

Proceso: 050016000206 **2023-39294**
Delito: Homicidio agravado, homicidio agravado tentado y favorecimiento
Imputados: Wilson Andrés y John Edison Ruiz Holguín
Procedencia: Juzgado 2º Penal del Circuito de Itagüí, Antioquia
Objeto: Auto que inadmite y rechaza unas pruebas
Decisión: Confirma parcialmente
M. Ponente: Luis Enrique Restrepo Méndez
Auto Nro. 020-2024

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DECIMOSEGUNDA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, quince (15) de julio de dos mil veinticuatro (2024)

Proyecto aprobado según acta Nro. 089

VISTOS

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación presentado por el defensor contractual de **Wilson Andrés Ruíz Holguín**, contra la decisión proferida el 13 de junio pasado por el **Juzgado 2º Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento De Itagüí, Antioquia** mediante la cual resolvió las solicitudes probatorias del aquí acusado, dentro del proceso penal que se le adelanta por el delito de favorecimiento.

1. ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL

Se reseñará solo lo relevante, de acuerdo con el objeto de apelación.

1.1 En sesión de audiencia preparatoria celebrada el 13 de junio de este año el apoderado del acusado **Wilson Andrés Ruíz Holguín** realizó su solicitud probatoria ante la Juez 2ª Penal del Circuito de Itagüí, Antioquia, para efecto del recurso interpuesto se hará alusión a aquellas pruebas que fueron inadmitidas y rechazadas por la a quo. Éstas fueron:

i) El testimonio del investigador Juan David Arboleda Tobón

La defensa al momento de solicitar esta prueba indicó lo siguiente:

Realizó actividades de recolección de información tales como entrevistas a personas que se encontraban con el señor Wilson Andrés Ruiz Holguín en el momento en que es notificado sobre un suceso en la residencia de su hijo. También tomó los testimonios de Edwin Cañas, Laura Ramírez, Luis Alfonso Pabón y Claudia Elena y realizó visita al lugar de los hechos, recolección de videos de cámaras de vigilancia pública y videos de carácter privados, así como las solicitudes ante las autoridades, las llamadas recibidas ese día sobre la novedad presentada en la línea 123, la copia del reporte del incidente y los registros de atención, las comunicaciones radiales, la minuta de vigilancia, libros de población y las solicitudes a UNE EPM y de esto dará cuenta el informe de actividades presentadas por este funcionario a esta defensa.

La pertinencia de esta declaración es que a través de él se reconstruirá dónde se encontraba Wilson Andrés al momento de los hechos, cuáles fueron las actividades que realizó él, cómo se conduce hacia la vereda el Ajizal, en compañía de quién, en qué vehículo y qué realiza cuando llega al lugar de los hechos. También hará una línea de tiempo sobre estas actividades y dará luz al despacho sobre la ausencia de participación de Wilson en los hechos enrostrados por parte de la fiscalía.

Adicionalmente con este investigador se incorporarán los elementos documentales anteriormente referidos y que estos elementos servirán en primer lugar, para acreditar esas circunstancias de tiempo, modo y lugar donde se encontraba Wilson Andrés Ruiz.

En segundo lugar, servirán para desacreditar o tachar los testimonios de quienes afirmaron por parte de las entrevistas de la fiscalía haber visto una colaboración de Wilson hacia John Edison en estos hechos, así como también desacreditarán los dichos y las versiones de los funcionarios de la policía que realizaron la captura de éstos en relación a la supuesta persecución a la que fueron sometidos.

Con estos, Señoría también son pertinentes estos elementos documentales, en primer lugar, acreditar esas circunstancias de tiempo, modo y lugar. Y en punto a los que aún no se han recibido, estos servirán aparte de acreditar estas circunstancias, para desacreditar los testimonios, por eso estos mismos tienen esa doble pertinencia, que es acreditar un hecho y desacreditar la versión testimonial presentada por la fiscalía el sub intendente Félix Oviedo Perea Rentería y Norberto Gómez León”.

ii) El testimonio de Franklin Guillermo Ruiz Ochoa

De acuerdo con la sustentación de la pertinencia este ciudadano se encontraba con Wilson Andrés Ruiz en el momento en que recibe una llamada telefónica donde le informan que se presenta una situación en la residencia de su hijo o con su hijo, de esa manera dará cuenta quién fue la persona que lo llamó, dónde lo llamó, porqué medio, qué le informó y qué se encontraba haciendo Wilson Andrés al momento en que él estaba siendo enterado de esta situación, dará cuenta también si se desplazó o no al lugar de los hechos, en compañía de quién y en qué medio, hasta dónde llegó y cuando lo hizo qué observó, quién puede corroborar esta información, si tuvo la oportunidad

o no de conversar con su hijo John Edison sobre lo que había pasado y qué actuaciones sucedieron con posterioridad a que se encuentra con él en este lugar; y agregó:

“Como se había descubierto anteriormente este ciudadano rindió una declaración por escrito que fue descubierta a la fiscalía y teniendo en cuenta que el señor Franklin Guillermo Ruiz Ochoa es el padre de ambos procesados y que en ese momento pudiera acogerse al art. 33 de la C.N solicito se admita como un testimonio adjunto esta declaración que también fue realizada con estas formalidades o prevenciones y que en esa oportunidad él aceptó renunciar a su derecho constitucional”¹.

1.2 La fiscalía se opuso al decreto del testimonio del investigador **Juan David Arboleda Tobón** porque de acuerdo con la defensa vendrá a declarar sobre lo que le dijeron los entrevistados, sin embargo, quienes deben acudir como sus testigos son aquellos que de manera directa o indirecta puedan dar cuenta sobre los hechos que se investigan.

Recordó que se investiga a Wilson Andrés Ruiz Holguín porque ayudó a evadir del lugar de los hechos a su hermano, quien fuera acusado por el delito de homicidio agravado y homicidio agravado tentado. Los testigos que trae la defensa tienen esa finalidad de explicar todas las circunstancias de cómo se enteró Wilson Andrés de los sucedido y porqué le prestó apoyo a su hermano, de ahí que el testigo Juan David Arboleda Tobón no fue presencial y no puede ser admitido para que venga a declarar sobre la información que recibió en su condición de investigador de terceros.

Se opuso también a algunos documentos que ingresarían con este testigo, entre ellos los seis videos obtenidos de la cámara externa de la residencia del acusado porque desconoce qué información contienen al no visualizarlos. Frente a las llamadas a la

¹ Audiencia preparatoria del 13 de junio de 2024. Minuto: 2:08:54

línea del 123, las comunicaciones radiales, el libro de minutas y población, y las solicitudes a EPM, dijo que no le fueron trasladados, ya que la defensa solo hasta el día anterior elevó la petición ante esas entidades para que le remitieran esos elementos, en consecuencia, solo le dio traslado del oficio petitorio.

Recordó que los informes de investigador son para refrescar memoria o impugnar credibilidad, pero no son prueba y adujo que desde la audiencia de formulación de imputación han transcurrido algunos meses y solo hasta un día antes de la celebración de la audiencia preparatoria la defensa solicitó ante las entidades los diferentes documentos a los que hizo alusión.

Finalmente se opuso a la entrevista que se le tomó al señor Franklin Guillermo Ruiz, pues si bien es cierto es pertinente que él declare, también lo es que, en caso de que se acoja al art. 33 constitucional, no se puede ingresar porque vulnera el principio de contradicción².

1.3 La representación de las víctimas coadyuvó la oposición realizada por el delgado del ente persecutor³.

2. DECISIÓN RECURRIDA

La a quo inicialmente destacó que a partir del contenido del art. 357 del C. de P.P., es posible decretar como pruebas aquellas que guarden relación con los hechos de la acusación que requieran demostración, siempre que resulten pertinentes y admisibles, artículo que debe ser analizado a la luz de los art. 372 y 375, de ahí que fuera el legislador quien estableció que es pertinente todo medio de prueba que se refiere a los hechos de la acusación, a la responsabilidad, incluso a la posibilidad de hacer más o menos probable la teoría del caso de cada una de las

² Audiencia preparatoria del 13 de junio de 2024. Minuto: 2:27:13

³ Ídem. Minuto: 2:45:16

partes o a la posibilidad de dar menor crédito a otras de las pruebas solicitadas por la parte. Es decir, que se tiene que establecer una conexión entre lo que es el propósito del juicio mismo y la prueba solicitada.

Enseguida hizo alusión a los art. 356 y 359 de la Ley 906 de 2004 y que tienen que ver con el rechazo por no descubrimiento de los medios probatorios, cuando una de las partes ha incumplido con su deber.

Luego de afirmar que las solicitudes probatorias de la fiscalía y de la defensa de John Edison Ruiz Holguín, sin lugar a dudas, tienen que ver con el propósito mismo del juzgamiento y ninguna desborda los parámetros fijados por el legislador, las decretó en su totalidad para el primero y respecto del segundo, redujo a su elección el número de testigos indirectos, circunstancia que no fue objeto de reparo.

Posteriormente se ocupó de las solicitudes probatorias realizadas por la defensa de **Wilson Andrés Ruiz Holguín** y en ese sentido, indicó que respecto del testimonio del investigador **Juan David Arboleda Tobón** advierte que la pertinencia desborda por mucho ese contexto establecido por el legislador en el art. 375 del C. de P.P.

Dijo que si bien es cierto, recolectó información y entrevistas a personas, no resulta pertinente ni admisible que se permita el testimonio del investigador Arboleda Tobón en juicio para para que haga una especie de reconstrucción de los hechos tal y como lo afirmó la defensa en su solicitud, pues el propio acusado Wilson Andrés Ruiz Holguín tiene la posibilidad de declarar en el juicio y de no hacerlo, se admitió el testimonio de otros testigos; por tanto, no puede someterse al tamiz de un investigador de la defensa el análisis del contexto de los hechos y recordó que en este sistema ni las entrevistas, elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida adquieren esta connotación de prueba hasta que no se practica en sede de juicio oral, y será entonces con posterioridad a la práctica probatoria que se

haga el análisis de la situación y esa será su labor, de ahí que el testimonio del investigador Juan David Arboleda Tobón no es pertinente.

Frente a los elementos materiales probatorios que éste recolectó, la defensa de *“manera escueta”* informó que obtuvo: *“5 videos de las cámaras de vigilancia públicas, los 6 videos obtenidos de la cámara externa de la casa de Wilson, que fue quien solicitó el reporte de llamadas al 123, la copia del reporte de incidente en el registro de la línea 123, las comunicaciones radiales del 3 de septiembre de 2023 y la copia de minuta del libro de población de la estación de policía Los Gómez”*, preguntándose entonces ¿cuál es la relevancia en relación con estos documentos en lo que tiene que ver precisamente con los postulados del citado art. 375 del C. de P.P.? y afirmó que no basta con que el funcionario judicial a partir de la nominación de esos elementos derive que pueden ser pertinentes para el caso, ya que es necesario conocer de la parte que los solicita, el detalle que permita derivar esa pertinencia, por ejemplo: saber por qué son importantes los 5 videos que dice se obtuvieron de la cámara de vigilancia de seguridad el 3 de septiembre de 2023, qué se observa en esas cámaras, si se ve el lugar donde ocurrieron los hechos o se observa el lugar donde estaba presuntamente el acusado, si se ve el desplazamiento de la motocicleta o su duración, entre otros aspectos.

Advirtió que lo mismo ocurrió con *“los 6 videos obtenidos de la cámara externa de la casa de Wilson”* de los cuáles tampoco adujo su pertinencia y ni siquiera qué es lo que exhiben; de ahí que no son admisibles y, por tanto, no los decretó, pues las falencias que se cometen al momento de sustentar la solicitud probatoria no pueden ser asumidas por la judicatura con el riesgo de generar un desequilibrio en la igualdad de armas de las partes.

Enseguida explicó que la única posibilidad que existe para que un elemento material probatorio sea descubierto con posterioridad a la audiencia preparatoria tiene que ver con la prueba pericial, es decir, con el documento base de opinión pericial conforme

el art. 415 del C. de P.P., o con la prueba sobreviniente; sin embargo, en este caso la fiscalía al momento de oponerse advirtió que *“el reporte de llamadas del 123 entre las 9:30 y 10:30 de la mañana, la copia de incidente de registro de la línea 123, del libro de población y la minuta y el registro de llamadas entrantes y salientes”*, no le fueron descubiertos, pues solo se le dio traslado del oficio petitorio realizado a las diferentes entidades un día antes de la celebración de la audiencia preparatoria, elementos que obviamente no son sobrevinientes pues la parte sabía que existían y durante todos estos meses los pudo obtener, razón suficiente para rechazarlos y de admitirse en gracia de discusión que se entiende con ello descubiertos, la defensa no argumentó porqué resulta pertinente esta información.

En relación con el informe del investigador, indicó que es solo un documento que sirve de soporte de la actividad llevada a cabo.

Por último, advirtió que la entrevista suministrada por Franklin Guillermo Ruiz Ochoa solo podrá ser usada para refrescar memoria o impugnar credibilidad si éste decide declarar, no obstante, si hace uso de garantía que se establece en el art. 33 de la C.N., y que fue retomada por el art. 385 del C. de P.P., no se podrá utilizar, ya que ese derecho a no declarar en el juicio abarca todos los espacios⁴.

4. DEL RECURSO

La defensa inconforme interpuso los recursos de reposición y en subsidio apelación, para el afecto indicó que la a quo desconoció la reiterada jurisprudencia de la Corte,- sin mencionar qué decisiones,- donde dice *“que basta la enunciación de ese fin que pretende la defensa para que se considere que el elemento es pertinente”* y recordó haber mencionado en su solicitud que *“el investigador era pertinente porque realizó actividades investigativas y de recolección de información, entre otras haber tomado*

⁴ Audiencia preparatoria del 13 de junio de 2024. Minuto: 2:47:12

entrevistas a testigos para recolectar elementos materiales probatorios que le permitirán reconstruir los hechos, no que él iba a hacer la reconstrucción de los hechos” y mucho menos valoraciones.

Agregó que es en la práctica de la prueba que el fiscal presenta sus oposiciones frente al contenido del elemento que será incorporado o respecto de la forma cómo se recolectó o si fue o no sometido a cadena de custodia, pues en este momento mal haría en anticipar el contenido de esos medios de convicción.

Refirió que la falladora *“aceptó todo con un doble racero, fue más deficiente el fiscal en relación a la pertinencia de sus pruebas que la defensa”* pero, aun así, admitió sus pruebas y enseguida recordó cuales fueron los hechos jurídicamente relevantes atribuidos a su representado y dijo que por esa razón todos los elementos están orientados a demostrar qué estaba haciendo antes durante y después del momento en que se estaba cometiendo la riña en la que se vio involucrado su hermano.

En este punto, dijo que los videos de las cámaras de seguridad eran pertinentes porque *“son videos públicos que están en vía pública con la ubicación de esas cámaras, el registro de video, será la defensa la que tendrá la oportunidad de demostrar si son 5 minutos, 10 minutos, todo el video”*, y que la defensa cumplió con descubrirlos y trasladarlos por un medio idóneo, de ahí que no era su responsabilidad si la fiscalía pudo o no abrirlos y agregó que si él de un video de 3 horas que descubrió utiliza 5 o 10 minutos eso será en sede de juicio.

Dijo haber afirmado que con el investigador se ingresarían esos elementos documentales con dos fines: para acreditar el hecho y como una eventual contradicción, refutación o impugnación de credibilidad de los testigos de cargo.

Reconoció haber solicitado sólo hasta un día antes de la celebración de la audiencia preparatoria algunos de los documentos a los que hizo alusión en su solicitud, pero

según él, ello es indiferente pues no está pidiendo que se aplaze esta diligencia y se comprometió *“a que en el momento en que los tenga se dará traslado al fiscal antes del juicio”* y que si no los tiene para ese momento de la práctica podrá ser rechazados.

Dijo haberse tardado en solicitar esos documentos que aún falta por exhibirle a la fiscalía porque preparando su teoría del caso surgió *“como un eventual requisito para impugnar credibilidad”* y puso de presente que este año ha estado incapacitado más de dos meses lo que ha dificultado sus actividades laborales; por tanto, será él quien cargue con las consecuencias. Insistió, que no está sorprendiendo a la fiscalía, porque todos son *“documentos públicos producidos por funcionarios públicos”*, por tanto, *“no tiene por qué hablarse de un descubrimiento que no se ha realizado, se hizo, pero no se ha dado traslado de esos documentos”* y advirtió que *“la fiscalía enuncia los elementos y da traslado por fuera de la audiencia de acusación”*, entonces es legítimo y no tiene ningún propósito de entorpecer el normal curso del proceso.

Señaló que será al momento en que se practique la prueba que se dirá qué se ve en los videos, quién los recolectó, cuánto duran y si son pertinentes o no para el proceso.

Frente a las llamadas del 123, minutas de población, registro de llamadas, son documentos públicos que se ingresarán con el testigo y servirán para desacreditar el testimonio de los agentes captores y que *“se descubrió ese documento público, aunque no se ha recibido por parte de la defensa”*.

Afirmó que la entrevista de Franklin Guillermo Ruiz Ochoa se solicitará en su momento como testimonio adjunto en caso de que el testigo no esté disponible y que será solo en ese momento en que en que la juez lo admita o no. Agregó que no fue solicitado como un elemento documental autónomo y que tampoco dijo que sería incorporado con el investigador o que éste va a declarar por los otros testigos, pues él lo que va a decir es: *“yo tome unas entrevistas a...y con eso empecé a hacer esto y esto, esa va a ser la actividad y la técnica así lo determina porque es que ni siquiera*

el informe de investigador es una prueba, se descubre, se anuncia qué se tiene y como faltan actividades que no se han recibido no se entrega completo”.

Frente al rechazo indicó que hay un concepto diferente, pues el descubrimiento primero se agota con la enunciación del elemento material probatorio, que nunca hizo alusión a que iba a incorporar un informe pericial y enseguida afirmó que la defensa tiene que acudir a actividades adicionales que no se le exigen a la fiscalía y como ejemplo de ello aludió a la búsqueda selectiva en base de datos y refirió: *“es más la línea jurisprudencial -sin indicar nuevamente qué decisión,- indica que puede iniciarse el juicio sin haberse recopilado estos documentos la defensa cuenta en este caso con 6 meses para recibir el documento y la fiscalía si quiere puede pedir el rechazo, pero si es pertinente debe admitirse”.*

Por último, trajo a colación las decisiones de la Corte dentro de los radicados 25920 y 48216 del 21 de febrero de 2007 y 18 de enero de 2017, respectivamente, y dijo que está aplicando por analogía el descubrimiento que debe hacer el acusador y que *“si dice que excepcionalmente en el juicio puedo descubrir”* ¿por qué se le rechaza el descubrimiento oportuno en preparatoria? Refirió que con la decisión se está afectando el derecho sustancial a la defensa porque se le está dejando sin pruebas, por tanto, solicitó que los medios sean admitidos para garantizar igualdad de armas⁵.

5. DE LOS NO RECURRENTES

5.1 La Fiscalía pidió confirmar la decisión y tachó de *“reprochable la actitud de la defensa”*. Enseguida trajo a colación la decisión de la Corte en la que hizo alusión a la forma cómo la parte debe solicitar documentos extensos o voluminosos y refirió que, cuando se solicita, por ejemplo, un video de tres o más horas de duración se debe indicar en qué minuto está la información relevante.

⁵ Audiencia preparatoria del 13 de junio de 2024. Minuto: 3:19:01

Advirtió que el recurso no es un espacio adicional para complementar la argumentación inicial y criticó la interpretación que hizo la defensa al indicar que puede descubrir en el juicio elementos materiales probatorios ya que este tiene una secuencia en cada una de las audiencias y recordó cuál es la esencia de la audiencia preparatoria⁶.

5.2 La representación de las víctimas luego de coadyuvar la solicitud de su antecesor, dijo que la defensa hizo un descubrimiento incompleto y dio traslado de las solicitudes realizadas a las entidades, empero ello no es evidencia física⁷.

La juez de primera instancia no repuso y concedió la alzada.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Esta Sala posee la competencia para abordar el estudio de la decisión proferida por la *a quo*, en virtud del factor funcional determinante de la misma, consagrado legalmente en el artículo 34 numeral 1 de la Ley 906 de 2004.

2. El problema jurídico tiene que ver con establecer si en el presente asunto se equivocó la juez de primer grado al i) inadmitir la declaración del investigador de la defensa **Juan David Arboleda Tobón**, así como algunos de los documentos que recolectó, ii) rechazar otros por falta de descubrimiento y iii) admitir la entrevista suministrada por Franklin Guillermo Ruiz Ochoa solo para efectos de refrescar memoria o impugnar credibilidad si éste decide declarar. Pero antes de abordar su estudio en concreto, el Tribunal se referirá al marco jurídico y conceptual del tema probatorio y al rechazo por falta descubrimiento.

⁶ Ídem. Minuto: 3:56:32

⁷ Ídem: 4:15:30

Generalidades

3. Pues bien, sea lo primero señalar que las pruebas, de conformidad con lo previsto en el artículo 372 de la Ley 906 de 2004, tienen como propósito llevar al conocimiento del juez, más allá de toda duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe; o lo contrario, si son propias de la defensa.

El modelo acusatorio ha trascendido los criterios clásicos de admisibilidad de la prueba, optando por dar un alcance central al concepto de pertinencia en el cual se incluyen dos componentes fundamentales: la materialidad y el valor probatorio; así, serán admisibles solo aquellas pruebas que i) acrediten con mayor o menor grado de probabilidad, los hechos o circunstancias señaladas en la acusación y ii) se refieran, directa o indirectamente a los elementos estructurales de la conducta delictiva o sus consecuencias jurídicas. Sobre el particular, la jurisprudencia ha sostenido lo siguiente:

“Ahora, la Ley 906 de 2004 consagra como regla general que las pruebas pertinentes son admisibles. Así se desprende del artículo 357 en cuanto afirma que el juez dará la palabra a la Fiscalía y luego a la defensa para que soliciten las pruebas que requieran para sustentar su pretensión, y a renglón seguido precisa que el juez decretará 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”. En la misma línea, el artículo 376 establece que “toda prueba pertinente es admisible”, salvo en los eventos consagrados en sus tres literales⁸.

⁸ “a) Que exista peligro de causar grave perjuicio indebido. b). Probabilidad de que genere confusión en lugar de mayor claridad al asunto, o que exhiba escaso valor probatorio, y, c) que sea injustamente dilatoria del procedimiento”.

(...) Por su parte, la conducencia se refiere a una cuestión de derecho. Sus principales expresiones son: (i) la obligación legal de probar un hecho con un determinado medio de prueba; (ii) la prohibición legal de probar un hecho con un determinado medio de prueba, y (iii) la prohibición de probar ciertos hechos, aunque en principio puedan ser catalogados como objeto de prueba⁹. Por ello, quien alega falta de conducencia debe indicar cuál es la norma jurídica que regula la obligación de usar un medio de prueba determinado u otra de las situaciones que acaban de mencionarse.

(...)

Finalmente, “la utilidad de la prueba se refiere a su aporte concreto en punto del objeto de la investigación, en oposición a lo superfluo e intrascendente” (CSJ AP, 17 Mar 2009, Rad. 22053). Este aspecto en buena medida fue regulado en el artículo 376 en cita, en cuanto consagra la regla general de admisibilidad de las pruebas pertinentes, salvo, entre otras, las que puedan generar confusión en lugar de mayor claridad al asunto, exhiban escaso valor probatorio o sean injustamente dilatorias del procedimiento”¹⁰.

En ese orden, se constituye una carga de la parte exponer con claridad y precisión la pertinencia de los medios de convicción que aspira le sean decretados, para de esa forma lograr que el juzgador se convenza sobre el aporte probatorio de los elementos que se pretende llevar a juicio y así ordene su práctica.

Del rechazo por no descubrimiento

4. Recordemos que el descubrimiento probatorio ha sido considerado como tópico esencial del sistema acusatorio colombiano y aspecto sustancial de la actuación, que garantiza el debido proceso y el derecho que tienen las partes a conocer los medios de

⁹ Devis, Echandía, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Bogotá: Ed. Temis, 2002.

¹⁰ CSJ AP. 30 sep. 2015, rad. 46153. Postura reiterada en CSJ AP. 7 mar. 2018, rad. 51882; CSJ AP. 13 jun. 2018, rad. 52299; CSJ AP. 23 oct. 2019, rad. 56294; y CSJ AP. 23 sep. 2020, entre otras.

convicción que les servirá para soportar su teoría del caso, o controvertir la de su oponente.

En cuanto a los momentos procesales básicos para el descubrimiento, están la audiencia de formulación de acusación, art. 344 del C. de P.P., y en desarrollo de la audiencia preparatoria, art. 356 y 357 ibídem.

El incumplimiento al deber de revelación de información durante el procedimiento de descubrimiento será sancionado en el artículo 346 del mismo estatuto con el rechazo, lo que implica que los mismos no se pueden aducir y practicar en el juicio oral, ni convertirse en prueba, salvo cuando se acredite que la omisión no obedeció a causas imputables a la parte afectada.

Del caso concreto

5. En el *sub judice* la defensa solicitó el testimonio del investigador Juan David Arboleda Tobón. Al momento de argumentar su petición indicó:

“Realizó actividades de recolección de información tales como entrevistas a personas que se encontraban con el señor Wilson Andrés Ruiz Holguín en el momento en que es notificado sobre un suceso en la residencia de su hijo. También tomó los testimonios de Edwin Cañas, Laura Ramírez, Luis Alfonso Pabón y Claudia Elena y realizó visita al lugar de los hechos, recolección de videos de cámaras de vigilancia pública y videos de carácter privados, así como las solicitudes ante las autoridades, las llamadas recibidas ese día sobre la novedad presentada en la línea 123, la copia del reporte del incidente y los registros de atención, las comunicaciones radiales, la minuta de vigilancia, libros de población y las solicitudes a UNE EPM y de esto dará cuenta el informe de actividades presentadas por este funcionario a esta defensa.

La pertinencia de esta declaración es que a través de él se reconstruirá dónde se encontraba Wilson Andrés al momento de los hechos, cuáles fueron las actividades que realizó él, cómo se conduce hacia la vereda el Ajizal, en compañía de quién, en qué vehículo y qué realiza cuando llega al lugar de los hechos. También hará una línea de tiempo sobre estas actividades y dará luz al despacho sobre la ausencia de participación de Wilson en los hechos enrostrados por parte de la fiscalía.

Adicionalmente con este investigador se incorporarán los elementos documentales anteriormente referidos y que estos elementos servirán en primer lugar, para acreditar esas circunstancias de tiempo, modo y lugar donde se encontraba Wilson Andrés Ruiz.

En segundo lugar, servirán para desacreditar o tachar los testimonios de quienes afirmaron por parte de las entrevistas de la fiscalía haber visto una colaboración de Wilson hacia John Edison en estos hechos, así como también desacreditarán los dichos y las versiones de los funcionarios de la policía que realizaron la captura de éstos en relación a la supuesta persecución a la que fueron sometidos.

Con estos, Señoría también son pertinentes estos elementos documentales, en primer lugar, acreditaran esas circunstancias de tiempo, modo y lugar. Y en punto a los que aún no se han recibido, estos servirán aparte de acreditar estas circunstancias, para desacreditar los testimonios, por eso estos mismos tienen esa doble pertinencia, que es acreditar un hecho y desacreditar la versión testimonial presentada por la fiscalía el sub intendente Félix Oviedo Perea Rentería y Norberto Gómez León”.

La a quo al momento de inadmitir esta prueba consideró que no resultaba “pertinente ni admisible desde ningún punto de vista que se permita el testimonio del investigador

Arboleda Tobón en juicio para que haga una especie de reconstrucción de los hechos”, tal y como lo afirmó la defensa en su solicitud, pues el propio acusado Wilson Andrés Ruiz Holguín tiene la posibilidad de declarar en el juicio y de no hacerlo, se admitió el testimonio de otros testigos.

La defensa al momento de sustentar el recurso de manera airada solicitó que se suspendiera la diligencia para escuchar la grabación de la audiencia específicamente el momento en que sustentó la pertinencia de la prueba y recordó haber dicho que *“el investigador era pertinente porque realizó actividades investigativas y de recolección de información, entre otras haber tomado entrevistas a testigos para recolectar elementos materiales probatorios que le permitirán reconstruir los hechos, no que él iba a hacer la reconstrucción de los hechos”*, así como tampoco mencionó que el testigo haría valoraciones, pues eso le correspondería primero, a él como defensa en sus alegatos iniciales y conclusivos, y, en segundo lugar, a la falladora.

Enseguida adujo que *“todo investigador que haya realizado actividades de recolección es pertinente para la parte que lo pide, la incorporación de elementos de documentos en juicio en sí misma es pertinente, solo con eso el juzgado debió admitirle la práctica de la prueba”*.

Como anotación preliminar la Sala debe indicar, que si bien es cierto disiente de la forma cómo el defensor abordó la censura, también lo es, que no desconoce haber indicado sucintamente que el investigador Juan David Arboleda Tobón realizó actividades de recolección de información entre otros, unos videos de cámaras de vigilancia pública y de carácter privados los cuales eran importantes para su teoría del caso y le servirían para impugnar la credibilidad de los testigos de la fiscalía, fines que están claramente delimitados en la parte final del art. 375 del C. de P.P., es decir, que estos medios de convicción tienen una relación directa con los hechos que se investigan y que hacen parte del cometido propio de la defensa, cual es, enfrentar la tesis de su contraparte, circunstancias suficientes para admitir su testimonio. En ese

sentido resulta válido recordar que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha indicado algunos parámetros que deben ser tenidos en cuenta por los funcionarios de conocimiento al momento de admitir o no una prueba así¹¹:

“Por su parte, el juez de conocimiento valorará la relevancia de la prueba solicitada en la audiencia preparatoria mediante un juicio preliminar e hipotético del enunciado fáctico planteado por la parte y su relación con el hecho por probar. Para ello, deberá presuponer, en principio, que la prueba tendrá un resultado positivo respecto del enunciado por determinar y de ahí abordará su trascendencia para efectos de verificar o refutar (o también para sumar o restar en términos de probabilidad) la verdad histórica de la imputación.

Si un análisis de tal índole arroja resultados negativos, el juez podrá negar la práctica de la prueba por irrelevante o impertinente, una vez escuchados los argumentos del solicitante, así como los de la otra parte y demás intervinientes. En caso de duda, lo recomendable será decretar la prueba solicitada, tal como lo advierte la opinión dominante en la doctrina:

“Sólo cuando la no pertinencia sea indudable o evidente, porque es imposible que el hecho por probar pueda relacionarse directa o indirectamente con los de la causa, debe el juez rechazar o declarar inadmisibile la prueba; pero si existe alguna posibilidad, por remota que parezca, de que ese hecho tenga alguna relación y resulte de algún interés para la decisión del litigio o del asunto voluntario, es mejor decretar y practicar la prueba”¹² (Subraya de la Sala)

Lo anterior, con más razón para la Ley 906 de 2004, en virtud de los valores e

¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Radicado 35130 del 8 de junio de 2011.

¹² Devis Echandía, Hernando, Teoría general de la prueba judicial, Temis, Bogotá, 2006, tomo primero, p. 328.

intereses enfrentados. Por un lado, ordenar la práctica de una prueba irrelevante en el juicio oral afectaría los principios de celeridad y actuación procesal, pues se perturbaría la eficacia del ejercicio de la justicia. Pero, por otro lado, omitir la incorporación de un medio probatorio trascendente para los fines del proceso no sólo implicaría el elevado riesgo de vulnerar el derecho de defensa, como ya se señaló, sino incluso los derechos de la víctima a la verdad, justicia y reparación (en el evento de que la petición desestimada apoyase las pretensiones de la contraparte)”.

Así las cosas, la Sala admitirá este testimonio para que dé cuenta en el juicio sobre los actos de investigación realizados, ejercicio que deberá hacer en relación con **los cinco videos obtenidos de las cámaras de vigilancia pública del Municipio de Itagüí y los seis videos obtenidos de la cámara externa de la residencia de Wilson Andrés Ruiz Holguín**, los cuales de acuerdo con la pertinencia indicada le servirán para rebatir los hechos que su contraparte pretende demostrar.

6. de otro lado, la a quo rechazó por no descubrimiento i) las llamadas a la línea 123 del día 3 de septiembre de 2023, entre las 09:30 a.m. y 10:30 a.m. con informe sobre la novedad, ii) la copia del reporte del incidente y de los registros de atención de la línea 123 derivados de la novedad presentada en el Municipio de Itagüí, Vereda el Ajizal entre las 09:30 y 10:30 horas, del 3 de septiembre de 2023, iii) las comunicaciones radiales del canal policial para el día 3 de septiembre de 2023, entre 09:30 y 10:30 horas, iv) la copia de la minuta de vigilancia y del libro de población de la Subestación de Policía Los Gómez dependiente de la Estación de Policía Itagüí para el 3 de septiembre de 2023 y v) la solicitud realizada a UNE EPM telecomunicaciones sobre las líneas 3105406272 y 3013163694, con relación de llamadas entrantes y salientes; pues el fiscal puso de presente que dicho medios de convicción no le fueron descubiertos ya que de lo único que le dio traslado la defensa fue del oficio solicitando cada uno de éstos a las diferentes entidades, lo que se hizo un día antes de la celebración de la audiencia preparatoria.

La juez en su argumentación indicó que la única posibilidad que existe para que un elemento material probatorio sea descubierto con posterioridad a la audiencia preparatoria tiene que ver con la prueba pericial, es decir, con el documento base de opinión pericial o con la prueba sobreviniente, supuestos dentro de los cuales no figuran los anteriores elementos.

La defensa por su parte reconoció que, en efecto, los solicitó un día antes de la celebración de la audiencia preparatoria, pero según él, ello es indiferente porque una vez estén en su poder dará traslado al fiscal antes del juicio y en el evento en que al momento de la práctica no lo haya hecho, podrán ser rechazados. Enseguida hizo alusión a unas decisiones de la Corte en las que interpretó por analogía el hecho de que, si la fiscalía puede hacer entrega posteriormente del elemento descubierto, la defensa también y agregó que, si excepcionalmente en el juicio se puede descubrir, entonces porqué se le rechazan esos medios de convicción cuando lo hizo de manera oportuna en la audiencia preparatoria.

Para la Sala una interpretación en el sentido acabado de reseñar, resulta por decir lo menos, inadecuada, pues no se trata de situaciones análogas, el legislador dispuso que la fiscalía tiene el deber de descubrir los elementos materiales probatorios y evidencia física que se van a utilizar durante el juicio oral desde el momento mismo de la presentación del escrito de acusación y durante la audiencia de formulación oral de los cargos, artículos 337 numeral 5º y 344 del C. de P.P., mientras que la defensa lo hace en desarrollo de la audiencia preparatoria, tal y como lo establece el art. 356 numeral 2 ídem, secuencia de la cual se desprende que el descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física se encuentra sometido a un orden metódico y cronológico, en aras de garantizar, entre otros, los principios de igualdad, contradicción y lealtad.

De otro lado recordemos que el artículo 346 del C. de P.P. dispone que el juez está obligado a rechazar los medios de convicción cuando se acredite que su

descubrimiento “*se haya omitido por causas no imputables a la parte afectada*”. En el *sub judice* la defensa no esgrimió un motivo serio, real o aceptable para las omisiones en que incurrió, así, por ejemplo, dijo que preparando la sustentación de la teoría del caso surgieron algunos elementos, no obstante, dicha observación no resulta válida, pues desde el pasado 1º de diciembre de 2023 cuando se dio inicio a la audiencia de acusación, la defensa ya podía anticipar cuál sería la tesis de la fiscalía y que elementos tenía en su poder para demostrarla, pues fue en sede de esa diligencia que el delegado fiscal varió la calificación jurídica para su representado, misma que continuó el 18 de marzo de este año donde se programó la etapa subsiguiente fijándose como fecha el 13 de junio. Es decir que la defensa contó con algo más de tres meses, para planear su estrategia defensiva, por lo que no tiene presentación que solo hasta el 12 de junio elevara las peticiones a las diferentes entidades de las que requería información que consideró útil para el caso.

También refirió la defensa, que tuvo una situación de índole personal al haber estado incapacitado más de dos meses lo que había dificultado sus actividades laborales, pero que, en todo caso, no era eso lo que estaba “*ventilando*”, e insistió en que no se estaba sorprendiendo a su contraparte, pues en el momento oportuno daría traslado de los elementos materiales probatorios solicitados un día antes. Sin embargo, en opinión de la Sala, la defensa se desentendió de la parte final del artículo 346 de la ley 906 de 2004 reseñada atrás y dejó de acreditar que esa falta de descubrimiento efectivamente demostrada se debió a motivos o razones que le resultaron ajenas.

De esa manera quedó acreditado que la defensa conocía su deber de descubrimiento probatorio, sabía desde qué momento debía hacerse efectivo, reconoció que no lo satisfizo a cabalidad y no justificó de manera razonable esa omisión, circunstancias que imponían el rechazo de las pruebas no descubiertas, como en efecto lo hizo la funcionaria de primer grado y que esta Sala confirmará.

7. La defensa solicitó el testimonio de Franklin Guillermo Ruiz Ochoa, padre de los acusados y adujo que éste había realizado una declaración por escrito, misma que sería utilizada en caso de que decidiera acogerse al art. 33 de la C.N. y solicitó que se admitiera *“como un testimonio adjunto”*.

La juez de instancia admitió a su favor dicho testimonio y frente a la entrevista advirtió que solo podrá ser usada para refrescar memoria o impugnar credibilidad si éste decide declarar, que, no obstante, si hacía uso de la garantía establecida en el art. 33 de la C.N., no se podrá utilizar, ya que ese derecho a no declarar en el juicio abarca todos los escenarios.

La defensa en el recurso insistió en que la entrevista se solicitará en su momento como testimonio adjunto *“en caso de que el testigo no esté disponible”* y que será solo hasta ese momento en que la juez decida si lo admite o no.

Pues bien, lo primero que debe destacar la Sala es que, en efecto, la entrevista suministrada por Franklin Guillermo Ruiz Ochoa al investigador de la defensa, no es prueba documental, se trata de una declaración del testigo que se encuentra contenida en un escrito. Este hecho particular no despoja al elemento material probatorio de su esencia. Para el caso la propia de una declaración y en ese orden, ha de regirse por las normas propias de la prueba testimonial, que solo adquiere esa condición en el momento en que se realiza ante el juez de conocimiento en sede del juicio oral. Mientras tanto, será una declaración anterior, cuya utilidad en el juicio se limita a la de servir como instrumento para refrescar memoria o impugnar la credibilidad del testigo. Este es el único uso legítimo del referido elemento material probatorio, tal y como lo refirió la a quo.

Ahora bien, en el *sub examine*, el problema presenta un matiz particular. Si Franklin Guillermo Ruiz Ochoa ejerce la prerrogativa constitucional contenida en el art. 33 de la Carta Política en la que se señala que *“nadie podrá ser obligado a declarar contra*

sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil”, la referida declaración anterior no podrá ser utilizada en el juicio. Más claro, al tratarse no de una prueba documental, sino de una declaración anterior que fue descubierta por la defensa, podrá eventualmente ser utilizada en el juicio para efectos de refrescar memoria o impugnar la credibilidad, sí y solo sí Franklin Guillermo Ruiz Ochoa decide declarar.

En segundo término, indicó la defensa que ésta será utilizada *“como testimonio adjunto, en caso de que el testigo no esté disponible”* lo que sin lugar a dudas es un error, ya que el testimonio adjunto se utiliza cuando el declarante está disponible y en la vista pública se retracta u ofrece un relato sustancialmente diverso al que ya había expuesto, en ese momento podrá ser usada esa declaración anterior como adjunta de su testimonio, lo que permite desarrollar el derecho a la confrontación. Empero, si se trata de un testigo que no está disponible, como lo refiere la defensa, esa declaración anterior podría ingresar al juicio como prueba de referencia y para ello la defensa deberá demostrar alguno de los supuestos del art. 438 del C. de P.P., dentro de los cuales no figura que podrá ser utilizada cuando el testigo decida no declarar en contra de sus parientes cercanos.

Al respecto la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha dicho lo siguiente:

“7.2.1. En atención al tema propuesto en el recurso, la Corporación está circunscrita a establecer si: i) el privilegio de no auto incriminación es un evento de no disponibilidad del testigo; y, ii) la procedencia de decretar como prueba de referencia, en juicio oral, las declaraciones previas de la testigo ROSALBA CAICEDO CAMACHO.

7.2.2. No obstante, para abordar lo anterior inicialmente debe señalarse lo que se concibe como prueba de referencia de conformidad con la ley y la jurisprudencia.

7.2.3. La Ley 906 de 2004 introdujo en su normativa el artículo 437, según el cual: “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 aspecto sustancial objeto de debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio”..

7.2.4. En desarrollo de tal referente, esta Corporación tiene decantado que:

«Frente a la definición que trae la normativa procedimental aplicable sobre prueba de referencia, esta Corporación tiene dicho: (CSJ AP8611 – 2014 Rad. 34131)

«Significa esto, conforme ha sido advertido por la Corte, Cfr. CSJ SP, 6 mar. 2008, rad. 27477), que los elementos de la prueba de referencia son i) una declaración realizada por una persona por fuera del juicio oral; ii) que verse sobre aspectos que en forma directa o personal haya tenido la ocasión de observar o percibir; iii) que exista un medio o modo de prueba que se ofrece como evidencia para probar la verdad de los hechos que informa la declaración (testigo de oídas, por ejemplo) y; iv) que la verdad que se pretende probar tenga por objeto afirmar o negar aspectos sustanciales del debate (como por ejemplo la tipicidad de la conducta, el grado de intervención, las circunstancias de atenuación o agravación punitivas, o la naturaleza o extensión del daño causado, entre otros aspectos).

La prueba de referencia se refiere entonces, ha sido dicho (Cfr. CSJ SP 21 sep. 2011, rad. 36023), a aquel medio de convicción (grabación, escrito, audio, incluso un testimonio), que se lleva al proceso para dar a conocer una declaración practicada por fuera del juicio, con el objeto de demostrar que es verdadero, cuando es imposible llevar al testigo por las causas expresamente señaladas en la ley; por ser éste un

instituto que obviamente raya con los principios probatorios del juicio, principalmente los de inmediación y contradicción, su admisibilidad se torna excepcional y también su fuerza demostrativa resulta menguada.» (CSJ AP, 12 oct. 2016, rad. 47921).

7.2.5. Dado lo anterior, la prueba de referencia es la que se lleva al juicio oral, no por medio de la persona que obtuvo el conocimiento directo del hecho, emitida con anterioridad al acto procesal idóneo para incorporar la prueba, con lo que se limita el ejercicio de algunos principios que rigen la actividad probatoria, implicando ello que su decreto sea excepcional, esto es, condicionado a una de las causales contenidas en el artículo 438 de la Ley 906 de 2004, que reza:

“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 impida declarar;*
- d) Ha fallecido;*
- e) Adicionado. Ley 1652 de 2013, art. 3°. 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, 1888C, 1888D, del mismo Código.*

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

*7.2.6. Ahora, la situación del literal b) referida al testigo que “es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o **evento similar**”, ha sido tema ventilado por la jurisprudencia de esta Sala, a efectos de determinar cuáles son esas situaciones análogas en qué resulta admisible la prueba de referencia, de la siguiente manera:*

«De cara a resolver el recurso de la referencia resulta necesario recordar que en sentencia del 6 de marzo de 2008, radicado 27477, esta Sala al momento de resolver una problemática jurídica similar a la que es ahora objeto de estudio, consideró lo siguiente:

«La norma [, esto es, el artículo 438 de la Ley 906 de 2004] introdujo una excepción residual admisiva o cláusula residual incluyente, de carácter discrecional, en la hipótesis prevista en el literal b), al dejar en manos del Juez la posibilidad de admitir a práctica en el juicio, pruebas de referencia distintas de las allí reseñadas, frente a “eventos similares”.

La expresión “eventos similares”, indica que debe tratarse de situaciones parecidas a las previstas en las excepciones tasadas, bien por su naturaleza o porque participan de las particularidades que le son comunes, como lo es, por ejemplo, que se trate de casos en los que el declarante no se halle disponible como testigo, y que la indisponibilidad obedezca a situaciones especiales de fuerza mayor, que no puedan ser racionalmente superadas, como podría ser la desaparición voluntaria del declarante o su imposibilidad de localización.

La primera condición (que se trate de eventos en los cuales el declarante no está disponible), emerge de la teleología del precepto, pues ya se vio que la voluntad de sus inspiradores fue la de permitir la admisión a práctica de pruebas de referencia sólo en casos excepcionales de no disponibilidad del declarante, y de no autorizarla en los demás eventos propuestos por el proyecto original (eventos de disponibilidad del declarante y de pruebas ungidas por particulares circunstancias de confiabilidad), con la única salvedad de las declaraciones contenidas en los registros de pasada memoria y los archivos históricos, que quedó incluida”.

La segunda (que la indisponibilidad obedezca a casos de fuerza mayor), surge del carácter insuperable de los motivos que justifican las distintas hipótesis relacionadas en la norma, y de su naturaleza eminentemente exceptiva, que impone que la admisión de la prueba de referencia por la vía discrecional se reduzca a verdaderos casos de necesidad, y que la excepción no termine convirtiéndose en regla, ni en un mecanismo que pueda ser utilizado para evitar la confrontación en juicio del testigo directo.»¹³

¹³ La Corte Constitucional en sentencia C-144 de 2010 al declarar la exequibilidad de la mencionada norma, luego de traer a colación la precitada decisión de esta Corporación, relievó la interpretación restrictiva que del literal “b” del artículo 438 de la Ley 906 de 2004 se hizo en aquella oportunidad, al considerar lo siguiente: «Con todos estos elementos es fácil concluir que el legislador, al emplear la

Y en decisión SP-14844 2015, radicación 44056, respecto a la demostración de la causal excepcional de prueba de referencia, esta Sala afirmó:

La parte que pretende la aducción de la declaración anterior al juicio, a título de prueba de referencia, debe demostrar la causal excepcional de admisibilidad, esto es, que la persona falleció, perdió la memoria, ha sido secuestrada, padece enfermedad que le impide declarar, etcétera. Esta demostración puede hacerse con cualquier medio de prueba, en desarrollo del principio de libertad probatoria que inspira todo el ordenamiento jurídico, salvo lo dispuesto en el primer literal del artículo 438 en cita.

Si para el momento de la audiencia preparatoria la parte conoce la causal de admisión excepcional de prueba de referencia, debe hacer la solicitud en dicho escenario, porque una de las finalidades de esta audiencia es depurar todos los aspectos probatorios de cara al juicio (CSJ AP, Jun 18 de 2014, Rad. 2014, entre otras). Cuando se trata de situaciones fácticas que no pueden ser modificadas (la muerte del testigo, por ejemplo), el asunto puede resolverse de manera definitiva en la preparatoria; cuando se trata de situaciones que pueden variar (por ejemplo, que el testigo no ha podido ser ubicado), durante el juicio se debe demostrar que la situación anunciada en la audiencia preparatoria no ha variado. (Subrayas fuera del texto original)» (CSJ AP, 5 sep. 2018, rad. 53364).

7.2.7. De otro lado, como lógica consecuencia del artículo 33 de la Carta Política, cuando determina que: “nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo [...]”, la Sala ha señalado que es «elemento esencial del derecho de defensa, en cuanto se protege a la persona de “[...] de ser obligado o coaccionado para declarar contra sí mismo», razón por la cual la garantía se integra al debido proceso» (CSJ SP10741-2017, rad. 41749), además de ser de “índole sustancial, no procesal, y es por tanto aplicable aún frente a procesos independientes”. (CSJ AP, 2 oct.2019, rad. 53.832).

expresión “o evento similar”, no ha introducido una opción que abra en exceso los contornos de la facultad excepcional del juez para decretar este tipo de pruebas. En el marco de su poder de libre configuración legislativa, ha contemplado un elemento adicional que aunque por sus características no permite que su aplicación se reduzca a un simple proceso de subsunción, permite sí al juez una adecuada comprensión y aplicación. Esto es, la incorpora de modo tal en el precepto, que hace posible reconocer racionalmente otras circunstancias próximas al secuestro y a la desaparición forzada que justifiquen admitir una declaración de tal naturaleza. 96. Con base en lo anterior, la Corte declarará la exequibilidad de la expresión “o evento similar”, contemplada en el art. 438 literal b) del CPP.»

7.2.8. A su vez, la Corte Constitucional destaca que la garantía de la no autoincriminación «es un componente esencial del derecho de defensa, en tanto blindo a la persona cuya responsabilidad jurídica se intenta determinar, de la posibilidad de ser obligado o coaccionado para declarar contra sí mismo. Por tal motivo, tanto en el derecho nacional como en los instrumentos internacionales de derechos humanos y en el derecho comparado, la referida garantía se encuentra inescindiblemente vinculada al derecho al debido proceso¹⁴, en el entendido de que la obligación de declarar contra sí mismo haría nugatoria la estructuración y la ejecución de la estrategia de defensa» (CC C-848-2014).

7.2.9. En consecuencia, la situación del testigo que acude al juicio oral y se ampara en la garantía de no autoincriminación -artículo 33 de la Constitución Política-, como acontece en el caso concreto, no constituye un «evento similar» que posibilite la admisibilidad de la prueba de referencia, acorde con el literal b) del artículo 438 del C. de P. Penal, por cuanto no se trata de un testigo no disponible -tesis de la impugnante-, sino de uno que pese a comparecer al juicio se ampara en un privilegio constitucional que, como se dijo, tiene raigambre sustancial por resguardar los derechos fundamentales de defensa y debido proceso, no solamente en la actuación en la cual se enarbola sino frente a otras.

¹⁴ Así se encuentra, por ejemplo, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuando en el artículo 8, referido a las garantías judiciales, establece que “Toda persona (...) tiene (...9 derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable”. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone en su artículo 14 que “durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable”. Y en términos semejantes, el Artículo 55 del Estatuto de la Corte Penal Internacional establece que “cuando haya motivos para creer que una persona ha cometido para creer que una persona ha cometido un crimen de la competencia de la Corte y esa persona haya de ser interrogada por el Fiscal o por las autoridades nacionales (...) tendrá los derechos siguientes: (...) b) A guardar silencio sin que ello puede tenerse en cuenta a los efectos de determinar su culpabilidad o inocencia”.

7.2.10. *Eso es lo que constitucional y legalmente se impone respecto de la eficacia de la administración de justicia aducida por la recurrente, toda vez que la guardiana de la Carta Magna señaló que: «en virtud de la referida garantía, las personas tienen el derecho a no ser forzadas a dar declaraciones inculpativas, ni por medios coercitivos directos, ni por medios indirectos que formalmente confieran la posibilidad de abstención, pero atribuyan consecuencias adversas para quien no lo hace. Es decir, la consecuencia jurídica de la garantía no consiste en liberar a las personas de la obligación de declarar contra sus familiares, sino en otorgarles una salvaguardia especial, para que no puedan ser forzadas, ni por vías directas ni por vías indirectas, a dar estas manifestaciones. » (CC C-848-2014, subrayas fuera de texto).*

7.2.11. *Es por ello que la decisión manifestada por la testigo ROSALBA CAICEDO CAMACHO en el juicio oral, de acogerse al derecho fundamental reconocido por el artículo 33 de la Constitución Política, a efectos de no autoincriminarse, impide que de manera indirecta se le fuerce a deponer, mediante la utilización y valoración de sus declaraciones previas.*

7.2.12. *Tal solución ya había sido adoptada por la Sala en un caso de similares contornos, así:*

“No es, como lo entendió el fiscal del conocimiento y lo avalaron los falladores, que el ejercicio de un derecho constitucional y legal, como lo es la exención del deber de declarar, habilite la admisión excepcional de la prueba de referencia, pues, no es una de las hipótesis que expresamente consagra el artículo 438 de la Ley 906 de 2004, ni puede catalogársele como un “evento similar” al secuestro o la desaparición forzada.” (CSJ SP, 17 mar. 2010, rad. 32829). (Negrilla de la Sala).

Nótese entonces que el Máximo Tribunal de la Justicia Ordinaria desde marzo de 2010 ha sostenido que no respetar ese derecho implicaría una coacción indirecta para declarar en el juicio. La única excepción es procedente cuando la víctima o el testigo manifiesta en el juicio que se acoge a dicha prerrogativa constitucional, pero ello

obedece a amenazas, en ese evento sí son admisibles las declaraciones anteriores¹⁵, circunstancia que debe ser verificada a través de una adecuada gestión para que el testigo comparezca y exprese que en efecto, es su deseo acogerse al artículo 33 de la Carta Política, pues éste opera automáticamente con la sola mención de la parte que pretende aducirlo.

8. En síntesis, la Sala confirmará parcialmente la decisión de la a quo y admitirá el testimonio de Juan David Tobón Arboleda para que dé cuenta en el juicio sobre los actos de investigación realizados, ejercicio que deberá hacer en relación con **los cinco videos obtenidos de las cámaras de vigilancia pública del Municipio de Itagüí y los seis videos obtenidos de la cámara externa de la residencia de Wilson Andrés Ruiz Holguín.**

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

Primero: CONFIRMA PARCIALMENTE el auto proferido por el Juzgado 2º Penal del Circuito de Itagüí, Antioquia, y como consecuencia de ello:

Segundo: DECRETA a favor de la defensa de Wilson Andrés Ruiz Holguín el testimonio de Juan David Tobón Arboleda para que dé cuenta en el juicio sobre los

¹⁵ SP1177-2022 radicado 58668 del 6 de abril de 2022. “En la sentencia SP3274-2020, sep. 2, rad. 50587 (reiterada en la SP2213-2021, jun. 2, rad. 53239); la Corte precisó que, especialmente en contextos de violencia de género, cuando la víctima manifiesta en juicio que no desea rendir testimonio contra miembros de su núcleo familiar y tal manifestación obedece a amenazas, presiones indebidas o al ambiente de coacción o dependencia a que ha sido sometida por el agresor, sus declaraciones anteriores serán admisibles como prueba de referencia por constituir un «evento similar» a los consagrados en el literal b del artículo 438 del C.P.P. Así lo explicó: “Si en el proceso se prueba que la víctima invoca el privilegio consagrado en el artículo 33 de la Constitución Política, no por una expresión libre de la autonomía de la voluntad sino a raíz de las amenazas u otro tipo de presiones ilegales a que ha sido sometida, orientadas expresamente a evitar que rinda testimonio, sus declaraciones anteriores podrán ser incorporadas como prueba de referencia”. (Subraya de la Sala)

actos de investigación realizados, ejercicio que deberá hacer en relación con **los cinco videos obtenidos de las cámaras de vigilancia pública del Municipio de Itagüí y los seis videos obtenidos de la cámara externa de la residencia de Wilson Andrés Ruiz Holguín.**

Contra esta decisión no procede recurso alguno, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ
MAGISTRADO

GABRIEL FERNANDO ROLDÁN RESTREPO
MAGISTRADO

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
MAGISTRADO

Firmado Por:

Luis Enrique Restrepo Méndez
Magistrado
Sala Penal
Tribunal Superior De Medellín - Antioquia

Gabriel Fernando Roldan Restrepo
Magistrado
Sala Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Jose Ignacio Sanchez Calle
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 014 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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: **cbd87eed56559659d183d865a2b408de531272057d7fa9822325d1a531a3672a**

Documento generado en 16/07/2024 10:08:01 AM

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