



SALA PENAL

Magistrado Ponente:

JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ

Radicado: 2022-05628

Aprobado mediante acta 088

Medellín, mayo treinta y uno (31) de dos mil veintitrés (2023)

Por negar el rechazo de las pruebas documentales solicitadas por la fiscalía en la audiencia preparatoria realizada el pasado 25 de abril, el defensor interpuso recurso de apelación contra la decisión del Juez Noveno Penal del Circuito de esta ciudad, en el proceso que se adelanta en contra de **Amado de Jesús Tamayo Castellanos** por los delitos de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego accesorios partes o municiones, por lo que procedemos a su análisis y solución.

ANTECEDENTES

1. Las solicitudes probatorias y su oposición.

Luego de varios aplazamientos, el 1 de febrero del presente año, la fiscal 179 seccional acusó al señor **Amado de Jesús Tamayo Castellanos** por los delitos de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (verbo vender) y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego accesorios partes o municiones (arts. 376, inciso 2, y 365 del Código Penal)¹, por los siguientes hechos relacionados en el escrito:

“El 4 de marzo de 2022 a eso de las 16:47 horas estando en labores de patrullaje y control funcionarios de la policía Nacional en la calle 49 B con carrera 99 EE, Barrio Divisa, de Medellín observan en la vía pública un sujeto que le pasaba algo con su mano derecha a otra persona que se encontraba junto a él y este a su vez le entregaba dinero, los abordan les practican un registro palpándole al primero unos elementos en su bolsillo, pidiéndole enseñara lo que llevaba, hace entrega de seis (6) cartuchos calibre 9 milímetros, color dorado y en su mano derecha tenía una bolsa, verificando que contenía 20 cigarrillos envueltos en papel color café, que se asemejan a la marihuana, en la mano izquierda ocho (8) monedas de quinientos pesos (\$500) cinco (5) monedas de doscientos pesos (\$200) seis (6) billetes de dos mil pesos (\$2.000) y un (1) billete de cinco mil pesos (\$5.000), le piden identificarse manifestando no tener documento de identidad y dice llamarse AMADO DE JESÚS TAMAYO CASTELLANOS. Proceden a identificar el otro ciudadano hallando en su poder un cigarrillo de marihuana, producto del intercambio manifestando de manera espontánea “mi agente yo solo estaba comprando la fuma, pero no me perjudique por acá uno no puede decir nada porque lo van matando a uno” y destruye el cigarrillo en el lugar y se identifica con la CC como ANDRÉS FELIPE HENAO JIMENEZ, por lo que le leen los derechos como capturado siendo las

¹ Conforme a lo indicado en el acta de la audiencia.

16:49 por tráfico fabricación o porte de estupefacientes, y fabricación porte o tenencia de arma de fuego, accesorios, partes o municiones a AMADO DE JESÚS TAMAYO, dejan constancia que el lugar es reconocido por la venta de estupefacientes, y procedieron a ponerlo a disposición de la Fiscalía en la URI Centro.

De acuerdo a la PRUEBA PRELIMINAR DE CAMPO PIPH, la sustancia dio positiva para MARIHUANA Y SUS DERIVADOS con un PESO NETO de veintinueve coma tres (29,3) gramos.

Sobre la munición se conceptuó se encontraban en buen estado de conservación y son aptos para ser empleados en armas de fuego compatibles con su calibre.”

En audiencia preparatoria realizada el 25 de abril siguiente, y en lo que va a ser objeto de apelación, dentro de las solicitudes probatorias de la Fiscalía se pidieron varias pruebas documentales: tarjeta de preparación de la cédula, reseñas, informe de policía de vigilancia de captura en flagrancia, acta de derechos del capturado, acta de incautaciones, actos urgentes, pericias de PIPH, de química confirmatoria (pendiente), de plena identidad (pendiente), y de balística, copias de antecedentes y sentencias condenatorias, información del SPOA de la Fiscalía General de la Nación, cadenas de custodia, rótulos registros de continuidad y copias dineros incautados.

El defensor se opuso al decreto de estas pruebas documentales.

Explicó que la fiscalía descubrió sus elementos el 1 de febrero de 2023 en la audiencia de formulación de

acusación, pero que se los entregaron extemporáneamente, puesto que, pese a que solamente se tenían 3 días hábiles, transcurrió un mes porque ello ocurrió el 1 de marzo ulterior, transgrediéndose el art. 344 del CPP.

Adujo que no obstante aportó el correo electrónico para que se le trasladara la documentación en las fechas dispuestas por la Ley, no se hizo, y tampoco se le envió comunicación acerca de algún contratiempo, además de que no había justificación pues no se trataba de elementos cuantiosos. El 7 de febrero de este año le envió un correo a la fiscal titular solicitándole el traslado, y solo el 1 de marzo siguiente le fueron enviados, es decir un mes después, sin explicación acerca de la demora, sin que pueda interpretarse de manera diferente esa situación. Al principio de la audiencia manifestó que no se le habían descubierto de manera oportuna los elementos y la Fiscal presente no dio explicación, afectando con ello el derecho de defensa.

En ese sentido, expuso que había *“un trabajo de dactiloscopia que no se ha podido realizar no solamente porque no se han entregado esos elementos, sino porque incluso en el día de hoy no se ha puesto disposición de la defensa los elementos incautados para poder hacer dicho análisis”*, por lo que debían rechazarse de plano los elementos materiales probatorios de la fiscalía *“por extemporáneos”*, resaltando que incluso tiene una constancia de su asistente diciendo que solicitó por llamada los elementos.

2. La decisión.

El Juez negó dicho requerimiento y decretó todas las pruebas solicitadas por la Fiscalía.

Ante la vaguedad de la petición del defensor, entendió que el requerimiento de rechazo se dirigía a todos los elementos solicitados por la fiscal, entre ellos los testimonios, considerando como desproporcionada la petición. Indicó que no podía negarse que los testigos que participaron en la captura fueron ofrecidos desde el escrito de acusación y con ello la información sobre sus nombres, identidad y la razón de ser de la solicitud.

Aludió a que esta Corporación en decisión del 25 de mayo de 2022², confirmó el decreto de pruebas en un proceso de circunstancias análogas, en la que las evidencias no se trasladaron de manera oportuna a la defensa. Argumentó que el propósito del descubrimiento probatorio era evitar el sorprendimiento de la otra parte y, además, que se pueda preparar la defensa y hacer las solicitudes que se estimen necesarias para sacar adelante los intereses del procesado, y si bien hubo un mes *“para la complementación”*, en el listado que entregó la fiscalía aparecen los nombres de las personas que serían solicitadas como testigos y la razón de su ofrecimiento, concluyendo que no se afectaba la defensa.

² Radicado 0500160002072018-00704, acusado Edwin Antonio Arango Osorio, por la conducta de acceso carnal violento, entre otras.

Explicó que la acusación se realizó el 1 de febrero, la preparatoria se está haciendo casi 3 meses después, y un mes posterior a la acusación se puso a disposición de la defensa los elementos complementarios para hacer efectivo ese descubrimiento.

Asimismo, expuso que el testimonio del patrullero Luis Alberto Games Lara, quien realizó los actos urgentes relacionados con el caso que se le puso a disposición, también fue descubierto desde la presentación del escrito, se dijeron cuáles fueron sus actividades, por lo que se tenía claro cuál es el rol que va a cumplir, por lo que no había afectación al derecho de defensa. El mismo artículo mencionado por el defensor no habla de descubrimiento tardío, por ello estima que podía decretarse esa declaración.

Igualmente, consideró la pertinencia de los testimonios de Frederic Sierra, Mauricio Ospina Silva, Nicolás Sánchez Ríos, perito de PIPH adscrito al CTI, y Henry Antonio Sotelo Ariza, investigador judicial que va a aportar información acerca de la reseña dactiloscópica, puesto que tienen información relevante para lo que es motivo de discusión y por ello fueron decretados; así como la declaración del señor Jaime López Duncan, asistente de Fiscalía, acerca de las actividades que se realizaron, cadenas de custodia y rótulos.

Respecto del testimonio de Diana Marcela Álzate Bran, perito de plena identidad, se decretó su declaración, con la

advertencia de que la prueba confirmatoria, que aún se encontraba pendiente, se admitiría con la condición de que el traslado de su pericia se realizara por lo menos con cinco días de anticipación, según el artículo 415 del Código de Procedimiento Penal.

Finalmente, advirtió que las pruebas documentales deberán ser ingresados con los respectivos testigos, porque ninguno de ellos es prueba independiente, salvo la prueba de balística que debe ser introducida con el perito que la realizó, y pueden ser utilizados para refrescar memoria.

3. La apelación.

El defensor interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la decisión y se excluyan la totalidad de los elementos materiales probatorios solicitados por la Fiscalía.

Aclaró inicialmente que en ningún momento solicitó que se excluyeran los testimonios, porque le parece claro que es suficiente con dar el nombre de los testigos, la ubicación y su función, y que el reparo únicamente se hizo respecto de "*los elementos materiales probatorios*", sin que comparta la postura del Juez puesto que significaría que los tres días mencionados por el art. 344 del CPP serían inoperantes y que el descubrimiento se podía hacer en cualquier momento, resaltando que en cada caso se debía determinar la afectación del derecho de defensa.

En este caso se trata de 18 documentos aproximadamente, lo que es de fácil traslado, pues no son voluminosos, como para que se deba dar un mes de entrega. Por tanto, considera que la decisión del Juez le concede una *"patente de curso a la fiscalía"* para que sin justificación se entreguen los elementos un mes después porque no se afectó el derecho a la defensa. En la norma no se da un término superior, y además se debe justificar mínimamente las razones de la tardanza.

Explicó que para preparar su defensa, le dirigió un oficio el 3 de marzo de 2023, a la fiscal titular solicitando que se le dejara a disposición los elementos incautados para hacerle un cotejo dactiloscópico, *"y sin esos elementos no podía pedir un dactiloscopista, que los mirará para ver si era procedente"*, y dos meses después no se le han puesto a disposición, por lo que no entiende como se dijo que no se trasgredió el derecho a la defensa, aclarando lo siguiente: *"en este caso en particular porque era un perito lo pude pedir, me lo decretaron, tengo la facultad de que hago una pericia posterior, pero en todo caso es tardío, extemporáneo, y si fuera un testigo común y corriente el que se quisiera pedir, o el que se quisiera escudriñar en esos elementos que no se pusieron a disposición, en forma razonable, un tiempo prudencial, entonces estaríamos hablando de otra situación"*.

Adujo que no se podía esperar que se hiciera un daño a la defensa para no poder actuar dentro de un proceso penal y así establecer que se causó un perjuicio. La norma habla de un daño potencial no creado, y así debía entenderse.

Reprochó que el juez basó el argumento, respecto del art. 346 del CPP, en que acá se descubrieron los elementos, pero se trata de una interpretación parcializada por que la fiscalía no está autorizada a entregarlos extemporáneamente sin justificación, y si bien entendía que la fiscal titular hace 15 días estaba incapacitada, nada se adujo en ese sentido y el juez no podía interpretar esa situación, por lo que se estaba afectando la norma y se debía aplicar la sanción. El artículo 356, numeral primero, es claro acerca de que si el descubrimiento no fue completo el juez lo rechazará, y si no se justificó la tardanza así se debió proceder.

Llamó la atención en que *"no va ningún informe ni ningún documento"*, el descubrimiento tardío debe ser sancionado porque no hay justificación legal, se afectó el derecho de defensa y el debido proceso.

4. No recurrentes.

4.1. La fiscal indicó que está reemplazando a la titular del despacho desde el 24 de marzo, según resolución, porque lleva un mes incapacitada por un accidente, y esa situación es conocida por el defensor.

Se refirió a la sentencia de la Corte del 26 de octubre de 2012³. En este caso hubo una audiencia de acusación en la que se leyeron los documentos, resaltando que no era posible sorprender a la defensa con un informe de policía,

³ Con ponencia del doctor Luis Augusto Ibáñez Guzmán.

tarjeta de preparación, reseña o demás elementos; y la captura no la decretaron ilegal porque la munición no era apta o porque la droga no tenía esa condición.

En el escrito se indicó que estaba pendiente la pericia confirmatoria y de plena identidad, y en este momento podía dar traslado de la última. No se puede alegar que casi dos meses no se le ha puesto a disposición una pericia, porque *“a usted el 1 de marzo le dieron traslado, es tanto que usted pidió la pericia de un dactiloscopista y el asesor balístico, y llamó al señor investigador, no sabía que ahora era asesor balístico, Luis Fernando Cerón Bernate, o sea que la defensa sí tuvo la oportunidad de poder realizar o digamos recoger elementos materiales probatorios para alegar su defensa”*.

Advirtió que en ningún momento la Fiscalía de manera dolosa no hizo el traslado en ese mes, y que si bien existen unas normas que se deben acatar, en este caso a la defensa no se le ha causado detrimento ni se le ha impedido realizar la labor. Cuando se remitió el correo, ese mismo día se le enviaron los elementos materiales probatorios, y la audiencia se está realizando el 25 de abril, así que el defensor ha tenido casi 2 meses para realizar su labor, tanto así que solicitó unas pruebas, entre ellas el testimonio de Luis Fernando Cerón.

4.2. La delegada del Ministerio Público solicitó se confirme la decisión de primera instancia. Indicó que, si bien existe una carga procesal y unos términos perentorios para el

traslado, según lo establecido en la norma, en este caso no se advierte la intención desleal o ilegal de la fiscalía de ocultar ese descubrimiento o de no hacerlo oportunamente, pues se sabe de la situación de salud que está atravesando la titular del despacho, que hoy tiene a otra funcionaria de la fiscalía en reemplazo.

Expuso que la defensa desde el traslado del escrito de acusación tuvo conocimiento de la información que había obtenido la fiscalía, de las evidencias físicas, elementos u objetos incautados por parte de la policía judicial, y al observarse que la teoría de la defensa va dirigida a demostrar que en los elementos incautados (cartuchos, estupefacientes y dinero) no se hallarán huellas dactilares de su prohijado, concluyó que con ello se materializa la defensa técnica.

El defensor centró su argumentación en cuanto a que la Fiscalía no le brindó la posibilidad de conocer estas evidencias físicas, no concretamente los documentos, porque el propósito es precisamente que un dactiloscopista, mencionado en esta audiencia como Luz Miriam Hernández Arévalo, tendrá que tener a su disposición esos elementos y por ende la fiscalía se los debe trasladar y ponerlos físicamente a su disposición, pero es claro que estando estos elementos en el almacén de evidencias, y siendo el propósito de la defensa que se verifique por parte de la experta que en esas evidencias obran o no huellas de su representado, pues la perito tendrá que acercarse a ese almacén.

Expuso que los documentos le fueron trasladados al defensor con mucho más de un mes de anticipación a esta audiencia, para que conociera la información, por lo que consideró no hubo situaciones irregulares que den al traste con el derecho de defensa y el debido proceso. En el escrito se relacionó el contenido de todos los elementos y en la acusación se reiteró la información, por lo que se puede decir que se descubrió oportunamente toda la actividad probatoria que había realizado el ente persecutor.

Concluyó que el descubrimiento de la base de opinión pericial puede hacerse cinco días antes de que el perito comparezca al juicio a informar sobre el conocimiento que tiene respecto de esos hechos y, según los altos tribunales, ese descubrimiento se puede dar de manera metódica y cronológica con la presentación del escrito, donde se narran las circunstancias fácticas, con lo que la defensa conoce los aspectos a probar por la fiscalía; en la acusación, en la preparatoria e incluso de manera excepcional en el juicio, aludiendo a aparte del radicado 25920 del 21 de febrero de 2007, como decisión icónica de la Corte Suprema de Justicia.

Adujo que no se observa actitud desleal de la fiscalía, sino que las dificultades obedecen a los problemas de salud de la titular del despacho y al nombramiento del reemplazo. Además, la defensa conocía en su integridad toda la información que tenía la fiscalía, tanto así que determinó sobre los elementos incautados, se practicara un examen dactiloscópico para eliminar algún compromiso en la responsabilidad del acusado.

CONSIDERACIONES

Conforme al panorama de controversia, la decisión de primera instancia será confirmada.

Como aspectos principales, recordemos que el apelante aludió a que la audiencia de acusación se realizó el 1 de febrero del presente año y que el descubrimiento se le efectuó el 1 de marzo siguiente, un mes después, cuando se le remitieron al correo electrónico los elementos, vulnerando con ello el derecho a la defensa, porque le parece que no existe ninguna justificación para la demora, planteamientos con los que no estamos de acuerdo por dos razones fundamentales.

1. Como regla general, el numeral primero del artículo 356 de la Ley 906 de 2004 establece que en desarrollo de la audiencia preparatoria, el Juez dispondrá: *“Que las partes manifiesten sus observaciones pertinentes al procedimiento de descubrimiento de elementos probatorios, en especial, si el efectuado fuera de la sede de la audiencia de formulación de acusación ha quedado completo. Si no lo estuviere, el juez lo rechazará”*, y además de ello, respecto de los elementos que tiene la Fiscalía y que fueron relacionados en la audiencia de formulación de acusación, el artículo 344 ídem determina su entrega en **“un plazo máximo de tres (3) días para su cumplimiento”**.

No obstante esa directriz general de descubrimiento y la disposición de rechazo si no se realiza dentro del término, conforme lo indica el artículo 346 de la misma norma, que es el tópic que discute el apelante cuando se opone al decreto de las pruebas documentales solicitadas, hay unas pautas especiales que deben tenerse en cuenta para no aplicar la sanción que se reclama, atinentes a que "*... salvo que se acredite que su descubrimiento se haya omitido por causas no imputables a la parte afectada*"⁴.

En nuestro caso, más allá del descuido de la fiscal que participó en la audiencia preparatoria al no dejar constancia clara desde un principio de las razones por las cuales se encontraba reemplazando a la titular del despacho, especialmente ante la ausencia de descubrimiento oportuno advertida por el defensor, lo cierto es que en la diligencia se dejó claro que ésta padeció un accidente y que por ello "*lleva un mes incapacitada*", según lo dijo como no recurrente la fiscal de reemplazo, aludiendo también a que estaba desde el 24 de marzo acudiendo a sus audiencias y que esa situación era conocida por el apelante, quien, por demás, así lo reconoció: "*entiendo que la fiscal titular hace 15 días está incapacitada pero nada se adujo en ese sentido...*".

Las pruebas documentales fueron relacionadas desde el escrito de acusación, y por ello la falta de entrega oportuna en este caso no puede generar para la Fiscalía la sanción máxima de su rechazo porque, contrario a lo manifestado por el recurrente, sí existe justificación para su extemporaneidad en el traslado, y si bien no tenemos una fecha exacta de

⁴ Negrilla nuestra.

ocurrencia del hecho que le impidió a la Fiscal cumplir con el traslado, tampoco el defensor demostró que la omisión en la entrega hubiese sido por maniobras desleales o actos de mala fe de su parte.

La Sala Penal de la Corte ha insistido en que cuando no se realiza el descubrimiento por *“Impases, carentes de cualquier característica de mala fe o deslealtad procesal por parte de quien tiene el deber de descubrimiento. Ello, teniendo como faro, los principios de celeridad, eficacia y realización de justicia”*⁵, ello puede ser resuelto en la audiencia preparatoria, obviamente respecto de *“elementos materiales probatorios y evidencia ya puestos en conocimiento de la contraparte desde la audiencia de formulación de acusación o incluso antes”* y en ese sentido, teniendo en cuenta los hechos descritos en el escrito y la naturaleza de los documentos (informe de captura, reseñas, actas de incautaciones, pericias, etc.) no observamos de qué manera puede plantearse una ausencia de conocimiento de su contenido por parte de la defensa.

2. Como se dijo, la audiencia preparatoria se hizo el 25 de abril último, y el descubrimiento final ocurrió el 1 de marzo anterior, con lo que puede constatarse que el defensor tuvo tiempo suficiente para preparar la defensa del procesado, y de hecho varias pruebas solicitó.

En concreto, como transgresión al derecho de defensa, el recurrente aludió a que, pese a que lo requirió por escrito, a

⁵En auto del 28 de septiembre del año pasado, radicado 62081 (AP4468-2022).

la fecha no se le ha dejado a disposición los elementos incautados para hacerle un cotejo dactiloscópico “y sin esos elementos no podía pedir un dactiloscopista, que los mirara para ver si era procedente”, pero es que esos objetos no son de los que debe entregarse a la contraparte, porque para ello tendrá la defensa que acudir al almacén de evidencias para realizar los análisis que requiera, situación que no contraría un debido descubrimiento.

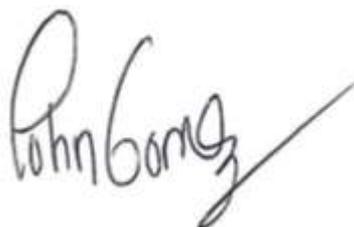
La Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín:

RESUELVE

Confirmar la decisión que por apelación se revisa. Informar que contra la misma no proceden recursos, y citar a audiencia virtual para su notificación.

CÓPIESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,



JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ



MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS



PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN