente válida y pertinente al interior del ejercicio probatorio de la audiencia de juicio oral.

Siguiendo con las peticiones inadmitidas por la primera instancia, se tiene que el recurrente solicitó la declaración de su investigador, el señor Duván Ferney Alzate Atilano, quien iría a juicio a introducir unos documentos y a hablar sobre los actos de investigación que realizó para la defensa.

Pues bien, respecto de este testigo ocurre una situación similar a la anterior en tanto es admisible que este concurra a la vista pública para el segundo de los objetivos, esto es, exponer los actos de investigación y los resultados derivados de ellos, siendo esta prueba también pertinente a la luz de los postulados legales y jurisprudenciales que rigen esta materia.

No puede pregonarse, como lo hizo la *a quo*, una ausencia de pertinencia respecto a este declarante, en tanto si se analiza entre líneas la estrategia defensiva, este testigo podrá brindar una información relacionada con el tema de prueba pretendido, como lo es la legalidad de los actos investigativos de la contraparte, siendo viable su práctica en el escenario probatorio.

A manera de colofón de lo decidido en este segundo abordaje del problema jurídico, para la Sala si resultan pertinentes los testimonios aquí señalados y que fueron solicitados por la defensa, pero solo para tocar la temática respectiva a la pertinencia de la oposición a la acreditación de los documentos resultantes de la actividad probatoria del ente acusador y que se manifiesta en unos videos.

Empero, las respuestas a los derechos de petición no podrán ser introducidas como prueba documental, en tanto no gozan de esa categoría probatoria, limitándose su uso al refrescamiento de memoria o a la impugnación de credibilidad para la contraparte, habida cuenta que el delegado fiscal ya los conoce en su integridad.

Por lo anterior, se dispondrá en este preciso punto la revocatoria parcial de la decisión tal como se explicitará en la parte resolutive y con amparo en los argumentos antes expuestos por la Corporación.

7.2.3. ¿Existió un indebido descubrimiento de las evidencias por parte de la Fiscalía que amerite aplicar

en este evento la sanción de rechazo, en los términos deprecados por la defensa de los acusados?

En un sistema de tendencia acusatoria, es decir en un modelo procesal de partes, es absolutamente necesario en desarrollo de los principios de lealtad procesal, debido proceso, imparcialidad, defensa, contradicción, objetividad, buena fe, transparencia e igualdad de armas que las partes en el momento procesal oportuno le informen a la contraparte acerca de todas las evidencias con las cuales van a ir a juicio a sustentar su teoría del caso o a oponerse a la de su contradictor, en palabras coloquiales, es necesario que las partes “muestren” con absoluta lealtad todas sus cartas de juego.¹⁶

En palabras de la Corte, el descubrimiento probatorio cumple por lo menos 3 objetivos: 1.) Les permite a las partes definir su estrategia probatoria y argumentativa; 2.) es insumo sustancial para analizar y si es del caso rebatir los argumentos de la contraparte sobre la pertinencia, conducencia y utilidad de los elementos materiales probatorios y 3.) Le permite al juez tener suficientes elementos de juicio para decidir sobre la admisibilidad de los mismos¹⁷. Lo anterior implica necesariamente, entonces, que es deber del juez velar porque dicho descubrimiento sea lo más completo posible.¹⁸

La violación a este deber procesal es tan trascendente para la estructura del proceso y la garantía de las partes en contienda,

¹⁶ C.S.J. Rad. 25920 de 2007

¹⁷ C.S.J. AP948-2018 rad.51882 de 07/03/2018

¹⁸ Ley 906 de 2004, art. 344

que implica el rechazo por parte del juez del medio de prueba, de conformidad con el artículo 346 procesal.

No obstante la claridad de esto, se han presentado inconvenientes hermenéuticos alrededor de lo que debe entenderse como “descubrimiento” y cuáles son los estadios procesales adecuados para ello.

La Sala de Casación Penal, en una sentencia del año 2007, por demás esclarecedora, llena de contenido el término en análisis, explicando que “descubrir” puede tener varias acepciones o alternativas desde el punto de vista procesal. En ese sentido descubrir es:

1. INFORMAR, en la oportunidad procesal reglada, sobre la existencia, naturaleza y ubicación de todos y cada uno de los elementos materiales probatorios.
2. ENTREGAR FÍSICAMENTE la evidencia cuando ello sea material y razonablemente posible.
3. FACILITAR EL ACCESO REAL a la evidencia en el lugar en el que se encuentren o dejándolos al alcance de la parte, de modo que pueda conocerlos a cabalidad y estudiarlos.¹⁹

Como se puede observar, varias pueden ser las formas de dar a conocer un elemento material probatorio o una evidencia, que incluso se pueden combinar; como también varios pueden ser los momentos procesales para ello, pues si bien es cierto la

¹⁹ C.S.J. Cas. Penal, Rad. 25920 de 2007

audiencia de acusación es el estanco apropiado para que haga el descubrimiento la fiscalía, y la preparatoria lo es para la defensa, ello no impide que eventualmente se habiliten otros espacios como la audiencia de imputación, la de medida de aseguramiento, la preparatoria para la fiscalía y/o la víctima, el mismo juicio oral o, incluso, espacios extra procesales siempre que las circunstancias lo ameriten, siendo lo realmente importante es que se garantice la indemnidad del principio de contradicción, que las partes se desempeñen con lealtad y que los fines constitucionales del proceso penal se cumplan.²⁰

Por último, es importante advertir que si bien es cierto hay varias formas de descubrir un elemento material probatorio, es lo cierto que el Juez debe estar atento a la naturaleza del mismo para determinar la forma más adecuada para materializarlo y con ello garantizar el derecho de igualdad de armas y contradicción.

7.2.3.1. Caso concreto

Uno de los debates más fuertes que se generó en el marco de la audiencia preparatoria, lo fue la extensa solicitud de rechazo que se realizó por la defensa sobre todas las evidencias solicitadas por el ente acusador.

Tal decisión fue despachada desfavorablemente por el Despacho de primer nivel, al considerar que no existieron tales ausencias de descubrimiento en el marco del proceso penal que se adelanta en ese Juzgado.

²⁰ Idem.

Ante la negativa, el defensor de los encartados promovió censura indicando, en lo esencial de su exposición, que la juez había aplicado criterios de flexibilidad al descubrimiento que representaban una afrenta a las garantías fundamentales y constituían sorprendimientos injustificados a la defensa.

Pues bien, al efectuar una revisión del descubrimiento realizado por el ente acusador, encuentra la Sala que este, tal como lo indicara la funcionaria de primer nivel en sus argumentos, fue completo y solo había como faltante un elemento, del cual el mismo Fiscal admitió no haberlo descubierto, por lo que fue objeto de rechazo.

Es más, nótese que el recurrente nunca afirmó no tener en su poder las evidencias, sino que se afincó en señalar que se le dio tiempo después de iniciada la preparatoria, situación que no genera ninguna afrenta a sus garantías fundamentales, en tanto no solo conoce los medios de prueba que llevará la Fiscalía a juicio, sino que, además, tiene materialmente en su poder estas evidencias.

Además, el recurrente efectuó reparos frente a ciertos elementos que tenían órdenes de trabajo que, en su criterio, fueron actualizadas con posterioridad a la acusación y que se cumplieron en ese lapso de tiempo; empero, como bien lo señaló el ente acusador al intervenir como sujeto procesal no recurrente, lo que se alega como actualización posterior a las ordenes no fue más que una directriz para que se diera cumplimiento a las órdenes de trabajo que ya se conocían.

Lo anterior, toma mayor acento si se tiene en cuenta que la defensa conocía cual era la finalidad de las ordenes y los elementos que con ellas se recabarían. El hecho de que estas solo se cumplieran luego de enunciadas no genera ningún sorprendimiento injustificado ni una afrenta al proceso de descubrimiento, en tanto la defensa conocía a completitud estos elementos materiales probatorios desde el momento en que fueron enunciados, sin que sea dable acoger su postura respecto a la aplicación del rechazo.

En ese sentido, los planteamientos efectuados por la defensa respecto a la decisión de no rechazar esos elementos, no tiene vocación de prosperidad.

7.2.4. ¿El auto que admitió el uso de unas entrevistas para la Fiscalía por considerarlas pertinentes para refrescamiento de memoria e impugnación de credibilidad, es susceptible de apelación?

Sobre la viabilidad del recurso de apelación frente a la decisión que dispone la admisión y práctica de pruebas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, tiene al respecto una línea jurisprudencial poco pacífica, pues en un principio estableció que el auto que decreta o acepta la práctica probatoria no es susceptible de recurso de apelación²¹; no obstante, el mismo cuerpo Colegiado varió su postura para indicar que el mismo devenía procedente, siendo esta la

²¹ Auto del 20 de marzo de 2013, radicado 39.516, criterio que luego de una decisión en contrario, fue retomado en la sentencia del 30 de noviembre de 2011.

posición²² que permaneció de referente hasta el año 2016, al punto que en decisiones de tutela proferidas en contra de este Tribunal esa Corporación tachó de vías de hecho las providencias de algunas Salas de decisión en las que razonada y fundadamente decidían apartarse de esta última postura de la Corte Suprema, acogiéndose a la que anteriormente manejaban y, en consecuencia, se abstenían de resolver el recurso propuesto ante las admisiones probatorias.

Empero, un pronunciamiento del año 2016 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, decidió adoptar nuevamente su postura anterior considerando que frente a la orden de admisión y práctica probatoria resulta improcedente el recurso de alzada, enfoque que siempre ha compartido esta Sala en sus decisiones al respecto; permitiéndose aclarar que, incluso, si en alguna oportunidad esta Colegiatura aceptó la procedencia del recuso ya aludido fue estrictamente por respeto al precedente jurisprudencial, más no por convicción jurídica de que así debía ser.

La última decisión emanada de la Corte Suprema, establece:

“Ahora bien, examinadas al detalle las posturas antagónicas, vale decir, la que se inclina por negar el recurso de apelación al auto que admite pruebas, y la que lo concede, estima la Sala necesario reformular la tesis vigente, arriba transcrita en lo sustancial, en tanto, advierte que allí se desconoce el tenor de lo que la ley consagra al efecto, pasando por alto, también, la naturaleza diversa que comportan las decisiones de aceptación y

²² Auto radicado 41106 del 22 de mayo de 2013, providencia que sigue la línea de los autos radicados 36562, 39848 y 39474 del 13 de junio, 26 de septiembre y 17 de octubre de 2012, entre otras.

negación de medios probatorios, conforme la finalidad que anima el proceso penal, sin tomar en consideración, además, principios básicos de la sistemática acusatoria condensada en la Ley 906 de 2004.

...

Corolario de lo antedicho, ninguna mengua sufre la estructura del sistema acusatorio, o los derechos a la doble instancia y contradicción, cuando el legislador, en ejercicio del poder de configuración que le asiste, reflejado en la normatividad traída a colación en esta providencia, decidió que solo se puede apelar el auto que deniega o imposibilita la práctica de una prueba –no el que la concede-; más aún, si en cuenta se tiene, de cara a los límites de esa facultad, que no se aprecia i) un atentado a los fines del Estado, tales como la justicia o la igualdad, ii) violación a los derechos fundamentales de las partes, iii) desconocimiento de los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la definición de las formas e, iv) imposibilidad de la realización material de los derechos y de primacía del derecho sustancial sobre las formas, conforme lo ha señalado la Corte Constitucional (CC C-227/09).

Precisamente, en torno de los fines que gobiernan la práctica de pruebas y su naturaleza de medios encaminados a demostrar la particular teoría del caso de las partes, observa la Sala cómo, dentro del necesario balanceo obligado de hacer en la determinación de cuál es la mejor manera de adelantar el proceso y los sacrificios que ello implica, con la decisión legislativa de conceder el recurso de apelación solo para la decisión que deniega pruebas, se obtiene un resultado mejor que en caso de aceptarlo en general.

En efecto, cuando se niega la práctica de determinada prueba, ello de inmediato anula cualquier posibilidad de hacer valer la información que ella contiene e incluso se puede afectar fuertemente la teoría del caso de la parte, si la misma se fundamenta en ese elemento de juicio.

Así se entiende que la decisión denegatoria deba posibilitar la alzada, visto el daño que puede producir.

De manera diferente, si el juez acepta la práctica de determinado medio de convicción, no sólo se habilita que su contenido pueda ser utilizado para soportar la tesis de la parte, sino que, además, existe la posibilidad de controvertir esa determinada prueba directamente a partir del ejercicio de confrontación o con la presentación de otros elementos de juicio que la confute.

...

Así las cosas, para la Sala respecto del auto que admite pruebas (numeral 4° del artículo 177 de la Ley 906 de 2004), únicamente procede el recurso de reposición, mientras que contra el que deniega o imposibilita la práctica de las mismas, sí es dable promover el de apelación.”²³

Es de advertir que esta doctrina jurisprudencial se encuentra vigente hasta el momento.

En esta misma línea argumentativa, ya de vieja data, esta Sala de decisión ha venido manifestando que efectivamente el artículo 20 de la ley 906 de 2004 que se ocupa de la norma rectora de la doble instancia, la impone respecto de decisiones que afectan la libertad del imputado o acusado, las que afecten la práctica de pruebas o que tengan efectos patrimoniales, pero lo cierto es que con fundamento en una interpretación sistemática de las normas que rigen el tema, no puede entenderse que cualquier decisión que involucre la práctica de pruebas admite por sí misma la posibilidad de recurrir ante la segunda instancia.

²³ Auto Radicado AP 4812-2016, 47469 del 27 de julio de 2016

El artículo 177 del Código de Procedimiento Penal al ocuparse del recurso de apelación y las providencias contra las cuales procede, no incluye el auto que decreta las pruebas, limitando esa posibilidad para el auto que deniega la práctica de pruebas o el que decide sobre la petición de exclusión de una prueba del juicio oral. Por su parte el artículo 359 del mismo ordenamiento, en su inciso final confirma lo consagrado en la norma citada en precedencia, al disponer que cuando el juez excluya, rechace o inadmita una prueba deberá motivar oralmente su decisión y contra esta determinación si procederán los recursos ordinarios.

Este Tribunal ha entendido que por erróneo que sea el decreto de una prueba, dado su carácter impertinente, inconducente o superfluo, estos defectos pueden destacarse al momento de su práctica en el juicio oral o en los alegatos finales, para que el juez la valore de manera adecuada o deje de valorarla. Cualquiera de esas hipótesis puede ser adoptada por el juez aún al momento de fallar, de allí que no resulte esencial al ejercicio adecuado de los derechos de las partes, el que la decisión que decreta pruebas sea recurrible en apelación.

Considera, entonces, esta Sala de Decisión que permitir la apelación de las decisiones que admiten la práctica probatoria atentan contra una justicia pronta y efectiva, ya que aceptar la alzada frente a esas decisiones es desvirtuar el verdadero espíritu de la norma, pues la depuración probatoria es una figura que compete al fallador; así también, la eficacia probatoria debe ser analizada exclusivamente por los sujetos procesales previo a la presentación de la evidencia, quienes

libremente, dentro de un sistema no regido por tarifa legal, pueden optar por aducir los elementos que consideren pertinente para llegar al convencimiento del juez, funcionario último, que en todo caso es quien determina si la prueba fue o no eficaz.

Finalmente, debe quedar claro, entonces, que las decisiones susceptibles de recurso de alzada y relacionadas con práctica probatoria solo son aquellas que **niegan, rechazan o deciden sobre la exclusión de una prueba**, pues en sentido contrario, las decisiones que decretan las pruebas solo serán susceptibles del recurso horizontal de reposición, ello por cuanto, además, rescata el mandato constitucional de una justicia pronta y efectiva.

Lo anotado, constituye razón suficiente para que esta Colegiatura entienda que si los artículos 20 y 177 del CPP, de manera expresa limitan el recurso de apelación a la decisión que afecta la práctica probatoria, es decir, a la decisión que no la permite, la única disposición susceptible de alzada es aquella que decida sobre el rechazo o exclusión de la misma.

7.2.4.1. Caso concreto

En lo que tiene que ver con la solicitud de inadmisión que planteó la defensa respecto de unas entrevistas descubiertas por la Fiscalía por considerarlas impertinentes, dado que no se relacionan con ninguno de los testigos solicitados.

Ante esa petición, la juez de primer nivel despachó desfavorablemente lo querido por el defensor indicando que las admitiría para que fueran empleadas en la impugnación de credibilidad o refrescamiento de memoria.

Ante lo anterior, el defensor promovió recurso de alzada en los mismos términos de la solicitud inicial.

Así, se tiene que de conformidad con la sólida línea de pensamiento de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal y que es compartida por esta Magistratura, el recurso de apelación contra la decisión que admitió el uso de esas entrevistas es abiertamente improcedente, razón más que suficiente para que la Sala se abstenga de conocer esa censura.

7.2.5. ¿Los materiales filmicos y la interceptación de comunicaciones que se pretenden llevar a juicio por parte del ente acusador fueron obtenidos con violación a garantías fundamentales?

El artículo 29 de la Constitución Nacional de Colombia consagra que: “*Es nula, de pleno derecho, la prueba **obtenida** con violación del debido proceso*”. (negrilla fuera de texto).

Por su parte, el artículo 23 de la Ley 906 de 2004 regula la cláusula general de exclusión al disponer que:

“Toda prueba **obtenida** con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal. Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o

las que sólo puedan explicarse en razón de su existencia”
(negrilla fuera de texto).

También el artículo 276 de la Ley 906 de 2004, establece que la legalidad del elemento material probatorio y evidencia física depende de que en la diligencia en la cual se recoge **o se obtiene**, se haya observado lo prescrito en la Constitución Política, en los tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes y en las leyes.

Así mismo el artículo 455 del CPP, señala unos criterios para establecer el alcance de la nulidad de las pruebas obtenidas con violación de las garantías fundamentales, y las excepciones a la misma y finalmente el artículo 457 de la misma normatividad, desarrolla la nulidad por violación del derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales.

De esta manera, la prueba es ilícita o ilegal cuando se obtiene, recauda o produce con violación de derechos y garantías fundamentales, es decir toda aquella en la que para su consecución se irrespeta de manera sustancial la ley o la Constitución. Presentada tal circunstancia, el medio probatorio debe excluirse del proceso y no podrá formar parte de los elementos de convicción que el juez sopesa para adoptar la decisión en el asunto sometido a su conocimiento, sin que el funcionario judicial pueda anteponer su discrecionalidad, la prevalencia de los intereses sociales ni ningún otro tipo de consideraciones al respecto.

De acuerdo con lo anterior, es claro que el deber de atender los postulados legales y constitucionales atrás reseñados, necesarios para predicar la licitud o validez de una prueba que

se pretenda aducir a un juicio oral o con la que se busque preconstituir prueba, es una exigencia legal y jurisprudencial establecida para las partes e intervinientes procesales.

Un primer filtro muy probablemente se hará ante el juez de control de garantías, pues de acuerdo a sus funciones legales y constitucionales le corresponde a este funcionario velar por la legalidad de la actividad investigativa de todos los involucrados en el proceso penal -especialmente la de la Fiscalía General de la Nación-, cuando hay afectación de derechos fundamentales.²⁴

Si el juez de garantías decide excluir la evidencia y tal decisión queda en firme, aquella no puede de ninguna manera ingresar ya al caudal probatorio del proceso, por lo cual se puede predicar de tal determinación que hizo tránsito a cosa juzgada material y por lo mismo tal cuestión ya no puede ser planteada en la audiencia preparatoria ante el juez de conocimiento.

Por el contrario, si la decisión del juez de garantías es la de no excluir el elemento de convicción, la misma no hace tránsito a cosa juzgada material y el debate puede ser nuevamente planteado por la parte afectada ante el juez de conocimiento en la audiencia preparatoria²⁵, o incluso de manera excepcional en el juicio, ello, por cuanto es este funcionario, como el competente para resolver de fondo el caso, quien en últimas decide que pruebas pueden ingresar o no al juicio.

Ahora bien, sea que la parte afectada plantee por segunda vez la cuestión de la exclusión de evidencia, cuando persiste su

²⁴ C.N., art. 250, C.P.P., art. 39

²⁵ C.P.P., art. 360

desacuerdo con lo decidido por el juez de garantías, o lo esté haciendo por primera vez, en razón de que el asunto no fue sometido al control de dicho funcionario judicial, lo que debe quedar absolutamente claro es que el debate ha de estar circunscrito de manera exclusiva a la forma como se obtuvo el medio de convicción o la evidencia y nunca a aspectos de la responsabilidad misma del procesado, pues esto es propio del objeto del juicio oral.

Planteado de manera apropiada por una de las partes este debate, bien el juez de control de garantías, en audiencia preliminar, o el juez de conocimiento, en sede de audiencia preparatoria o excepcionalmente en el juicio²⁶, deberán abrir el espacio procesal adecuado para que las partes e intervinientes puedan alegar y probar sobre la manera cómo se obtuvo la evidencia, donde obviamente la carga de la prueba demostrativa del vicio corre a cargo de quien solicita la exclusión.

7.2.5.1. Caso concreto

En lo que guarda relación con el problema jurídico planteado, la Fiscalía solicitó la aducción en juicio de unos videos de diferentes locaciones de la ciudad y una interceptación de comunicaciones al abonado telefónico del señor **Víctor Alonso Puerta Duarte**.

La defensa solicitó la exclusión de estos elementos por considerar que se obtuvieron con violación a garantías

²⁶ Cuando en la vista pública aparezca prueba sobreviniente que indique la ilicitud o ilegalidad de una prueba que se había decretado en la audiencia preparatoria y que las partes no tuvieron la posibilidad de conocer anteladamente tal vicio.

fundamentales, en tanto los videos no fueron obtenidos por medio de búsqueda selectiva en base de datos y la interceptación tuvo su origen en el dato entregado por la hermana de **Puerta Duarte** sobre su número de teléfono, sin que esta fuera advertida del derecho constitucional de no declarar en contra de su consanguíneo, de acuerdo al canon 33 de la C.N.

Tal decisión fue despachada desfavorablemente por la *a quo* por considerar que, en lo atinente a los videos, estos fueron obtenidos con consentimiento de los titulares, lo que relevaba al fiscal de la obligación de acudir al juez de control de garantías para su obtención y en lo concerniente a la interceptación, la funcionaria decretó la prueba condicionando su práctica a que el Fiscal acreditara que acudió al control posterior para evidenciar la ausencia de violación de garantías fundamentales.

Esta decisión fue censurada por la defensa, reiterando la necesidad de acudir a la búsqueda selectiva en base de datos para los videos, así como la violación al derecho de no autoincriminación de la hermana de **Puerta Duarte** en la obtención del número de teléfono.

Descendiendo al caso de marras, encuentra la Sala que esa censura estriba, entonces, en la licitud de los medios de prueba de carácter documental cuya exclusión fue negada por la *a quo*, debiéndose evaluar la corrección de lo decidido en cada punto particular.

En efecto, con relación al material filmográfico se debe advertir como primera medida que, en la sentencia C-094 de 2020, la

Corte Constitucional efectuó una definición respecto a lo que debemos establecer como espacios públicos, semipúblicos, semi privados y privados, de cara a su interrelación con el derecho fundamental a la intimidad:

68. De manera particular, se ha considerado que el espacio privado es el lugar en el que las personas desarrollan su personalidad y ejercen su intimidad de manera libre en un ámbito inalienable, inviolable y reservado. En este sentido, si bien el espacio privado se asocia con el concepto de domicilio, según la Corte, va más allá de la idea prevista en el Código Civil, abarcando “además de los lugares de habitación, trabajo, estudio, todos aquellos espacios o recintos aislados en los que la persona normal y legítimamente pretenda desarrollar su propia vida privada, separada de los terceros y sin su presencia” .

69. El espacio público, por su parte, ha sido considerado como el “lugar de uso común en el que los ciudadanos ejercen numerosos derechos y libertades” . Según la Corte “este tipo de espacios se caracterizan por ser lugares de socialización, interacción, intercambio, integración y de encuentro para los ciudadanos (...)” . Los otros dos tipos de espacios, que han sido denominados por la jurisprudencia como espacios intermedios, “tienen características tanto privadas como públicas”. En esta medida, se ha determinado que los semiprivados son “espacios cerrados en los que un conjunto de personas comparte una actividad y en los que el acceso al público es restringido” . No son espacios privados “porque las acciones de cada uno de los individuos en una oficina, o en un establecimiento educativo, tiene repercusiones sociales: no se trata del individuo en su propio ámbito de acción, sino del individuo en una comunidad” . Los espacios semipúblicos, por su parte, han sido considerados como “lugares de acceso relativamente abierto en los que diferentes personas se encuentran en determinado momento

para realizar cierta actividad puntual dentro de un espacio compartido” .

Bajo este entendido, resulta viable afirmar que la expectativa razonable de intimidad y su afectación con la captación de imágenes por artefactos de video va directa y estrechamente relacionada con la connotación del lugar donde se realiza la aprehensión filmográfica, siendo en los espacios públicos casi que nula la intromisión en la intimidad, pero siendo categórica y casi que total la afección a esta cuando la imagen se toma en un espacio privado.

Así, en aquellas captaciones de videos que se efectúan en espacios abiertos al público y que se realizan por circuitos de televisión privados, no es necesario acudir a un Juez de control de Garantías para su obtención, pues bastaría con el mero permiso del titular de la información dada la efímera o nula afección o intromisión que se realiza a la expectativa razonable de intimidad.

En ese sentido, encuentra la Corporación que la Fiscalía alegó siempre que estos videos fueron obtenidos con el consentimiento de los titulares de las grabaciones y que si bien estos fueron captados por cámaras privadas, su contenido es de lo grabado hacia zonas públicas, aspecto que sin duda relevaría al ente acusador de acudir ante el Juez de control de garantías.

Lo anterior, permite establecer que la petición de exclusión elevada por la defensa respecto a los videos, no está llamada a prosperar por cuanto no era requisito de validez de la prueba acudir a la búsqueda selectiva en base de datos., no aportó en

este estadio algún elemento que diera cuenta que existió una violación de derechos fundamentales de quienes ostentaban la titularidad de los respectivos registros.

Además, de las pruebas pedidas por esa parte procesal, bien se observa que tiene como objetivo debatir en juicio la forma de obtención de los videos, situación más que suficiente para pregonar que sus censuras en ese preciso aspecto no tienen vocación de prosperidad.

Ahora, en lo que guarda relación con la interceptación de comunicaciones encuentra la Sala que no le asiste razón al recurrente, en tanto su argumento es carente de peso por dos razones:

En primera medida, si bien existió una omisión del Funcionario judicial de abrir un espacio incidental en la audiencia preparatoria para debatir con suficiencia esa denuncia de violación a un derecho fundamental, lo cierto es que la discusión era de mero derecho y se pudo zanjar en el decurso de ese acto procesal, en tanto se le permitió a las partes exponer de forma sumaria su posición respecto a ese tópico.

En segundo lugar y no menos importante, lo que anuncia el defensor como una violación a garantías fundamentales, tiene su fundamento en la entrega por parte de la hermana de **Puerta Duarte** del abonado telefónico de este, sin que se le advirtiera el contenido del artículo 33 superior y su derecho de no declarar en contra de su hermano.

Pues bien, si se observa de forma detenida en contenido de la norma en comento, esta surge como una garantía superior puesta a disposición de las personas para que puedan acogerse a un derecho de no autoincriminarse o no **incriminar** a sus familiares cercanos, ya sea por denuncia o declaraciones en contra de estos, pero ello para nada implica ninguna salvaguarda para abstenerse de entregar cierto tipo de datos o de simple información como lo puede ser, por ejemplo, la ubicación de la pareja marital o parientes dentro de una investigación.

En ese sentido, analizando detenidamente lo manifestado por el togado en su recurso, se tiene que lo que realizó la hermana del procesado fue dar un abonado telefónico que pertenecía a **Puerta Duarte**, pero nunca realizó manifestaciones inculpativas de su consanguíneo, por lo cual no podríamos hablar de una violación al derecho de no inculpativa, en tanto ello nunca existió.

De lo anterior, nítido refulge que la hermana del coacusado no efectuó una denuncia en contra de este ni fue obligada a realizar declaraciones extraprocesales dentro de los respectivos actos de indagación adelantados por la Fiscalía, sino que su intervención se limitó a entregar un abonado telefónico, situación que a todas luces escapa del amparo constitucional que se ha venido mencionando en este proveído.

Así, las censuras planteadas por la defensa, respecto de la exclusión, tampoco tienen vocación de prosperidad en esta sede.

7.2.6. ¿Están dados los presupuestos legales para que el interrogatorio al indiciado rendido por el señor Jonathan Esteban Granada Gil, sea aducido en juicio como prueba de referencia, en razón al fallecimiento de este?

En aras de resolver dicho problema, la Sala precisará desde ya que el sistema Penal Acusatorio se ha caracterizado por la libertad probatoria de la que pueden hacer uso las partes para acreditar o soportar su teoría del caso, considerándose como admisible cualquier medio de prueba legal y lícito. Entre tales medios están la prueba documental, pericial y testimonial. Dentro de esta categoría se encuentran los testigos de acreditación, presencial o directo, de oídas o referencial, entre otros.

También como medio de prueba válido está la prueba de referencia regulada en los artículos 437 y 438 del CPP, la cual está estrechamente ligada a la prueba testimonial, porque lo que en realidad se pretende con la prueba de referencia es conocer y valorar los dichos de un testigo que normalmente sería llamado a juicio a que versionara sobre los hechos objeto de prueba, pero que por su indisponibilidad para comparecer a dicho escenario procesal, lo que constituye el medio probatorio es otro testigo que oyó la declaración del testigo principal que este hizo por fuera del juicio.

Así lo establecen las mentadas normas del estatuto procedimental:

ARTÍCULO 437. Se considera como prueba de referencia toda declaración realizada fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio.

ARTÍCULO 438. Únicamente es admisible la prueba de referencia cuando el declarante:

- a) Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación;
- b) Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar;
- c) Padece de una grave enfermedad que le impide declarar;
- d) Ha fallecido.**
- e) Es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo Código.

También se aceptará la prueba de referencia cuando las declaraciones se hallen registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos.

En otros términos, la prueba de referencia es el medio probatorio mediante el cual se pretende conocer una declaración realizada por fuera del proceso por una persona que no se encuentra disponible para declarar en juicio y que revela aspectos de los cuales tuvo conocimiento personal para afirmar

la tipicidad de la conducta, el grado de intervención del sujeto activo, las circunstancias de agravación o atenuación, la naturaleza del daño causado, entre otros aspectos esenciales del debate.

Debe anotarse así mismo, que únicamente es admisible la prueba de referencia cuando el declarante manifiesta bajo la gravedad de juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente esa información; es víctima de un delito de secuestro, desaparición voluntaria, forzada o evento similar; padece una grave enfermedad que le impide declarar, ha fallecido, es menor de 18 años, es víctima de un delito contra la libertad, integridad y formación sexual, o cuando las declaraciones se hallen registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos.

Sea cual sea el evento que habilite la prueba de referencia, este debe ir plenamente acreditado por la parte que pretende su aducción, esto es, debiendo establecer la real ocurrencia de la causal habilitante a través de un medio de prueba idóneo para tal evento, lo cual debe ser puesto en conocimiento del Juez al momento de realizarse la respectiva solicitud.

Ahora bien, para que esta prueba sea considerada como tal, se requiere que cumpla con los siguientes condicionamientos: (i) que sea una declaración realizada por una persona fuera del juicio oral debidamente identificada o al menos, individualizada, (ii) que verse sobre aspectos que en forma personal y directa haya tenido la oportunidad de percibir, (iii) que lo dicho tenga por objeto afirmar o negar los aspectos sustanciales del debate

(tipicidad, intervención, causales de atenuación o agravación, daño causado, entre otros).

La característica principal de la prueba de referencia es que su finalidad acreditar la verdad de una declaración efectuada por fuera de juicio por una persona que tuvo conocimiento personal y directo de asuntos importantes para el caso objeto de análisis y que por diversos motivos no puede concurrir al proceso, sin embargo, para que esta sea útil y válida habrá de exigirse que la declaración anterior sea de un testigo directo y presencial de los hechos juzgados, para que ello se convierta en prueba de referencia de primer grado como medio válido para ser analizado en aras de determinar la tipicidad, responsabilidad, culpabilidad y antijuridicidad de la conducta endilgada.

7.2.6.1. Caso concreto

En el presente asunto, la Fiscalía había solicitado como testigo al señor Jonathan Esteban Granada Gil²⁷, quien había sido integrante de una organización a la que pertenecía los encartados y que tenía conocimiento directo sobre los hechos aquí juzgados.

No obstante, en la sesión de la preparatoria del 26 de junio de esta anualidad, el delegado fiscal informó que el señor Granada Gil había sido víctima de un homicidio, por lo que solicitó que se introdujera como prueba de referencia un interrogatorio al indiciado que este había rendido.

²⁷ Audiencia del 10 de marzo de 2023

Pese a la oposición de la defensa, la funcionaria de primer nivel decretó la prueba de referencia por estar dados los presupuestos legales para ello, indicando que la declaración previa ingresaría con el investigador Walter David Torres.

La defensa censuró esa decisión, considerando que existió una contaminación a la juez al ponérsele de presente un informe que daba cuenta del fallecimiento de Granada Gil; además, señaló que este ciudadano no había sido solicitado como testigo por la Fiscalía, por lo cual era inviable su aducción como prueba de referencia, debiéndose direccionar el alegato del ente acusador a lo regulatorio de la prueba sobreviniente y no a la de referencia.

Pues bien, para resolver los planteamientos de oposición del censor, comenzará por decirse que la alegada contaminación no existió, en tanto lo que hizo la Fiscalía al trasladar el informe fue entregar un elemento que acreditó la circunstancia de procedibilidad de la prueba sobreviniente, además que tal circunstancia de ninguna manera se puede constituir en un motivo de rechazo de tal probanza.

Tampoco es cierto que el señor Jonathan Esteban Granada Gil no fuera solicitado como testigo de la Fiscalía, pues si se revisa la sesión de la preparatoria llevada a cabo el pasado 10 de marzo de 2023, nítido refulge que fue el primero de los declarantes pedidos por el ente acusador.

Lo anterior, hace caer por su propio peso el planteamiento de oposición de la defensa, en tanto si conocía del testigo y

también allí se dio la respectiva argumentación de pertinencia y la relación del declarante con el tema de prueba.

Si ello no fuera suficiente, la defensa también conocía del testigo con el que se va a introducir la prueba de referencia, en tanto en la misma sesión de la preparatoria la Fiscalía solicitó como deponente a Walter David Torres, indicando que este había tomado un interrogatorio al indiciado perteneciente a Granada Gil.

Ademas, existe una sustancial confusión para el defensor entre los conceptos de prueba de referencia y prueba sobreviniente, estando en la actuación frente al primero de los conceptos, en tanto la muerte del testigo se originó en el marco de la preparatoria, siendo este el estadio procesal pertinente para que se solicitara llevar a juicio el interrogatorio al indiciado en los términos que se han conocido.

De lo anterior, nítido refulge que no le asiste razón al defensor al cuestionar la legalidad de la prueba de referencia, por lo cual sus censuras en este aspecto no prosperan.

9. RESUMEN DE LA DECISIÓN ADOPTADA

De conformidad con todo lo señalado, la Sala reitera que se abstendrá de conocer apelación en contra del auto que decretó

el uso de unas entrevistas en juicio, por ser ello carente de alzada.

Así mismo, confirmará lo relacionado con la negativa de rechazo, exclusión y admisión de prueba de referencia en los términos que se explicitaron en esta decisión. También, se mantendrá incólume la inadmisión de los testimonios de Luisa Fernanda Ramírez Barrera y del testigo común Jhon Alexander Agudelo Rodríguez.

No obstante, la Magistratura revocará el auto atacado en lo que aviene a la inadmisión de los testimonios de Elyoenay Ariza Poveda, Intendente adscrita al 123 de la Policía Nacional; Julio Cesar Loaiza Gaviria, representante legal de la Urbanización Torres de San Sebastián; Juan Domínguez, gerente de la estación de servicio Terpel la mota “SELOASEGURO”; David Echeverry, empleado de esa misma estación de servicio; Jorge Raimundo Pinto Blanco, representante legal de la empresa de seguridad 1.TEG; Paula Andrea Peña Londoño, Coordinadora del grupo de Morfología Forense del C.T.I. de la fiscalía, seccional Medellín; y Jehisson Manuel Pacheco Ramírez, Mayor y jefe grupo regional de Policía Científica y criminalística No 6. Policía Nacional; así como el de Duván Ferney Alzate Atilano, investigador de la defensa.

Lo anterior, por cuanto la defensa si cumplió con la respectiva carga de pertinencia al solicitar esos testimonios, siendo admisible que se usen las respuestas que varios de ellos dieron a las peticiones, además de informe que realizó el investigador,

como medio de refrescamiento de memoria o impugnación de credibilidad.

Por causa de lo expuesto el **Tribunal Superior de Medellín, en Sala de Decisión Penal**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

10. RESUELVE

PRIMERO: ABSTENERSE DE CONOCER el recurso de apelación respecto de la admisión de unas entrevistas para la Fiscalía, por lo expuesto en las consideraciones.

SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE el auto interlocutorio del 4 de julio de 2023 proferido por la Juez Primera Penal del Circuito Especializado de Medellín, en el sentido de que se decretan para la defensa la práctica de los testimonios Elyoenay Ariza Poveda, Julio Cesar Loaiza Gaviria, Juan Domínguez, David Echeverry, Jorge Raimundo Pinto Blanco, Paula Andrea Peña Londoño, Jehisson Manuel Pacheco Ramírez y Duván Ferney Alzate Atilano, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: En lo restante, se mantiene incólume el auto recurrido.

CUARTO: Solo contra lo dispuesto en el numeral primero de este auto, procede el recurso de reposición en los términos de ley. Frente a lo restante no procede recurso alguno.

QUINTO: COMUNIQUESE a los interesados la presente decisión y **REMÍTASE** de inmediato al juzgado de conocimiento.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



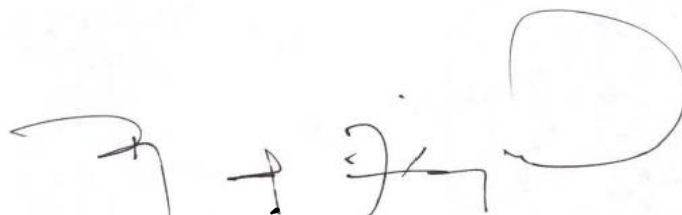
LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

Magistrado



RICARDO DE LA PAVA MARULANDA

Magistrado



RAFAEL MARÍA DELGADO ORTIZ

Magistrado

Firmado Por:

Leonardo Efrain Ceron Eraso
Magistrado
Sala Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Ricardo De La Pava Marulanda
Magistrado
Sala Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Rafael Maria Delgado Ortiz
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División De Sistemas De Ingeniería
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **83d937d69ecd49f375d5a495e55995312c3d64f92c27e19aa3d6e7f05325b3ae**

Documento generado en 13/02/2024 11:04:10 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>