



SALA PENAL

Radicado: 05-266-60-00000-2021-00006
Acusados: John Ferney Guerra Góez
Henry Zapata Malambo
Jhon Fredy Ojeda Ariza
Jimmy Alexander Padilla Pérez
Daniel José Rivera Ortiz
Luis Miguel Villegas Bedoya
Delitos: Falsedad ideológica en documento público
agravada, concusión y fraude procesal
Asunto: Apelación de auto que niega pruebas
M. Ponentes: Miguel Humberto Jaime Contreras
Pío Nicolás Jaramillo Marín

Aprobado por Acta No. 107

Medellín, seis (6) de agosto de dos mil veinticuatro (2024)

1. EL ASUNTO

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por los defensores de los acusados Henry Zapata Malambo y Jimmy Alexander Padilla Pérez, en contra del auto del 31 de mayo de 2024 proferido por el Juzgado 2° Penal del Circuito de Itagüí en cuanto les negó el decreto de algunas pruebas solicitadas en audiencia preparatoria.

2. ANTECEDENTES

2.1. La imputación y la acusación

En la audiencia de formulación de acusación realizada en dos sesiones el 17 de marzo de 2021 y el 31 de marzo de 2023

ante el Juzgado 2 Penal del Circuito de Itagüí, la Fiscalía acusó a los señores Jhon Ferney Guerra Góez, Henry Zapata Malambo, Jhon Fredy Ojeda Ariza, Jimmy Alexander Padilla Pérez, Daniel José Rivera Ortiz y Luis Miguel Villegas Bedoya, por la comisión del concurso de delitos de falsedad ideológica en documento público agravada por el uso, concusión y fraude procesal (artículos 286, 290, 404 y 453 del Código Penal).

Lo anterior por cuanto, según los hechos narrados en el escrito de acusación, el 9 de febrero de 2020, en la residencia ubicada en la calle 46 No. 56-30, interior 104, del barrio El Rosario del municipio de Itagüí, los procesados antes mencionados, valiéndose de su investidura de funcionarios de policía y con unidad de designio criminal, realizaron un allanamiento y registro a dicha vivienda, sin autorización de autoridad competente, hallando un arma de fuego supuestamente de propiedad de Julián Quiroz Pineda, a quien le exigieron el pago de dos millones de pesos con el fin de no judicializarlo, pero al no acceder al pedimento, fue capturado y se elaboró informe de captura en flagrancia en el que se plasmó información que no era acorde con la realidad como que la captura se hizo en vía pública, lo que a su vez conllevó a la judicialización de Julián Quiroz Pineda, quien celebró preacuerdo con la Fiscalía y finalmente fue condenado por el delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones.

También se hizo alusión a un hecho ocurrido el 2 de marzo de 2020 en el sector La Banca del barrio El Rosario de Itagüí, en el que Jhon Ferney Guerra Góez le habría exigido al menor

YSGS la entrega de un celular y la suma de cuatro mil pesos para no judicializarlo como vendedor de estupefacientes; así como otro hecho ocurrido el 23 de mayo de 2020 en el barrio La Unión de Itagüí en donde habría constreñido a Newman Rafael Sánchez Indriago para que le entregara ochenta mil pesos y un celular.

2.2. La solicitud probatoria de la defensa

La audiencia preparatoria se realizó en tres sesiones el día 31 de mayo de 2024, culminando el descubrimiento probatorio, así como la enunciación y la solicitud de las pruebas que las partes pretenden hacer valer en el juicio, además de las estipulaciones probatorias realizadas.

Atendiendo a que nos centraremos en lo impugnado, solo se reseñará lo concerniente a las solicitudes probatorias que le fueron negadas a los defensores recurrentes y que son objeto de apelación.

2.2.1. La defensa de Henry Zapata Malambo solicitó, como prueba, la respuesta de la Central de Comunicaciones de la Policía¹²³ con radicado 2021-532479 en la que se anexa un DVD con información sobre la comunicación de los radios walkie talkie que estaban asignados a los agentes policiales dentro del canal radial de Itagüí, especialmente frente al CAI Simón Bolívar, siendo pertinente porque mostrará el contexto de cómo se desarrolló el operativo de captura de Julián Quiroz Pineda y lo que se informaba vía radial al respecto, haciéndose

más probable la teoría de la defensa con lo cual podrá valorarse en debida forma cuáles fueron las órdenes impartidas y las conversaciones durante el procedimiento.

Como prueba testimonial, solicitó el testimonio de Alonso Arango Escudero, abogado contractual de Julián Quiroz Pineda, aduciendo que es importante para el defensor conocer desde hace cuánto este testigo conoce al señor Julián Quiroz, por qué llegó a ejercer su defensa dentro del proceso 2020-03383, y si dentro de los actos propios de esas actuaciones defensivas conoció una versión diferente a la de los informes policiales, qué actividad desarrolló para corroborarla y qué lo llevó a tomar la decisión de plantear un posible preacuerdo.

2.2.2. El defensor de Jimmy Alexander Padilla Pérez pidió el testimonio del abogado Alfonso Arango Escudero, quien ejerció la defensa técnica del señor Julián Quiroz Pineda dentro del proceso con radicado 2020-003383 en el que fue condenado por el delito de fabricación, tráfico o porte de armas de fuego. Sustentó la pertinencia indicando que con esta prueba se demostrará que los hechos jurídicamente relevantes de la fiscalía no sucedieron como los plasmó y permitirá a esa defensa refutar la versión del señor Quiroz Pineda, así como establecer bajo qué términos se realizó el preacuerdo y si tiene conocimiento o no de los hechos en que se produjo la captura de Julián Quiroz, tratándose de un testigo que conoció de manera directa los hechos al ser el defensor de este último.

Agregó que el testigo podrá explicar si el asesoramiento realizado a su cliente llevaba consigo no aceptar los cargos o por qué los aceptó, o si presentó una denuncia para poder defenderlo, con lo cual se demostrará que el señor Jimmy Alexander Padilla actuó en derecho conforme a sus funciones enmarcadas constitucional y legalmente como funcionario de la policía judicial al encontrar a una persona portando consigo un arma de fuego sin permiso de autoridad competente.

2.2.3. La Fiscalía no se opuso al decreto del testimonio solicitado, aunque advirtió que requería que se le hiciera el descubrimiento del DVD contentivo de las conversaciones obtenidas del 123 del momento en que se produjo el procedimiento de captura, siendo de vital importancia saber cómo se obtuvo esa información y conocer su contenido para poder pronunciarse frente a ese aspecto.

2.3. La decisión de primera instancia.

La Juez de primera instancia, al momento de resolver las solicitudes probatorias de las partes, decidió negar el testimonio pedido por los defensores apelantes, por falta de utilidad e impertinencia; de igual forma, negó la prueba documental solicitada por el defensor de Henry Zapata.

Frente al testimonio del abogado Alfonso Arango Escudero consideró que, atendiendo a lo establecido en la sentencia C-301 de 2012 de la Corte Constitucional, opera el secreto profesional —el cual tiene relación indivisible con el derecho a la intimidad— definido como la información reservada o

confidencial que se conoce por ejercicio de determinada profesión o actividad, tratándose de un derecho deber del profesional que de verse compelido a revelar lo que conoce perderá la confianza de sus clientes, su prestigio y su fuente de sustento.

Estimó que no es admisible decretar el testimonio en vista de esas calidades especiales que tiene cada abogado en el ejercicio del rol defensivo, y citar al abogado Alfonso Arango Escudero a que declare en este juicio sobre las particularidades que con base a esa relación que existe entre abogado y procesado pudo obtener o aprehender en el ejercicio profesional de ese proceso —pese a que pudiera ser útil conocer si Julián le confió una verdad distinta a la que declaró cuando formuló la denuncia que dio origen a la presente actuación— generaría un grave perjuicio indebido porque no se puede imponer la carga de atestiguar sobre un aspecto que se sabe está prohibido por motivos de reserva profesional.

En cuanto a la prueba documental de las grabaciones de conversaciones radiales de la Central de Comunicaciones 1,2,3 de la policía, estimó que no había quedado muy claro el propósito de la prueba, pues no se estableció entre qué personas se dan esas conversaciones, como que tampoco fueron descubiertas, y en esa medida no podría aducirse como prueba documental, aunque sí la respuesta a través de la cual se suministró esa información.

Cabe mencionar que, entre las demás decisiones proferidas, la Judicatura negó la práctica de la prueba

documental consistente en las copias de unos folios de un libro de población de la policía y los videos de declaraciones anteriores rendidas por Julián Quiroz y Elena Pineda, todo ello solicitado por el defensor de Jhon Ferney Guerra Goez, Daniel José Rivera Ortiz y Luis Miguel Villegas Bedoya, quien interpuso únicamente el recurso de reposición, el cual fue decidido negativamente confirmándose la decisión recurrida.

2.4. La sustentación de la apelación y la opinión de los sujetos procesales no recurrentes

2.4.1. El defensor de Henry Zapata Malambo censura la denegación de la práctica del testimonio del abogado Alonso Arango Escudero para lo cual sostiene que la interpretación de la sentencia C-301 de 2012 debe hacerse bajo la consideración de que la obligación de no declarar por el secreto profesional no es absoluta y puede excepcionarse como se desprende del artículo 34 literal f) de la Ley 1123 del 2007 que permite bajo criterios de necesidad la revelación de información confiada por el cliente para evitar la comisión de un delito, además de juicio de ponderación entre el bien jurídico salvaguardado y el secreto profesional.

Por tanto, considera que no se violenta la confianza depositada en el profesional del derecho cuando el mismo es quien puede brindar información para evitar la comisión de un delito, en especial en contra de su prohijado Henry Zapata Malambo, pues las conductas imputadas derivaron del proceso penal que culminó con sentencia condenatoria en contra de Julián Quiroz Pineda, por lo cual el abogado que lo defendió

cuenta con información importante acerca de si los hechos denunciados corresponden a la verdad. Además de que dicho abogado, al presentarse al juicio, podrá acogerse a su derecho a guardar silencio por el secreto profesional, y las preguntas estarán relacionadas con las posibles indagaciones sobre las manifestaciones efectuadas por Julián Quiroz, si esas actividades fueron por iniciativa de la defensa y la motivación para realizar un preacuerdo, pudiendo ser objeto de control tanto por parte de la judicatura como del fiscal.

Considera que esta prueba le permitirá conocer a la Juez de conocimiento la verdad y certeza de lo ocurrido que se desprenda de la valoración probatoria que se haga en conjunto, y con ello se establecerá que no existen los elementos necesarios para emitir condena y que la actividad desplegada por su asistido estuvo ceñida a la propia de su profesión como policía, siendo necesario, adecuado, proporcional y razonable que, bajo los criterios mencionados, se levante ese veto del secreto profesional.

De otro lado, se muestra inconforme con la negativa de la prueba documental consistente en las comunicaciones de los radios *walkie talkie* entregadas por el 1,2,3 de Itagüí, especialmente del CAI Simón Bolívar. Estima que, contrario a lo concluido por la juez, la defensa sí hizo la respectiva enunciación, mientras que el descubrimiento que solicita la fiscalía se hace en un término oportuno y, pese a que la judicatura lo ordenó de inmediato, no fue un acto de ocultamiento de la defensa, pues al fiscal se le hizo el descubrimiento previo a la diligencia, aunque no se le pudo

trasladar el CD contentivo de esas comunicaciones radiales que se encuentran en cadena de custodia con el investigador Alexander Olaya Zapata y que incluso pueden tratarse de los mismos que fueron solicitados por la Fiscalía, que no fue sorprendida.

Sostiene que en la enunciación se hizo alusión a los audios del 8 y 9 de febrero de 2020, cuya necesidad para la defensa es poder conocer los hechos que rodearon el procedimiento de captura del señor Julián Quiroz Pineda y hacer más probable la teoría de la defensa, por lo que pide que se decrete como prueba y se habilite la posibilidad de que la defensa en un tiempo oportuno haga el traslado al fiscal de dicho documento con los programas para el acceso a los archivos.

2.4.2. El defensor de Jimmy Alexander Padilla Pérez pretende que se revoque la decisión de no decretar la prueba testimonial del abogado Alfonso Arango Escudero por cuanto es importante de cara a la constatación o no de los hechos jurídicamente relevantes que involucran a su asistido con actividades supuestamente contrarias a la ley dentro del procedimiento de captura del señor Julián Quiroz Pineda. Advierte que al ser el testigo un profesional del derecho tiene conocimiento de las obligaciones impuestas en la Ley 1123 del 2007, por lo que no se vulnerarían los derechos de Julián Quiroz Pineda teniendo en cuenta además que la pertinencia se sustentó en que el testigo hablará acerca de cómo se realizó el preacuerdo en que el brindó asesoría, tratándose de una prueba que demostraría que los hechos no sucedieron de una determinada manera.

Considera que el análisis de la sentencia debe ser más amplio porque el secreto profesional no es un derecho absoluto en tanto, acorde con el artículo 34 literal f) de la mencionada ley, ese veto podrá ser levantado si su revelación es por la necesidad de evitar la comisión de un delito. Estima que esto último es lo que sucede en el caso del señor Jimmy Alexander Padilla, debiendo ser analizado bajo principios de necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad, atendiendo a la finalidad del proceso penal de acercarse a la verdad procesal; de lo contrario, asevera, se afectaría el derecho de defensa, el cual no se le vulneraría al señor Julián Quiroz Pineda en tanto ya hay una sentencia condenatoria en su contra.

2.4.3. El delegado de la Fiscalía, como no recurrente, comparte la apreciación de la juez de primer grado para negar el testimonio del abogado Alfonso Escudero por cuanto prima la confianza depositada por el defendido y se perdería la razón de ser del secreto profesional que le asiste a los abogados, bien sean servidores o litigantes, de no esbozar información en un escenario totalmente diferente al que estuvieron contratados pues se quebrantaría el derecho a la intimidad.

Respecto a los audios de las conversaciones radiales del 123, plantea que el defensor sí las enunció y dijo que no las tenía para entregar, solicitando un término, pero la Fiscalía requiere conocer efectivamente esos elementos para saber si presenta oposición y, por ende, no pueden decretarse *per se* por el hecho de haber sido enunciadas.

3. CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo reseñado, le corresponde a la Sala resolver si una prueba documental consistente en las grabaciones de las comunicaciones policiales del 1 2 3, puede ser decretada pese a que no fue exhibida a la Fiscalía, quien así lo solicitó, aunque sí fue enunciada. Igualmente, si cabe decretar el testimonio del profesional que fungió como abogado de la considerada víctima en este proceso, pues se alega que conocería acerca de la verificación de diversas versiones sobre cómo ocurrieron los hechos que están relacionados con los atribuidos en este proceso penal.

3.1. En este primer punto la Mayoría de la Sala se aparta del Ponente inicial, pues, al contrario de lo expuesto allí, en esta oportunidad no advertimos que con el proceder del defensor recurrente se esté sorprendiendo a la Fiscalía y de alguna manera no se esté garantizando la indemnidad del principio de contradicción.

Al respecto, oportuno resulta traer a colación, a manera de marco teórico, lo que tiene dicho la Corte Suprema de Justicia sobre el denominado descubrimiento probatorio:

“1.- El tema involucrado por el actor en el libelo es el descubrimiento probatorio el cual, ha dicho la Corte, resulta esencial en el sistema adversarial previsto en el régimen procesal de la Ley 906 de 2004, en tanto las partes, fiscalía y defensa, deben suministrar, exhibir o poner a disposición todos los elementos materiales probatorios y evidencia física a su haber y pretendan como pruebas en el juicio en sustento de las tesis que enarboles. De esa forma, la contraparte puede conocer oportunamente los instrumentos de prueba sobre los cuales el adversario fundará su teoría del caso y elaborar las

estrategias propias de la labor encomendada en procura del éxito de sus pretensiones¹.

“También ha precisado la Corporación que el descubrimiento probatorio encuentra su razón de ser en los principios de lealtad, igualdad, legalidad y objetividad, y tiene como propósito prevenir que las partes sean sorprendidas con elementos de prueba que el oponente no solicite de manera regular y oportuna. El descubrimiento les permite conocer los medios probatorios sobre los cuales el adversario fundará la teoría del caso y, de ese modo, desde su orilla, elaborar las distintas estrategias propias de su rol particular (CSJ AP, 08 Nov 2011, Rad. 36177).

“Respecto a las diversas oportunidades en que las partes pueden llevar a cabo el descubrimiento probatorio, la Corte tiene dicho:

“En cuanto a la etapa de descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física pueden darse las siguientes variantes:

a). Con la presentación del escrito de acusación que hace el fiscal ante el juez competente, dicho instrumento, de acuerdo con lo reglado por el artículo 337 de la Ley 906 de 2004, deberá contener, entre otros presupuestos, "El descubrimiento de las pruebas", que consiste que con el citado escrito se presenta otro anexo en el que constarán los hechos que no requieren prueba; la transcripción de las pruebas anticipadas que se quieran aducir en el juicio y que no se pueden recaudar en el juicio oral, el nombre, dirección y datos personales de los testigos o peritos cuya declaración se solicite en el juicio, etc.

Copia del anterior escrito el fiscal lo entregará al acusado y a su defensor, al Ministerio Público y a las víctimas.

b) Dentro de la audiencia de formulación de acusación, así mismo la defensa cuenta con la posibilidad legal de solicitar al juez de conocimiento que ordene a la fiscalía "o quien corresponda, el descubrimiento de un elemento material probatorio específico y evidencia física de que tenga conocimiento...". (Artículo 344).

c) De la misma manera, en la etapa de formulación de acusación la fiscalía podrá pedir al juez que ordene a la defensa la entrega de "copia de los elementos materiales de convicción, de las declaraciones juradas y demás medios probatorios que pretenda hacer valer en el juicio". (Artículo 344)

¹ Cfr. CSJ AP, 21 nov. 2012, Rad. 39948

d) Cuando la defensa pretenda hacer uso de la inimputabilidad "en cualquiera de sus variantes" deberá entregar a la fiscalía los exámenes periciales que le hubieren practicado al acusado". (Artículo 344)

e) Ocasionalmente en el juicio oral las partes podrán descubrir los elementos materiales probatorios y evidencia física significativa que deban ser descubiertas, cuando el juez así lo decida una vez oídas las partes y considerado "el perjuicio que podría producirse al derecho de defensa y la integridad del juicio". (Artículo 344).

f) Finalmente, la etapa de descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física fenece en la audiencia preparatoria, puesto que de acuerdo con lo consagrado por el artículo 356 de la citada Ley 906 de 2004, el juez de conocimiento dispondrá: "Que la defensa descubra sus elementos materiales probatorios y evidencia física" y "Que la fiscalía y la defensa enuncien la totalidad de las pruebas que harán valer en la audiencia de juicio oral y público" (artículo 356). También en este momento procesal y a solicitud de las partes "los elementos materiales probatorios y evidencia física podrán ser exhibidos durante la audiencia con el único fin de ser conocidos y estudiados". (CSJ SC, 21 Feb 2007, Rad. 25920).

Así, lo establecido en el artículo 337 sobre el descubrimiento probatorio debe analizarse en el sentido de que la defensa pueda conocer oportunamente los testimonios, dictámenes periciales, evidencias físicas o documentos que sirven de sustento a la acusación y que pueden ser solicitados como prueba por la Fiscalía" (CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153).

“En forma adicional, frente al proceso de depuración probatoria que debe seguirse en la audiencia preparatoria, la Sala ha puntualizado que existe la necesidad de agotar las cuatro fases consagradas en la ley: (i) descubrimiento; (ii) enunciación, (iii) estipulación y, (iv) solicitud probatoria, las cuales tienen una secuencia lógica y razonable, debido a que el descubrimiento precede a la enunciación con el fin de evitar sorprender a la parte oponente y a su vez, la enunciación antecede a la estipulación, esencialmente, para conocer qué hechos y circunstancias pueden darse como probados y por ende exceptuados del debate en el juicio. (CSJAP4549-2018 Rad. 53895 del 17-10-18).

“La sanción por incumplimiento del deber de revelación de información durante el procedimiento del descubrimiento – establece el artículo 346 del estatuto procedimental – es que el elemento o la evidencia “no podrán ser aducidos al proceso ni convertirse en prueba del mismo ni practicarse durante el juicio”, por lo que el juez debe rechazarlos, salvo que se acredite

que resultó imposible darlos a conocer en tiempo, por causa no imputable a la parte afectada”².

En esta oportunidad, en la audiencia preparatoria adelantada de manera virtual, al momento del descubrimiento probatorio de la defensa la Juez *A quo* dispuso que la defensa hiciera en ese momento el traslado a la Fiscalía de las pruebas que pretendía descubrir, para lo cual decretó un receso de cinco minutos, que se prolongó efectivamente a 32 minutos, al cabo de los cuales el defensor de Henry Zapata Malambo, descubrió como prueba documental, entre otras, los registros digitalizados de las conversaciones radiales de los policiales asignados al CAI Simón Bolívar de Itagüí, correspondientes a la fecha de su interés y, en cumplimiento de la orden perentoria de la Juez de la causa, procuró por los medios que tenía a su disposición, su remisión al correo electrónico proporcionado por la Fiscalía, tarea que le fue imposible, como quiera que los mismos tenían un programa dentro del micro CD, según anunció, por lo que no le fue posible su remisión, ofreciendo en su lugar que los entregaría personalmente a la Fiscalía posteriormente.

En la fase de enunciación probatoria el defensor del procesado Zapata Malambo solicitó se decretara como prueba el mencionado DVD contentivo de las conversaciones radiales de los policiales del CAI Simón Bolívar de Itagüí, de la fecha indicada, petición a la que se opuso la Fiscalía, pues que no tenía los audios mencionados, siendo de vital importancia saber

² CSJ, Sentencia del 27 de enero de 2021, radicado SP166-2021,47.911, M. P. José Francisco Acuña Vizcaya.

cómo se obtuvo esa información y su contenido para poder exponer algo sobre el punto.

La Juez de instancia entendió que el elemento documental probatorio solicitado no fue descubierto y, con fundamento en lo dispuesto en el Art. 346 del C. de P. Penal, negó su práctica.

Sin embargo, tan tajante decisión no consulta que el procedimiento acusatorio nacional es relativamente flexible en esta temática, como ha tenido oportunidad de considerarlo así la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, cuando su Sala de Casación Penal sobre el descubrimiento probatorio tiene dicho que:

*(i) no existe un único momento ni una sola manera de suministrar a la contraparte las evidencias, elementos y medios probatorios; por el contrario, (ii) el procedimiento acusatorio **“es relativamente flexible en esa temática, siempre que se garantice la indemnidad del principio de contradicción, que las partes se desempeñen con lealtad y que las decisiones que al respecto adopte el juez, se dirijan a la efectividad del derecho sustancial y al logro de los fines constitucionales del proceso penal”**³.*

En esta oportunidad no es posible afirmar que el defensor del señor Henry Zapata Malambo sorprendió a la Fiscalía porque sí descubrió la prueba documental que pretende hacer valer en el juicio oral, pues la reveló oportunamente así no la haya podido exhibir, como fue la exigencia de la Funcionaria A quo, a pesar de que quien tiene la potestad de solicitar la

³ Estos criterios han sido ratificados, entre otras decisiones, en el auto AP7667-2014 y en la sentencia SP179-2017 (citada por la delegada de la Fiscalía en el escrito de acusación), las cuales se remontan a decisiones proferidas de tiempo atrás, entre otras, en las decisiones: CSJ SP, 21 feb. 2007, rad. 25920; 13 sept. 2006, rad. 25007; 11 mar. 2007, rad. 26128; 10 oct. 2007, rad. 28212 y 28 nov. 2007, rad. 28656.

exhibición o la entrega de la misma es la parte interesada, en este caso la Fiscalía.

Al respecto la Jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia tiene dicho:

*“Es claro, entonces, que no es obligatorio para el Juez ordenar la exhibición, en la audiencia preparatoria, de los elementos materiales probatorios y la evidencia física; pues corresponde a la parte interesada solicitar al funcionario judicial que ordene a la otra tal exhibición. **De ahí que, bajo ciertas circunstancias, un descubrimiento probatorio podría reputarse completo con la enunciación o puesta a disposición real y efectiva de los medios probatorios; pero aún sin la exhibición de las evidencias y los elementos materiales probatorios, bien porque la contraparte ya los conoce, ya cuenta con ellos, o no hace manifiesto algún interés especial**”⁴. (se ha destacado)*

Por lo demás, en el trámite de la audiencia preparatoria la Fiscalía reclamó la exhibición del DVD con las conversaciones policiales, aduciendo que ello era de vital importancia para saber cómo se obtuvo esa información y su contenido para poder exponer algo al respecto. Comprobaciones que para nada justifican que requiera tener a la vista dichas grabaciones, pues las mismas corresponden a la respuesta elevada a la solicitud efectuada por la defensa a las autoridades policiales y, por tanto, son grabaciones oficiales, cuya autenticidad podrá ser debidamente esclarecida al momento de su práctica en el juicio oral. Sobre la necesidad de conocer su contenido nada avanzó sobre el particular la Fiscalía, ni se advierte en qué le puede dificultar ello su contradicción cuando será practicada en un momento posterior en el juicio oral.

⁴ CSJ, Sentencia del 21 de noviembre de 2007, radicado 25920.

En este orden de ideas es posible advertir que la defensa sí descubrió oportunamente la prueba que pretende hacer valer en el juicio oral, pues la Fiscalía fue enterada en el momento procesal oportuno, por lo menos a manera de enunciación, del material probatorio con el cual la defensa pretende sustentar su teoría del caso.

En esta oportunidad no cabría el rechazo al que alude el Art. 346 del C. de P. Penal, pues, como alude la mencionada norma, *“El juez estará obligado a rechazarlos, salvo que se acredite que su descubrimiento se haya omitido por causas no imputables a la parte afectada”*. O, como bien lo tiene establecido nuestra jurisprudencia, *“el rechazó no opera por mera formalidad, sino que debe probarse la mala fe o incuria voluntaria”*⁵.

En el caso concreto no se advierte un proceder malicioso del defensor de querer sorprender a la Fiscalía, toda vez que como ya se puso de presente, al inicio del descubrimiento probatorio exteriorizó que tenía dificultades para su remisión vía correo electrónico por ser muy pesado y contener un programa dentro del micro CD que no le permitió su envío, ofreciendo a cambio que lo haría llegar físicamente al Despacho de la Fiscalía oportunamente, nada de lo cual mereció consideración alguna por parte de la Funcionaria *A quo*, cuando se recuerda que a la Fiscalía se le concede un término máximo de tres (3) días para hacer entrega de los elementos materiales probatorios a la contraparte y en esta oportunidad la defensa

⁵ CSJ, Auto del 25 de noviembre de 2020, AP3300-2020, radicado 56650.

contó con escasos 32 minutos, lo que no habla muy bien del principio de igualdad de armas que debe imperar en la actuación.

En consonancia con lo dispuesto por la jurisprudencia, la Sala Mayoritaria concluye que las circunstancias particulares aquí acontecidas no son generadoras de la sanción de rechazo pretendida por la Fiscalía y, en consecuencia, la prueba demandada por la defensa deberá ser decretada, como quiera la misma satisface las demás exigencias de pertinencia, conducencia y utilidad.

3.2 Ahora bien, en cuanto al testimonio del abogado Alfonso Arango Escudero, negado por la afectación del secreto profesional, el que en términos generales se ha considerado pertinente porque la atestación versaría sobre los hechos relevantes que topan con la aceptación de responsabilidad de su defendido, cabe hacer las siguientes precisiones de orden teórico general para descender específicamente en las particularidades de lo pretendido.

La fórmula que empleó el constituyente de 1991 para establecer la garantía del secreto profesional fue la de acudir a la siguiente regla: “El secreto profesional es inviolable” (artículo 74 de la Constitución Política). Aunque ordinariamente en la aplicación de reglas y principios, de suyo estos suelen posicionarse con capacidad de excepcionar la regla, en materia constitucional tiende a ser lo contrario.

Como las reglas jurídicas se entienden como concreciones de valoraciones informadas con la debida consideración y ponderación de los principios que atañen al asunto, se tiene que, si el constituyente prefijó y concretó dichas valoraciones, ellas sean las que prevalezcan sobre las eventuales valoraciones que pudiera, en una circunstancia concreta, hacer el intérprete.

Quizás por esta razón, la sentencia objeto de discusión en este caso, la sentencia C-301 de 2012 de la Corte Constitucional, precisa que solo el estado de necesidad puede flexibilizar su carácter de inviolable, lo cual puede estar asociado a que con la información recibida por su cliente este conozca de la inminencia de la ocurrencia de un delito.

Ahora bien, es de establecer que al disponer la Constitución el carácter inviolable del secreto profesional la realización de esta norma no queda librada al arbitrio o criterio del profesional del derecho, pese a lo versado que sea, pues, aunque tiene el derecho a hacer uso del secreto, también tiene el deber de mantenerlo, de modo que de antemano el juez puede velar porque en el caso concreto no se presente la violación del secreto profesional.

No obstante, es de precisar hasta dónde va la restricción de la protección del secreto profesional del abogado, el que lógicamente cobija tanto lo conocido por boca del cliente como lo que se desprenda exclusivamente de su información. De manera que los hechos que conozca y que no estén vinculados al compromiso profesional de sigilo, pueden ser objeto de prueba con el mismo.

Considerando las anteriores premisas examinamos los reparos de los apelantes que tratan de hacer prevalecer la necesidad de evitar la comisión de un delito sobre el secreto profesional bajo el entendido de que se está cometiendo en el proceso penal que se lleva a cabo, lo cual es una apreciación subjetiva que el Tribunal no puede compartir, así deba presumirse la inocencia de los procesados.

En otras palabras, no puede asumirse sin más, que como se debe considerar inocentes a los procesados, los testigos de cargo cometerán un delito que puede preverse violando el secreto profesional, tesis que dista notablemente del real evento considerado ordinariamente en la jurisprudencia, como es que la información revele o noticie que un delito se va a cometer, lo que no resulta ser este el caso.

La pretensión del apelante de explorar con el testigo las hipótesis defensivas que provinieron del considerado por ahora como víctima en este proceso es inadmisibles por dos razones: la primera es que si lo pretendido es demostrar la veracidad de la información que le daba el cliente se trataría de una prueba de referencia inadmisibles, en tanto que quien debe dar cuenta de ello es quien ahora funge como víctima, en el cual radica el conocimiento presencial del asunto.

Considerar que el abogado conoce directamente del hecho de su asistido no deja de ser una imprecisión por cuanto se trata de un típico conocimiento de oídas que se incluye en la categoría de prueba de referencia que solo sería admisible si no

pudiera atestiguar quien tiene el conocimiento directo de los hechos.

Pero, además, como segunda razón se tiene que todo lo que conoce el abogado por habérselo dicho su cliente es reservado y no podrá ser objeto de indagación, sobre lo cual la juez pondrá especial empeño en el cumplimiento de esta regla, aunque de no hacerlo *in situ*, esto es, al momento de practicar la prueba, se podrá hacer a su valoración, toda vez que su práctica se torna contra ley.

Y si lo pretendido es demeritar el dicho del testigo enfrentándolo a lo que su abogado recuerda de sus informaciones, tal objeto está precisamente proscrito por el secreto profesional. No se puede traer al abogado para desmentir a su cliente sin violar el secreto profesional bajo el entendido de que lo que conoció el togado es por la fuente personal de su defendido.

Aunque es acertada la idea de los apelantes en el sentido de que es menester procurar la verdad real de los hechos, lo cierto es que la búsqueda de la verdad, en la que es pasible de indagar varias fuentes, no puede hacerse al precio de afectar garantías fundamentales, como la que constituye el secreto profesional.

En consecuencia, aunque se decretará el testimonio del abogado mencionado, se hará para informar lo que conoce sobre las hipótesis alternativas a la responsabilidad penal que haya indagado como defensor y de lo cual tenga conocimiento,

así como podrá dar cuenta de si el preacuerdo con la Fiscalía incluyó que su defendido sirviera de testigo contra los procesados y, en general, sobre hechos que le consten y que no provengan de la información que le brindó su cliente o que estén inescindiblemente unidos a ello.

Esto debido a que se trata de un testimonio pertinente y su admisibilidad queda reducida a lo que no es prueba de referencia inadmisibile y a lo que no viole el secreto profesional, pero se deja a salvo la indagación de aspectos que no se encuentren dentro de estos conceptos, atendiendo a que el tema de prueba que le asignaron los solicitantes a este testigo es más amplio porque se refiere también al conocimiento personal que haya obtenido.

Lo anterior porque como garantía de imparcialidad, según los términos de la norma rectora del artículo 5 de la Ley 906 de 2004, los jueces debemos orientarnos por “el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia” y dado que la actividad probatoria como su iniciativa está reservada a la actividad exclusiva y excluyente de las partes, es menester facilitar que estas puedan aducir pruebas que permitan reconstruir objetivamente el hecho dentro de lo debido, pues también es menester no desgastar innecesariamente los recursos logísticos de la administración de justicia, pero en el caso no consta que sea inútil o inadmisibile el eventual conocimiento que tenga por sí mismo el abogado sobre los hechos.

En suma, se revocará la denegación de la prueba documental consistente en la respuesta de la Central de Comunicaciones de la Policía 1 2 3 con radicado 2021-532479 para en lugar decretarla; así como se revocará la negación del decreto del testimonio del abogado Alfonso Arango Escudero por cuanto, si bien se mantendrá la restricción de que no cabe afectar el secreto profesional en su práctica, podrá atestiguar lo que le conste por fuera del amparo de dicho concepto, lo cual no relevará a la juez de realizar el control de pertinencia, utilidad y legalidad al momento en que el testigo esté deponiendo; pues sabido es que dicho control no solo se hace cuando se decreta el medio de prueba, sino también cuando se practica.

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

RESUELVE

Revocar el auto recurrido, para decretar la respuesta de la Central de Comunicaciones de la Policía 1 2 3 con radicado 2021-532479 en la que se anexa un DVD con información sobre la comunicación de los radios de comunicaciones asignados a los agentes policiales dentro del canal radial de Itagüí, especialmente frente al CAI Simón Bolívar, para lo cual el defensor contará con un término de tres (3) días contados a partir de la notificación. Así mismo, se decreta el testimonio del abogado Alfonso Arango Escudero, el cual versará sobre lo que

le conste que no esté cobijado por el secreto profesional,
conforme lo expuesto en la parte motiva.

Contra esta decisión, la que queda notificada en estrados
al momento de su lectura, no caben recursos, por lo que se
ordena la devolución inmediata del expediente al juzgado de
conocimiento.

MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS
MAGISTRADO
(Con salvamento parcial de voto)

PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN
MAGISTRADO

JORGE ENRIQUE ORTIZ GÓMEZ
MAGISTRADO

Firmado Por:

Miguel Humberto Jaime Contreras
Magistrado
Sala 08 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Jorge Enrique Ortiz Gomez
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
Funcionario

Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

**Pio Nicolas Jaramillo Marin
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
Funcionario
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

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: **dc4aa50e8ec9f57779c8b9f96bb6b432c798a463f8e172d4ba8a306487c76dbf**

Documento generado en 06/08/2024 03:35:22 PM

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