



SALA PENAL

Radicado: 05-001-60-00-206-2022-01938
Procesados: Saúl Calderón Camargo
Robinson Suárez Aguilar
Delito: Fabricación, tráfico, porte o
tenencia de armas de fuego,
accesorios, partes o municiones
Asunto: Apelación de auto que niega
prueba en común
M. Ponente: Miguel Humberto Jaime Contreras

Aprobado por Acta No. 089

Medellín, ocho (8) de agosto de dos mil veintidós (2022)

1. EL ASUNTO

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto como subsidiario al de reposición por los defensores de los señores Robinson Suárez Aguilar y Saúl Calderón Camargo, dentro de la audiencia preparatoria celebrada el 19 de julio de 2022, en contra de la providencia del Juzgado 10 Penal del Circuito de Medellín que, entre otras decisiones, les negó el decreto de las pruebas testimoniales solicitadas en común a las de la Fiscalía.

2. ANTECEDENTES

2.1. Las solicitudes probatorias

En la audiencia preparatoria, en la solicitud de la práctica de pruebas, la Fiscalía pidió, entre otros, los testimonios de

Radicado: 05-001-60-00-206-2022-01938
Procesados: Saúl Calderón Camargo
Robinson Suárez Aguilar
Delito: Fabricación, tráfico, porte o
tenencia de armas de fuego,
accesorios, partes o municiones

los patrulleros Diego Alexander Quitián Moreno y Dubán De La Ossa Quiñonez, sustentando su pertinencia en el hecho de que fueron los agentes que efectuaron el procedimiento de captura en situación de flagrancia y recolectaron evidencia e incautaron elementos para la comprensión cabal de lo sucedido, por lo que estarían en capacidad de referir las circunstancias modales en las que se realizó la aprehensión y con ellos se ingresarán las evidencias y elementos materiales probatorios incautados.

Así mismo, solicitó el testimonio del patrullero John Smith Sanjuan Chávez, perito balístico forense, cuya pertinencia se basa en que se trata del perito de balística que realizó el estudio de la idoneidad del arma y está en condiciones de referir que es apta para ser utilizada y todo lo referente al estudio realizado, igualmente está en capacidad de reconocer el elemento que tuvo para su estudio.

2.2. El defensor de Robinson Suárez Aguilar, como prueba en común con la de la Fiscalía, solicitó, entre otros, los testimonios de los patrulleros Diego Alexander Quitián Moreno y Dubán De La Ossa Quiñonez, explicando que su pertinencia radica en que fueron las personas que adelantaron el procedimiento de captura y fueron testigos directos del origen de los hechos y podrán ser interrogados por la defensa para demostrar que su defendido en ese momento no portaba ningún arma de fuego.

Además, solicitó como prueba documental el informe de investigación de laboratorio FPJ-13 con fijación fotográfica por

Radicado: 05-001-60-00-206-2022-01938
Procesados: Saúl Calderón Camargo
Robinson Suárez Aguilar
Delito: Fabricación, tráfico, porte o
tenencia de armas de fuego,
accesorios, partes o municiones

parte del perito en balística forense Duberney López Marín, indicando que es pertinente y útil porque dará claridad sobre la aptitud o no del arma que fue encontrada.

El defensor de Saúl Calderón Camargo solicitó como prueba en común con la Fiscalía, el testimonio del patrullero Dubán De La Ossa, indicando que es pertinente porque fue uno de los policías en llegar primero cuando se encontraban agrediendo al señor Heiner y el señor Robinson, por lo que fue de los primeros respondientes, y sería conducente porque informará acerca de lo que estaba sucediendo en ese momento y la utilidad será de confrontar que, efectivamente, lo que se ha dicho en el informe es o no cierto.

En igual sentido, solicitó el testimonio del patrullero Diego Alexander Quitián Moreno que fue compañero del señor Dubán De La Ossa, siendo de los primeros respondientes y también tuvo conocimiento de las agresiones físicas ocurridas entre el señor Heiner y el señor Robinson. Sostiene que lo anterior en aras a precaver que a la Fiscalía le hagan falta preguntas.

También solicitó el testimonio de un perito forense en balística que llevará la defensa —de quien aduce aducirá su nombre con posterioridad— sustentando su pertinencia en el hecho de que hará una confrontación del informe de balística FPJ-13 suscrito por el señor Duberney López. Pidió se decretara como prueba pericial este último dictamen, pues en el evento en que la Fiscalía se abstenga de llamar al testigo Duberney López Marín, se hace necesaria su práctica porque

Radicado: 05-001-60-00-206-2022-01938
Procesados: Saúl Calderón Camargo
Robinson Suárez Aguilar
Delito: Fabricación, tráfico, porte o
tenencia de armas de fuego,
accesorios, partes o municiones

es la persona que entrega el informe sobre el arma de fuego, siendo necesario, conducente y pertinente el informe pericial.

Explica que el perito Duberney López fue quien hizo el informe de balística con fijación fotográfica que posteriormente fue trasladado al perito John Smith Sanjuan Chávez mencionado por la Fiscalía, por su lado, la fiscal explica que este último funcionario fue quien realizó el estudio al arma y rindió el informe de laboratorio, mientras que Duberney López fue quien realizó el segundo estudio al arma en el IBIS (Sistema Integrado de Identificación Balística) en el que se confronta otro tipo de situaciones.

Como prueba documental, se refirió a la denuncia de estafa interpuesta por Robinson Suárez Aguilar en contra de Heiner Yair Moreno Baloyes que se encuentra en investigación en otra Fiscalía y no se le ha llamado a este último para imputación de cargos, la cual es necesaria porque fue lo que motivó la ocurrencia de los hechos, por Heiner Moreno estafar a Robinson Suárez, y al hacer este el reclamo, fue que se produjeron las agresiones físicas mutuas, por lo que con la denuncia esclarecerá lo que ocurrió momentos antes de que Heiner dijese que estas personas tenían supuestamente el arma de fuego.

2.2. La providencia de primera instancia

Resolvió el juez las solicitudes probatorias y en lo que atañe al objeto de la impugnación, decretó como prueba de la Fiscalía los testimonios de Diego Alexander Quitián Moreno y

Radicado: 05-001-60-00-206-2022-01938
Procesados: Saúl Calderón Camargo
Robinson Suárez Aguilar
Delito: Fabricación, tráfico, porte o
tenencia de armas de fuego,
accesorios, partes o municiones

Dubán De La Ossa Quiñonez, advirtiendo que la defensa tendrá la posibilidad de conainterrogar a estos patrulleros frente al tema que motivó a solicitar que fueran testigos comunes de las partes que se enfrentan. También decretó el testimonio de John Smith Sanjuan, indicando que se trata de una prueba pericial porque fue el encargado de practicar la prueba al arma de fuego e indicará si la misma es apta o no para producir disparos.

Con relación a las solicitudes probatorias del defensor de Robinson Suárez Aguilar, negó el decreto de los testimonios solicitados en común con la Fiscalía por cuanto no se cumplió con el requisito referente a la carga adicional de pertinencia y utilidad que demuestre no solamente cuáles serían los temas distintos a los presentados por la Fiscalía y que el conainterrogatorio sería insuficiente para ello. Por tanto, considera que se trataría de una prueba de escaso valor probatorio y dilatoria de la actuación, encajando dentro de las excepciones del artículo 376 del Código de Procedimiento Penal.

El informe de laboratorio del perito Duberney López no lo decretó por cuanto la prueba no es el informe resumido o base de opinión, sino la declaración del perito en juicio y en este caso no se pidió, además que, aún en el evento en que se hubiere solicitado, ya fue decretada como prueba a favor de la Fiscalía y, como se trata de una prueba técnica sobre la valoración de un arma de fuego, no se ve qué otro tema diferente sería necesario para que la defensa pudiera abordarlo y los temas específicos de ese informe serán tocados

Radicado: 05-001-60-00-206-2022-01938
Procesados: Saúl Calderón Camargo
Robinson Suárez Aguilar
Delito: Fabricación, tráfico, porte o
tenencia de armas de fuego,
accesorios, partes o municiones

por la Fiscalía, por lo que en el contrainterrogatorio podrá la defensa evacuar las inquietudes que pueda tener al respecto.

No obstante, decretó el testimonio del perito que la defensa llegue a traer, por tratarse de una prueba de refutación que le permite a la defensa cuestionar los conceptos técnicos que dé el perito que trae la Fiscalía. En igual sentido lo decretó para el otro defensor.

Respecto a las pruebas solicitadas por el defensor de Saúl Calderón Camargo, indicó que, por las razones ya anotadas, no decretaba los testimonios comunes de Dubán de La Ossa, Diego Quitián y Narly Sepúlveda.

Tampoco decretó el testimonio del perito Duberney López por cuanto es una prueba que fue decretada a favor de la Fiscalía, es un testigo que comparecerá a declarar sobre un aspecto específico y técnico, que es la valoración de un arma de fuego y no habría razones adicionales para que la defensa lo requiera como testigo común y no se ve qué otros temas podrían ser abordados en el juicio por la defensa, siendo suficiente el contrainterrogatorio para efectos de la labor defensiva.

No decretó como prueba documental la incorporación de la denuncia de estafa presentada por el señor Robinson Suárez habida cuenta que es una prueba de referencia inadmisibile, porque lo que contiene es la manifestación que una persona hizo por fuera de juicio, por lo que no se podrían traer dichas versiones al no demostrarse el cumplimiento de

Radicado: 05-001-60-00-206-2022-01938
Procesados: Saúl Calderón Camargo
Robinson Suárez Aguilar
Delito: Fabricación, tráfico, porte o
tenencia de armas de fuego,
accesorios, partes o municiones

alguno de los requisitos de que trata el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal; además que, al haber sido uno de los procesados quien formuló la denuncia, no se ve la razón por la que no pudiera haberse solicitado su testimonio. Así mismo, indicó que se trataría de una prueba trasladada que está prohibida en la Ley 906 de 2004.

2.3. La sustentación de los recursos y la intervención de los no recurrentes

2.3.1. La anterior decisión fue objeto del recurso de reposición y, en subsidio, el de apelación, por parte del defensor del señor Robinson Suárez Aguilar, específicamente en cuanto a la negativa de decretar los testimonios de los patrulleros Diego Alexander Quintan Moreno y Dubán de La Ossa Quiñones, solicitados en común con la Fiscalía.

Sostiene que la defensa hizo una diferencia en cuanto a la pertinencia, conducencia y utilidad sustentada por la Fiscalía, en el sentido de que los patrulleros en mención fueron testigos presenciales y no solo como lo expuso la Fiscalía que fueron las personas que realizaron el procedimiento de captura y que esa es la base para sustentar la solicitud probatoria. Entonces, asegura que, al tratarse de testigos directos, es pertinente su decreto al tener relación con los hechos, y es conducente y necesario teniendo en cuenta que estos testimonios serán base de la teoría del caso de la defensa.

2.3.2. Por su lado, el defensor de Saúl Calderón Camargo también interpuso el recurso de reposición y en subsidio el de

Radicado: 05-001-60-00-206-2022-01938
Procesados: Saúl Calderón Camargo
Robinson Suárez Aguilar
Delito: Fabricación, tráfico, porte o
tenencia de armas de fuego,
accesorios, partes o municiones

apelación, específicamente en contra de la negativa de decretar como prueba común a la de la Fiscalía, los testimonios de los patrulleros Diego Alexander Quintan Moreno y Dubán De La Ossa Quiñones. Afirma que al inicio de la audiencia preparatoria se explicó claramente la pertinencia, advirtiendo que a este tipo de testigos la Fiscalía en ocasiones no los lleva a juicio, por lo que es necesario que se decreten los testimonios a favor de la defensa y no es porque se vaya a ser repetitivo en su práctica.

Indica que la pertinencia estriba en que estos testigos son las personas que de entrada conocieron los hechos y, posteriormente, llamaron a otros funcionarios porque no fueron capaces de repeler la ira que tendrían los ciudadanos capturados, tratándose así de testigos presenciales de los hechos. Dice que su teoría del caso apunta a que su defendido no estaba peleando y llegó en ese momento, por lo que sería una persona ajena al conflicto.

Así mismo, con relación al testimonio de Duberney López Marín, perito balístico, aclara que este funcionario es quien suscribe el primer informe de balística por lo que debe comparecer a juicio, teniendo en cuenta además que la Fiscalía menciona es al funcionario John Smith Sanjuan, tratándose de dos informes, siendo importante el primero por cuanto contiene unas fotografías y se hacen unas especificaciones del arma que indican si servía o no. Advierte que se hace necesario el informe en mención y el testimonio del funcionario que lo suscribió.

Radicado: 05-001-60-00-206-2022-01938
Procesados: Saúl Calderón Camargo
Robinson Suárez Aguilar
Delito: Fabricación, tráfico, porte o
tenencia de armas de fuego,
accesorios, partes o municiones

Respecto a la denuncia contra Heiner Yair Moreno Valoyes, afirma que no se trata de una prueba de referencia o un testimonio de oídas por cuanto fue presentada por el señor Robinson Suárez Aguilar y en ella constan los hechos que antecedieron a la captura de los procesados, por lo que es necesaria y pertinente porque esclarece lo sucedido y porqué estas personas terminan peleando, además que fue presentada el mismo día de ocurrencia de los hechos.

2.3.3. La Fiscalía manifestó que no emitiría pronunciamiento alguno.

2.3.4. Por su parte, como no recurrente, el delegado de la Procuraduría estima que los defensores no cumplieron con la carga de debida argumentación al omitir indicar por qué la tesis del despacho es equivocada en lo que toca con los testigos comunes, pues se limitaron a señalar de manera genérica aspectos que no demuestran un interés diferente al de la Fiscalía.

Sostiene que los defensores afirman que los policías captadores son testigos directos de los hechos, pero ello no es un argumento que alcance a desvirtuar la tesis del auto recurrido, sin que exista una diferencia entre lo que ocurrió con la captura y antes de la misma, la cual supone una única intervención policial. Alega que se adicione como argumento el que la Fiscalía renuncia a los testigos cuando debió ser planteado al inicio y decir porqué en caso de que se renuncie a los testimonios, tienen un interés especial.

Radicado: 05-001-60-00-206-2022-01938
Procesados: Saúl Calderón Camargo
Robinson Suárez Aguilar
Delito: Fabricación, tráfico, porte o
tenencia de armas de fuego,
accesorios, partes o municiones

Con relación al informe de Duberney López cuya solicitud de la defensa se basa en que se fijaron unas fotografías y especificaciones del arma, estima que no tiene nada de extraordinario y no cambia la naturaleza de esta evidencia, siendo claro el juez al advertir que esa evidencia no puede traerse de manera independiente al juicio porque es un informe base de opinión pericial y debió plantear la defensa por qué no lo es, pues simplemente se mantiene el mismo argumento equivocado.

En lo atinente a que la denuncia no es prueba de referencia, considera que comporta una ignorancia de quien lo afirma y le corresponde al impugnante decir porqué el juez está equivocado y porque una denuncia sí debe entenderse como prueba de referencia, no simplemente hacer aseveraciones de inconformidad genérica.

2.4. La resolución de la reposición

El juez de primer grado decidió no reponer la decisión y, en consecuencia, darle trámite al recurso de apelación ante este Tribunal, advirtiendo que existió un mínimo de argumentación que permitía pronunciarse de fondo.

Es así que, frente a los testigos comunes, esto es, los policías captadores, señala que la captura incluye no solo el momento en que las personas son aprehendidas, sino todas las circunstancias fácticas que rodearon dicha aprehensión y de esa forma se está abriendo el espectro del contrainterrogatorio que permitirá a la defensa hacer

Radicado: 05-001-60-00-206-2022-01938
Procesados: Saúl Calderón Camargo
Robinson Suárez Aguilar
Delito: Fabricación, tráfico, porte o
tenencia de armas de fuego,
accesorios, partes o municiones

preguntas sobre esos aspectos previos de la captura, incluso al momento de la incautación del arma. Advirtió que, pese a que se solicitaron tres testigos, solamente se decretaron dos a elección de la Fiscalía, precisamente para precaver que desistiera de alguno de ellos.

Agregó que estos testimonios no se decretaron como prueba común, no porque no fueran pertinentes a la defensa, sino que se inadmitieron porque no se demostró que se tuvieran razones diferentes a las de la Fiscalía sobre su pertinencia, por lo que si esta parte renuncia a esos testigos habría que mirar en su momento hasta qué punto podrían declarar en favor de la defensa.

Igualmente, indicó que los defensores no solicitaron estos testigos para el evento en que la fiscalía desistiera de ellos, y tendrán la oportunidad de contrainterrogar sobre los temas de la captura y los momentos anteriores a la misma.

En lo que tiene que ver con el perito balístico, el juez reitera su posición en cuanto a que fue solicitada como prueba documental el informe balístico suscrito por Duberney López Marín y resulta que eso ni es una prueba documental ni ese informe puede ingresar al proceso como prueba autónoma, pues es claro que de ingresar ese informe resumido sin la declaración del perito se estaría trayendo a colación una prueba de referencia en tanto se trata de lo que manifiesta una persona por fuera del juicio y que si se permite su incorporación no permitiría la contradicción y la confrontación de lo que dijo esa persona. Explica que de allí se sigue que la

Radicado: 05-001-60-00-206-2022-01938
Procesados: Saúl Calderón Camargo
Robinson Suárez Aguilar
Delito: Fabricación, tráfico, porte o
tenencia de armas de fuego,
accesorios, partes o municiones

prueba es la declaración del perito en juicio, pero en este evento el defensor no solicitó la declaración del señor Duberney sino ese informe resumido.

Sobre la denuncia de estafa, considera que se está confundiendo el testigo de oídas con el testigo de referencia, aparte de que no siempre son lo mismo, así como se está confundiendo el poder suasorio de la prueba con la prueba de referencia, puesto que una persona puede dar cuenta de lo que percibió, pero tiene que darlo a conocer directamente en el juicio y solamente de esa manera podrá dar claridad sobre los hechos porque si él lo dice por fuera del juicio no permite la contradicción y la confrontación de ese testigo, por lo que se trata de una prueba de referencia inadmisibles al no demostrarse los presupuestos que demanda el artículo 437 el Código de Procedimiento Penal.

Afirmó que en este evento se trata del procesado quien percibió los hechos, pero lo manifestó por fuera del juicio y para que pueda ser válido y dar claridad tendría que ser que el mismo declare en juicio sobre lo que realmente sucedió y no con la incorporación de su denuncia de estafa.

3. CONSIDERACIONES

Conforme con lo impugnado, le corresponde a la Sala resolver si en el caso procede ordenar como prueba común de la defensa los testimonios que le fueron decretados a la Fiscalía, específicamente, los concernientes a los patrulleros de policía Diego Alexander Quintan Moreno y Dubán De La

Radicado: 05-001-60-00-206-2022-01938
Procesados: Saúl Calderón Camargo
Robinson Suárez Aguilar
Delito: Fabricación, tráfico, porte o
tenencia de armas de fuego,
accesorios, partes o municiones

Ossa Quiñones. Seguidamente nos ocuparemos sobre la procedencia de decretar o no la prueba pericial consistente en el testimonio del perito balístico Duberney López Marín y, por último, si es procedente ordenar como prueba documental la incorporación de la denuncia por estafa presentada por el procesado Robinson Suárez Aguilar en contra del señor Heiner Yair Moreno Valoyes.

3.1. Para resolver lo concerniente al decreto de los testimonios comunes, se esbozará un sucinto marco teórico de la resolución del asunto, siguiendo entre otras providencias, el auto AP2421-2020 del 23 de septiembre de 2020, radicado 57239, con ponencia del Magistrado Fabio Ospitia Garzón, de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, para luego descender a las particularidades de las solicitudes probatorias y extraer las conclusiones que sean del caso, lo cual, dígame de una vez, se reconduce a un asunto de debido proceso respecto a la forma en que se pidió el decreto de la prueba, más que a un tema de pertinencia.

El sistema procesal penal acusatorio pretende determinar la responsabilidad de los justiciables con base en la verdad, la que se entiende surge de la contraposición, en igualdad de oportunidades y condiciones, entre la postura de la Fiscalía y de la defensa, labor de indagación de la cual se margina al juez bajo la comprensión de que así se preserva su imparcialidad. En consecuencia, la contradicción y la confrontación sin desventajas surgen como características no solo relevantes sino esenciales de este tipo de procedimiento.

Radicado: 05-001-60-00-206-2022-01938
Procesados: Saúl Calderón Camargo
Robinson Suárez Aguilar
Delito: Fabricación, tráfico, porte o
tenencia de armas de fuego,
accesorios, partes o municiones

Si a lo anterior sumamos que le corresponde a cada parte velar por la satisfacción de sus cargas probatorias o desvirtuar las ajenas, sin perjuicio del amparo de la presunción de inocencia, tenemos que concluir que, por razones sistemáticas, el derecho a probar en condiciones de igualdad es un aspecto crucial del procedimiento.

Pero si así no fuera, se llegaría a la misma conclusión en virtud de nuestro orden superior, específicamente del artículo 29 de la Constitución Política que consagra: “*quien sea sindicado tiene derecho (...) a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra...*”. Postulado que se aviene de buena manera con la regulación internacional de derechos humanos (artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) integrada a nuestro bloque de constitucionalidad.

Para preservar ese derecho en condiciones de equilibrio entre las partes enfrentadas en la demostración de la verdad que informa la resolución del caso, va de suyo que del solo hecho de que una de ellas haya solicitado un testimonio, no inhibe a su contraparte también de solicitarlo por esa exclusiva razón. Las limitaciones que se imponen a las solicitudes comunes de prueba derivan de la razón jurídica, sustentada en el carácter adversarial del procedimiento y la racionalización de los recursos de la administración de justicia. Sobre este tipo de peticiones nuestro máximo órgano de la administración de justicia ordinaria en la providencia antes citada estableció lo siguiente:

Radicado: 05-001-60-00-206-2022-01938
Procesados: Saúl Calderón Camargo
Robinson Suárez Aguilar
Delito: Fabricación, tráfico, porte o
tenencia de armas de fuego,
accesorios, partes o municiones

“La jurisprudencia de la Corte ha fijado una serie de reglas en relación con la prueba común, que pueden sintetizarse de la siguiente manera:

(i) La Fiscalía y la defensa tienen la posibilidad de solicitar para su examen directo una o más pruebas decretadas a su contraparte, siempre y cuando resulten pertinentes, conducentes y útiles¹.

El alcance de esta regla, según los criterios ya expuestos, es que cada parte está obligada a presentar los argumentos sobre la pertinencia de la prueba, e igualmente, exponer aquellos de conducencia y utilidad cuando se presente controversia respecto de estos requisitos.

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 contrainterrogatorio².

(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 decretarla³.

(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*»⁴, 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 proceso⁵.

(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

¹ CSJ AP896-2015, rad. 45011; AP948-2018, rad. 51882 y AP2901-2019, rad. 55136.

² Cfr. AP948-2018, rad. 51882 y AP4281-2019, rad. 55798.

³ Cfr. CSJ AP896-2015, rad. 45011.

⁴ CSJ AP5785-2015, rad. 46153.

⁵ *Ibidem*.

Radicado: 05-001-60-00-206-2022-01938
Procesados: Saúl Calderón Camargo
Robinson Suárez Aguilar
Delito: Fabricación, tráfico, porte o
tenencia de armas de fuego,
accesorios, partes o municiones

utilidad a la expuesta por la Fiscalía⁶, 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 inocencia⁷.

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*»⁸ 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 distintos⁹.”

Entonces, si ambas partes tienen derecho, en principio, a obtener la comparecencia del testigo para que en juicio atestigüe, naturalmente que no puede quedar al arbitrio de una sola de ellas el modo como se practicará. En otras palabras, le corresponde a la parte que pide una prueba invocar con precisión y claridad las razones de su pertinencia y admisibilidad pues, de no hacerse o de cumplir defectuosamente esta carga, genera el riesgo de que si el juez no percibe su procedencia deba denegarla¹⁰, en tanto en la audiencia preparatoria, con miras a racionalizar los recursos de la administración de justicia solo deben decretarse las pruebas que legalmente permita conocer los hechos y

⁶ SP6361-2014, rad. 42864

⁷ AP2901-2019, rad. 55136.

⁸ CSJ AP896-2015, rad. 45011 y AP2901-2019, rad. 55136.

⁹ Cfr. CSJ AP2901-2019, rad. 55136.

¹⁰ ARTÍCULO 357. SOLICITUDES PROBATORIAS (...)

El juez decretará la práctica de las pruebas solicitadas cuando ellas se refieran a los hechos de la acusación que requieran prueba, de acuerdo con las reglas de pertinencia y admisibilidad previstas en este código.

Radicado: 05-001-60-00-206-2022-01938
Procesados: Saúl Calderón Camargo
Robinson Suárez Aguilar
Delito: Fabricación, tráfico, porte o
tenencia de armas de fuego,
accesorios, partes o municiones

circunstancias materia del juicio y de la responsabilidad del procesado.

De las disposiciones generales sobre la práctica de la prueba en el juicio oral, se extrae que los medios probatorios admisibles tienen por fin llevar al conocimiento del juez los hechos y circunstancias materia del juicio. Más específicamente, el artículo 375 de la Ley 906 de 2004, establece que la prueba será pertinente cuando se refiera *“directa o indirectamente a los hechos o circunstancias relativas a la comisión de la conducta delictiva..., también es pertinente cuando sólo sirve para hacer más probable o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados...”*.

Pues bien, con este marco conceptual lo importante o crucial para resolver el asunto se centra en determinar si los defensores con los testimonios de los patrulleros de policía Diego Alexander Quintan Moreno y Dubán De La Ossa Quiñones pretenden demostrar lo mismo que adujo la Fiscalía o si, pese a la no profusa explicación que hicieron los peticionarios de la prueba decretada, refiriéndose a un suceso diverso, demostrarán una circunstancia ajena a los intereses del ente acusador.

Para la Sala no existe duda de que los solicitantes plantearon, aunque fuera someramente, la pertinencia y utilidad de las pruebas para sostener la inocencia de sus representados y que efectivamente fue adicional y diferente a la propuesta por la fiscalía pues, lógicamente, el ente acusador busca a través de ella demostrar la culpabilidad

Radicado: 05-001-60-00-206-2022-01938
Procesados: Saúl Calderón Camargo
Robinson Suárez Aguilar
Delito: Fabricación, tráfico, porte o
tenencia de armas de fuego,
accesorios, partes o municiones

valiéndose de la captura en flagrancia de los acusados y, por el contrario, la defensa, se apoyará en el conocimiento que tuvieron estos testigos con anterioridad a la aprehensión y que consideran serán favorables para sus defendidos. Ello en tanto se trataría de los primeros respondientes que podrán ser interrogados por la defensa para demostrar lo que estaba sucediendo en ese momento, especialmente el altercado que se presentaba entre el señor Heiner Moreno y Robinson Suárez, con base en que conocieron situaciones adicionales a aquellas que rodearon el procedimiento de captura, situación que anotaron torna procedente y necesaria sus atestaciones y cobra mayor relevancia en caso de que la Fiscalía desista de estos testimonios.

De esa forma, como lo afirman los apelantes, eventualmente se haría más probable la teoría del caso de la defensa de Robinson Suárez Aguilar en cuanto a que este no portaba arma de fuego, así como la de la defensa de Saúl Calderón Camargo en el sentido de que llegó en el preciso momento de la ocurrencia de los hechos, por lo que no estaba peleando y sería una persona ajena al conflicto.

Desde luego que en este caso el interés de ambas partes de acudir a la misma prueba es diferente y, por ende, en rigor si la Fiscalía indaga por lo que le interesa no podría ser planteado a través del conainterrogatorio, salvo si el ente acusador preguntara de forma efectiva por lo sucedido previamente a la captura o situaciones adicionales a la misma. Lo anterior por cuanto la limitación que impone el inciso 2° del artículo 391 del Código de Procedimiento Penal

Radicado: 05-001-60-00-206-2022-01938
Procesados: Saúl Calderón Camargo
Robinson Suárez Aguilar
Delito: Fabricación, tráfico, porte o
tenencia de armas de fuego,
accesorios, partes o municiones

en el contrainterrogatorio es de orden temático, en tanto las preguntas se limitarán “*a los temas abordados en el interrogatorio directo*”.

Es preciso reparar que el hecho de que alguien haya hecho una solicitud en su turno no puede mermar derechos ni oportunidades en un proceso adversarial en el que es menester asegurar la igualdad de armas para propiciar un adecuado contradictorio; pues se entiende que de ese ejercicio dialéctico deriva la obtención de la verdad.

En suma, no se observa que existan razones para denegar la práctica de estos testimonios solicitados por la defensa, lo cual no relevará al juez de realizar el control de pertinencia al momento de que los testigos estén deponiendo; pues sabido es que dicho control no solo se hace cuando se decreta el medio de prueba, sino también cuando se practica.

Por eso, en caso de que con la atestación inicial se agote el tema que plantean los defensores, no sería necesario volver sobre el asunto; pero de no ser así, la defensa tendrá las facultades propias para aducir los testimonios pretendidos.

3.2. Ahora bien, ingresando al tema de la prueba pericial relacionada con el balístico Duberney López Marín, inicialmente conviene precisar que no es cierto, como lo adujo el juez de primera instancia para negar el decreto de esta prueba, que el testimonio de este funcionario le había sido decretado a la Fiscalía y que se trataría de una prueba en común, siendo suficiente el contrainterrogatorio para efectos

Radicado: 05-001-60-00-206-2022-01938
Procesados: Saúl Calderón Camargo
Robinson Suárez Aguilar
Delito: Fabricación, tráfico, porte o
tenencia de armas de fuego,
accesorios, partes o municiones

de la labor defensiva. Lo anterior por cuanto la Fiscalía no efectuó solicitud probatoria alguna en ese sentido y, por ende, no fue objeto de análisis para su decreto, como sí sucedió con el otro perito balístico, John Smith Sanjuan, cuyo testimonio fue decretado.

Además, pese a que el juez de primer grado ofrece como razón adicional el hecho de que la defensa no habría solicitado el testimonio de Duberney López Marín, sino solo la incorporación de su informe pericial, para la Sala es claro que el defensor del señor Saúl Calderón Camargo, aunque no fue categórico, efectivamente solicitó la práctica del testimonio en cuestión, tal como se desprende de su intervención al pedir que se decretara como prueba pericial el dictamen balístico, pues en el evento en que la Fiscalía se abstenga de llamar al testigo Duberney López Marín, se haría necesaria su práctica porque es la persona que entrega el informe sobre el arma de fuego.

Para el Tribunal aparece debidamente sustentada la pertinencia y utilidad de esta prueba, tal como lo explicó la defensa, en tanto el perito balístico Duberney López Marín es uno de los funcionarios que suscribe uno de los informes de balística que contiene la fijación fotográfica del arma de fuego y las especificaciones de esta con las que se determina si es apta o no para producir disparos, con mayor razón cuando la fiscal corrobora que dicho funcionario fue el encargado de realizar el segundo estudio al arma en el IBIS (Sistema Integrado de Identificación Balística). Por consiguiente, será decretado dicho testimonio.

Radicado: 05-001-60-00-206-2022-01938
Procesados: Saúl Calderón Camargo
Robinson Suárez Aguilar
Delito: Fabricación, tráfico, porte o
tenencia de armas de fuego,
accesorios, partes o municiones

3.3. Finalmente, la Sala confirmará la negación del decreto como prueba documental de la denuncia presentada por el señor Robinson Suárez Aguilar, toda vez que en este evento solo podría acreditar que esta fue presentada mas no así la veracidad de lo allí expuesto, de modo que si eso es lo pretendido la prueba carecería en rigor de utilidad, pues solo se demostraría que el acusado en mención interpuso una denuncia por estafa en contra del señor Heiner Yair Moreno Valoyes, sin que ese solo hecho sea suficiente para hacer más o menos probable la existencia del delito por el que se procede en este caso si nada puede saberse de su veracidad.

Conviene precisar que, por regla general, las declaraciones anteriores al juicio oral no pueden ser aportadas directamente por las partes y, por ende, no pueden servir de fundamento a la decisión judicial, teniendo en cuenta que *“en el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento”*, tal como lo demanda el principio de inmediación consagrado en el artículo 16 del Código de Procedimiento Penal.

Sobre las reglas de admisibilidad de un documento cuando contiene declaraciones anteriores al juicio, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en el auto AP5785-2015 del 30 de septiembre de 2015, radicación 46153, con ponencia de la Magistrada Patricia Salazar Cuéllar, estableció lo siguiente:

Radicado: 05-001-60-00-206-2022-01938
Procesados: Saúl Calderón Camargo
Robinson Suárez Aguilar
Delito: Fabricación, tráfico, porte o
tenencia de armas de fuego,
accesorios, partes o municiones

“El análisis sobre la admisibilidad de una declaración anterior al juicio no puede reducirse a si se trata de una prueba testimonial o documental, porque, según se ha visto, lo de fondo es establecer cuál es el papel que juega la declaración en la teoría del caso de las partes, esto es, si constituye parte del tema de prueba o si se está utilizando como medio de prueba, y si la admisión de la declaración anterior afecta el ejercicio del derecho a la confrontación.

La utilización de documentos que contienen declaraciones ya había sido analizado por esta Corporación en el contexto de la prueba pericial. En un caso donde la Fiscalía solicitó introducir como prueba los informes preparados por el médico legista, bajo el argumento de que se trata de documentos, la Sala aclaró, basada en su propio precedente, que el informe pericial contiene la declaración anterior del perito y que, en consecuencia, la versión de éste debe someterse a las reglas generales de la prueba pericial, a la que se le aplican en lo pertinente las normas sobre el testimonio, según lo establecido en el artículo 405 de la Ley 906 de 2004 (CSJ SC, 17 Sep 2008, Rad. 30214).

Así, por ejemplo, si en un caso de muerte en accidente automovilístico la Fiscalía pretende aducir como prueba el informe del agente de tránsito, que contiene las entrevistas de dos testigos, no puede reducir su argumento para la admisibilidad a decir que se trata de prueba documental, porque, en últimas, el documento sólo constituye un instrumento para llevar al juicio unas declaraciones anteriores con clara vocación de medio de prueba, como quiera que pretenden usarse para probar los pormenores del accidente.

En el ejemplo anterior, las entrevistas constituyen prueba de referencia, a pesar de estar incorporadas en un documento, público por demás. Primero, porque encajan en la definición del artículo 437, en cuanto se trata de (i) declaraciones rendidas por fuera del juicio oral; (ii) que se llevan al juicio oral, en este caso por la Fiscalía y a través del informe suscrito por el agente de tránsito; (iii) con la finalidad de probar con ellas un aspecto trascendente del debate o, lo que es lo mismo, como medio de prueba. Y segundo, porque la defensa tendría derecho a interrogar a los testigos que rindieron las entrevistas y difícilmente podría lograr su impugnación si no están presentes en el juicio oral, sometidos a interrogatorio cruzado.

Radicado: 05-001-60-00-206-2022-01938
Procesados: Saúl Calderón Camargo
Robinson Suárez Aguilar
Delito: Fabricación, tráfico, porte o
tenencia de armas de fuego,
accesorios, partes o municiones

Lo anterior pone de relieve un aspecto importante en materia de documentos. Un documento no es admisible únicamente por su carácter (documental) o por la posibilidad que tenga la parte de autenticarlo. Debe verificarse, además, que su contenido no esté prohibido (como en los casos de declaraciones del abogado con su cliente o cuando contienen las conversaciones previas de las partes para lograr un acuerdo, la reparación de las víctimas o la aplicación del principio de oportunidad). Además del estudio de pertinencia (común a cualquier medio de conocimiento), y de los debates que puedan suscitarse en torno a la manera como el documento fue obtenido, en los casos en que contienen declaraciones debe precisarse si las mismas hacen parte del tema de prueba o constituyen medio de prueba y, en este último caso, si esa declaración anterior al juicio resulta admisible como prueba de referencia, según lo dispuesto en los artículos 437 y siguientes de la Ley 906 de 2004, sin perjuicio, claro está, de los otros usos que pueden hacerse de este tipo de declaraciones, como el refrescamiento de memoria, la impugnación de testigos, etcétera.

Igualmente, cuando se decide admitir una declaración anterior como prueba de referencia, el documento puede ser un medio idóneo para llevar al juicio la declaración que constituye medio de prueba. Por ejemplo, si una persona rindió una entrevista y luego no puede ser ubicada para que declare en juicio, es posible que se admita dicha declaración como medio de prueba, y el documento que la contiene constituye un instrumento idóneo para demostrar su existencia y contenido, sin perjuicio de que el policía judicial que la recibió también pueda referirse a este aspecto, porque, según se indicó, la demostración de la existencia y contenido de las declaraciones anteriores al juicio se rige por el principio de libertad probatoria.”

Conforme con este marco jurídico esbozado por la alta corporación, no resulta viable la pretensión del apelante de que se decrete como prueba documental la denuncia instaurada por su defendido con el argumento de que en ella constan los hechos que antecedieron a la captura de los procesados y esclarece lo sucedido, puesto que, como quedó claramente establecido, no puede ser usada como medio de

Radicado: 05-001-60-00-206-2022-01938
Procesados: Saúl Calderón Camargo
Robinson Suárez Aguilar
Delito: Fabricación, tráfico, porte o
tenencia de armas de fuego,
accesorios, partes o municiones

demostración de los hechos objeto del debate, sino para eventualidades tales como refrescar memoria, impugnar credibilidad o utilizarse como prueba de referencia, debiendo advertirse que para los dos primeros eventos es suficiente con el descubrimiento y para incorporarla como prueba de referencia, de surgir su necesidad, deberá efectuarse su previa invocación y demostración de la causal excepcional que habilite a su incorporación, situación que no se percibe suceda para este momento procesal en tanto el denunciante se encuentra disponible para efectos de rendir su atestación sobre los hechos por él denunciados, si es su voluntad hacerlo, pues por resistir la acción penal no está obligado a rendir testimonio. Por tanto, se confirmará la decisión recurrida en cuanto denegó la incorporación como prueba documental de la denuncia instaurada por el señor Robinson Suárez Aguilar.

3.4. En conclusión, la Sala revocará parcialmente el auto de primera instancia en cuanto denegó los testimonios de los patrulleros de policía Diego Alexander Quitián Moreno y Dubán De La Ossa Quiñonez solicitados como prueba en común por la defensa, los cuales se decretan, al igual que se ordena el decreto del testimonio del perito balístico Duberney López Marín. En lo restante se confirma la decisión impugnada.

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

Radicado: 05-001-60-00-206-2022-01938
Procesados: Saúl Calderón Camargo
Robinson Suárez Aguilar
Delito: Fabricación, tráfico, porte o
tenencia de armas de fuego,
accesorios, partes o municiones

RESUELVE

Revocar parcialmente el auto recurrido en cuanto denegó los testimonios de los patrulleros de policía Diego Alexander Quitián Moreno y Dubán De La Ossa Quiñonez solicitados como prueba en común por la defensa, los cuales se decretan, al igual que se ordena el decreto del testimonio del perito balístico Duberney López Marín. En lo restante rige la providencia impugnada.

Esta decisión queda notificada en estrados al momento de su lectura y contra ella no procede recurso alguno, pues agota el objeto de la impugnación.



MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS
MAGISTRADO



PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN
MAGISTRADO



GABRIEL FERNANDO ROLDÁN RESTREPO
MAGISTRADO