

República De Colombia



*Tribunal Superior de Medellín
Sala Penal*

INTERLOCUTORIO Nro. 049-2022

Radicado: 110016000002022-00105- 2ª INSTANCIA

**PROCESADO: ALEXIS ULLOA PINEDA Y OTRO
DELITOS: CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO
DECISIÓN: SE ABSTIENE DE CONOCER RECURSO
M. PONENTE: HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA**

(Aprobado mediante Acta Nro. 86)

(Sesión del 18 de agosto de 2022)

Medellín, veintidós (22) de agosto de dos mil veintidós (2022). Fecha lectura.

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por el abogado Felipe Montoya Arango, como vocero de la bancada de la defensa, en la audiencia preparatoria del 25 de mayo de 2022, contra el auto mediante el cual se admitieron unas pruebas solicitadas por la Fiscalía.

ANTECEDENTES

HECHOS: de acuerdo con el escrito de acusación, desde el 1º de enero de 2019 hasta la fecha de su captura, 27 de octubre de 2021, varios ciudadanos debidamente identificados e individualizados, hicieron parte de la estructura delincencial LA TERRAZA, quienes fungían como sus coordinadores, así: OSWALDO ENRIQUE TUBERQUIA LOZANO, alias "Mañe", coordinaba el sector de los barrios El Naranjal, Estadio y Bolivariana, así como a los sujetos "Duque" y "Chapulín"; IVÁN DARÍO GRISALES BETANCUR, alias "el Caleño", coordinaba el sector de El Naranjal, Bolivariana y Estadio y a alias "Alexis" y "Rastra"; ALEXIS ULLOA PINEDA, alias "el Prestamista", coordinaba los sectores El Naranjal y La 70, teniendo bajo su mando



a alias "Willinton" y "Rasta"; el ciudadano DANIEL PULIDO CORREA, alias "Copete" o "Lupillo", tenía a su mando a "Jonathan" y coordinaba los sectores de La 70 y San Joaquín, todos estos de la comuna 11 de la ciudad de Medellín y quienes además se concertaban con los alias de "Andrés", "el Negro", "May" o "la M", "Topo", "Beto", "Kevin", "Gafas", "Mike", "H", "Oso", "Dj", "Caleño", "Mañé", "Papayo", "Mono" y "Copete", para realizar actividades delictivas, estas personas eran parte vital de la organización, ya que con su cargo y roles los distinguían de otros como integrantes de la banda GDO-LA TERRAZA, con injerencia en los barrios EL NARANJAL, BOLIVARIANA, SAN JOAQUÍN, SECTOR COMERCIAL DE LA 70, LAURELES, EL OBELISCO, advirtiendo una posición dentro de la jerarquía como integrantes, más conocidos como soldados, carritos, campaneros, cobradores de extorsiones al sector comercio, canasta familiar y establecimientos de comercio como hoteles, hostales, casinos, vendedores de estupefacientes al sector comercio y personas que residen en estos barrios; lo cual los lleva a realizar y ejecutar las acciones delictivas ordenadas por sus cabecillas, en los sectores mencionados de la comuna 11 de Medellín.

Al decir del representante de la Fiscalía, además, estas personas eran encargadas de Estas personas son encargadas de realizar inteligencia en el sector de injerencia, cobrar las mal llamadas "vacunas" al sector comercial y a las rutas de buses que pasan por el lugar; expender todo tipo de droga estupefaciente en los sectores mencionados e intimidar a las personas de bien. Esta banda delincencial se encuentra alienada a la GDO-ROBLEDO, ejerciendo presencia delictiva en esa zona.

Con esa finalidad aseguró el fiscal haber realizado actos investigativos como declaraciones juradas, libros de población, entrevistas, reconocimientos fotográficos, inspecciones a procesos, vigilancia a personas o cosas, entrevistas a víctimas de esta estructura y a exmiembros de estructuras delincuenciales, siendo uno de sus principales fines y fuentes de economía criminal la venta de estupefacientes (bazuco, cocaína y marihuana en cripa o regular), como las extorsiones, con lo cual buscan el monopolio del consumo, pues realizan a ultranza la venta de estas sustancias por parte de otras personas ajenas a la organización, en consecuencia, contrariar estas decisiones adoptadas por la organización delincencial produce tres grandes acciones antijurídicas y típicas como son: desplazamiento forzado, lesiones



personales y, por último el más grave, homicidios, acciones que afirma han perpetrado a través de su dirección y su mando, situaciones que se encuentran detalladas testimonial y técnicamente en esta investigación penal.

ACTUACIÓN PROCESAL: El 28 de octubre de 2021, en el Juzgado 2º Penal Municipal Ambulante de Antioquia se hicieron las audiencias de legalización de allanamiento y registro, legalización de incautación de elementos, legalización del procedimiento de captura de 16 personas, entre ellas ALEXIS ULLOA PINEDA e IVÁN DARÍO GRISALES BETANCUR; seguidamente se les formuló imputación por la conducta punible de CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO y otros, y se les impuso medida de aseguramiento en establecimiento carcelario.

La Fiscalía presentó escrito de acusación con ruptura de la unidad procesal (nuevo SPOA 110016000000202200105) el 20 de enero de 2022, en contra de ALEXIS ULLOA PINEDA, DANIEL PULIDO CORREA, IVÁN DARÍO GRISALES BETANCUR y OSWALDO ENRIQUE TUBERQUIA LOZANO, por el delito de CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO (ART 340 NUMERAL 2 Y 3 C.P.) por hechos ocurridos desde el 1º de enero de 2019 hasta la captura efectuada el 27 de octubre de 2021.

La audiencia de acusación tuvo lugar el 9 de marzo de 2022 ante el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Medellín, la cual varió a preacuerdo con DANIEL PULIDO CORREA y OSWALDO ENRIQUE TUBERQUIA LOZANO, decretándose nuevamente la ruptura de la unidad procesal, y se continuó con la formulación de acusación contra ALEXIS ULLOA PINEDA e IVÁN DARÍO GRISALES BETANCUR.

La audiencia preparatoria fue realizada el 25 de mayo de 2022, oportunidad en la cual la juez de conocimiento decretó todas las pruebas solicitadas por la Fiscalía y la Defensa.

PETICIÓN

El delegado de la Fiscalía, en su solicitud de pruebas y con base en lo establecido en el artículo 344 del C.P.P., solicitó la práctica de las pruebas enunciadas en el

escrito de acusación, las cuales conoce la defensa, también las testimoniales que estaban en el escrito de acusación y que también conoce la defensa.

La argumentación de la solicitud probatoria fue dividida en 3 bloques, el primero de ellos es el de los testigos directos, que son quienes conocen acerca de los hechos investigados de las conductas punibles que se van a debatir pues fueron víctimas, saben de la existencia de la organización, su *modus operandi* y el sector de injerencia. Así sustentó dicha solicitud:

"Amparo Porras Ortiz, con cédula 31 479 800, se localiza a través del suscrito, de mí persona o se localiza también por parte de los funcionarios líderes de la investigación, patrullero Esteban Betancur, Elena María Henao, Subintendente del Gaula Meval. La pertinencia es conocedora y víctima de dicha organización delincriminal y señala a los autores, entre ellos al Sr. Iván Darío Grisales y Alexis Ulloa Pineda como uno de los integrantes y coordinadores de esta estructura delincriminal, es conducente no existe causal alguna que conduzca a la inadmisibilidad de la misma, es útil por cuanto su testimonio refiere en completo a la responsabilidad de los acusados en los hechos materia de investigación, no genera confusión y por el contrario dará mayor claridad a los hechos materia de investigación.

Yasuri Vargas Álvarez, identificada con la cédula 1 000 646 647, se localiza también a través de mí persona, o por parte de los funcionarios de Policía Judicial del Gaula Meval, patrullero Esteban Betancur y Lina María Henao, es pertinente pues es conocedora y víctima de dicha estructura criminal de las persona que están procesadas y los señala así de autores y partícipes, entre ellos a estas personas aquí acusados, es conducente, no existe causal alguna que conduzca la inadmisibilidad, es útil por cuanto su testimonio refiere en completo a la responsabilidad de los acusados en los hechos materia de investigación, no genera confusión, por el contrario dará mayor claridad a los hechos que están investigando y los cuales se quieren aclarar.

Enriqueta Álvarez Osorio, identificada con la cedula 43 492 767, se localiza por el suscrito por parte de los patrulleros Lina María Betancur y Esteban Betancur, Lina María Henao perdón del Gaula Meval de la Policía, es pertinente ya que la señora es conocedora y víctima de esta organización delincriminal de los acusados, señala a sus autores y partícipes la cual era miembro de esta estructura delincriminal al parecer de la terraza, conducente, no existe causal alguna que conduzca a la inadmisibilidad, es útil por cuanto su testimonio refiere en concreto de la responsabilidad de los acusados en los hechos materia de investigación, no genera confusión alguna, por el contrario da mayor claridad de los hechos que se investigan.

Jesús Urán Cardona, cédula 15 512 205, se localiza a través de los policiales Lina Henao y Esteban Betancur, o por mi persona, es pertinente ya que es conocedora o víctima de esta organización delincriminal, los señala a los acusados de ser autores y partícipes de ser miembros de esta estructura delincriminal la terraza, conducente, no existe razón alguna que conduzca la inadmisibilidad, es útil por cuanto su testimonio refiere en concreto la responsabilidad de los acusados en la materia de investigación, o no genera confusión alguna, antes da mayor claridad a los hechos.

Santiago Cobo Cortés, identificado con cédula 16 379 165 se localiza a través de los investigadores de la Policía ya dichos, la cabo Lina María Henao, patrullero Esteban Betancur líder de la investigación, por mi persona, es pertinente ya que es conocedor y víctima de esta organización delincriminal y se añade a los autores y partícipes, entre ellos a los acusados aquí presentes que son miembros de esta estructura delincriminal de hacer varias conductas delictivas, conducente, no existe causal alguna que conduzca a la inadmisibilidad,



útil por cuanto su testimonio refiere en concreto la responsabilidad del acusado de hechos materia de investigación, no genera confusión, por el contrario, dan mayor claridad."

OPOSICIÓN A LA PETICIÓN

La defensa manifiesta su oposición frente a las solicitudes probatorias de la Fiscalía, específicamente pide que se rechacen los testimonios de Amparo Porras Ortiz, Enriqueta Álvarez Osorio, Jesús Urán Cardona, Jasuri Vargas Álvarez y Santiago Cobo Cortés, toda vez que estos no fueron descubiertos.

Indica que la Fiscalía no realizó adiciones ni correcciones al escrito de acusación, la formulación de acusación quedó tal cual como está el presente escrito y si bien no existe un único momento para realizar el descubrimiento probatorio pues hay varios en los que puede realizarse el descubrimiento, entre ellos, en el escrito de acusación, en la audiencia de acusación y máximo dentro de los 3 días siguientes, en la audiencia preparatoria, para la defensa o para ambas partes en el juicio ante una posible prueba sobreviniente; no obstante, ello no significa que ese descubrimiento se pueda realizar en cualquiera de estas etapas sin cumplir cierto tipo de reglas.

Aduce que en el escrito de acusación se descubrieron las declaraciones anteriores de Amparo, Jasuri, Enriqueta y Jesús Urán Cardona "*(...) pero no se descubrieron los testimonios de ellos, esas declaraciones en el escrito de acusación incluso dicen que están cada una en el Folio número tal ¿verdad? Corrobora esta defensa que la declaración de cada testigo está en el Folio número tal para cada testigo, de eso no hay discusión de que las declaraciones anteriores están descubiertas, lo que si hay discusión es que el testimonio como tal no está descubierto, al final de ese descubrimiento en el escrito de acusación están las pruebas testimoniales que corresponde a todos los policías, ocurrió con los servidores de Policía judicial, que se descubrieron sus informes y además se descubrió el testimonio de esos Policías Judiciales que realizan ese informe, téngase en cuenta que todo lo que pretenda aducirse, incorporarse o utilizarse en juicio, debe ser descubierto en debida forma, incluso los testimonios deben descubrirse, precisamente en esa sentencia con radicado 51855 de 2021, es el caso de un defensor que no descubre un testimonio, pero posteriormente lo solicita y aduce que es que los testimonios no hay que descubrirse, porque no son elementos físicos o elementos materiales probatorios como tal (...)"*



Considera que decretar estos testimonios, los que no fueron descubiertos, sería poner en desventaja a la defensa, pues estaban preparados para que la Fiscalía viniera y adujera cuáles eran las causales excepcionales por las que iban a solicitar como prueba de referencia a estos testigos o más concretamente las declaraciones de esos testigos, pues al no haber descubierto el testimonio de estas personas, lo que en realidad se pretende es incorporar esas declaraciones como prueba de referencia.

Advierte que hay un fallo idéntico a este caso (AP 212 de 2021 radicado 57103), en el cual la Corte indicó lo siguiente: *"Nótese que tanto en el escrito de acusación como en la audiencia de formulación de cargos el fiscal no relacionó como testigos a los ciudadanos Elva Edith Cortez Reyes y José Eliecer Pineda López, en realidad lo que observa la sala es que únicamente se descubrieron las entrevistas recibidas a dichas personas por parte de la funcionaria del CTI Mariela Eleida García, las cuales se encontraban a folios 6 al 8 y 223 al 224 del cuaderno anexo número 3."*

Señala que de acuerdo a lo analizado en la referida decisión, el razonamiento del delegado de la Fiscalía adoptado en la decisión recurrida, según el cual deben identificarse por aparte los testigos cuya declaración se solicite y las declaraciones o deposiciones con que cuenta la Fiscalía.

Insiste que los cinco testigos referidos no fueron descubiertos en la acusación, en el escrito de acusación, por lo cual a la Fiscalía le feneció la oportunidad para descubrir esos testigos y únicamente se descubrieron fueron sus declaraciones anteriores, sólo respecto a cuatro (Amparo, Jasuri, Enriqueta y Jesús Uran, toda vez que de Santiago Cobo no se descubrió declaración, es por ello que la defensa considera que estos cinco testimonios deben ser rechazados por falta de descubrimiento.

El delegado de la Fiscalía señaló que envió todos los documentos, los cuales fueron revisados uno por uno con la doctora Elizabeth, manifestando que era lo mismo que si se lo enviaban a ella o al doctor Felipe, que ellos estaban trabajando en conjunto, ella misma dijo que había recibido todos los documentos que obran en el escrito de acusación, es por eso que se sorprende porque ahora y de forma desleal, el doctor Felipe pide ese rechazo.

DECISIÓN APELADA

El *a quo* consideró que lo que se busca con el descubrimiento probatorio es que no haya un sorprendimiento de la parte, eso es lo que busca la norma y las decisiones reiteradas de la Corte Suprema de Justicia al respecto.

Señala que de acuerdo con la constancia de envío del descubrimiento por parte de la fiscalía a la defensa y de acuerdo con el escrito de acusación, mismo que ha indicado el fiscal, discriminó en el escrito de acusación en la página 7 los elementos de Alexis Ulloa Pineda y dice: *"Hoja de vida Alexis Ulloa Pineda declaración Amparo Porras Ortiz folios 19, declaración Enriqueta Álvarez Osorio folio 21, declaración Jesús Uran Cardona folio 23, declaración Jasuri Vargas Álvarez folios 25, declaración Santiago Cobo Cortes folio 27, incluso, unas actas de reconocimiento de personas del testigo Jesús Uran Cardona folio 30, acta de reconocimiento de personas del testigo Amparo Porras Ortiz folio 34, acta de reconocimiento de personas con el testigo Enriqueta Álvarez Osorio folios 39 acta de reconocimiento de personas del testigo Jasuri Vargas Álvarez folios 43 acta de reconocimiento de personas del testigo Santiago Cobo Cortes folio 47 que son los que a propósito son los que son objeto de oposición por parte de la defensa y respecto a los elementos Iván Darío Grisales Betancur dice: declaración Amparo Porras Ortiz folio 22, declaración Enriqueta Álvarez Osorio folio 24, declaración Jesús Uran Cardona folios 26, declaración Yasuri Vargas Álvarez folios 28, declaración Santiago Cobo Cortes folios 30. Así como: Acta de reconocimiento de personas de Amparo Porras Ortiz folio 33, de Jesús Uran Cardona 38, Enriqueta Álvarez Osorio folio 42, Jasuri Vargas Álvarez, folio 46 y Santiago Cobo Cortes, folios 50 (...)."*

Refirió la juez que al inicio de la audiencia se indagó si había alguna observación frente al descubrimiento probatorio, pero además se indicó que el doctor Felipe (como lo admitieron los procesados) y la doctora Elizabeth, actuarían en conjunto con los dos procesados, en representación de ambos; en esta audiencia el doctor Felipe Montoya no hizo manifestación alguna de que no se le hubiese descubierto. Ahora el despacho entiende que efectivamente el fiscal no anunció de manera formal en el escrito de acusación, en el acápite de testigos, sólo enunció los servidores de Policía Judicial pero no entiende cuando el doctor Felipe dice que no se le



descubrieron los testimonios, pues los testimonios son los que se vierten en el juicio; se le descubrieron las declaraciones juradas.

Señala que es necesario diferenciar entre entrevista y declaración jurada, entrevista es la que se rinde de manera informal a los policías judiciales o al investigador de la defensa, mientras declaraciones como se aduce en el escrito de acusación, son declaraciones en las que debe haber participado el fiscal, las puede recibir el investigador o la persona encargada en presencia del fiscal en este caso, entonces el despacho no comparte los planteamientos que hace el defensor, con sumo respeto lo dice, piensa que también eso hace parte de la lealtad procesal, porque contrario sería que la Fiscalía no lo hubiese descubierto y no tuviese información de qué es lo que declaran estos testigos, porque inclusive dice que no se le descubrieron sino cuatro cuando en el escrito de acusación están relacionados además de otras personas, estos cinco testigos que ha solicitado la Fiscalía.

Refiere que en otra oportunidad inadmitió por igual situación a la que plantea el defensor, esto es porque no había realizado la Fiscalía el tecnicismo de mencionar uno a uno los testigos, sino un descubrimiento total, pero el Tribunal le revocó esa parte en cuanto lo que se busca es que haya un descubrimiento completo y que no haya sorprendimiento; de esas constancias da cuenta la Fiscalía y no solamente las constancias, sino la manifestación que al inicio de la audiencia se hizo por parte del doctor Felipe, como consecuencia de ello, decretó tanto las pruebas solicitadas por la Fiscalía como por la Defensa, en cuanto a la prueba testimonial, porque las encuentra el despacho pertinentes, conducentes y útiles, porque se refieren a los hechos, a las circunstancias y a la participación o no de los procesados en esas conductas delictivas a la luz de cada teoría del caso.

RECURSO: Inconforme con la decisión, la defensa presentó recurso de reposición y en subsidio apelación al considerar que, no es falta de lealtad, pues la defensa en ningún momento indicó que no se le aportara o no se le diera el traslado completo de los elementos que enunció la Fiscalía en el escrito de acusación, por eso al iniciar la audiencia preparatoria dijo que el traslado fue completo, respecto a eso no hay ninguna discusión y, en su sentir, el mal entendido surge respecto al rechazo de estos cinco testigos cuando se indican que no fueron descubiertos en el escrito de



acusación; en su sentir, una cosa es descubrir las declaraciones anteriores de estos cinco testigos y otra cosa es descubrir los cinco testigos, observando el escrito de acusación en la página 7, cuando se habla de elementos de Alexis Ulloa Pineda, se indica que la declaración de Amparo está en el folio 19, efectivamente; que la de Enriqueta está en el folio 21; que la de Jesús Uran está en el Folio 23; que la de Yasuri Vargas está en el Folio 25 y la de Santiago Cobo está en el Folio 27, lo mismo se relaciona con los elementos de Iván.

Resalta que sí se hizo la distinción respecto a los policías judiciales, frente a quienes se descubrieron los informes y también el testimonio de esos policías judiciales.

Considera que se está sorprendiendo a la defensa porque tenía una estrategia, observando que se iban a incorporar posiblemente pruebas de referencia cuando sólo se descubrió la declaración de los testigos, pues una era la estrategia frente a pruebas de referencia, otra hubiese sido la estrategia si se tratara de testigos directos, pero en este momento ya no puede hacer nada porque feneció su oportunidad de descubrir más elementos, situación que pone en desventaja a la defensa y que vulnera la estrategia que estaba enfocando la defensa, cuando todo eran pruebas de referencia.

Reitera que en el auto AP 212 -2021 con radicación 57 103 trae esta misma situación, se descubrieron dos declaraciones, pero no los testimonios y esos meros formalismos son esas garantías que tienen los procesados en esta instancia; para terminar, considera que toda prueba que sea decretada tiene que haber sido descubierta, enunciada y solicitada; la Fiscalía descubrió las declaraciones, las enunció, pero no descubrió ni enunció los testimonios como tal.

Decisión reposición: la juez de conocimiento no repuso la decisión en la medida que el testimonio como tal es el que se rinde en el juicio, a menos que ingrese como prueba de referencia en los casos excepcionales que contempla el artículo 438 del C. de P.P.

Considera que no se está sorprendiendo a la defensa y desde que se le descubrió, según la argumentación que hace el defensor, al parecer dio por sentado que la



solicitud que iba a hacer el día de hoy, en la audiencia preparatoria, sería favorable hacia sus intereses y por ello optó por no realizar ningún otro acto de investigación, desde marzo que se le descubrió por parte de la Fiscalía, él tenía que haber agotado todas esas situaciones en pro de la defensa de los procesados en conjunto con la doctora Elizabeth, considera así que el descubrimiento fue completo de acuerdo con las constancias que se allegaron.

Adicionalmente, advierte que contra la decisión sí procede el recurso de apelación, porque si bien inicialmente la Corte Suprema de Justicia venía indicando que solamente procedía el recurso frente a la exclusión, posteriormente la Corte señaló que los recursos de reposición y apelación proceden contra cualquier auto, que admita, rechace, excluya o que inadmita alguna prueba y contra ese auto proceden los recursos de ley.

Apelación: la defensa no comparte la decisión de la juez de primera instancia, considera que pasó por alto la providencia de la Corte Suprema de Justicia en Auto AP 212 de 2021 con radicación 57103, en la que se analiza un caso idéntico al presente, en el que ante la Corte se eleva el recurso de alzada y se discute si a pesar de que la Fiscalía descubrió dos declaraciones de dos testigos, sin descubrir los testigos, se debía entender como descubierto o no esas dos personas para ser practicadas en juicio oral, precisamente ese fallo le da la razón a la defensa de que no es lo mismo descubrir las declaraciones que descubrir los testimonios, no es un mero formalismo o tecnicismo, son las garantías de los procesados.

Aduce que cuando la Fiscalía descubre esas cinco declaraciones no indica si son declaraciones juradas, lo que se entiende es que son declaraciones anteriores, que son entrevistas o versiones que ha rendido el testigo antes de juicio, entonces en la acusación que se descubrieron esas cinco declaraciones, no se indicó también que se descubrían esos cinco testigos; el deber es que se descubran las pruebas documentales, se descubran las declaraciones anteriores a los testigos que se pretenden llevar a juicio y, además, los testigos, sean de cargo o los policías judiciales, los testigos de acreditación, peritos, etcétera.



Advierte que en el escrito de acusación se discriminan los testimonios de los policías judiciales y sus informes, situación distinta con estos cinco testigos en los que solamente se descubren sus cinco declaraciones, pero no los testimonios.

Aduce que cuando solo se descubren sus declaraciones lo que se pretende posiblemente por la Fiscalía es incorporar esas declaraciones como prueba de referencia, en ese sentido estaba preparada la defensa, asumiendo que la Fiscalía iba a argumentar y a acreditar cuál de las causales excepcionales de prueba de referencia se acomodaba para incorporar esas declaraciones en el juicio, al no descubrirse esos cinco testigos, la defensa estaba encaminada a una estrategia defensiva de repeler solo esas declaraciones de referencia y las demás pruebas de la Fiscalía que no eran suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia de los ciudadanos, por cual al decretar estos cinco testigos se está poniendo en desventaja a la defensa, no es lo mismo un debate jurídico contra cinco pruebas de referencia y el resto de elementos que no les consta directamente de estos procesados, que un proceso en el que se van a enfrentar contra cinco pruebas directas que no fueron debidamente descubiertas y enunciadas.

Solicita que se revoque la decisión; se rechacen estos cinco testimonios y, en consecuencia, se ampare las garantías, que no meros formalismos, de estos dos ciudadanos.

NO RECURRENTES: la Fiscalía manifestó que en ningún momento se ha sorprendido como lo señala la defensa. Advierte que los testimonios son los que se vierten en el juicio, mientras las declaraciones son las que dan los testigos, testigos de cargo que posteriormente, si no hay un preacuerdo, se llevan a juicio para ser debatidas, pero que rinden declaración cuando se está realizando la respectiva investigación.

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.

El problema jurídico a resolver es: ¿procede el recurso de apelación contra la decisión de admisión de pruebas?

Esta Sala, atendiendo el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia sobre el tema, reconoce que el recurso de apelación es improcedente respecto de la decisión que admite u ordena la práctica de pruebas en el juicio, por ello la decisión que no rechaza o no excluye una evidencia física o elemento material probatorio, como acontece en el caso *sub judice*, se asimila a una decisión de admisión de práctica de pruebas que no admite en su contra el recurso de apelación.

Conclusión a la que se llega, de la adecuada y sistemática interpretación de la normativa procesal que regula tanto la naturaleza de la decisión impugnada, como la alzada misma, es la improcedencia del recurso de apelación contra la decisión que admite la práctica de pruebas.

Conforme a lo previsto en el artículo 161 del Código de Procedimiento Penal, al no ser la decisión de admisión de práctica de pruebas de aquéllas que resuelven sobre el objeto del proceso, ni de las que resuelven incidentes o aspectos sustanciales, no tiene el carácter de sentencia o auto. Y como en cambio sí es de las que se limita a dar curso e impulso a la actuación en aras de evitar su entorpecimiento, en esta nueva normativa tienen el carácter de órdenes, asimiladas a los denominados autos de sustanciación previstos en otros sistemas procesales.

Acorde con lo anterior, encontramos en el inciso 2º del artículo 176 de la Ley 906/04, que el recurso de apelación procede es contra los autos y sentencias; a diferencia del recurso de reposición que, salvo las sentencias, procede contra todas las decisiones. Lo cual significa que si la decisión de admisión de la práctica de pruebas y sus equivalentes son una orden, no un auto o sentencia, no es viable el recurso de apelación contra las mismas, aunque si lo es del de reposición.



Así mismo, el artículo 177 *ibídem* cuando se refiere a las decisiones sobre pruebas, 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**”; permite concluir, que contra la decisión que **NO RECHAZA** la práctica de pruebas en el juicio no es procedente el recurso de apelación.

Y 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 es 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 en el artículo 20 procedimental penal se nos dice que la doble instancia de las decisiones judiciales en este sistema acusatorio, expresamente se consagra es para las sentencias y los 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 en este Código.

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.

Al respecto la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia venía sosteniendo como precedente jurisprudencial el sentido del acogido por esta Sala, expresando:

*"El punto se vincula, entonces, con la garantía a la doble instancia, la cual, hay que precisarlo desde ahora, como igualmente lo reconoce el actor, está prevista en los Instrumentos Internacionales y, en consonancia con ellos, en la Constitución Política de Colombia, **exclusivamente para la sentencia**". (Subrayado y en negrilla de la Corte).*

Sin embargo, en la codificación procesal penal que rige el presente asunto, el legislador, dentro de su libertad de configuración y en observancia de la arquitectura inherente a la sistemática acusatoria desarrollada en la Ley 906 de 2004, extendió el acceso a la segunda instancia a otro tipo de decisiones judiciales, como se desprende de lo previsto en el artículo

¹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Ley 74 de 1968) artículo 14, numeral 5; Convención Americana de Derechos Humanos (Ley 16 de 1972) artículo 8, inciso 2º, literal h, y Constitución Política de 1991, artículos 29 y 31.



20 del citado estatuto, al consagrar que "...los 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 en este código, serán susceptibles del recurso de apelación" (resaltado y subrayado de la transcripción del texto).

La Corte destaca la expresión verbal utilizada en esa disposición para aludir a las providencias que **en tratándose de pruebas** son pasibles del instrumento de impugnación vertical, pues dado que las palabras usadas por el legislador deben entenderse en su sentido natural y obvio², el significado que en ese contexto tiene el vocablo **afectar** no es otro que el de "...5. Menoscabar, perjudicar, influir desfavorablemente. 6. Producir alteración o mudanza en algo..."³. (Resaltado de la Corte).

Por tanto, con sujeción al citado precepto, el cual como norma rectora es prevalente sobre las demás y debe ser utilizado como fundamento de interpretación (idem, artículo 26), en materia de pruebas es procedente el recurso de apelación como mecanismo para acceder a la segunda instancia, únicamente respecto de las decisiones que impidan su efectiva práctica o incorporación.

(...)

En efecto, de conformidad con el artículo 359 de la Ley 906 de 2004, las partes (y el Ministerio Público) podrán solicitar al juez la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba que resulten impertinentes, inútiles, repetitivos, ilegales u obtenidos con violación de los requisitos formales (artículo 360 ídem), y acerca de la decisión que al respecto debe adoptar el juzgador, el mismo precepto inicialmente citado consagra en su inciso final (...) lo siguiente:

"Cuando el juez excluya, rechace o inadmita una prueba deberá motivar oralmente su decisión y contra esta procederán los recursos ordinarios".

La diafanidad de la regla no da espacio a interpretaciones subjetivas o acomodadas, por elaboradas que ellas sean: sólo respecto de los pronunciamientos que impiden o enervan (**afectan**) la práctica de pruebas, son pertinentes los recursos ordinarios.

De lo anterior se sigue, en consecuencia, que en la hipótesis contraria, esto es, **cuando el juez ordena la práctica o incorporación de las pruebas solicitadas por las partes, o cuando desestima o niega la exclusión, rechazo o inadmisibilidad alegada por alguna de ellas, tal pronunciamiento, en aplicación de la regla general contenida en el artículo 176, inciso segundo, de la Ley 906 de 2004⁴, sólo es susceptible del recurso de reposición.** (Subrayado y en negrilla fuera del texto original).

Y ello es así porque una decisión en tal sentido implica o apareja apenas el impulso de la actuación hacia la fase subsiguiente: el juicio, con el fin de evitar el entorpecimiento del proceso, sin que por tal resolución quede agotada la controversia o crítica de las pruebas ordenadas, ejercicio cuyo escenario natural es el debate oral y público, espacio en el que con sujeción a los principios de publicidad, contradicción, inmediatez y concentración, y con observancia de las reglas inherentes a la práctica e incorporación de cada uno de los diferentes medios de prueba, las partes deben llevar al conocimiento del juez los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, valga decir, los que tienen que ver con la materialidad de un comportamiento constitutivo de una conducta punible y la responsabilidad del acusado como su autor o partícipe (Ley 906 de 2004, artículos 372 y 373).

Dicho de otra forma, la orden de practicar una prueba o la decisión de no acceder a su exclusión, rechazo o inadmisibilidad, en manera alguna lesiona prerrogativas superiores de la parte contra la cual se pretende aducir el elemento cognoscitivo, pues, además de lo ya puntualizado, en cuanto hace al derecho de contradicción, el desenvolvimiento de esa garantía se dinamiza y hace efectivo en el debate oral con la práctica de las pruebas de confutación o contra pruebas, así como con la crítica que se haga de las realizadas por la

² Código Civil, artículo 28.

³ Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésima Segunda Edición 2001. Pág. 54.

⁴ "Salvo la sentencia la reposición procederá para todas las decisiones y se sustenta y resuelve de manera oral en la respectiva audiencia".



parte contraria, bien al momento de los alegatos de conclusión o al sustentar los recursos de ley contra la providencia que defina el fondo de la controversia con base en esos medios de conocimiento”⁵

Sin embargo, la misma Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha venido fluctuando su criterio frente al asunto debatido, esto es la procedencia del recurso de apelación contra la decisión que decreta la práctica de una prueba en el juicio. Fue así como en providencia de 13 de junio de 2012, con ponencia del magistrado José Leónidas Bustos Ramírez, radicado 36652 se señaló: “(...)Las decisiones que deciden sobre la exclusión, admisión, rechazo o práctica de pruebas tienen a no dudar la condición de autos, entendidos por tales los que resuelven algún incidente o un aspecto sustancial, de acuerdo con la definición que de ellos trae el artículo 161 ejusdem, en cuanto se erigen en expresiones del derecho a probar y a la controversia probatoria, previsto en el artículo 29 de la Constitución Nacional. (...)”

No obstante lo anterior, en el año 2016 nuevamente⁶ la Corte varió su postura, señalando que contra la decisión que admite prueba por regla general no procede recurso alguno, muy excepcionalmente es admisible cuando hay inminencia de una vulneración grave a un derecho fundamental y previa una carga argumentativa por parte 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 que se surta la misma atendiendo el principio de *in dubio pro 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

⁵ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal. Auto del 30 de noviembre de 2011, Rad. 37.298. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

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



posterioridad si esta se ajusta a las razones que justificaron su admisión, además de que quien la petició puede renunciar a ella.

De otro lado, no encuentra la Sala que la prueba se haya obtenido con violación a garantías fundamentales individuales, lo que sí ameritaría un pronunciamiento de fondo para establecer si la misma es ilegítima o ilegal, quedándole sólo al juez, como en efecto ocurrió, verificar únicamente los requisitos de pertinencia, conducencia y utilidad de la prueba.

Razones para que esta Sala mantenga su posición en acogimiento a la postura de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el radicado 47.469, providencia del 27 de julio de 2016, por lo cual se abstendrá de decidir sobre el recurso de alzada interpuesto por la defensa de ALEXIS ULLOA PINEDA e IVÁN DARÍO GRISALES BETANCUR, contra la decisión que admitió la prueba deprecada por la Fiscalía en la audiencia preparatoria. Se impone entonces el rechazo de plano de la impugnación ante su improcedencia.

En razón y mérito de lo expuesto, esta Sala de decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, **SE ABSTIENE** de conocer del recurso de alzada interpuesto contra la decisión que admitió la prueba deprecada por la Fiscalía en la audiencia preparatoria. 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.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA

Magistrado Ponente



A handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping loops and a long, sweeping tail that curves upwards.

SANTIAGO APRAÉZ VILLOTA

Magistrado

A handwritten signature in black ink, featuring a large, open loop on the left side and a more complex, scribbled structure on the right.

ÓSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ

Magistrado