



SALA DE DECISIÓN PENAL

APROBADO ACTA 200

(Sesión del 12 de agosto de 2024)

Radicado: 05001-60-99119-2018-00155
Procesados: Adinson Robledo Torres, Sammy José Taborda Torres y Cristian Fernando Vergara
Delitos: Concusión, Falsedad ideológica en documento público, Fraude procesal y Destrucción, supresión u ocultamiento de documento público
Asunto: Fiscal recurre decisión que negó prueba de referencia
Decisión: Revoca
M. Ponente: José Ignacio Sánchez Calle

Medellín, 16 de agosto de 2024

(Fecha de lectura)

1. ASUNTO

La Sala resuelve el recurso de apelación que interpuso la delegada de la Fiscalía General de la Nación, contra la decisión del pasado 18 de julio por medio de la cual el Juez Quinto Penal del Circuito de Medellín, negó el ingreso de prueba de referencia al debate de juicio oral.

2. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

2.1. El 2 de junio de 2019, ante el juez Treinta y Dos Penal Municipal con función de control de garantías de Medellín, se formuló imputación en contra de Adinson Robledo Torres, Sammy José Taborda Torres, Cristian Fernando Vergara y otros. Ninguno de los imputados se allanó a los cargos.

2.2. El 24 de abril de 2020, ante el Juez Quinto Penal del Circuito de Medellín, la Fiscalía General de la Nación acusó a los señores Sammy José Taborda Torres, Cristian Fernando Vergara, Adinson Robledo Torres, y otros, como

coautores de los delitos de Concusión y Falsedad ideológica en documento público; y además a este último lo acusó también por los delitos de Fraude procesal y Destrucción, supresión u ocultamiento de documento público.

2.3. Se realizaron preacuerdos con algunos de los procesados y se decretaron rupturas de la unidad procesal, finalmente el 15 de enero de 2021 se instaló la audiencia preparatoria, misma que se desarrolló los días 2 de febrero, 27 de abril, 8 de junio, 19 de julio y 23 de septiembre de 2022 y 20 de enero de 2023.

2.4. El juicio se ha llevado a cabo los días 28 de abril, 30 de mayo, 9 de octubre de 2023, 8 de abril, 6 y 27 de mayo y 18 de julio de 2024.

2.5. Solicitud de prueba de referencia. En desarrollo de audiencia de juicio oral del 18 de julio último, la delegada de la Fiscalía General de la Nación solicitó la incorporación de dos declaraciones anteriores al juicio, como pruebas de referencia, la de Andrés Felipe Jaramillo Suárez y otro.

Sobre el primero explica que tuvo contacto con él al abonado celular 3045742462 y estuvo dispuesto a conectarse en una de las audiencias porque manifestó que residía en otra ciudad; sin embargo, como no apareció, le enviaron una orden de Policía Judicial a las direcciones que registraba, porque en este número de celular ya no recibe llamadas, ni WhatsApp y fue precisamente tratando de ubicar a esta persona donde comprobaron que ya tampoco residía en la ciudad de Medellín.

Comparte la delegada Fiscal el informe de investigador, fechado del 8 de julio de este año donde da cuenta de que se trasladó a la Calle 70 # 48ª-51 de esta ciudad, allí fue atendido por una mujer que no dio datos personales pero que afirmó que Andrés Felipe Jaramillo hacía varios años no residía en esa dirección y que tiene conocimiento que se fue con su familia para la ciudad de Popayán, se le preguntó si tenía alguna manera de contactar a algún familiar o número de teléfono pero indicó que no, sin embargo se le dio el celular institucional por si en algún momento deseaba contactarse. Acota la Fiscal que Andrés Felipe sí se contactó al celular institucional de la Fiscalía y lo tenían

listo para sesiones pasadas, pero de un momento a otro dejó de contestar su celular; también se le han enviado correos electrónicos que no contesta nunca.

Aunado a lo anterior se consultó la página del SPOA con su nombre y se obtuvo, como datos relevantes, una denuncia interpuesta por él el 21 de febrero de 2023 por un Hurto en hechos ocurridos en Popayán, allí como datos de ubicación otorgó el mismo abonado celular 3045742462, sin datos de residencia, e itera la Fiscal, en ese número de celular tampoco es localizable.

Entonces, el 6 de mayo de 2024 el señor Jaramillo Suarez envió al correo institucional, un memorial en donde indica que se ratifica en todo lo que dijo pero que, posterior a los hechos, sufrió un ataque con piedras en su casa, que le destrozaron la vidriera del balcón y que ahí estaba su mamá a punto de ser lesionada. Indica que como no había otro motivo que pudiese haber originado ese atentado, diferente a lo que pasó con los agentes de policía acusados, dice que se vio obligado a desplazarse a otra ciudad. Ellos solicitaron protección y la Fiscalía les estuvo buscando para tal efecto, pero tampoco aparecieron; él dice que se fue con su hija y su madre a otra ciudad que, se entiende es Popayán.

Argumenta la Fiscal que a pesar de que el Ente Acusador ha agotado todos los mecanismos de búsqueda posibles para volver a dar con el paradero del señor Andrés Felipe Jaramillo Suarez, realmente al día de hoy no ha sido posible, por ende, conforme al artículo 438 del Código de Procedimiento Penal solicita la práctica como prueba de referencia de la declaración jurada que Andrés Felipe Jaramillo Suárez había dado con antelación, firmada por el señor Mauricio Gil Meza como investigador, considerándose que esta persona se encuentra dentro de las excepciones de esa admisión excepcional de la prueba de referencia, porque a la fecha ya no está disponible y sí se cuenta con una declaración anterior, de su versión de lo que ocurrió.

El investigador asegura que, en la dirección de residencia, Andrés Felipe ya no vive, el número de celular está totalmente desactivado, al correo electrónico que le figura también se le han enviado los requerimientos sin respuesta y finalmente el CTI indica que esta persona no ha podido localizarse de nuevo,

aunado a la carta donde manifiesta los temores que siente por este caso y la necesidad que tuvo de desplazarse e iniciar una nueva vida en otra ciudad que, según se cree, es Popayán.

Solicita entonces esa admisión excepcional de la prueba de referencia a introducir con el señor Mauricio Gil Meza, que también será testigo en ese juicio, sin embargo, advierte que Mauricio no se encuentra en la ciudad de Medellín, está en un curso obligatorio del CTI en otra parte para toda la semana.

2.5.1. La abogada de la Policía Nacional, como representante de víctimas, indicó no oponerse a lo deprecado por la Fiscalía.

2.5.2. El defensor de Cristian Fernando Vergara se opuso a la solicitud del decreto de prueba de referencia porque, de un lado, considera que el Estado en cabeza de la Fiscalía no ha cumplido con las cargas que le impone el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal, mismo que ha tenido cierto desarrollo de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, entendido este como la imposibilidad de ubicar al testigo.

Arguye que en este caso la Fiscalía ha tratado de ubicar a estas personas en los últimos dos meses, hay un informe del 2023, pero las citaciones o solicitudes son recientes, y por un solo medio se ha tratado de ubicar a estos testigos. Con ello considera la Defensa que son insuficientes los intentos del Estado, al menos en lo que como prueba trae de manera sumaria, para poder afirmar que sí ha tratado de ubicar a sus testigos; no puede pretenderse que con ello se acceda a una prueba de referencia que de manera ostensible soslaya el debido proceso probatorio, así como los principios de inmediación, contradicción y confrontación.

Considera que no se pueden sacrificar esos principios porque la Fiscalía afirma cuenta con dos informes, pues se cuestiona el defensor si es que esos informes de policía *per se* gozan de presunción de legalidad; no puede simplemente estarse a que el policía en un informe diga que no encontró a un testigo en una casa y que la única plataforma que usó para su búsqueda fue

la de la Fiscalía, y que con ello sea suficiente para que se cambien las reglas del juego y que la Defensa sea sorprendida porque ya no va a poder contrainterrogar a un testigo, sino atenerse a que un entrevistador a viva voz lea una declaración anterior, enervando con ello cualquier posibilidad de impugnar credibilidad, y la información.

Esta es una carga que se subroga al Estado, la permanencia y la unión con los testigos es de manera definitiva y constante; con estos informes se establece que la Fiscalía sí ha tenido contacto con estas personas, presencial y a través de correo, es más, telefónicamente, hay un extracto ahí que viene hilado de manera independiente donde el señor Andrés Felipe Jaramillo Suárez explica sus movimientos, les dice para qué ciudad va. Entonces, hay muchas formas de tener contacto con las personas, correos electrónicos, WhatsApp, redes sociales, situación que hoy no se ha logrado, no es suficiente ir y tomarle una foto al anterior domicilio del testigo y posterior a ello buscarlo en un SPOA, para luego decir que se agotaron las labores de campo y que finalmente no ubicaron al señor Jaramillo, y que por ende es prueba de referencia.

Se echan de menos labores para ubicar a estos testigos en plataformas tales como data crédito, SIFIN, TransUnión, el Sistema de la Seguridad Social, la Superintendencia de Notariado y Registro, el Registro Único Empresarial; de hecho, cuando se quiere materializar una orden de captura, la Fiscalía empieza por esas plataformas. Pero las fuentes de información no son el equipo de la Fiscalía, ahí dieron con una denuncia que puso Andrés Felipe por un Hurto y, del estrato de esos hechos sale información de donde él se mueve, inclusive en el barrio donde le robaron la moto, sin embargo, se echa de menos esa actividad por ubicar al testigo, para hacerlo comparecer al juicio.

Argumenta que se tenía que acreditar que sí hubo realmente esfuerzos por tratar de ubicar a estas personas, pero en este caso los mismos no se vislumbran, una visita de campo y un informe ejecutivo no son suficientes para decretar prueba de referencia, como lo pretende la Fiscalía. Esas actividades llevadas a cabo por la Fiscalía para tratar de ubicar a los testigos y hacerlos comparecer son insuficientes. Solicita en consecuencia, no se acceda a la

petición del Ente Acusador porque es más el daño que le hace al debido proceso, por el sorprendimiento que se le puede hacer a la Defensa.

2.5.3. El defensor de Adinson Robledo Torres y Sammy José Taborda Torres.

Solicita se despache negativamente la petición que ha elevado la delegada a la Fiscalía al considerarla insuficiente conforme a lo que establece la regla procesal para este tipo de solicitudes respecto a que se decreten pruebas de referencia debido a la indisponibilidad de un testigo. La Corte Suprema de Justicia ha dicho que la indisponibilidad consiste en que el declarante tiene que ver con la finalidad precisa de la regla citada, vinculadas a casos singularmente excepcionales en los cuales no es posible tener el testigo en sede de juicio oral.

Ha solicitado la Fiscal una prueba de referencia por indisponibilidad, citando el artículo 438 de la ley procesal, que es la que establece esa admisión excepcional de la prueba de referencia, sin embargo, la delegada de la Fiscalía no desarrolló adecuadamente su solicitud con base en la norma aludida pues hizo una argumentación de manera global frente a este artículo sin precisar claramente cuál es el literal al que hacía referencia. Se supondría -que no debería ser así porque eso debió quedar sustentado claramente- que hace referencia al literal B, víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada, o un evento similar; evento similar que ya muy claramente ha detallado su antecesor, y como lo ha definido la Corte Suprema de Justicia frente a estos temas en específico que la parte interesada tiene que desplegar actividades encaminadas a la localización del testigo y que ello es más exigente para la Fiscalía dado que la entidad cuenta con los medios e infraestructura que le otorga mayores posibilidades de ubicación a las personas.

Considera insuficientes los elementos aportados por la Fiscal a efectos de que se le decrete esas pruebas de referencia pues solamente se realizó una consulta en las bases de datos del sistema de la Fiscalía General de la Nación para luego afirmar que estas personas no fueron ubicadas, pese a que la misma Fiscalía ha dicho en audiencia que tuvo contacto reciente con el testigo Andrés Felipe Jaramillo Suárez, contando incluso con una denuncia por él interpuesta en la ciudad de Popayán, donde por medio de la Fiscalía de

Popayán pudo incluso haber sido ubicada esta persona, entonces no es de recibido que se afirme que con esas simples actividades ya se ha cumplido con esa misión; de hecho en esa denuncia aparece no solo el número de celular con que cuenta la Fiscalía sino otro adicional del cual no se observa que se hubiese realizado gestión alguna.

Considera que no puede pretender la Fiscalía entonces que con tan insuficientes gestiones se vulnere el principio de contradicción frente al testigo Andrés Felipe Jaramillo Suárez, en especial para la Defensa si se tiene en cuenta que tiene elementos materiales probatorios y evidencia física que debe traer este juicio, donde le dan toda credibilidad al testigo frente a los dichos en esa declaración inicial o jurada, entonces por eso es importante y necesario que este testigo asista de manera presencial al juicio para poder ser controvertido y ejercerse esa contradicción y no que se introduzca a manera de prueba de referencia donde se vulneran totalmente muchos derechos de los procesados.

En este orden de ideas, teniendo en cuenta que no se ha cumplido con la carga de demostrar que esa persona haya desaparecido ni mucho menos que no esté disponible para que sea escuchada en sede de juicio oral, solicita se niegue la petición incoada por el Ente Acusador.

2.6. Decisión que se revisa. Acota el Juez de primera instancia que, según el contexto de lo que habla el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal, se estaría ubicado obviamente en el literal B, cuando el testigo es víctima de secuestro, o desaparición forzada, o evento similar. Y precisa, que en la Ley 906 la regla general es que los testigos deban comparecer a juicio oral para ser sometidos al interrogatorio cruzado de que trata el artículo 391 *ibídem* y siguientes, para garantizar derecho de confrontación y contradicción, pero puede darse eventos en los que un testigo que no esté disponible y es en ese caso cuando se habla de prueba de referencia.

En este caso la Fiscal hizo alusión a que requería se le permitiera esa prueba excepcional dada la indisponibilidad del testigo por cuanto no ha sido posible su ubicación, para lo cual aportó las gestiones que ha realizado la Fiscalía, sin

embargo, considera el *a quo* que, aunque sí se han realizado labores para ubicar a Andrés Felipe Jaramillo Suárez, existe una falta de suficiencia, es decir, restan labores o posibilidades que no se han agotado, mismas que han sido resaltadas por la bancada de la Defensa; falta agotar búsquedas en plataformas y bases de datos, pues se supone que esta persona está en Popayán, pero tampoco se acreditó que se hubiese realizado labores para ubicarlo en ese municipio.

Entonces, con lo que aportó la Fiscalía no puede hablarse aún de que se esté ante un evento similar de no disponibilidad del testigo conforme al literal B del artículo 438, considerando la primera instancia que no se encuentran agotados esos requisitos para poder acceder de manera excepcional a la solicitud de prueba de referencia; hay una restricción obviamente, y debe ser estricta a la garantía de contradicción y confrontación que habla el artículo 391 del Código de Procedimiento Penal, que es la que se realiza a los testigos en el juicio oral. En consecuencia, negó la solicitud elevada por la Fiscal.

2.7. Del recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía. Insiste en que el señor Andrés Felipe Jaramillo Suárez ya no está disponible, que estos hechos ocurrieron en el año 2017 y no es cierto que la Fiscalía haya intentado ubicarlo solo durante los últimos 2 meses pues cuenta con un informe del 28 de julio de 2023 firmado por un investigador judicial, librado por la doctora Luz Adriana Londoño, quien fungía como Fiscal 15 para la época, donde precisamente requería la ubicación de este testigo.

Dentro de los actos del investigador que reposan en el informe del 28 de julio 2023, se indicaron dos abonados celulares el 30017538330 y el 30045742462, uno de los abonados celulares nunca estuvo activo y, frente al otro, sí repicaba, pero no contestaban. En el correo electrónico popa2009@hotmail.com, a pesar de que la Fiscalía le escribía, este testigo tampoco se comunicaba. También se otorgó una dirección, Calle 70 # 48ª-51 pero, con el pasar del tiempo, el juicio fue aplazado en varias oportunidades hasta el momento en el que ella llegó a asumir el Despacho Fiscal 15 y pudo entonces librar una orden a Policía Judicial para que se logrará la ubicación de esa persona.

Explica la Fiscal que fue precisamente con esa orden a Policía Judicial que, en el abonado celular, 30045742462 se logró una comunicación con Andrés Felipe porque el investigador se dirigió a la dirección con que se cuenta y allí se pueden observar dos fotografías de esa residencia donde manifestaron que éste había tenido que viajar, al parecer, a Cauca o Popayán y allí se otorgó el abonado celular de la Fiscalía 15 Seccional, donde el testigo se contactó manifestando que tuvo que salir de la ciudad por amenazas, porque él se sentía amenazado a raíz de este proceso.

En virtud de eso se le pidió que, si era así, dejara una constancia por escrito, misma que se exhibió en audiencia, donde él manifiesta que su casa fue atacada con piedras, que allí estaba su mamá y que, si bien ninguna persona tuvo un ataque a su integridad física, no existía un motivo distinto a este proceso para que él fuera atacado y, por esa razón, se veía en la necesidad de desplazarse a otra ciudad a laborar, que él laboraba como minero de manera informal y se mantenía casi siempre dentro de una mina, que por esa razón él se había desplazado al Cauca y se había llevado a su mamá y a su hija. Ello es un claro ejemplo de desaparición no voluntaria, pues al parecer él sí sufrió unas amenazas en su residencia, tuvo que desplazarse a otro departamento y allí volver a iniciar una vida con su madre y con su hija de 4 años, conforme lo dejó por escrito.

Ahora, la Fiscalía en el informe que recibe del 8 de julio de 2024 y ante la inquietud de la Defensa de por qué se hace una ubicación tardía, aclara que no lo es, en este juicio que cuando ella logró ubicar a Andrés Felipe Jaramillo Suárez, él estaba listo para conectarse y, así los defensores exigieran presencialidad él se había negado porque se sentía amenazado, sin embargo, el Juez admitió que se conectará de manera virtual pero ese día, no pudo ser recibida su declaración en juicio. Itera que el testigo y víctima manifiesta que siente temor de declarar, que se radicó con su familia en otra ciudad y la única forma de contactarlo era a través de un abonado celular, mismo que a la fecha esta desactivado tanto WhatsApp como en línea 3045742462.

Entonces, en las investigaciones que hace el Policía Judicial Gulfran Herney Sossa Noreña sí dice que esta persona presentó una denuncia por el hurto de

una moto con el radicado 2023-11888, del 21 de febrero de 2023, y si se mira cómo lo ubicaron en el SPOA, al anotarse su actividad se plasmó que era joyero, orfebres y plateros, es decir, lo que él manifestaba que trabaja en una mina de manera informal, realmente se comprueba con lo que manifiesta en esa denuncia. En la misma él sí otorgó una placa en esa denuncia, KZT656, y es de consulta pública el RUNT, y si se consulta con la cédula de Andrés Felipe, no le figura esa a motocicleta; es decir, tampoco lleva un dato exacto.

Dice la Defensa que si en esa denuncia reposa una dirección por qué la Fiscalía no agotó un acto de investigación para dirigirse hacia la misma, resulta que lo que allí reposa es el número 19300 carrera 621, luego eso no es una nomenclatura como tal que la Fiscalía pueda considerar como una dirección de residencia donde esta persona pueda ser ubicada. En consecuencia, considera la Fiscal que sí se está ante un evento similar pues este testigo no está disponible.

Existe una carta donde él indica que se desplaza por este caso, porque se siente amenazado, su desaparición entonces no es voluntaria. El único contacto que se tenía con él es a través de un abonado celular, porque en principio sí estaba dispuesto a conectarse hasta el mes de mayo, pero luego de que no se pudo recibirle el testimonio en juicio, es que él decide no tener más contacto con la Fiscalía.

Afirma la Fiscal que se le ha escrito en más de 40 oportunidades, pero se itera, el celular esta desactivado, de hecho, el WhatsApp ni siquiera recibe mensajes. No es cierto que el Policía Judicial se conformara simplemente con llamar al testigo y que no le contestara pues se dirigió a la dirección que él reportaba en Medellín, la orden a Policía Judicial se libró recientemente cuando le perdieron por completo el rastro al testigo, porque en principio él sí estaba dispuesto a conectarse, a pesar de manifestar el temor que sentía de declarar en juicio porque no quería volver a poner en riesgo a su mamá y a su hija.

Afirma la Fiscal que no en todos los casos donde se solicita una prueba de referencia es necesario acudir a datacrédito, SIFIN y Seguridad Social porque

es claro que en este caso el testigo ha sentido temor, luego su desaparición no es voluntaria y, finalmente, Andrés Felipe tiene un trabajo muy informal en una mina y esto lo comprueba la denuncia que interpuso en el SPOA. El arraigo de la víctima estaba en Medellín, pero se trasladó a Popayán y allí trabaja de manera informal, si bien denunció porque le hurtaron una motocicleta, en consulta pública del RUNT esa motocicleta no figura a su nombre como para poder extraer de allí algún dato. Pero además el testigo envió una carta a la Fiscalía explicando que se sostiene en todo lo que ha manifestado, que siente temor del ataque que recibió en su residencia con piedras y la necesidad de desplazarse por este caso, a iniciar una nueva vida lejos del departamento de Antioquia.

Es claro que se está ante un “evento similar” pues el testigo no está disponible, su desaparición no es voluntaria y precisamente por ello es válida su declaración anterior como prueba de referencia, pues no se puede cercenar que la Fiscalía ingrese los medios de prueba, en este caso testimonial; sería lo ideal su testimonio en juicio, pero no se ha logrado, se hizo todo lo posible. Por lo que solicita no se cercene esta práctica probatoria porque para eso el legislador creó la figura de la prueba de referencia y precisamente la jurisprudencia ya ha desarrollado los casos de “evento similar”, claro ejemplo aquí de desaparición no voluntaria, donde el testigo víctima se ha sentido amenazado, aunado a que trabaja en una mina, es decir, no se hallará en bases de datos de seguridad social, actualizadas. Se trata de un ciudadano, víctima de un delito como lo es la concusión como acto de corrupción, no se puede dejar al Ente Acusador sin prueba.

2.7.1. La representante de las víctimas como sujeto procesal no recurrente manifestó adherirse y coadyuvar los planteamientos expuestos por la Fiscalía a efectos de que se decrete esa prueba de referencia.

2.7.2. El abogado de Cristian Fernando Vergara como sujeto procesal no recurrente solicita se mantenga incólume la decisión impugnada, de un lado porque la Fiscalía no desarrolló adecuadamente la causal por virtud de la cual invocaba el decreto de esa prueba de referencia, la declaración anterior del testigo Andrés Felipe Jaramillo Suárez. Pero, además, se presenta para

sustentar esa solicitud 5 documentos que, en su orden cronológico son una denuncia impetrada por el testigo que no ubican del 21 de febrero del 2023, un informe investigador de campo FPJ del 28 de julio del 2023 signado por Gulfran Herney Sossa Noreña, una orden a Policía Judicial del 3 de mayo del 2024, un documento que no se sabe de dónde viene con un párrafo del 6 de mayo del 2024 que no tiene firma alguna de absolutamente nadie, y un último informe FPJ 11 del 8 de julio del 2024, donde da cuenta de una labor de campo y las imágenes que en su momento el testigo había dicho haber sido su residencia o su domicilio residencial.

Básicamente son esas las labores realizadas por el Ente Acusador para cumplir esa excepcionalidad que manda la ley, arguye el defensor que con esos documentos no es posible que se afirme que la Fiscalía ha agotado esfuerzos inconmensurables para poder decir que esta persona no es ubicable. Considera además un desgaste innecesario el esfuerzo de la Fiscal en tratar de hacer ver que en algunas sesiones de juicio la práctica probatoria del testimonio se frustró por la prolongación de las declaraciones que lo antecedieron, pero que Andrés Felipe sí estuvo disponible.

Y además arguye que lo anterior se le tiene que cobrar caro a la Fiscalía porque tenía que tener datos de ubicación de este testigo máxime que se trata de un denunciante, pero si no lo hizo fue por impericia o por inobservancia, siendo este un error que debe ser asumido por el Ente Acusador. Si la Fiscalía sabe que el testigo fue víctima de un desplazamiento forzado, de oficio tiene que empezar a compulsar las copias, pero no lo hizo. Entonces, se necesitan más gestiones de parte de la Fiscalía pues incluso cuando se trata de materializar una orden de captura la Fiscalía es sumamente efectiva y diligente para dar con el paradero de alguien, entonces son esas las gestiones que también se echan de menos en este asunto. Solicita se confirme íntegramente la decisión impugnada.

2.7.3. El defensor de Adinson Robledo Torres y Sammy José Taborda Torres, como sujeto procesal no recurrente, arguye que el recurso de apelación no es un mecanismo para subsanar los yerros que se hayan cometido en la petición inicial y, en este caso, la Fiscal en su momento no sustentó ni argumentó en

debida forma el literal del artículo 438 y fue eso lo que quiso subsanar en la apelación, acudiendo a que efectivamente su petición se basaba en el literal B del artículo 438 de la Ley 906 de 2004. La apelación no es una segunda instancia para subsanar esos yerros que se cometieron desde la petición inicial.

Se hizo además mucho hincapié en el punto de que el testigo se va de Medellín a otro lugar del país por sentirse amenazado, y como bien lo dijo el Defensor que lo antecedió, no es decir que lo amenazaron o que se tuvo que desplazar por algún motivo, sino que cuando se habla de un tema tan delicado como es un desplazamiento, se debe acudir a las autoridades judiciales. La declaración anterior que se pretende introducir es del 27 de noviembre del año 2018, y en uno de esos apartes, en el folio tercero al final dice que después de esos días fue que le tiraron una piedra a la vidriera del balcón de la casa y quebraron los vidrios, eso fue en la madrugada, como una advertencia, eso fue 4 de marzo de 2018 en la madrugada. Entonces, no sabe la Defensa si esta persona se sentía intimidada cuando se fue de Medellín, si realmente se dio esa amenaza, si esa incursión a su casa fue en el mes de marzo de 2018 y a pesar de ello el 27 de noviembre de 2018 rinde esta declaración a un investigador de la Policía Judicial del CTI, es decir, que si esos hechos supuestos hechos se presentaron desde marzo, en noviembre del mismo año todavía estaba viviendo en la misma residencia, en la cual al parecer fue objeto de un ataque a su residencia, lo cual le generó una amenaza.

No se sabe cuándo esta persona se fue para el departamento del Cauca, pero hay que tener en cuenta si realmente estaba amenazado para decir que no está disponible o que desapareció voluntariamente para poder catalogarlo dentro del literal B como un “evento similar” del artículo 438. Empero, en este caso no se sientan esas bases para decir ello, ni mucho menos que existe una denuncia. Es por ello por lo que, solicita se confirme en su integridad esta decisión y la negativa de acceder a la petición de ingresar como prueba referencia el testimonio del señor Andrés Felipe Jaramillo Suárez, porque no se ha cumplido con esa carga que demanda esta excepcionalidad de la prueba de referencia.

3. CONSIDERACIONES DE LA SALA

3.1. Competencia.

Esta Sala de Decisión es competente para resolver el asunto según lo dispone el numeral primero del artículo 34 de la Ley¹ 906 de 2004.

3.2. Problema jurídico.

La Sala determinará el alcance de la locución “evento similar” inserta en el literal b) del artículo 438 del Código de Procedimiento Penal y si en el *sub examine* se encuentran demostrados los presupuestos para la admisión de prueba de referencia invocada por la delegada de la Fiscalía General de la Nación.

3.3. Valoración y respuesta al problema jurídico.

En lo que corresponde entonces al objeto de apelación, bien vale recordar lo que de vieja data la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha dicho del concepto evento similar inserto en el literal b) del artículo 438 de la Ley 906 de 2004², esto es:

*“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

¹ Artículo 34. De los tribunales superiores de distrito. Las salas penales de los tribunales superiores de distrito judicial conocen:

1. De los recursos de apelación contra los autos y sentencias que en primera instancia profieran los jueces del circuito y de las sentencias proferidas por los municipales del mismo distrito.

² Proceso Radicado 27477, del 6 de marzo 2008, MP. Augusto J. Ibáñez Guzmán

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.”
(Negrillas de la Sala)

Es así como queda establecido que para que una hipótesis diferente a las consagradas taxativamente en el artículo 438 de la Ley 906 de 2004 pueda avenirse a los eventos similares de que trata el literal b) *ibídem*, esta debe estar directamente relacionada con que el declarante no se encuentre disponible y que ello obedezca a un evento de fuerza mayor.

Así pues, según los elementos materiales probatorios y lo que se argumentó en la actuación, el ciudadano Andrés Felipe Jaramillo Suárez en su doble condición de testigo de cargo y víctima de algunas de las conductas punibles que se juzga, está en una situación de desaparición voluntaria. Conforme a lo explicado por la delegada del Ente Acusador, no solo en la actualidad sino desde tiempo atrás, la Fiscalía se ha esforzado por ubicar al ciudadano y los resultados han sido negativos, de hecho, según lo planteado, a la otrora Fiscal 15 no le contestaba los requerimientos, y fue después de que ella intentara insistentemente la comunicación con este testigo que se puso de nuevo en contacto con la Fiscalía, empero no se han obtenido los frutos buscados pues no se ha logrado escuchar en juicio a Andrés Felipe.

Se ha acreditado que Jaramillo Suarez se fue de la ciudad ante el temor que le genera este proceso pues se ha visto intimidado y agredido y, según él mismo lo indica, como no tiene problemas con nadie, el ataque que recibió en la casa donde solía recibir, lo atribuye a este asunto.

Señala la Fiscal que, de los dos abonados celulares presentados por el testigo, sólo en uno atendía, el otro sonaba inactivo, pero después del mes de mayo en ese número también dejó de contestar, no entran las llamadas ni los mensajes de WhatsApp. Se trata además de un ciudadano que se dedica a

trabajar en minas, de manera informal, luego su ubicación por bases de datos tampoco será posible pues no se trata de alguien vinculado a la seguridad social.

La no ubicación del testigo, quien ciertamente tiene la obligación de declarar en este o en otro juicio, bien puede catalogarse como no disponibilidad por fuerza mayor. En efecto, la fuerza mayor, entendida como hecho o acontecimiento irresistible –externo- para el individuo, está dada en el caso por el temor cierto que produce en el denunciante la capacidad de acción de los procesados y la desconfianza que eventualmente le genera el que sean o fueran miembros de la fuerza pública. Según los hechos jurídicamente relevantes, el señor Jaramillo Suárez fue retenido por al menos dos horas en el CAI de la Policía de Boston luego de que fuera retenido por uno de los acusados al ser hallado en poder de sustancia estupefaciente, y obligado a entregarles dos millones de pesos para no judicializarlo, lo dejaron salir para que gestionara el dinero y como prenda de garantía se quedaron con la motocicleta de este ciudadano.

Se trata de agentes del orden que al parecer abusaron de su poder para intimidar a una persona, quien entendemos apenas razonable que no se sienta confiado con la garantía de protección que le puedan brindar los agentes de Estado, máxime si ha sentido que su seguridad y la de su familia se encuentran en riesgo de cuenta de este asunto. Podría entenderse incluso la reticencia del denunciante en comparecer al juicio oral dado que hasta obra un memorial por él enviado a la Fiscalía en donde se excusa por su ausencia del proceso, coligiéndose evidente que el testigo no está disponible para declarar bajo el entendido de que se han presentado hechos que ponen en riesgo su integridad.

Luego entonces el temor en el denunciante ha motivado un ocultamiento eficaz, pues hasta ahora no ha sido posible su ubicación, sin que se pueda decir como lo afirmó el *a quo*, que la delegada de la Fiscalía no ha desplegado toda la capacidad operativa del Ente Acusador en la búsqueda de su testigo, es que el mismo no desea aparecer, se cambió de ciudad con su familia, no da datos reales para ser ubicado y es un trabajador informal, difícil de ser

ubicado por medio de las bases de datos. Igualmente, en el traslado se observan las órdenes y tareas desplegadas con el objeto de ubicar al denunciante, por lo que se puede concluir que sí hubo gestión en el cumplimiento de los deberes de la parte de llevar al juicio a su testigo, pero nadie está obligado a lo imposible y si Andrés Felipe Jaramillo Suarez no quiere declarar es obvio que encontrará la manera de no ser ubicado por quien lo está buscando.

La exigencia entonces a la Fiscalía para que ubique y lleve al testigo, tiene que ser racional, pues, aunque la prueba de referencia es excepcional y el concepto “evento similar” se entiende y aplica de manera residual³, no se puede asignar cargas insostenibles como buscarlos por “*cielo y tierra*” como al parecer lo pretende la bancada defensiva.

Consecuente con lo anterior, se revocará la decisión objetada para autorizar la admisión de la prueba de referencia deprecada por el Ente Acusador.

En mérito de lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN PENAL** del **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **REVOCA** la decisión del pasado 18 de julio proferida por el Juez Quinto Penal del Circuito de Medellín, que negó el ingreso de prueba de referencia al debate de juicio oral y, en consecuencia, se autoriza su práctica.

Esta providencia se notifica en estrados. Contra ella no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los Magistrados,

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal MP. José Luis Barceló Camacho SP3989-2017, Radicado 44441 del 22 de marzo de 2017.

NELSON SARAY BOTERO

HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA

Firmado Por:

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

Hender Augusto Andrade Becerra
Magistrado
Sala Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Nelson Saray Botero
Magistrado
Sala 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: **4d8e9398ad8e6e23314269c960cd507e594c36ae42ce3b30c95c06f2c5f9aac5**

Documento generado en 12/08/2024 01:38:08 PM

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