

*República De Colombia*



*Tribunal Superior de Medellín  
Sala Penal*

**Interlocutorio Nro. - 2022**

**Radicado: 0500160007152019-80001- 2ª INSTANCIA**

**PROCESADOS: SAMIR ALEXIS CELIS URIBE Y OTROS  
DELITOS: EXTORSIÓN  
DECISIÓN: REVOCA PARCIALMENTE.  
M. PONENTE: HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA**

**(Aprobado mediante Acta Nro. 084)**

(Sesión del doce de agosto de 2022)

**Medellín, dieciocho (18) de agosto de dos mil veintidós (2022). Fecha lectura.**

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por el doctor JHON JAIRO QUINTERO ZAPATA, Fiscal 16 Especializado y los defensores ARMEL ROBAYO RIVERA y SIDILFREDO HERNANDEZ URANGO, en la audiencia preparatoria del 23 de febrero de 2022, por la inadmisión y el rechazó de algunas pruebas.

## **1. ANTECEDENTES**

**1.1. HECHOS:** Según el escrito de acusación, la investigación surgió por denuncia penal presentada por el señor HUGO ALBERTO BUILES, candidato a la Alcaldía de Bello (Antioquia) para el período 2020-2023, quien indicó que desde el 10 de octubre de 2019 venía siendo extorsionado por un grupo de hombres que decían pertenecer al CTI de la Fiscalía y a la SIJIN, identificados como JHISSER GUILLERMO SANABRIA MATURANA, GABRIEL LEON ORTIZ y SAMIR ALEXIS CELIS URIBE.

JHISSER GUILLERMO SANABRIA MATURANA se presentó a la sede política del señor BUILES ubicada en la carrera 51 No. 52-25 de Bello, el 10 de octubre de 2019, a exigirle la suma de \$11.000.000 y así hacer efectiva una orden de captura en contra



del señor OSCAR ANDRÉS PÉREZ, también candidato y competidor a la misma Alcaldía de Bello, para luego intercambiar varios mensajes de texto y llamadas, habiéndole señalado que podía acudir a la URI Norte del municipio de Copacabana y preguntar por el investigador judicial del CTI GABRIEL LEON ORTIZ, con quien posteriormente se reunió en una de las oficinas de la Fiscalía de la sede de esa ciudad.

Luego de llevarse a cabo varios actos investigativos se evidenció que SAMIR ALEXIS CELIS URIBE, desde agosto de 2019, venía adelantando actividades de recolección de información con el objetivo de concretar la extorsión en contra del señor CARLOS EDISON GIRALDO HOYOS, conocido con el alias "CATEDRA", quien refirió que desde ese mes había recibido varias llamadas telefónicas de unas personas que decían pertenecer a la DIJIN, citándolo a varias reuniones para enseñarle una carpeta de una investigación seguida en su contra, que a cambio de una fuerte suma de dinero se eliminaría la información existente, lo cual configuró la primera tentativa de extorsión.

GABRIEL LEON ORTIZ, Técnico investigador del CTI, SAMIR ALEXIS CELIS URIBE, los miembros activos de la Policía Nacional YAMID ANDRES LEZCANO LOPEZ y LUIS FERNAN GARCIA ACEVEDO, el hermano de este último LUIS JAVIER GARCIA ACEVEDO, Técnico Investigador del CTI, planearon una reunión con el señor CARLOS EDISON GIRALDO HOYOS, a la cual acudió, en su representación, JOHAN ESTEBAN ESTRADA MORALES, en compañía dos amigos, JUAN GUILLERMO BAENA y CARLOS MARIO CADAVID, la cual se hizo en el restaurante "IL FORNO" del Centro Comercial La Florida de Medellín; en ese lugar ESTRADA MORALES se identificó como abogado de la víctima, a quien le enseñaron algunos documentos que daban cuenta de una investigación que se adelanta en contra de su representado como integrante del grupo delincuencia "LA TERRAZA"; la exigencia económica se realizó por \$500.000.000, garantizando que GIRALDO HOYOS quedaría sin antecedentes; esto ocurrió el 29 de octubre 2019.

**1.2. ACTUACIÓN PROCESAL.** Para el día 19 de noviembre de 2019, en el Juzgado 14 Penal Municipal de Medellín y el siguiente 20, ante el Juzgado 7° Penal Municipal de Medellín, se llevaron a cabo las audiencias preliminares concentradas de

RADICADO:	2019-80001
PROCESADO:	YAMID ANDRÉ LEZCANO LÓPEZ Y OTROS
DELITOS:	EXTORSIÓN AGRAVADA TENTADA Y OTROS
DECISIÓN:	REVOCA PARCIALMENTE
M. PONENTE:	HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA



legalización de allanamiento y registro, captura y formulación de imputación en los siguientes términos:

- SAMIR ALEXIS CELIS URIBE por los delitos de extorsión agravada tentada en concurso con simulación de investidura o cargo, con circunstancias de mayor punibilidad por obrar en coparticipación criminal (art. 58.10 C.P.).
- GABRIEL LEÓN ORTÍZ por el concurso homogéneo de dos extorsiones agravadas, en modalidad tentada y simulación de investidura o cargo, con circunstancias de mayor punibilidad por obrar en coparticipación criminal (art. 58.10 C.P.).
- LUIS JAVIER GARCÍA ACEVEDO por los delitos de extorsión agravada tentada, en concurso con uso de menores para la comisión del delito, agravada, así como simulación de investidura o cargo, con circunstancias de mayor punibilidad por obrar en coparticipación criminal (art. 58.10 C.P.).
- LUIS FERNANDO GARCÍA ACEVEDO por el delito de extorsión agravada tentada, con circunstancias de mayor punibilidad por obrar en coparticipación criminal (art. 58.10 C.P.).
- YAMID ANDRES LEZCANO LÓPEZ por el delito de extorsión agravada tentada, con circunstancias de mayor punibilidad por obrar en coparticipación criminal (art. 58.10 C.P.).

Ninguno de los imputados se allanó a los cargos y se les impuso medida de aseguramiento.

El proceso con radicado 05001 60 00 715 2019 80001 correspondió por reparto su conocimiento al Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado con Funciones de Conocimiento de Medellín, ante el cual se desarrolló la audiencia de acusación el 11 de junio de 2020, donde se decretó la ruptura de la unidad procesal respecto a LUIS JAVIER GARCIA ACEVEDO, por el delito de uso de menores, del cual la Fiscalía solicitó preclusión, haciéndose algunas adiciones y correcciones al escrito.

También se presentó acusación respecto a SAMIR ALEXIS CELIS URIBE, radicado 05001 60 00 000 2020 000625, correspondiéndole por reparto su conocimiento al Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado con Funciones de Conocimiento de Medellín, ante el cual se desarrolló la audiencia de acusación el 30 de septiembre de



2020, pero cuando se aclaró que la actuación se hizo por adición a la imputación; en ese momento se solicitó la conexidad con el radicado 05001 60 00 000 2019 80001 que se estaba adelantando en contra del mismo procesado en el Juzgado Cuarto de la misma especialidad, con mayor números de enjuiciados, a lo cual se accedió y se ordenó la remisión para esos efectos.

Ante el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Medellín se llevó a cabo la audiencia preparatoria, el 25 de octubre de 2021, haciéndose el descubrimiento y las oposiciones probatorias; se continuó la diligencia el 23 de febrero pasado, fecha en la cual se resolvió sobre el decreto de pruebas, decisión contra la cual el doctor JHON JAIRO QUINTERO ZAPATA, Fiscal 16 Especializado y los defensores ARMEL ROBAYO RIVERA y SIDILFREDO HERNÁNDEZ URANGO, interpusieron recurso de apelación, siendo esta la razón por la cual conoce la Sala del asunto.

## **2. DECISIÓN APELADA**

### **2.1. Decisión frente a las oposiciones de la Fiscalía y Procuraduría.**

**2.1.1.** De conformidad con el artículo 359 del C.P.P. se pronunció la primera instancia frente a las oposiciones expuestas por el Fiscal y la Procuradora, quienes coincidieron en oponerse a los testigos comunes solicitados por los togados de la defensa, Armel Robayo Rivera, Sidilfredo Hernández Arango y Yeison Arlex Sánchez, para que se escucharan en el escenario del juicio oral a los señores Johan Esteban Estrada Morales y Carlos Edison Giraldo Hoyos. Al respecto la Corte Suprema de Justicia en el AP3128- 2021, radicado 59032, recoge algunos aspectos en lo que había sido muy estricta con la posibilidad de realizar una solicitud de prueba común, para indicar que es viable siempre que se justifique, acorde a la particular teoría del caso de cada una de los adversarios, es decir que realmente necesita interrogar de manera directa a ese testigo solicitado por la contraparte.

El abogado Armel Robayo Rivera, hizo una argumentación que no se compeadece con lo exigido en la jurisprudencia para la prueba común, ello si lo pretendido es acreditar con el testigo las exigencias económicas, por lo cual no cumplió con la carga argumentativa frente al señor Johan Esteban Estrada, como tampoco frente al señor



Carlos Edison Giraldo Hoyos. Similar situación sucedió con la petición del abogado Yeison Arlex Sánchez, quien se fundamenta en la técnica del conainterrogatorio. El abogado Sidilfredo Hernández Arango también hizo una solicitud de prueba común frente al señor Hugo Alberto Builes, con el fin de restar credibilidad y controvertir la teoría de la Fiscalía, lo cual se puede obtener con cualquier elemento recaudado y descubierto, en especial si se trata de una declaración anterior.

En conclusión, no existe realmente un fundamento adecuado para una petición de prueba común como lo pidieron los abogados defensores, por lo cual no las decretó frente a los señores Johan Esteban Estrada Morales, Carlos Edison Giraldo Hoyos y Hugo Alberto Builes.

**2.1.2.** El togado Sidilfredo Hernández Arango solicitó que se decrete una constancia de recibo del almacén de evidencia de 9 DVDS a las líneas interceptadas a los procesados, los cuales están en 10 folios firmados individualmente, cada uno por la persona encargada de recibir los elementos. Se trata de un documento privado, por lo cual no ingresa de manera autónoma al juicio oral; en este caso ni siquiera se indicó quien sería el testigo de acreditación, si lo que se pretende es atacar lo que corresponde a la cadena de custodia.

La señora Procuradora también se había opuesto al ingreso de esa constancia, pues se trata de un documento que bien puede ser utilizado, porque fue descubierto para refrescar memoria o impugnar credibilidad, pero no es documento que ingrese por sí mismo al escenario de juicio oral mediante su lectura, como si se tratara de prueba documental.

Por lo anterior, prospera la oposición realizada.

**2.1.3.** De su parte la Fiscalía y la Procuraduría plantearon como oposición probatoria lo relacionado con el testigo Dorian Mosquera, solicitado por el abogado Sidilfredo Hernández Arango, testigo que entraría a referirse a actividades investigativas desarrolladas para el procesado Gabriel León Ortiz y quien hablaría del estudio de los elementos trasladados por el ente acusador, así como de hallazgos en las actividades que se hicieron durante la investigación.



En sentir de la Juez, bajo ningún concepto, un perito estaría llamado a venir a hablar de normas, pues ello le corresponde al fallador, mucho menos a hacer valoraciones sobre los medios con vocación probatoria que ni siquiera aún se constituyen como prueba. No es pertinente que comparezca al juicio a hablar de lo que hizo la Fiscalía y tampoco se ha advertido que se trate de un peritazgo como prueba de refutación.

Así, inadmitió el testimonio de Dorian Mosquera, al carecer de pertinencia.

**2.1.4.** La Fiscalía presentó oposición probatoria respecto a la señora Lizeth Johana Montoya Hinestroza, solicitada por el togado Sidilfredo Hernández Urango, dado que la solicitud fue general y esta testigo no conoce los hechos.

En criterio de la Juez esa oposición no está llamada a prosperar en la medida en que no se puede adelantar o suponer que la defensa traerá la testigo porque tiene un conocimiento directo o indirecto, pero de alguna manera puede aportar información útil para el caso, relacionado con los hechos objeto de investigación; cuando el defensor hace la petición de la señora Lizeth Johana Montoya Hinestroza, aduce que ésta conoce directamente de los hechos investigados.

**2.1.5.** Frente a las solicitudes probatorias del defensor Alaix Cuervo Montoya, indicó la Fiscalía que nunca se corrió traslado de la prueba documental y que solamente se dio traslado de un informe del señor Ángel Humberto Castillo Arango, donde hace interpretaciones sobre actividades investigativas. Por su parte la Procuradora dice que se trata de una valoración de elementos materiales probatorios y se opone a esa solicitud, tratándose de un aspecto que tiene que ser analizado por el Juez.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia en varias oportunidades ha indicado que ese tipo de documentos no está llamado a ingresar al escenario del juicio oral como si se tratara de prueba documental, ese tipo de documentación se puede utilizar, tanto la de la policía como la de los investigadores de la defensa, para refrescar memoria o impugnar credibilidad; como consecuencia, no cumple con la calidad de prueba documental el informe del investigador de la defensa, pues ni siquiera se trata de un perito.



Al hacer la solicitud la defensa, básicamente indicó que el testigo Ángel Humberto Castillo Arango comparecería al juicio oral con el fin de referirse a lo que concluyó del análisis de los actos de investigación realizado por la Fiscalía; el solicitante señaló que introduciría en el proceso su única prueba documental, pero ello, itera, no se constituye en prueba documental.

No alcanza el nivel de pertinencia que debe tener una solicitud probatoria en los términos del artículo 375 del C.P.P.; no es un testigo investigador el llamado a decirle al Juez cómo tiene que analizar la prueba, ni tampoco a ejercer control de legalidad frente a los medios probatorios. No estaría llamado a ser decretado; así, inadmitió el informe del señor Ángel Humberto Castillo Arango.

**2.1.6.** Frente al testimonio del señor Ángel Humberto Castillo Arango, nunca se explicó si era perito o no, todo se desconoce frente a éste, preguntándose cuál sería la pertinencia de este testigo, por lo cual se inadmite también esta prueba.

## **2.2. Decisión frente a las oposiciones de la bancada de la defensa.**

**2.2.1.** En las oposiciones probatorias que hiciera la defensa, el abogado Salomón Polo Díaz solicita que se limite a un número de testigos al Fiscal; sobre lo cual, considera que ese límite o esa posibilidad de controlar el número de testigos que van a comparecer se podría hacer incluso en el escenario del juicio oral.

**2.2.2.** El abogado Armel Robayo Rivera presenta oposición frente a la prueba sobreviniente, punto respecto del cual también presentaron argumentos los abogados Alaix Cuervo Montoya y Sidilfredo Hernández Urango.

Al respecto, la Juez le llama la atención que, en este caso concreto, desde la solicitud probatoria se presenta una imprecisión cuando se le denomina de ese modo a la petición. El Fiscal cuando elevó su petición, solicitó y advirtió que se trata de una prueba sobreviniente el testimonio de Jesús Antonio Ramón Espinoza. Sobre ello se cuestiona que la Fiscalía debía conocer todos los actos de investigación y, en esa medida, debió ser descubierta la declaración relacionada con ese testigo, recepcionado el 18 de diciembre de 2019.



Para la Juez hay un error en la denominación, pues la prueba sobreviniente del art. 344 del C.P.P. tiene unas particularidades y como lo señalara la Corte Suprema de Justicia, radicados AP 1893 de 2020, 57742 y 57831 de 2020, la prueba sobreviniente, para que sea tal, debe corresponder o cumplir con unos presupuestos: primero, que el hallazgo se produzca con posterioridad a la audiencia preparatoria, que es la etapa en que se encuentran; y, segundo, que ese elemento de convicción sea de vital trascendencia para el debate probatorio, cuya ausencia pueda perjudicar de manera grave el derecho a la defensa o el derecho a la integridad del juicio. Entonces la prueba sobreviniente no está diseñada para habilitar un nuevo periodo de descubrimiento orientado a remediar omisiones de partes en el trabajo investigativo que deben realizar para sustentar la teoría del caso.

El Fiscal informó desde el 13 de octubre sobre la existencia de ese elemento y la audiencia preparatoria aún no ha culminado; se trata de un elemento que, según advirtió, no conocía, se le puso de presente el 13 de octubre e inmediatamente lo colocó en conocimiento de los defensores que omitieron indicar que lo habían recibido, sólo lo hizo el Representante de Víctimas.

No es posible afirmar que se está frente a una prueba sobreviniente en atención a que el descubrimiento probatorio no se ha completado y la audiencia preparatoria se ha realizado en varias partes; no se trata de un acto perverso en el que simplemente se pretendiera sorprender a la defensa; entonces la oposición que plantean los defensores no resulta válida, pues no se trata de una prueba sobreviniente y el descubrimiento extemporáneo que hiciera la Fiscalía está justificado en la medida en que no era un elemento que estuviera a su disposición y por eso no lo había puesto en conocimiento, por lo cual esa prueba se decretará.

**2.2.3.** El abogado Armel Robayo Rivera indicó que los informes de investigador de Policía Judicial no son prueba, en su mayoría, en lo cual tiene razón, pues la Fiscalía en su intervención pareciera insinuar que pide esos informes, actas de incautación, actas de allanamiento y actas de reconocimiento, distinto a los álbumes de reconocimiento, pues son documentos que contienen declaraciones anteriores, entonces esos informes bien pueden ser utilizados para refrescar memoria e impugnar credibilidad, pero no pueden ser decretados como prueba documental



para que ingresen de manera autónoma al escenario del juicio oral; en ese sentido tiene razón el abogado y, en esa medida, advierte que los informes señalados no ingresan como prueba documental. Reitera, pueden ser utilizadas incluso como testimonio adjunto en los casos que así se permita y sea necesario en el juicio en caso de retractación.

No está llamada a prosperar la oposición frente los testigos de acreditación pedidos por la Fiscalía, pues son las personas que participaron en las diligencias de allanamiento y registro, siendo suficiente la argumentación que se hizo.

**2.2.4.** El Fiscal en su exposición de solicitud probatoria, frente a los señores Carlos Mario Cadavid, Juan Guillermo Bahena y Johan Esteban Estrada Morales, indicó que estas personas tuvieron conocimiento directo de circunstancias de tiempo, modo y lugar.

Al respecto, se cumple con la pertinencia de la prueba, pero con la advertencia de que no podrá introducir su reconocimiento fotográfico, como acto de investigación relacionado con el acta.

Queda claro que esas personas tuvieron conocimiento de unos hechos, tuvieron una cercanía con las circunstancias objeto de la investigación, entonces en esa medida ¿cómo cuestionar su pertinencia?.

**2.2.5.** No hay lugar a cuestionamiento frente a los señores María Isabel Correa Torres, Juan Camilo González Carmona y Luís Fernando Guisado Hernández, respecto de los cuales se opone la defensa, con la misma argumentación esgrimida para el punto anterior.

**2.2.6.** Frente a los señores Omar, Juan Esteban, Elizabeth, John y Mauricio, funcionarios que participaron en las diligencias de allanamiento y registro, no era necesario que la Fiscalía hiciera su particularización, pues es obvio que al empezar el interrogatorio a un testigo, este se debe hacer a partir de los hechos que conoce y para ello tiene que estar al tanto de su caso, debiendo conocer los informes que estos mismos brindaron; entonces la argumentación que se hizo en forma general



es que cada uno de ellos participó en esos procedimientos y vendrá a hablar de la forma en que se desarrollaron.

En cuanto a Vivian Restrepo Cárdenas, perito en grafoscopia, no fue mencionada en la enunciación probatoria, ni en la acusación. Esa solicitud se rechaza por falta de descubrimiento, pues no tenía realmente como conocerla la defensa, sin indicarse en el inicial descubrimiento que se trataba de un medio con vocación probatoria que sería petitionado, en esa medida sí prospera la solicitud de rechazó realizada por el defensor Sidilfredo Hernández Urango.

**2.2.7.** En lo que tiene que ver con la siguiente solicitud de exclusión, por no cumplir con las formalidades parciales y no evidenciarse un acta de control final de la orden de interceptación de la línea celular 318 419 77 19.

Se tiene que la exclusión probatoria está reservada para los elementos en que se presenta una ilicitud o ilegalidad en la obtención del medio con vocación probatoria, de acuerdo con los parámetros que traen los artículos 29 de la C.N. y 360 del C.P.P.; al efecto, debe indicarse de manera clara y concisa la identificación de las pruebas cuya exclusión se pretende, el derecho o garantía que resultaron afectados y la forma de violación.

La defensa pide la exclusión por lo ilegal e ilícito de la interceptación al celular 318 419 77 59, pero no establece con claridad las razones, planteando que como sólo hay una acta parcial de los resultados obtenidos en la interceptación de esta línea, por lo cual hay un problema de cadena de custodia; el defensor pretende cuestionar por vía de ilegalidad la cadena de custodia, frente a lo cual le recuerda la Juez que los problemas de cadena de custodia no atentan contra la ilegalidad del medio, sino con la autenticidad del mismo, así también se infiere de lo advertido por la Corte Suprema de Justicia en la SP 1201 de 2021 (54384).

Se duele el Juez que la defensa, cuando menos, al proponer la oposición, lo mínimo que debía hacer era verificar en los registros de audio, establecer de manera muy puntual si en efecto se había incurrido o no en alguna falla, porque no se trata de solicitar por solicitar que se haga la exclusión de un medio de prueba.



Se debe verificar si en verdad existió una violación del derecho fundamental a la intimidad, transgredidos al llevar a cabo la recolección de los medios probatorios, pero no simplemente valerse de los errores que puedan cometerse en un acta para venir a decir que los actos se hicieron de manera irregular.

El control final se llevó acabo el 20 de noviembre ante el Juzgado 7 Penal Municipal, donde fueron legalizadas las interceptaciones.

**2.2.8.** La defensa mencionó los DVDS 71551, 71556, 71559, 71566, 71568, 71570, 71576 y 715067, señalando que son impertinentes porque vulneran sus derechos fundamentales en la medida en que serían sorprendidos pues no se dice exactamente cuáles registros de audio se van a utilizar.

El señor John Mario Muñoz, como perito en informática, procederá a ingresar la información pertinente, es decir la que tenga relación y mayor relevancia con los hechos objeto de investigación en las comunicaciones sostenidas. No establece la defensa cómo va a ser sorprendida con algo que les fue descubierto; la obligación de ellos es examinar todos los registros de audio y saber que contienen para poder saber, incluso, si de allí se deriva algún acto de investigación que le permita ejercer de manera adecuada la defensa que les corresponde.

En criterio de la Juez, la Fiscalía cumplió así mínimamente con esa pertinencia que estaba llamada a exponer para efectos de solicitar la prueba.

La defensa señaló que existe ilegalidad en los elementos porque al parecer el 20 de noviembre de 2019, el Juzgado 7° Penal Municipal con función de Garantías los legalizó, sin el defensor estar presente, suscitándose entonces la discusión en cuanto a dónde se encontraban los CDS, pero el investigador líder utilizó el numeral 2° del 237 del C.P.P. y dijo que estaban en custodia de la Fiscalía; sobre lo cual señaló que pasadas las 4 de la tarde del 19 de noviembre de 2019 el defensor, con el equipo de investigadores, constató que no fueron entregados, que se hizo en otra fecha.



Nuevamente el defensor acude a plantear problema de cadena de custodia sobre la autenticidad del elemento, aspecto que no está llamado a resolverse cuestionando la legalidad del mismo, por lo cual recurre nuevamente a la argumentación del punto anterior, esto es sobre los DVDS que contienen los registros de las comunicaciones de las líneas interceptadas, entonces para la Juez realmente no existe fundamento en la oposición que hace el defensor en ese punto.

**2.2.9.** Frente a la prueba documental de la URI Norte y su informe, en razón a que solo se corrieron traslado de 10 fotografías, pero según el Fiscal son 13. Se trata de un argumento insuficiente de oposición probatoria.

Dice la Juez que en principio no hay manera para saber cuántas fotografías realmente fueron entregadas, pues el solicitante no determina cuáles le descubrieron y que no, sin que sea tarea de ella preguntarlo; la oposición se debe presentar en forma racional y suficiente, en consecuencia, está mal planteada y no está llamada a prosperar.

**2.2.10.** El abogado Sidilfredo Hernández Urango presenta oposición frente al investigador Edwin Ramírez Ospina, el cual se relaciona con el informe de campo del 5 de noviembre de 2019, informe mixto que contiene 68 fotografías y consta de 75 folios; la oposición del defensor radica en que el informe le parece ilegal, proviene de una fuente ilegal, porque la figura de vigilancia y seguimiento se hizo sin la autorización previa del Juez de control de garantías.

El supuesto informe de vigilancia y seguimiento es del 29 de octubre, cuando la vigilancia fue autorizada el 1º de noviembre y tuvo control previo dentro de las 36 horas según las actas que obran en la carpeta de garantías, entonces no entiende el Juzgado de dónde saca el defensor que se trata de una vigilancia y seguimiento; el hecho de que se obtengan unas fotografías y videos del centro comercial, por sí mismo ese hecho no significa que se trata de una vigilancia y seguimiento.

Sobre esos videos que ingresarán, nunca se habló de una vigilancia y seguimiento, entonces el Juzgado no puede presumirlo, además el defensor no sustentó en debida forma, no aportó ningún medio que permitiera llegar a esa conclusión.



Esa prueba se tendrá que admitir, obviamente que no el informe, pero sí los anexos que corresponden a videos y fotografías, que son prueba documental; esas sí son pruebas documentales y pueden ser ingresados con las ritualidades propias.

**2.2.11.** La defensa pide que no se permita ingresar el DVD marca Gold m1360 2150160902 que contiene un registro de audio de la reunión entre víctimas y victimarios, aportados por el señor Johan Esteban Estrada Morales, porque éste no es víctima, ya que las únicas víctimas son los señores Edison y Víctor. Al respecto la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, cuando se habló de la posibilidad de ingresar las grabaciones realizadas en el marco de una comisión delictiva, lo importante es que la persona haya participado dentro de ese evento, porque a esa persona se le estaría vulnerando el derecho a la intimidad, pero esta persona se supone estaba en aquel escenario, estaba en aquel momento y realizó la grabación de ese audio, entonces no es de recibo la solicitud que realiza la defensa y debe decretarse el ingreso del registro de audio.

**2.2.12.** Igual sucede con el DVD marca Golden P31613902293s13724, que tiene como testigo de acreditación al señor Carlos Giraldo, pues cumple la Fiscalía con el requisito de la pertenencia; y, en cuanto a la autenticidad, será asunto a debatir en el juicio.

**2.2.13.** Con relación al álbum fotográfico utilizado para el reconocimiento efectuado por el testigo Hugo Alberto Builes, puede ingresar como prueba documental para ser utilizado en el juicio, de ser necesario; sin embargo, como bien los destaca el señor defensor, no puede la Fiscalía ingresar un acta de reconocimiento, pues éstas no ingresan al juicio como prueba documental.

Las actas de reconocimiento son para refrescar memoria o impugnar credibilidad y, en esa medida, se inadmitirán las actas de reconocimiento, pero se admitirán los álbumes fotográficos, por lo cual prosperará parcialmente la oposición del defensor.



**2.2.14.** Reitera la defensa que, si existe un problema de cadena de custodia, entonces existe un problema de legalidad con el medio de prueba, en cuanto al DVD marca Gold N1321401641439.

Cuando se examina la oposición del defensor para el DVDs, éste menciona que ese video es de un acto de vigilancia y seguimiento, sin orden previa del juez, por lo cual no podía obtenerlo o desarrollarlo; en este caso, como se advirtió, no se trata de la obtención de ese video del centro comercial, al menos así no se argumentó por la Fiscalía, no es un video producto de una vigilancia y seguimiento, por lo cual no está llamada a prosperar la oposición.

**2.2.15.** De la argumentación para el DVD M15603170162213, que ingresará con el testigo de acreditación Edwin Ramírez Ospina, tampoco está llamada a prosperar, insistiendo la Juez en la misma síntesis del punto anterior.

**2.2.16.** Sobre el oficio SBCO-GUTAH-3.1. del 15 de noviembre de 2019, remitido por la Policía Nacional, firmado por la subintendente Sandra Milena Ardila Gómez, jefe del Grupo de Talento Humano del Valle de Aburra, de las hojas de vida de Yamid Andrés Lezcano López, Luís Fernando García Acevedo, Samir Alexis Celis Uribe y que plasma información sobre Jhisser Guillermo Sanabria Maturana, como el oficio de la Fiscalía General de la Nación en el cual se aportan las hojas de vida de Luís Javier Gacía Acevedo y Gabriel León Ortíz. Si bien no se encuentran en esos documentos una fecha de recibido de parte del investigador, sí se tiene la fecha donde se rinde el informe y se consigna que el 18 de noviembre de 2019 proceden a ponerlos a disposición y se acude ante el Juez de control de garantías para su legalización al día siguiente, lo cual es suficiente para no darle cabida a esa oposición probatoria, en consecuencia, deberán admitirse.

**2.2.17.** Indica el defensor que es ilegal el informe de investigador de laboratorio del 14 de febrero de 2020 que está en un disco BLU RAY, porque la incautación es del 19 de noviembre de 2019, haciéndose un control posterior, el 20 de noviembre, siendo ilegal por la recolección.



En la legalización del 20 de noviembre de 2019 se dice por el Juez que se legalice información con fines de extracción de 2 memorias y 2 equipos Samsung y Motorola, pero aquí se hace la extracción de 4 memorias USB, información que no corresponde con los elementos, razón por la cual el Juzgado procedió a revisar qué fue lo que se incautó; según la audiencia y al escuchar el registro de audio, se hizo frente a varios inmuebles, indicándose que al funcionario Gabriel León Ortiz, en la URI CTI-Nutibara, se le incautaron 1 disco Sigwel 500 mb, 2 memorias, una gris marca travel y una gris con azul marca one-digital, que esto se encontró en el escritorio de éste, además de 2 cuadernos con manuscritos y 2 celulares, uno Huawei blanco con gris 26693, no se dijo la línea y uno Motorola imei terminado en 595115, tampoco dice la línea, así como un bolso negro. No se pueden mirar sólo actas pues se cometen errores. En el bolso negro 2 memorias USB blancas marca kits, entonces esa afirmación del señor Defensor de que se recolectaron 2 memorias y no 4 y que se hicieron análisis de 4, no está llamada a prosperar, pues no consulta la realidad de lo ocurrido.

**2.2.18.** Señala la defensa que, en el informe de investigador del 30 de enero de 2020, sobre la extracción de equipos celulares, suscrito por Emer Palacios Carvajal, incluye algunos celulares no legalizados en la audiencia del 20 de noviembre, que un Huawei se legalizó, lo cual no se hizo en esa fecha y se evidencia manipulación de los equipos posterior a la hora de incautación.

Aquí el defensor lo que hace en realidad son dos cuestionamientos: uno que tiene que ver con la supuesta manipulación, aspecto que no puede ser debatido, porque se vuelve al punto de la autenticidad del elemento, esto es si realmente eso fue lo que se incautó y qué información fue extraída, lo cual será exhibido en el juicio. La otra, existió una incautación que incluye no solamente un celular Huawei, sino también un Motorola, así como los celulares Samsung, los cuales también fueron objeto de incautación, pero el defensor no dice cuál de los celulares, Samsung o Motorola, los cuales fueron incautados de acuerdo con la audiencia desarrollada. De acuerdo con la incautación realizada el 19 de noviembre de 2019, en la calle 106D No. 32-29, al Señor Samir Alexis le incautaron un celular Samsung imei finalizado en 35701 y la línea inicia en 300 y termina en 7002, además de unos manuscritos; mientras que al señor Yamid Andrés se le incautó un teléfono celular Samsung imei



que finaliza en 65705; adicionalmente, también se menciona y se hace referencia al celular marca Motorola, pero el defensor no determinó cuál era el que no había sido encontrado, no determina la identificación del celular, atendiendo a que se hicieron diversas incautaciones de esos celulares que se acaban de mencionar.

Aquí no se trata de un problema de exclusión por ilegalidad, pero advierte que en todo caso el informe como tal, no ingresa como prueba documental, pero sí sus anexos como son los registros de audio.

**2.2.19.** En cuanto al testigo Luis Fernando Guizado, resulta procedente decretar el testimonio, pues la Fiscalía cumplió con la carga argumentativa y no se advierte que aparezca como agente de seguimiento y vigilancia, sino como un investigador, en esa medida no hay razón para atender a la oposición del defensor Sidilfredo Hernández Urango.

**2.2.20.** Tampoco prospera la oposición para que se escuchen a los señores Ana Eugenia González de Gómez, Edwin Ramírez Ospina y Yaqueline Torres Marín, por cuanto son personas que están llamadas declarar, argumentándose en su momento por qué serían escuchados; también se pueden utilizar los informes que hayan elaborado para refrescar memoria e impugnar credibilidad, eventualmente como prueba de referencia o de testimonio adjunto, pero realmente no se ve fundamento de inadmisión; la Fiscalía, en su momento, argumentó sobre su pertinencia.

Recapitulando, se tiene que de la oposición de la defensa sólo prosperaron los siguientes cuestionamientos:

- Se inadmite como prueba documental los informes de Policía Judicial, pues estos no se constituyen en prueba y sólo serán utilizados para impugnar credibilidad o refrescar memoria.
- Se rechaza y no se decreta para practicar como prueba testimonial la exposición de la señora Viviana Restrepo Cárdenas, perito en dactiloscopia, en tanto la Fiscalía no hizo el descubrimiento probatorio, lo cual hizo en la audiencia preparatoria y sin una adecuada justificación.



### 3. APELACIONES

**3.1.** Inconforme con la decisión, **el delegado de la Fiscalía** presentó recurso de apelación sólo frente al rechazó de la prueba testimonial de la señora Viviana Restrepo Cárdenas, por considerar que la solicitó en debida forma, en la audiencia preparatoria.

El testimonio versa sobre la plena identidad y aunque el mismo debe estar acreditado desde las audiencias primigenias, no es verdad que la defensa no conociera de esa prueba. El 17 de junio del año 2020 se le hizo entrega al defensor Sidilfredo Hernández Urango, a quien en ese momento le concedió poder el investigador Dorian de Jesús Mosquera Palacio para que reclamara en nombre de todos los abogados los elementos materiales que le fueron descubiertos, en cuya acta se encuentra, numeral 171, la plena identidad del ciudadano Jhisser Guillermo Sanabria Maturana y para el efecto se le dio traslado del informe de investigador de laboratorio adiado el 16 de junio de 2020 y suscrito por la perito Viviana Restrepo Cárdenas.

El informe no estuvo oculto a la defensa, ni ningún elemento material probatorio de los que tiene la Fiscalía; la prueba adicionalmente tiene pertinencia y va a ser objeto de discusión dentro del debate del juicio oral. Solicita entonces que se revoque la decisión de la no practica de esta prueba.

**3.2.** El defensor **Armel Robayo Rivera** manifiesta, como motivo de disenso, que la primera instancia se alejó infundadamente de los criterios de valoración que se debieron analizar y que permiten determinar que los testimonios que fueron solicitados como prueba en común sí son fundamentalmente opuestos a cada una de las teorías de las partes.

La Juez indicó que la Fiscalía y la representante del Ministerio Público se opusieron al decreto de la práctica de la prueba en común, toda vez que la defensa no había sustentado en debida forma su conducencia. Al respecto, precisa que no habló de conducencia, sino de pertinencia, basado en que pretende demostrar que su



prohijado no cometió la conducta, contrario a lo que dijo el ente acusador en la presentación.

Considera que se está incurriendo en exceso de formalismos por la primera instancia al negar el decreto de la prueba, pues la Corte Suprema de Justicia en diferentes pronunciamientos señala que, en tema de pertinencia y conducencia, basta con que se determine la pertinencia.

Entre los testigos comunes están el denunciante y quien realizó una grabación por instrucciones de éste; aquí la pertinencia está dada desde todo punto de vista, sin que sea posible exigir sustentación alguna, pues basta que se demuestre la relación del medio de convicción con los hechos materia de investigación. En todo caso la Fiscalía no va a interrogarlos sobre la presunción de inocencia de sus clientes, pues va, por el contrario, a pretender es establecer su responsabilidad penal.

Pretende demostrar aspectos relacionados con la presunción de inocencia. Intenta probar un hecho con un medio autorizado por la ley, pues no existe tarifa legal y la contraparte es quien tiene que oponerse sobre la falta de conducencia.

Advierte que está más que satisfecho los criterios de pertinencia, conducencia y utilidad para que se decreten y practiquen como testigos en común, señores Yohan Esteban Estrada Morales y Carlos Edison Giraldo Hoyos; frente a este último, pues pese a aparecer como denunciante, no tuvo contacto directo ni personal con su representado; y, respecto del primero, tendrá que dar explicaciones sobre la forma como obtuvo la grabación que pretende hacer valer la Fiscalía en el juicio y eso seguramente no va ser objeto de interrogatorio por la contraparte.

Reitera que existe un exceso en el formalismo y ello atenta gravemente contra el derecho al debido proceso al negar la práctica de la prueba en común.

**3.3.** El defensor **Sidifredo Hernández Urango** interpone recurso de apelación contra el auto de admisión de prueba publicitado por el Juzgado 4º Penal del Circuito Especializado de la ciudad, ante la negativa a la solicitud probatoria, la cual deja rendida en los siguientes términos:

RADICADO:	2019-80001
PROCESADO:	YAMID ANDRÉ LEZCANO LÓPEZ Y OTROS
DELITOS:	EXTORSIÓN AGRAVADA TENTADA Y OTROS
DECISIÓN:	REVOCA PARCIALMENTE
M. PONENTE:	HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA



- Respecto al investigador Dorian de Jesús Palacio Mosquera, la Juez consideró que no cumplió con la carga argumentativa de pertinencia. Así, la funcionaria entra en contradicción frente a los informes de extracción de información de las USB de 14 de febrero de 2020 y de los equipos celulares de 30 de enero de la misma anualidad, incautados al señor Gabriel León Hoyos, pues manifestó que la defensa referenció la manipulación de la información contenida en esos aparatos, haciendo actividades investigativas en aras de probar esa situación; entonces cómo puede ser posible que no sea pertinente el testigo en el juicio oral.

Con el testigo se busca evidenciar las irregularidades a la hora de que se aporte la información de esos equipos; desde allí radica la pertinencia del investigador para verificar si se garantizó la conservación de la prueba, así mismo la constancia de evidencia de recibos del almacén de evidencia de los DVDS que hace referencia a la exclusión por ilegal del CD o DVD.

- En la legalización del control posterior de las interceptaciones telefónicas presentó oposición probatoria, al considerar que el investigador líder del caso, Edwin Ramírez Ospina, había mentido al momento de la Juez preguntarle *"que los elementos recibidos el 19 de noviembre de 2015, ¿a qué hora lo había recibido? Respondió: a las 15 y 20 horas, que lo recibió de manos de la analista, que recibió 9 informes y 9 DVDS y aduce, esos 9 informes se los entregó al Sr. Fiscal y los 9 DVDS fueron entregados al almacén de evidencia Bunker de la Fiscalía, pero no recordaba quien se lo entregó, ni el personal que lo recibió, ni mucho menos contaba con una constancia de recibido de esos elementos y es precisamente esa constancia la que pretendemos hacer llegar a juicio para conocer la verdad, esos elementos los había entregado ese 19 de noviembre de 2020 pasada las 4 de la tarde, entonces tiene mucha información relevante que nos puede aportar del caso en todo este proceso"*. La Ley 906 de 2004 habla de la exclusión por la obtención de la información y señala que la prueba obtenida con violación al debido proceso es nula de pleno derecho y debe ser excluida del proceso.

Frente a la línea celular 318 419 77 59 perteneciente a su prohijado Jhisser Guillermo Sanabria, la Juez señaló que poco precisó la defensa en cuanto a la exposición de



los motivos de ilegalidad e ilicitud; que el 23 de octubre se hizo la legalización y que no importa si fue un control parcial o final, cuando la orden se había dado el 15 de octubre de 2019 por un término de 120 días; al respecto precisa que, aun aceptando que ello sea irrelevante, al igual que la cadena de custodia, su intención no es determinar si se cumplió ese proceso de mismidad del elemento, pues en realidad lo que pretende es establecer que el 21 de octubre de 2019 se hizo entrega de este elemento material probatorio (CD), pero como consta en ese registro de cadena de custodia, sólo hasta el 23 de octubre fueron a hacer el control posterior, es decir 48 horas después, cuando la ley exige que son 36.

La cadena de custodia no es para hacer referencia a la mismidad sino para determinar la ilegalidad del proceso, pues sobrepasaron las 36 horas para que se hiciera el control posterior a la línea 318 419 77 59, el día 23 de octubre de 2019.

Dijo la primera instancia que la defensa debió escuchar todos y cada uno de los audios que le fueron aportados para que no fueran sorprendidos en sede de juicio; en su criterio, las decisiones SP5461 de 2021 (54495) y SP4264 del 22 de septiembre de 2021 (55027), indicaron que la carga probatoria en esos casos debe afrontarla la Fiscalía, lo cual depende del uso que le pretenda dar a la información obtenida a través de las interceptaciones.

Entonces no lo puede venir a sorprender la Fiscalía con una serie de 9 DVDS llenos de mucha información, cuando es ese ente el que tiene la carga de demostrar las fechas de las llamadas, las personas que intervienen o si se tiene índice de quiénes son, así como una serie de elementos que indiquen la pertinencia en este proceso.

Adicional, recuerda que, el 5 de noviembre de 2019, la defensa solicitó la exclusión por ilegal, pues procedía de una fuente ilegal, de una posible vigilancia y seguimiento no autorizada, con ello se estaba vulnerando el debido proceso y la intimidad de sus representados, en especial la de Gabriel León Ortiz, pues se leyó textualmente el informe del 29 de octubre en donde dice *"que esta persona recibe llamadas del analista y que se van a encontrar en la Uri Norte y que él se desplaza a la Uri Norte posterior al restaurante Pan de Queso y de ahí se sube una persona en un bus dirección a Medellín, y la sigue hasta el centro comercial Florida."*



Obviamente el Fiscal no va aceptar que ello se hizo bajo una vigilancia y seguimiento, lo cual requería la orden de un juez de control de garantías; el video del restaurante “Pan de Queso” que se obtuvo del supuesto seguimiento hasta la URI Norte y luego el video que se obtuvo del Centro Comercial Florida, son única y exclusivamente derivados de la vigilancia pasiva que realizó el señor Edwin Ramírez Ospina con su grupo de investigadores, incluso con miembros del Gaula del Ejército Nacional, sin aún contar con la orden.

El 24 de octubre de 2019 se había realizado un informe donde se solicitaba vigilancia y seguimiento a su representado Gabriel, pero sólo hasta el 1º de noviembre de 2019 se autorizó, por lo cual considera que no se tiene que esperar que una persona vaya a juicio a mentir como ya lo hizo ante la Juez 7ª Penal Municipal de Control de Garantías, cuando es este el escenario procesal para que se puede excluir ese elemento por ilegal.

- En cuanto al DVD aportado por Johan Esteban Estrada Morales, indicó la primera instancia que el hecho de que esta persona no se haya reconocido en el proceso como víctima, no significa que no se pueda aportar el elemento. Lo cierto es que el escenario para aportarlo es la audiencia de formulación de acusación, pero allí no se presentó, por tanto, carece de legitimidad para aportar ese elemento, máxime que no estaba avalado para que hiciera ese tipo de grabaciones.

- La primera instancia no rechazó el álbum fotográfico cuando adujo que solo le dieron el traslado de 10 fotografías y que el informe se componía, al parecer, de 13, según lo señaló el señor Fiscal. Al respecto le queda difícil conocer cuáles son las fotografías que le hacen falta o las que se dejó de dar traslado, ahí es donde ocurre una causal de rechazo de este elemento material probatorio.

- El testimonio del señor Luis Fernando Guizao Hernández es precisamente porque esta persona fue nombrada agente de control, porque era el jefe directo del señor Gabriel León Ortiz, quien estuvo pendiente de sus movimientos en la URI Norte. La solicitud se hizo desde el 24 de octubre de 2019, entonces esta persona vendría a declarar a juicio a raíz de lo que conoció bajo una orden ilegal, solamente basado en una solicitud que hizo el investigador y que se vino a perfeccionar el 1º de



noviembre; finalmente, este testimonio obedece única y exclusivamente a la orden de vigilancia y seguimiento que hizo el investigador Edwin Ramírez Ospina.

- En cuanto a las hojas de vida, no avala el defensor que se realice un procedimiento de búsqueda selectiva en bases de datos, independiente de si es servidor público. El 15 de noviembre se acudió al juez de control de garantías y el 18 siguiente se hizo un control posterior, cuando bien pudo constatar de la misma Oficina de Talento Humano de la Fiscalía que esta información fue entregada desde el 13 de noviembre, antes de la solicitud, siendo autorizada la búsqueda selectiva en bases de datos, entonces es totalmente ilegal este procedimiento, lo cual es causal de exclusión pues vulnera el debido proceso, el derecho de defensa, el derecho a la intimidad, entre otros derechos fundamentales.

Finalmente, advierte que las oposiciones hechas por el Fiscal le fueron avaladas en su totalidad, dejando prácticamente sin elementos materiales probatorios a la defensa, en cambio a la Fiscalía le fueron aprobadas casi todas, rechazándole sólo un testigo.

Por lo anterior, solicita que se revoque parcialmente el auto de admisión de pruebas y la exclusión de las señaladas en su alegato.

#### **4. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Le asiste competencia a esta Sala de decisión para abordar el tema sometido a su consideración al tenor de lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, que la faculta para conocer de los recursos de apelación contra los autos que en primera instancia profieran los jueces penales del circuito especializados, cuya categoría ostenta el despacho recurrido. Se abordará el estudio del recurso, por sujeto recurrente.

**4.1. La Fiscalía** sólo presentó recurso frente al rechazó de la prueba testimonial de la señora Viviana Restrepo Cárdenas, perito en dactiloscopia, al razonar que hizo en debida forma el descubrimiento probatorio.



Sin duda el descubrimiento probatorio a cargo de la Fiscalía se debe hacer en la acusación y cuando lo hace es porque necesariamente se ha generado un convencimiento de la responsabilidad del implicado, gracias al recaudo probatorio obtenido de manera completa y casi se podría decir en forma definitiva; adicionalmente, como lo advierte el artículo 346 del Código de Procedimiento Penal, hay eventos en que excepcionalmente el descubrimiento de la prueba de cargo puede ser complementada en otras etapas del proceso.

Es necesario entonces que el Juez analice el caso particular y determine si las causales por las cuales se efectúa el descubrimiento de manera tardía, esto es por fuera de la oportunidad procesal señalada para el efecto, son o no atribuibles a la Fiscalía, teniendo en cuenta además variables tales como la afectación que ese descubrimiento excepcional reportaría para la indemnidad del juicio, así como la trascendencia y utilidad que puedan arrojar para el esclarecimiento de los hechos esos elementos solicitados.

Ahora, en caso de que se supere el tamiz de admisibilidad expuesto, el funcionario judicial debe generar un espacio correlativo para que la contraparte pueda ejercer el derecho de contradicción, incluso pueda hacer solicitudes probatorias con material de refutación, que permita contrarrestar el alcance de la evidencia de cargo, so pena de vulnerar el derecho de defensa y contradicción, desbalanceando en favor del ente acusador la debida igualdad de armas.

Exigencia que tiene como fin precaver actuaciones sorprendivas, inapropiadas o desleales, con las cuales se sorprenda a la contraparte, las que sin lugar a duda son contrarias a la lealtad y transparencia procesal que debe guiar la actuación de los sujetos procesales e intervinientes en el trámite del juicio, pues se insiste, la falta de descubrimiento o la realización de uno incompleto o extemporáneo, sin justificación alguna, necesariamente debe conllevar drásticas sanciones procesales.

Para el caso que nos ocupa, la Fiscalía hizo el descubrimiento probatorio en la audiencia preparatoria, aunque advierte que, en el acta de entrega de los elementos materiales probatorios a la defensa, que se hiciera el 17 de junio de 2020, se hizo el descubrimiento probatorio del informe de investigador de laboratorio suscrito por



la perito Viviana Restrepo Cárdenas, lo cual no fue negado por el defensor Sidilfredo Hernandez Urango, quien pidió su rechazo, y frente a esa pretensión, como sujeto no recurrente, señaló: “... *atendiendo como no recurrente, la petición del rechazo que se hizo, la testigo Viviana por parte del honorable Despacho en primera instancia, este defensor solo tiene para decir lo siguiente, el 11 de junio de 2020 se realizó audiencia de acusación y fue ese escenario que tuvo el señor Fiscal para haber enunciado este testigo si lo tenía, y que este elemento, o esto no habilita como una prueba, como un rechazo está habilitando esta misma omisión que dijo el mismo delegado de la fiscalía que tuvo por x o y motivo, no se puede habilitar este escenario para que se traigan omisiones del ente investigador, que tuvo la facultad en su momento, es decir el 11 de junio de 2020, donde pudo haber adicionado, aclarado o corregido el escrito de acusación*”.

Si bien, se presenta un *lapsus* en el escrito de acusación y la correspondiente audiencia, ese elemento probatorio fue descubierto con los demás; adicional, luego de escuchar el contenido de la audiencia preparatoria, esa prueba cumplió con la carga argumentativa de parte de la Fiscal quien, al justificar la pertinencia, conducencia y admisibilidad del bloque de testigos, manifestó: “(...) *Nos informarán sobre la especialidad que manejan, para qué sirve ello, y una vez estructurado este aspecto nos hablará de qué procedimiento se usa para lograr una plena identidad, posteriormente y de una manera ya concreta no dirá cuáles uso para la identificación de los procesados, qué documentos utilizó para hacer el estudio, cómo se realizó dicho estudio y qué resultados arrojó el mismo, igualmente se indica que se hará uso del artículo 416 de la ley procesal penal ese acceso a esos materiales, a esos elementos materiales probatorio, y se solicitará el ingreso el estudio pericial como apunta el testimonio...*”

Si bien el acusador está facultado para descubrir las pruebas en la audiencia preparatoria, incluso en la vista pública del juicio oral, de manera excepcional; encuentra la Sala que, para el caso, resulta evidente que se trató de un error de la Fiscalía al no enlistar a Viviana Restrepo Cárdenas en su bloque de testigos, pese a haber argumentado los criterios de pertinencia, conducencia y admisibilidad de esta testigo.



Así las cosas y dado que el rechazo o inadmisión de un elemento material probatorio puede derruir la teoría del caso del sujeto procesal a quien se le castiga de esta forma, dicha sanción sólo opera si la parte que tiene en su poder o conoce de la existencia de un elemento material probatorio, evidencia física o información legalmente obtenida, no realiza su descubrimiento en el momento procesal adecuado, lo oculta o impide que la contraparte lo conozca o acceda de la manera más expedita posible a él. Debido a la drasticidad de la referida sanción, es indispensable que se encuentre claramente establecido el ánimo de omitir el descubrimiento, hacerlo parcialmente u ocultar el elemento, y que dicha actuación sea atribuible sin lugar a duda a la parte finalmente castigada.

Para el caso no hubo sorprendimiento desleal y consecuentemente vulneración al contradictorio de la otra parte, ni se genera una afectación a los derechos de defensa y contradicción, si atendemos a que estableció su pertinencia, utilidad y necesidad, sin olvidar que es un asunto que reviste complejidad por el gran volumen de pruebas solicitadas y decretadas.

Así las cosas, encuentra la Sala que es admisible la práctica del testimonio de la señora Viviana Restrepo Cárdenas, cuyos presupuestos de pertinencia, utilidad y necesidad se establecieron en su momento y frente a los cuales se ejerció el derecho de contradicción.

**4.2. Defensor Armel Robayo Rivera.** El motivo de descenso se fundamenta en la negativa de los testigos comunes Johan Esteban Estrada y Carlos Edison Giraldo.

Acorde al problema jurídico planteado a la Sala en esta oportunidad, es menester indicar que en la etapa de juzgamiento penal le corresponde al juez de conocimiento ponderar las diferentes solicitudes probatorias atendiendo a los requisitos esenciales que deben cumplir para su decreto, como pertinencia y admisibilidad, así como las reglas para su práctica acorde a la naturaleza del elemento solicitado y los principios que rigen en materia de pruebas: publicidad, intermediación, contradicción, concentración, etc.



En su alegato el abogado recurrente indica que siempre argumentó la pertinencia del testimonio directo de los señores Johan Esteban Estrada y Carlos Edison Giraldo, la cual considera está justificado desde todo punto de vista, por cuanto existe una relación directa de los medios de convicción con los hechos materia de investigación, en atención a que uno de ellos es el denunciante y el otro va a introducir unas grabaciones relacionadas con la supuesta responsabilidad de su representado.

Al respecto vale la pena recordar que el canon 375 del Código de Procedimiento Penal señala:

*"Artículo 375. Pertinencia. El elemento material probatorio, la evidencia física y el medio de prueba deberán referirse, directa o indirectamente, a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, así como a la identidad o a la responsabilidad penal del acusado. También es pertinente cuando sólo sirve para hacer más probable o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, o se refiere a la credibilidad de un testigo o de un perito."*

Acudiendo a una definición dogmática a nivel nacional del concepto de pertinencia, tenemos que: *"es la adecuación entre los hechos que se pretenden llevar al proceso y los hechos que son tema de la prueba en éste. En otras palabras, es la relación de facto entre los hechos que se pretenden demostrar y el tema del proceso."*<sup>1</sup>

En lo relacionado con los testigos comunes, la razón fundamental que se esgrimió para su pertinencia es que se quiere hacer prevalecer la teoría del caso de la defensa que no es otra que la indemnidad de la presunción de inocencia de su representado, la cual es contraria a la Fiscalía, quien muy seguramente no elaborará el interrogatorio en un sentido que le pueda beneficiar a su prohijado; sin embargo, el fundamento de teorías del caso contrarias no es suficientemente válido para el tema de los testigos comunes, como bien lo enseña la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, al precisar que la realización de sendos y sucesivos interrogatorios atenta contra los principios de celeridad y razonabilidad que deben regir la práctica probatoria; cuando, se insiste, no se ha demostrado la conducencia de interrogar por aparte a cada uno de los testigos solicitados en común; la relación entre el medio de convicción y los hechos materia de investigación siempre va a estar presente; en

<sup>1</sup> JARIO PARRA QUIJANO. Manual de Derecho Probatorio. Decimoctava Edición. Ediciones del Profesional Ltda, 2013, pag. 145.



caso contrario, no tendría sentido llevarlo a juicio, precisamente por eso ya fueron decretados como testigos de cargo y frente a los mismos procede la contradicción.

Para una adecuada comprensión del tema, resultan ilustrativas algunas glosas de la jurisprudencia ordinaria de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que sobre el tema enseña:

*"...1.1. En lo que se refiere al sustento, por el defensor, de los mencionados requisitos respecto de las pruebas comunes, esto es, las mismas que la fiscalía solicitó para sustentar su propia teoría del caso, la Corte tiene que decir que la justificación fundada en que procede la práctica de dichas pruebas para que la defensa pueda preguntar de manera directa por aquello sobre lo que no interroga la fiscalía, o bien con el fin de precaver un posible desistimiento de su práctica por el ente acusador, no configura un sustento serio, idóneo para satisfacer la exigencia de demostrar a cabalidad los requisitos de conducencia, pertinencia y utilidad de la prueba.*

*La posibilidad de acceder a la práctica de pruebas comunes debe admitirse según criterios de razonabilidad y eficiencia, pues un ejercicio desbordado de tal atribución llevaría a la realización de sendos y sucesivos interrogatorios por ambas partes, cuando lo cierto es que, en principio, puede decirse que el interés del interviniente para servirse de la prueba de su oponente para sus propios intereses se satisface a través de la oportunidad que le asiste de conainterrogar. De suerte que admitir la presentación —como directo— del mismo testigo por cada uno de las partes, de entrada sugiere un evidente menoscabo de los principios de celeridad y razonabilidad que deben regir la práctica probatoria.*

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

***Así, las finalidades de interrogar directamente sobre lo que omita la fiscalía o precaver el desistimiento de la práctica de la prueba por el oponente no son argumentos por sí mismos suficientes para entender como debidamente cumplida la exigencia de acreditar pertinencia, conducencia y utilidad de aquella, menos aún en un sistema en el que la petición probatoria es estrictamente rogada y, en consecuencia, es a ambas partes a quienes compete, según su rol y el interés que les asista, cumplir con suficiencia la carga argumentativa que convenza al director del juicio sobre acreditación de tales exigencias.***

*Lógicamente, la defensa puede prever los riesgos de que el acusador desista del testimonio, situación que frustrará su posibilidad de tomar parte en el conainterrogatorio. Pero, insiste la Sala, si para conjurar una tal eventualidad la defensa pretende solicitar también el testimonio como directo deberá ofrecer unos razonamientos de pertinencia, conducencia y utilidad sobre bases distintas a las presentadas por la contraparte, toda vez que —no sobra repetirlo— su particular interés para practicar la prueba (el cual deviene del distinto rol que cumple en el proceso) no puede fundarse en el acaso o en situaciones hipotéticas o inciertas.*



*Ahora bien, que el acusador desista de la práctica de un particular testimonio, generando de manera inevitable que su contraparte no pueda intervenir en el conainterrogatorio, no vulnera, en principio, el debido proceso probatorio ni el interés de la defensa. Dicha conclusión encuentra su razón de ser en el respeto al principio de igualdad de armas, pues si la fiscalía renuncia a la oportunidad de emplear al testigo para fundar la tesis condenatoria, entonces naturalmente la defensa no tendrá interés en oponerse a una prueba de cargos que no se configuró. Téngase en cuenta que la actividad de controversia que ejerce la defensa es la reacción a una pretensión acusatoria previa: no concretándose la prueba incriminatoria no cabe lógicamente la posibilidad de controvertirla.*

***Es precisamente por lo anterior que si la defensa pretende servirse de la prueba común debe hacerlo con argumentos de justificación de pertinencia, conducencia y utilidad distintos a los que propone el acusador.***

*Tampoco cabe predicar a favor de la defensa una especie de "presunción de pertinencia, conducencia o utilidad" de unas particulares pruebas que reclama, por el solo hecho de que la fiscalía las pidió en primer lugar. Menos aún resulta permitido justificar su práctica —como lo pretende el apelante— con fundamento en que su importancia "emerge de la naturaleza misma del escrito de acusación", como si ese razonamiento le correspondiera elaborarlo al funcionario judicial, pues, insiste la Sala, la carga demostrativa la deben cumplir ambas partes sin excepción.*

***Otra razón que permite desestimar la supuesta presunción de pertinencia del testimonio común es que aun cuando puede decirse, en general, que a la fiscalía, por una parte, y al procesado y su defensor, por la otra, les asiste un interés diverso en el resultado del proceso, debe tenerse en cuenta que en el tema probatorio los oponentes pueden tener afinidad de intereses (prueba de ello es el instituto de las estipulaciones). Por tanto, no es válido concluir que como el acusador demuestra el interés que le asiste para que se decrete una determinada prueba, entonces a la defensa necesariamente le debe asistir también interés en su práctica para sustentar (en sentido inverso) su teoría del caso, quedando así relevada de acreditar las exigencias de procedencia.***

*De allí que no quepa predicar, como así lo hace el apoderado de las víctimas y lo sugiere el apelante, la existencia a favor de la defensa de la aludida "presunción de pertinencia" de las pruebas que ya pidió el acusador, como si al juez de conocimiento le correspondiera desarrollar el deber de justificación que solamente les compete a las partes. Si así fuera, debería admitirse, sin necesidad de justificación adicional, que como la fiscalía demostró suficientemente los requisitos para la práctica probatoria, entonces la defensa queda relevada de hacerlo, pues tal conclusión evidentemente generaría un desequilibrio de las partes, idéntico al que el recurrente pregona.*

***Lo dicho conduce a recavar (sic) que en el caso de pruebas comunes, a la defensa se le exige una argumentación de pertinencia, conducencia y utilidad adicional a la que propone la fiscalía.*** Lo anterior es lógico, porque como distinto es el rol que cumplen la parte acusadora y la parte acusada, entonces la necesidad e interés para acudir a la misma prueba es bien disímil para ambos. Es así que en un sistema en el que la práctica probatoria es rogada, a las partes, en especial a quien pretende oponerse al pliego de cargos, no le está dado reclamar la práctica de una determinada prueba "a ver qué pasa" o "por si acaso", pues debe tener claro y hacérselo saber de manera explícita al juez o corporación de conocimiento —deber que también le corresponde a la fiscalía— qué es en particular lo que busca obtener



*de la prueba, cómo esta es idónea y eficaz para acreditar lo que se quiere y por qué es relevante para su postura o para el caso, según el interés que se defiende y, en especial, por qué el ejercicio del conainterrogatorio es insuficiente para obtener la información que se pretende.*<sup>2</sup> (Negrillas y subrayas fuera del texto original)

Según lo razonado en apartes anteriores de esta decisión, concluye la Sala que la solicitud de testigos en común deprecada por la defensa no cumple los requisitos de pertinencia y admisibilidad para su decreto, pues no es un argumento suficiente el tener teorías del caso contrarias, por lo cual a la defensa sólo le interesaría temas relacionados con la presunción de inocencia, los cuales no van a ser objeto de interrogatorio por parte de la Fiscalía; esto sería, como lo enseña la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, tanto como crear una especie de presunción de pertinencia a favor de la defensa, lo que a todas luces es contrario a los principios que orientan el decreto de las mismas en la sistemática procesal penal adoptada mediante la Ley 906 de 2004, desdibujando de contera el sistema de partes.

En criterio de la Sala, faltó argumentación sobre la pertinencia en la petición elevada por el defensor recurrente, en punto a la necesidad de decretar como prueba común los testimonios de los señores Carlos Edison Giraldo y Johan Esteban Estrada, el primero como denunciante y el segundo con quien se pretende introducir al juicio una grabación, pues precisamente éstos van a ir al debate probatorio para dar cuenta del conocimiento directo de lo que les consta y es allí donde se podrá por la defensa interrogar al respecto.

Son suficientes estas reflexiones para concluir que la solicitud de testigos comunes no está llamada a prosperar.

### **4.3. El defensor Sidilfredo Hernández Urango.**

**4.3.1.** Frente al rechazó del testimonio del investigador Dorian de Jesús Palacios Mosquera, advierte el recurrente que con este busca evidenciar las irregularidades cometidas en la conservación de la prueba a la hora de aportarse la información

<sup>2</sup> Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, sentencia 42.864 del 21 de mayo de 2014, M.P. José Luis Barceló Camacho.



contenida en la USB, cuya extracción se realizó el 14 de febrero de 2020, así como sobre los equipos celulares.

Debe recordarse que las pruebas llevan al conocimiento del juez, más allá de toda duda, sobre hechos y circunstancias materia del juicio que permitan establecer la responsabilidad penal del acusado como autor o partícipe de los mismos. Desde esa perspectiva, la Corte ha sostenido que la procedencia de la prueba se encuentra vinculada a las exigencias de conducencia, pertinencia, racionalidad y utilidad, señalando:

*"La conducencia "supone que la práctica de la prueba solicitada es permitida por la ley como elemento demostrativo de la materialidad de la conducta investigada o la responsabilidad del procesado".*

*La pertinencia "apunta no únicamente a su relación con el objeto de investigación y debate, sino a que resulte apta y apropiada para demostrar un tópico de interés al trámite".*

*La racionalidad del medio probatorio "tiene que ver con la viabilidad real de su práctica dentro de las circunstancias materiales que demanda su realización".*

*Y 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."<sup>3</sup>*

La juez consideró que no existía pertinencia del testimonio del investigador Dorian de Jesús Palacios Mosquera, por cuanto en la argumentación de la petición no se precisaron las actividades investigativas desarrolladas por éste, así como sobre qué estudio de elementos realizó y cuáles fueron los hallazgos; es decir, no indicó que pretendía probar con ese testigo.

Para la Sala, según la argumentación del defensor, lo pretendido es cuestionar la obtención, extracción, recolección y conservación de la prueba que contienen las memorias USB, celulares y DVDS, lo cual será expuesto en el juicio, pues en sentir del recurrente se presentaron varias irregularidades.

Así las cosas, es claro que lo pretendido por la defensa es cuestionar la validez de la prueba incautada y contenida en los dispositivos señalados, lo cual si bien, como lo afirma la Juez, no puede suplantar la función valorativa que sólo a ella compete,

<sup>3</sup> Autos del 17 de marzo de 2004 y 22 de abril de 2009, Radicados 22.953 y 27.539, respectivamente.



si puede aproximarla a una verdad material respecto de los medios de prueba decretados; por ello, en criterio de la Sala, el testimonio aludido no sólo resulta pertinente, sino que también es conducente, pues se busca por la defensa acreditar una hipótesis, que resulta útil a sus intereses, pues toca con un aspecto relevante y determinante del proceso, en consecuencia, se deberá decretar.

#### **4.3.2. Exclusión probatoria.**

Se plantea por la defensa la exclusión de varios elementos materiales probatorios que se van a llevar al juicio, relacionados con la interceptación de comunicaciones o la extracción de la información de los equipos electrónicos, contenidos en los informes y DVDS, así como la actividad de vigilancia y seguimiento a personas, al considerarse que la información fue obtenida con violación del debido proceso.

Lo anterior, esencialmente por cuanto se considera que los controles no se hicieron dentro de los términos legales, además que la actividad de vigilancia y seguimiento se hizo sin orden ante juez de control de garantías.

Por lo anterior y con el propósito de resolver la petición de exclusión de las pruebas, es necesario distinguir los conceptos de ilicitud e ilegalidad probatoria, pues si bien es cierto emergen de la manera en que se hace la recolección de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, las causas que las vician son diversas y, por lo mismo, sus efectos también difieren.

Desde esa perspectiva, una aproximación a la temática se encuentra en la providencia del 29 de enero de 2014, radicado AP 191-2014, 42.272, en la que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, explicó que la ilegalidad probatoria es aquella *"...en cuya obtención se ha infringido la legalidad ordinaria y/o se ha practicado sin las formalidades legalmente establecidas para la obtención y práctica de la prueba, esto es, aquella cuyo desarrollo no se ajusta a las previsiones o al procedimiento previsto en la ley..."*. En contraste, la prueba ilícita *"...es aquella que se ha obtenido o producido con violación de derechos y garantías fundamentales..."*; es decir, se vulnera de modo directo el núcleo esencial de un derecho de esa categoría.



La consecuencia jurídica en cada una de esas hipótesis varía, pues al paso que la prueba ilícita crea una situación incorregible en la que se sanciona la exclusión del medio probatorio. En esas condiciones, ni siquiera actitudes negligentes de la defensa dirigidas a la adopción de correctivos permitirían soslayar la situación, resultando un imperativo para el funcionario judicial, ante su detección, que adopte medidas tendientes a su exclusión por la vulneración a derechos fundamentales.

Para la Sala, en este caso conforme al argumentos del defensor recurrente, el asunto de exclusión tiene que ver, no con su ilicitud, sino con prueba ilegal, también llamada irregular, frente a la cual corresponde al funcionario realizar un juicio de ponderación en orden a establecer si el requisito pretermitido resulta fundamental en cuanto comprometa el derecho al debido proceso, en el entendido de que la simple omisión de formalidades y previsiones legislativas insustanciales no conduce a su exclusión.

Dado que la intensidad es menor en lo que corresponde a la prueba ilegal, será necesario que, en cada caso particular, la parte interesada no solamente acredite la contrariedad del medio con la ley, por inobservancia de las exigencias para su acopio, sino su trascendencia en los derechos del afectado.

Ahora bien, del planteamiento de la defensa no son claros sus argumentos, ni siquiera muestra que el control a la información recopilada y contenida en los DVDS se haya legalizado por fuera de los términos previstos por el legislador; es más, entiende la Magistratura que para acreditar las supuestas irregularidades es su pretensión de llevar al juicio al investigador Dorian de Jesús Palacio Mosquera, testimonio que le fue decretado en el numeral precedente, con fundamento en que con éste investigador pretende probar las presuntas irregularidades en la recolección, conservación y aporte de la evidencia. No se puede soslayar que al ser la parte que alega la situación irregular, tiene la carga de probarla, lo cual no ha ocurrido; por lo contrario, se entiende que, al ser legalizadas esas actividades por un Juez de control de garantías, es porque ciertamente se cumplió con las formalidades dispuestas por el legislador.

De otro lado, el defensor hace su solicitud en forma global y en ello le asiste razón a la Juez en cuanto le correspondía a esa parte verificar uno a uno los elementos



materiales probatorios, pues si es su interés resaltar las supuestas irregularidades, estas deben ser precisas y justificadas, no generalizadas. Sin olvidar, se itera, que es a quien le corresponde acreditar algún vicio trascendente que esencialmente afectará irrazonablemente un derecho fundamental de los procesados.

De otro lado, señala el defensor que le correspondía a la Fiscalía hacer una especie de índice detallado del contenido de los DVDS relacionados a la extracción de información de los abonados celulares referenciados en la audiencia preparatoria (ítems 3.1.2.1 a 3.1.2.9), los cuales se admitieron para ser introducidos en el juicio; no obstante, debe recordarse que cada una de las partes tiene la obligación de probar su teoría del caso, de ahí la necesidad indelegable de verificarse las pruebas descubiertas oportunamente con el fin de acreditar las supuestas irregularidades, pues la pertinencia en punto a su relación directa con los hechos se puso a consideración por la Fiscalía a la Juez de conocimiento para su decreto.

Ahora bien, similar situación ocurre con la prueba documental contenida en los DVDS y fotografías, de los cuales la defensa cataloga como un seguimiento pasivo realizado por el señor Edwin Ramírez Ospina, situación que no fue acreditada por el inconforme. Para la Sala, como así lo entendió la primera instancia, esos videos y fotografías obtenidas en el restaurante "Pan de Queso" y en el centro comercial, como así lo sostuviera la Fiscalía, no se trataría de una diligencia de vigilancia y seguimiento, por lo cual a esta altura procesal y cuando aún no ha existido debate probatorio, puede presumirse por el momento que se trató de esa actividad.

Aunado a ello, se ha dicho que la información obtenida y aquí cuestionada fue recopilada en lugares públicos, sin que se hubiera realizado por el recurrente un razonamiento ponderado sobre la posible afectación a la intimidad y de contera la vulneración a derechos fundamentales.

Tampoco se mostró y va ser objeto de debate lo relacionado con las hojas de vida a aportar en el juicio, pues el fundamento de la exclusión a que alude la defensa es que esa información fue entregada antes de la solicitud y autorización de la búsqueda selectiva en la base de datos; no obstante, como bien lo advierte la Juez *a quo* "...no hay un medio que realmente acredite más allá de la radicación de la



*solicitud, pero la defensa habla de que le dijeron, pero aquí no hay evidencia de eso, de que le dijeron que habían entregado las hojas el mismo día, pero aquí no hay evidencia de eso". Es decir, no es procedente tampoco la exclusión de este elemento.*

En cuanto a la exclusión del DVD maca Gold número M13602140161439 aportado por Johan Esteban Estrada Morales, así como su testimonio, en sentir del togado recurrente, este señor no estaba legitimado para hacer las grabaciones, pues no era víctima en el asunto investigado. Al respecto, se anticipa por la Sala que no existe para el caso vulneración de garantías o derechos fundamentales por violación del derecho a un debido proceso y defensa en aspectos sustanciales, por haberse admitido como prueba la grabación reseñada, la cual entrará a juicio con testigo de acreditación.

Resulta válido y lícito que se alleguen al juicio las grabaciones de las conversaciones privadas entre dos personas, realizadas por una de ellas, sin el conocimiento ni el consentimiento de la otra, cuando se trata de evitar o aclarar la comisión de un delito; esa conducta no se puede considerar contraria al derecho fundamental a la intimidad de la persona grabada que lo desconocía, ni al derecho de la no autoincriminación.

Al respecto ha dicho la H. corte Suprema de Justicia<sup>4</sup>:

*"En esa medida, es claro que el libelista desconoce que este tipo de procedimiento ha sido avalado por la jurisprudencia, cuando quien graba la conversación interviene en el diálogo o es la víctima del delito, no siendo un presupuesto de legalidad del medio de convicción que tal procedimiento haya sido autorizado previamente por el juez competente, como sí se exige para la generalidad de casos de interceptación de comunicaciones.*

El tema ya ha sido tratado por la Sala según se expone a continuación:

*Sin embargo, deviene diáfano que el supuesto del cual parte el impugnante para alegar la ilegalidad de la prueba es impertinente, pues si bien se ha indicado que tratándose de conversaciones privadas al estar en juego el derecho a la intimidad es cuestionable la difusión de la grabación de una conversación si uno de los interlocutores no asintió o no fue consciente de estar siendo grabado, **pero cuando se trata de evitar o esclarecer un delito el criterio jurisprudencial de la Sala es dar legitimidad a la misma** (como por ejemplo cuando la víctima de un posible delito graba o filma sus charlas o encuentros con los presuntos implicados), en este caso el defensor olvida que*

<sup>4</sup> Corte Suprema de Justicia. AP1653 del 2 de abril de 2014. M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.



*se trataba de una reunión pública, para la cual no existía reserva y nada impedía que alguno de los concurrentes la registrara y divulgara.*(Resaltado nuestro).

*Incluso, jurisprudencialmente se ha insistido en que una grabación no puede ser estimada cuando carece de autorización judicial o es efectuada por terceros que no tienen interés en la investigación, pero si el registro magnetofónico o audiovisual es realizado por una de las partes no existe violación del derecho a la intimidad si una de ellas decide publicarlo, adquiriendo la categoría de prueba legalmente válida<sup>5</sup>. (CSJ AP, 29 May 2013, Rad.40065)”.*

En consecuencia, la grabación de conversaciones como prueba en un juicio es legal a pesar de que se haya efectuado sin el conocimiento de la persona grabada, exigiéndose sólo que haya participado en el escenario de los hechos, es decir por quien era parte de la conversación, como en este caso ocurre con el señor Johan Esteban Estrada Morales, aunque este no sea la víctima; nunca por una persona externa o ajena a la conversación y que no ha sido parte en ella, pues en ese caso si sería ilícito e ilegal aportar en el proceso judicial grabaciones efectuadas de forma subrepticia (a escondidas) por quienes no son partes de la conversación y en ese caso sí sería la prueba nula de pleno derecho.

No se considera vulnerado el derecho a la intimidad de la persona grabada, pues claramente no está siendo sujeto pasivo de una conducta ilícita, por el contrario, se trataba de evitar o aclarar la comisión de un grave delito, por lo cual la falta de conocimiento de quien está siendo grabado no atenta contra ese derecho fundamental, pero quien efectúe la grabación debe ser parte de la conversación.

Incluso, la prueba decretada tampoco vulnera el derecho a no autoincriminarse de los procesados, punto en que se debe poner de presente que esas manifestaciones no pueden considerarse como una confesión, partiéndose de la base de que resulta válida la declaración de Johan Esteban Estrada Morales; pero en todo caso, todas las versiones se deben confirmar o ratificar con el contenido de las grabaciones.

Conforme a lo anterior, es claro que se cumplen los requisitos de licitud y legalidad de la prueba, que es lo cuestionado, pues como se dijo: 1. Quien aporta la prueba es un interlocutor de la conversación, no un tercero ajeno a la misma; 2. La grabación se aporta al proceso; y, 3. Se va a llevar a cabo su reproducción en el

<sup>5</sup> Cfr. Corte Suprema de Justicia. Providencia de 12 de mayo de 2011. Radicación 34474.



juicio para que pueda ser motivo de contradicción, por lo cual todo se reduce a un problema de valoración.

Recapitulando, encuentra la Sala que las solicitudes de exclusión de los elementos materiales probatorios propuestas por la defensa no prosperan, en tanto no hay circunstancias que permitan deducir ausencia de algunos de los requisitos de legalidad o que se hayan obtenido con violación a garantías fundamentales individuales, quedándole sólo a la juez *a quo*, como en efecto ocurrió, verificar los requisitos de pertinencia, conducencia y utilidad de la prueba; ciertamente que tampoco se precisó la trascendencia y verdadera afectación a garantías constitucionales.

Las anteriores, son las razones para que se confirme la negativa de exclusiones probatorias.

#### **4.3.3. Recurso contra admisión de prueba.**

Resta a la Sala referirse frente a las pruebas admitidas por la primera instancia y de las cuales se advierte no es un problema de exclusión, sino de rechazo, esto es frente al testimonio de Luís Fernando Guizao Hernández y la prueba documental consistente en el álbum fotográfico de reconocimiento.

Para recordar la razón de la solicitud del rechazó, se tiene que frente al señor Luís Fernando Guizao Hernández se argumentó que se trata de un agente de control, siendo el jefe directo de Gabriel León Ortiz (uno de sus representados). Igual reclama el rechazó del álbum fotográfico de reconocimiento, por cuando eran 13 fotografías y se le dio traslado de 10., pruebas que fueron admitidas.

El artículo 177 del C.P.P. expresamente establece que el recurso de apelación procede en el efecto suspensivo es contra "**El auto que niega la práctica de prueba en el juicio oral**"; lo cual permite concluir que contra la decisión que **NO RECHAZA** la práctica de pruebas en el juicio no es procedente la alzada.



Más claro aún, a esa conclusión y no a otra se arriba, cuando expresamente se dispone en el inciso 3º del artículo 359 *ibídem*, que los recursos ordinarios procederán contra las decisiones que **excluyan, rechacen o inadmitan una prueba**. Es decir, o por argumento en contrario, que contra las que **no excluyen, no rechazan y admiten pruebas**, no proceden los recursos ordinarios.

Así mismo el artículo 20 *ibid.* nos dice que la doble instancia de las decisiones judiciales en este sistema acusatorio, expresamente la consagra para sentencias y autos que se refieran a la libertad del imputado o acusado, que afecten la práctica de las pruebas o que tengan efectos patrimoniales, salvo las excepciones previstas manifiestamente.

Así entonces, que al no regularse en las normativas mencionadas la procedencia del recurso de alzada para la decisión de admisión de pruebas y de las que le son asimilables, resulta improcedente el recurso interpuesto por el defensor, pues para esa decisión no se ha contemplado en nuestra legislación la doble instancia.

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha fluctuado su criterio de cara a este asunto, esto es sobre la procedencia del recurso de apelación contra la decisión que decreta la práctica de una prueba en el juicio. Siendo la última postura la asumida en el año 2016 donde nuevamente la Corte<sup>6</sup> concluyó que contra la decisión que admite pruebas por regla general no procede recurso alguno, muy excepcionalmente es admisible cuando hay inminencia de una vulneración fundamental y previa una carga argumentativa del interesado, posición que acoge esta Sala, al considerar, como se dijo, que de la naturaleza adversarial del sistema de enjuiciamiento no se deriva el derecho de los sujetos procesales para interponer recursos contra la decisión que decreta la práctica de pruebas, como claramente es el sentido literal de la norma; además, ante la garantía de la doble instancia aducida por la Corte, se pueden afectar seriamente otros principios como el de la celeridad y economía procesal; ahora, si hay duda en punto de la utilidad y pertinencia de la prueba, más que la revisión del superior con todo el desgaste que ello implica en la *praxis* judicial, resulta aconsejable la práctica de la misma atendiendo el principio de *in dubio pro*

<sup>6</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 47.469 de fecha 27 de julio de 2016, M. P GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ.



*evidencia*, pues en últimas no se encuentra mayor perjuicio en la práctica de una prueba superflua o impertinente, máxime que el juez como director del juicio tiene todos los poderes para controlar su desarrollo, propendiendo por desgastes innecesarios; amén de que el decreto de la prueba no le impide al juzgador verificar con posterioridad si esta se ajusta a las razones que justificaron su admisión, además de que quien la peticionó puede renunciar a ella.

En conclusión, contra la decisión que admitió la prueba deprecada por la Fiscalía en la correspondiente audiencia preparatoria, se rechaza de plano la apelación que se hiciera contra el testimonio de Luís Fernando Guizao Hernández y el ingreso del álbum fotográfico de reconocimiento; no obstante, frente a este último, para garantizar el derecho de defensa y contradicción (artículo 125.2 del C. de P.P.), se concederá un término que no podrá exceder los cinco (5) días, de conformidad con el artículo 159 *ibidem*, para que la Fiscalía verifique las imágenes que faltan y le sean entregadas al interesado, en lo demás se confirma.

## 5. DECISIÓN

Sin necesidad de mayores elucubraciones en sentir de esta Corporación y acorde a lo analizado en este proveído, se (1) **REVOCA PARCIALMENTE** la decisión adoptada por la Juez *a quo* en desarrollo de la audiencia de juicio oral, para en su lugar, **ADMITIR** el testimonio de la perito Viviana Restrepo Cárdenas (de la Fiscalía) y el investigador Dorian de Jesús Palacios Mosquera (de la defensa); (2) se **ABSTIENE** de conocer del recurso de alzada interpuesto contra la decisión que admitió el testimonio del señor Luís Fernando Guizao Hernández y el álbum fotográfico de reconocimiento; no obstante, se previene que, en aras de garantizar el derecho de defensa y contradicción (artículo 125.2 del C. de P.P.), se conceda un término que no podrá exceder los cinco (5) días, de conformidad con el artículo 159 *ibidem*, para que la Fiscalía verifique las imágenes que faltan de ser entregadas al interesado, obviamente de ser ello posible; y, (3) en lo demás se **CONFIRMA** la decisión recurrida.

En mérito de lo expuesto, esta **Sala de decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín**, **RESUELVE: PRIMERO. Revocar parcialmente** la decisión



adoptada por la Juez *a quo* en desarrollo de la audiencia preparatoria, para que, en su lugar, **admitir** el testimonio de la experta Viviana Restrepo Cárdenas (de la Fiscalía) y el investigador Dorian de Jesús Palacios Mosquera (de la defensa). **SEGUNDO:** Se **abstiene** de conocer del recurso de alzada interpuesto contra la decisión que admitió el testimonio del señor Luís Fernando Guizao Hernández y el álbum fotográfico de reconocimiento; no obstante, frente al álbum, se previene que, para efectos de garantizar el derecho de defensa y contradicción (artículo 125.2 del C. de P.P.), se conceda un término que no podrá exceder los cinco (5) días, de conformidad con el artículo 159 *ibíd.*, para que la Fiscalía verifique las imágenes que faltan de ser entregadas al interesado. **TERCERO:** En lo demás se **confirman** las decisiones recurridas, tal como se estableció en la parte motiva. **CUARTO: Remítase** la actuación al Despacho de origen, para lo de su cargo. Así fue aprobada en Sala por los Magistrados que la integran, según consta en el acta respectiva.

### COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

**HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA**

**Magistrado Ponente**

**SANTIAGO APRAÉZ VILLOTA**

**Magistrado**

**ÓSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ**

**Magistrado**