



## SALA PENAL

FICHA DE REGISTRO	
Radicación	11 001 60 99 087 2016 00018
Acusados	María Lucelly Ortiz Diego Alexander Serna Ramírez Claudia Elena Mira Álvarez Rubiela Londoño Osorio Marisol Arcila Ramírez
Delitos en concurso (Art. 31 C.P.)	Falsedad en documento privado (Art. 289 del C.P.) Enriquecimiento ilícito de particulares (Art. 327 del C.P.)
Juzgado <i>a quo</i>	Segundo (2º) Penal del Circuito de Medellín
Fecha denuncia	22 de diciembre de 2016
Asunto	Apelación de auto proferido en audiencia de juicio oral por medio del cual se niega la incorporación de una prueba documental
Consecutivo	SAP-A-2023-10
Aprobado por Acta	Nº106 de 26 de abril de 2023
Audiencia de exposición	Jueves, 27 de abril de 2023; 11:15 am
Decisión	Se decreta nulidad de la actuación desde el momento en que se pide incorporación de una prueba documental
Magistrado Ponente	NELSON SARAY BOTERO

Medellín, Antioquia, abril veintisiete (27) de dos mil veintitrés (2023)

### 1. ASUNTO

En **sesión de audiencia de juicio oral**, el juez 2º penal del circuito con funciones de conocimiento de Medellín, Antioquia, negó la incorporación de una prueba documental.

### 2. HECHOS OBJETO DE INVESTIGACIÓN PENAL

Los hechos según la acusación son los siguientes:

«1. En atención a la denuncia presentada por la DIAN el 22 de diciembre de 2016, se indicó que varias empresas nacionales a través de la firma Mossack Fonseca & Co Colombia SAS, realizaban contratos de prestación de servicios con empresas extranjeras para detraer de las bases gravables, costos y

deducciones por la prestación de servicios que en realidad no se prestaban.

Dentro de las empresas extranjeras utilizadas estaban, entre otras, SERVICIOS DE INFORMACIÓN Y TECNOLOGÍA DE COSTA RICA.

La actividad consistía en suscribir contratos presuntamente por la sociedad extranjera, la cual generaba facturas que eran pagadas por las empresas colombianas a través de giros o transferencias por un intermediario del mercado cambiario y de la suma girada, Mossack Fonseca descontaba un porcentaje, y la diferencia, la consignaba a la orden de la empresa nacional, a donde esta dispusiera y en algunos casos en empresas extranjeras de propiedad de aquellas.

Una de las empresas colombianas que llevaron a cabo este tipo de actos, se encuentra la sociedad RYMEL INGENIERÍA ELÉCTRICA SA con Nit. 890.919.437.

2. Es así como, la señora RUBIELA LONDOÑO OSORIO con CC 42.675.937, en su condición de representante legal de la sociedad RYMEL INGENIERÍA ELÉCTRICA SAS, suscribió el 4 de enero de 2013, contrato de prestación de servicios administrativos y corporativos con la sociedad SERVICIOS DE INFORMACIÓN Y TECNOLOGÍA DE COSTA RICA a través de REY TAYLOR, por el término de un (1) año, el cual sería prorrogado previo convenio por escrito y ajuste a los pagos correspondientes al valor de los honorarios.

3. Con ocasión a lo anterior, se generaron cuatro facturas a saber:

a. 5035 del 23 de septiembre de 2013 por valor de USD \$50.066,19, por concepto de comisión del 3% del PRIMER SEMESTRE DE 2013 sobre cinco (5) órdenes de compra que suman USD \$1.668.873

b. 5036 del 1º de noviembre de 2013 por valor de USD \$42.223,80, por concepto de comisión del 3% SEGUNDO SEMESTRE DE 2013 sobre cinco (5) órdenes de compra que suman USD \$1.407.460

c. 5085 del 16 de septiembre de 2015 por valor de USD \$95.466,66, por concepto de ventas realizadas a PRODELCA PANAMÁ DE ENERO A AGOSTO DE 2015 (comisión USD \$37.178,05); CONTRATO ALUCONSA, REPÚBLICA DOMINICANA (comisión USD \$19.606,44); LICITACIÓN ICE 000616-000.40001, COSTA RICA (comisión USD \$3.527,66) y VENTAS PRODUCCIONES JIJ COSTA RICA DE ENERO A AGOSTO DE 2015 (comisión USD \$35.154,51)

d. 5082 del 14 de diciembre de 2015 por valor de USD \$80.033,49 por concepto de ventas realizadas a PRODELCA PANAMÁ de SEPTIEMBRE A DICIEMBRE DE 2015 (comisión 3% USD \$25.494,06); VENTAS REALIZADAS A HONG KONG – CHINA MANAGING BUSINESS CON DESTINO A VENEZUELA (comisión USD 3% \$10.026,36); VENTAS PRODUCCIONES JIJ y COMERCIALIZADORA GEA COSTA RICA (comisión USD \$9.876,27) y CONTRATO TRINIDAD Y

TOBAGO: 40% COMISIÓN CONTRATO NO. TENDER 9669  
USD \$34.636,80

El consecutivo de las últimas dos facturas es incoherente con las fechas de las mismas.

Estas operaciones económicas fueron registradas en la contabilidad con cargo a la cuenta 529505 GASTOS POR COMISIONES y 221005 CUENTAS POR PAGAR A PROVEEDORES DEL EXTERIOR, en las siguientes fechas:

- a. 30-09-2013. Factura 5035 (\$95.859.231)
- b. 12-11-2013. Factura 5036 (\$79.767.514)
- c. 28-09-2015. Factura 5085 (\$294.079.318)
- d. 30-12-2015. Factura 5082 (\$256.416.097)

A su vez, se registró contablemente la salida del dinero de los bancos con ocasión al pago de las facturas, así:

- a. 25-11-13 – Factura 5035 – Banco De Bogotá Miami USD \$50.066,19
- b. 22-01-14 – Factura 5036 – Banco De Bogotá Miami USD \$42.223,80
- c. 18-12-15 – Factura 5085 – Bancolombia Puerto Rico USD \$91.648,66
- d. 28-09-15 – Factura 5085 – Banco De Bogotá Miami USD \$3.818

Estas operaciones fueron llevadas a cabo a través de las cuentas de compensación No. 45443 del Banco de Bogotá International Corporation (Miami) y 90110000035 Bancolombia Puerto Rico (San Juan de Puerto Rico) y aparecen soportadas con los mensajes Swift entregados por la sociedad RYMEL. Es decir, la obligación contractual fue registrada contablemente y sus pagos efectivamente se aplicaron, por lo que el contrato y las facturas fueron objeto de uso.

4. Ahora, afectada la cuenta contable 529505 GASTOS POR COMISIONES dicho rubro fue considerado por la empresa RYMEL como deducible y se presentó en la declaración de renta como GASTOS OPERACIONALES DE VENTAS, disminuyéndose la base gravable. Las personas responsables de los mencionados registros contables son las mismas personas que firman los Estados Financieros de la compañía.

Para el periodo temporal 2013 a 2015, quienes fungieron como representante legal, contador y revisor fiscal de la firma RYMEL son las siguientes personas:

RUBIELA LONDOÑO OSORIO, desempeñó el rol de representante legal en el 2013

MARIA LUCELLY ORTIZ HERRERA desempeñó el rol de CONTADORA en el año 2013 y de REPRESENTANTE LEGAL durante los años 2014 y 2015.

MARISOL ARCILA RAMIREZ, desempeñó el rol de REVISORA FISCAL en el 2013.

CLAUDIA ELENA MIRA ALVAREZ, desempeñó el rol de CONTADORA durante los años 2015, 2014.

DIEGO ALEXANDER SERNA RAMIREZ, desempeñó el rol de REVISOR FISCAL durante el año 2014 y 2015.

Ahora, para el año 2013, los estados financieros fueron firmados por RUBIELA LONDOÑO OSORIO, MARIA LUCELLY ORTIZ HERRERA y MARISOL ARCILA RAMIREZ.

Y para los años 2014 y 2015, los estados financieros de la firma RYMEL, fueron firmados por MARIA LUCELLY ORTIZ HERRERA, CLAUDIA ELENA MIRA ALVAREZ y DIEGO ALEXANDER SERNA RAMIREZ.

No obstante lo anterior, si bien se aportaron las facturas que soportan el pago de comisiones a la empresa Costarricense por concepto de ventas y las facturas de ventas por las que se dio el pago de la comisión, no se aportó información adicional u otro soporte de que en realidad se hubiesen dado las ventas de productos y que los mismos se hubieren pagado. Tampoco se aportó el contrato.

5. De otro lado, se cuentan con las declaraciones de renta de los periodos 2013, 2014 y 2015, años en los que se hicieron las deducciones en la contabilidad.

Es más, en las declaraciones de renta del año 2015 (la inicial y la corregida), se asumió por parte de RYMEL el pago de las deducciones que habían efectuado de las facturas 5085 y 5082 (ambas de 2015).

En la primera declaración se presentó en el rubro de gastos operacionales de ventas por valor de \$7.574´.177.000 y en la corrección se presentó el valor de \$7.023´682.000. La diferencia entre estos dos valores es de \$550´495.000 que es el valor de las facturas 5085 y 5082.

Además, se llevó a cabo proceso de normalización tributaria para las facturas del año 2015. Se debe tener en cuenta que el proceso de normalización tributaria es un impuesto que se causa por la posesión de activos omitidos o pasivos inexistentes al 1 de enero de 2015, 2016 y 2017.

Es decir, se reconoce, por vía de la normalización de las declaraciones tributarias, que el importe de estas facturas (declarado como deuda o pasivo en la declaración inicial del periodo gravable 2015) es INEXISTENTE.

6. Por otro lado, los extremos contractuales que se logran evidenciar son, de una parte, RYMEL como contratante y por otra, la empresa extranjera SERVICIOS DE INFORMACIÓN Y TRECNOLOGÍA DE COSTA RICA como contratistas, sin

embargo, se determinó la intervención de la firma MOSSACK FONSECA & CO COLOMBIA, (hoy disuelta y en estado de liquidación por asamblea de accionistas del 28 de julio de 2017); quien para la fecha de los hechos tenía como actividad principal la consultoría de gestión, el cual se trata de un asesoramiento para alcanzar un objetivo o fin determinado.

Es así como, MOSSACK FONSECA es el actor principal en la generación del contrato, en la expedición de las facturas, en la modelación de contenidos y en el curso y destino final de los dineros girados por la sociedad RYMEL, lo que empieza a mostrar que tal contrato es mendaz (por no contener la asunción real y verdadera de obligaciones contentivas de una obligación de dar y hacer) y que los efectos del convenio firmado era solo el ropaje ficticio de la intención de dar apariencia de cumplimiento contractual para afectar la Fe Pública mediante la inserción de datos falsos en diversos documentos de contenido privado.

Ello por cuanto, MOSSACK FONSECA actuó como el medio para provisionar de contrato y facturas falsas, bajo la determinación de la señora RUBIELA LONDOÑO y tanto ella como los restantes imputados insertaron y usaron posteriormente dichos documentos y las circunstancias falsas contenidas en los mismos, en otros documentos en desarrollo de sus roles como representante legal, contador y revisor fiscal.

No solo no puede explicarse legalmente la intervención de MOSSACK FONSECA, sino que dicha constatación permite inferir que su mediación obedece simplemente a la exteriorización de un servicio ilegal: la expedición de contrato y facturas falsas, la recreación espuria de un escenario contractual, y la recepción de recursos con el objeto de su retorno a instancias de sus clientes. Todo ello a cambio de una comisión, dentro de los denominados procesos de refacturación.

7. En ese orden de ideas, se logra inferir la creación artificiosa del contrato que en apariencia liga a la sociedad RYMEL con la empresa extranjera SERVICIOS DE INFORMACIÓN Y TECNOLOGÍA DE COSTA RICA, así como las facturas que suponían el costo de un servicio en realidad inexistente y jamás prestado.

A partir de ese insumo, la inserción de ese costo o gasto en los estados financieros de los periodos económicos ya precisados y declaraciones de renta de los años 2013 y 2015, dado su carácter irreal, es un evento adicional de falsedad en documento privado en esos documentos, generada y usada por los implicados.

En el caso de la señora RUBIELA LONDOÑO, resulta ostensible su conocimiento de dicha artificiosidad, por cuanto sabía que nadie había firmado el contrato, que no se les prestó ningún servicio porque no atendieron a ningún representante de SERVICIOS DE INFORMACION Y TECNOLOGIA DE COSTA

RICA en Colombia, que las facturas las había construido MOSSACK FONSECA, que el pago se había hecho con el fin de obtener su inmediato retorno en favor de la FUNDACION GUALANDAY (con la mediación de MOSSACK FONSECA), que habían pagado una comisión a MOSSACK FONSECA y cuál era la razón del pago de esa comisión.

Esta censura alcanza a los demás imputados en la medida que es premisa fundamental para registrar contablemente la obligación derivada de un contrato y consignar ese costo en los estados financieros y por tanto reflejarlo posteriormente en la declaración de renta, la existencia de los soportes que justifiquen ese costo, y como se ha indicado, NO EXISTEN SOPORTES DE LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS CONTRATADOS, EL CONTRATO NO EXISTIA NI SIQUIERA PARA LA FECHA EN QUE APARECE SUSCRITO, Y NI SIQUIERA LO POSEIA LA EMPRESA NACIONAL, EN LA FECHA EN QUE SE REGISTRAN CONTABLEMENTE LAS FACTURAS ESTAS NO EXISTÍAN O NO TENIA UN CONTRATO QUE LAS SOPORTARA O EXPLICARA, no obstante lo cual se realizaron los asientos contables respectivos como si en verdad el documento soporte existiera y como expresión de ellos, los validaron con su firma impuesta en los estados financieros de la empresa, conducta que resulta censurable tanto para quienes desempeñaban la labor funcional de contador, como para los que hicieron lo propio en virtud de su labor como revisor fiscal.

En el caso del REVISOR FISCAL, su rol demandaba auscultar físicamente la existencia de los soportes que gravitaban en relación con el costo que auditó y al no hallarlos, no debió dictaminarlos como reales en los estados financieros, censura que se extiende al representante legal de turno.

(...)

8. En punto al delito de enriquecimiento ilícito de particulares, puede cotejarse que gracias a la inserción de datos falsos en contrato y facturas, y prevaliéndose de ello, a través del desarrollo que se le dio al hecho económico mediante la inscripción de asientos contables, su inclusión en los estados financieros y el giro de recursos aplicados a los supuestos contratos, se obtuvo el insumo necesario para introducir en las declaraciones tributarias un dato falso de costos, gastos o pasivos que permitió afectar la base gravable de la sociedad RYMEL, resultando que se pagó UN MENOR IMPUESTO A CARGO en cuantía de \$181.524.0001.

Adviértase que, con esta operación de tránsito de dineros, apoyados en un costo o gasto ficticio, se estableció contablemente que la sociedad RYMEL tributó un valor menor al que en realidad le correspondía. Ello por cuanto, tras determinar el costo real de las actividades materializadas en que se incurrió para posibilitar el tránsito de dineros hacia el exterior, en contraste con el valor que se hubiese pagado a la

DIAN si no se hubiere incluido en la declaración tributaria el costo o gasto asociado a los contratos pagados a las firmas extranjeras, se concluyó que se pagó de menos en la declaración de renta para los periodos gravables 2013 y 2015 un valor de \$181.524.000, obteniendo en ese valor un incremento patrimonial».

Se formuló imputación ante el juez 29 penal municipal con función de control de garantías de Medellín en contra de RUBIELA LONDOÑO OSORIO, MARÍA LUCELLY ORTIZ HERRERA, MARISOL ARCILA RAMÍREZ, CLAUDIA ELENA MIRA ÁLVAREZ y DIEGO ALEXANDER SERNA RAMÍREZ, por los delitos de *Falsedad en documento privado* (Art. 289 del C.P.) y *Enriquecimiento ilícito de particulares* (Art. 327 del C.P.) en concurso (Art. 31 C.P.).

Se acusó por las mismas conductas imputadas.

### **3. SOLICITUD DE INCORPORACIÓN DE PRUEBA DOCUMENTAL POR PARTE DE LA FISCALÍA EN JUICIO ORAL**

En desarrollo del juicio oral, exactamente luego que culminó el interrogatorio del testigo de la Fiscalía, investigador JUAN FERNANDO ALDANA RODRÍGUEZ, la delegada Fiscal, doctora MARTHA LUCÍA OLAYA PATIÑO, solicitó la incorporación de las siguientes pruebas documentales:

1. Oficio 100211-346-855 del 28 de marzo de 2017 suscrito por ROSA MARÍA OLARTE MORENO Jefe Coordinación de Control y prevención de Lavado de Activos de la Dirección de Gestión de Fiscalización de la DIAN, por medio del cual adjuntó: Un (1) CD Rad 20177790027271 oficio No. 15-03-2017 REC. CPLA132, el cual contiene la siguiente información: Correo electrónico con oficio No. 100224372-0937 del 27 de los corrientes, con la información de las declaraciones de Renta e información Exógena y procedimientos de normalización tributaria, enviada por la Coordinación de Admon. de aplicativos de Recaudo y Cobranzas. Correo electrónico con oficio No. 100225338-0942 del 27 de marzo del mismo año, con la información del Rut, revisores fiscales y contadores, enviada por la Coordinación de Administración de Registro Único Tributario Correo electrónico con oficio No. 100211232-0331 de fecha 24 de marzo de la misma anualidad, con la información exógena cambiaria, enviada por la Subdirección de Gestión de Control Cambiario. Correo electrónico dando alcance a la respuesta dada por la Coordinación de Admón. de Aplicativos de Recaudos y Cobranzas.

2. Oficio UAO – 07418 de 06/04/2017, en 1 folio, suscrito por Giovanni Bautista Arango, Oficial de Cumplimiento Suplente de la Unidad de Análisis y Operaciones del Banco de la República, en el cual se adjuntó la información en el Departamento de Cambios Internacionales de la sociedad RYMEL INGENIERÍA ELÉCTRICA SAS Nit. 890.919.437, en 58 páginas numeradas a doble cara.

**3. DVD blanco marcado a mano referenciado lo siguiente: INSPECCIÓN 110016099087201600008 09/05/2017 RYMEL. Contiene una carpeta con 162 elementos.** (se resalta pues este es el punto central de discusión).

#### 4. TRASLADO A LAS PARTES FRENTE DE LA SOLICITUD DE INCORPORACIÓN DE PRUEBA DOCUMENTAL

El apoderado de MARÍA LUCELLY ORTIZ y RUBIELA LONDOÑO, doctor GERARDO BARBOSA CASTILLO, no se opuso a la incorporación de las dos primeras pruebas documentales enunciadas por la Fiscalía, pero si lo hizo con la incorporación del DVD que contiene información del procedimiento de la DIAN. En su sentir, no se conoce la fuente de esos correos electrónicos, y **no se cumplió con el procedimiento de legalización previo y posterior ante un juez de control de garantías.**

Esto expuso el señor abogado defensor:

*« (...) y, que con todo respeto lo digo no lo practicó la señora Fiscal, lo realizó un funcionario previo corresponde a una práctica que violenta las garantías fundamentales que es acudir a información obtenida por otras entidades públicas que **no tienen control de jueces de control de garantías para legalizar** documentos que deben pasar por control de garantías, creo que esa es una situación que vicia la documentación y solicita muy respetuosamente no se incorpore al expediente».*

La apoderada de DIEGO ALEXANDER SERNA RAMÍREZ, CLAUDIA ELENA MIRA ÁLVAREZ y MARISOL ARCILA RAMÍREZ, doctora ANDREA CAMILA PACHECO SOLANO, también se opuso a la incorporación del DVD, al considerar que **la prueba es ilegal** ya que no pasó por el filtro del juez de control de garantías, y no se realizó *test de proporcionalidad*, ni ninguna otra evaluación ante dicha instancia.

#### 5. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El *iudex a quo* accedió a la incorporación de las dos (2) primeras pruebas solicitadas por la Fiscalía, pero **negó la incorporación de la prueba documental N° 3** denominada *«DVD que contiene inspección al proceso CUI 110016099087201600008 del 9 de mayo de 2017, que contiene una carpeta con 162 elementos, obtenida en la inspección a la información que contenía un disco duro que entregó el señor JORGE CIFUENTES al parecer empleado, funcionario de la Fiscalía que adelanta la investigación preliminar bajo el radicado 2016 0008».*

Las razones de la negativa son las siguientes:

Inicialmente, dejó claro que las tres (3) pruebas fueron solicitadas en audiencia preparatoria, pero no basta solo ello, pues en la audiencia de juicio oral debe hacerse el examen de conducencia, pertinencia, licitud e incluso deben cumplirse otros requisitos, **como la autenticación de la prueba, labor que se ha cumplido**, puesto que la mayoría son documentos públicos, por lo tanto, se presume su autenticidad, y, respecto a los que tienen la categoría de documentos privados, el investigador JUAN FERNANDO ALDANA RODRIGUEZ ha dado fe de su obtención y la defensa no ha desvirtuado esa autenticidad.

En igual sentido, se cumplió con el principio de publicidad y de contradicción.

Sin embargo, en relación con la prueba N° 3, última de las pruebas «*la que se obtiene en la inspección a la información que contenía un disco duro que entrega el señor JORGE CIFUENTES al parecer funcionario, empleado, de la Fiscalía que adelanta la investigación preliminar bajo el radicado 2016 0008*», queda en el aire: **(i)** qué contenía integralmente ese disco compacto que se le entrega al investigador JUAN FERNANDO ALDANA RODRÍGUEZ; si contenía todos los archivos, todos los documentos que constituían la investigación preliminar o no. El testigo no pudo dar fe de ello; **(ii)** tampoco sabe el investigador JUAN FERNANDO ALDANA RODRÍGUEZ si esa investigación que reposaba en esa investigación preliminar, correspondía a una ***búsqueda selectiva en base de datos***; y, si efectivamente, para obtener esa información, tratándose de ese acto de investigación, ***se acudió al control judicial por parte de los jueces de control de garantías. Eventualmente pudo hacerse el control, pero no se acreditó que se hubiese realizado***, ello debió ser sometido al examen del interrogatorio directo al investigador JUAN FERNANDO ALDANA RODRÍGUEZ, lo que no se hizo; entre otras cosas, porque la información atañe a correos electrónicos de índole privado que no son públicos; y, eventualmente puede ser información que circula en redes públicas como la de la DIAN, pero de todos modos, si se obtiene a través de una investigación o de un acto investigativo de ***búsqueda selectiva en base de datos requiere del control judicial respectivo***, y es ese control el que no se ha acreditado por la Fiscalía.

En resumen, no está acreditada la ***obtención lícita de esa información***, por tanto, de la prueba documental, como lo señaló la abogada defensora.

Contra la decisión la representante de la Fiscalía interpuso recurso de apelación.

## 6. RECURSO DE APELACIÓN POR PARTE DE LA FISCALÍA

La delegada Fiscal, doctora MARTHA LUCÍA OLAYA PATIÑO, expuso los siguientes argumentos:

La decisión de primera instancia no es acertada, como quiera que el investigador JUAN FERNANDO ALDANA RODRÍGUEZ fue decretado como ***testigo de acreditación***, con el fin de incorporar entre otras pruebas, el DVD mencionado.

Dentro del interrogatorio que se le hizo, la Fiscalía realizó las preguntas propias para lograr *sentar las bases* y posteriormente incorporar esa inspección que se realizó al proceso 2016-0008; el testigo dio respuestas al señalar cuál fue su actividad investigativa en dicho proceso, con la finalidad de traer esa información al proceso objeto de estudio.

No podía preguntársele al investigador qué actividades había realizado en la DIAN, cómo había obtenido la información, porque no participó en el proceso, porque para eso la Fiscalía solicitó y le fue decretado dos (2) testimonios más a los cuales no se ha renunciado, JORGE CIFUENTES y YUMER JOEL AGUILAR, el primero investigador de la Fiscalía que, según se expuso en la pertinencia de la prueba, relatará la manera como se produjo ese CD, qué contenía los archivos, porqué fue él quien realizó la actividad investigativa dentro del proceso 0008; y, el segundo cómo se recogió esa información en la DIAN.

Pretender que el investigador que hizo una inspección a otro proceso tuviera todo el conocimiento de **actividades que él no realizó** no es coherente con las peticiones que realizó la Fiscalía.

Incluso, el juez de primer grado dice que no se cuenta con controles previo y posterior para hacer esta actividad investigativa de inspección, sin embargo, la Corte ha señalado que esas inspecciones no requieren dichos controles; de todos modos, la actividad investigativa original se examinará al momento de la declaración de los testigos referidos, esto es, si se contaba o no con los controles previo y posterior.

Entonces, estamos hablando de un testigo de acreditación que pretendía incorporar una prueba que él recolectó dentro de una inspección, la cual no requiere de ningún control cuando se hace de un proceso a otro, máxime cuando del proceso de donde se extrae la información **si cuenta con los controles previo y posterior**; y, más aún cuando la Fiscalía cuenta con los testigos para poder establecer y acreditar cómo se obtuvo toda esa información.

En la sentencia debe hacerse la valoración probatoria de esos elementos o resolverse el interrogante si se cumplió o no con los presupuestos legales y constitucionales de recolección de ese medio de prueba; pero, no en esta instancia judicial donde la Fiscalía solo pretende incorporar un medio de prueba con un testigo de acreditación, en este caso el investigador JUAN FERNANDO ALDANA.

De ahí no puede exigírsele que relate cómo se obtuvo esa información en el proceso 0008 y en la DIAN.

Entonces, se cumplieron con los presupuestos para la incorporación de la prueba.

Adicionalmente, existen dos testimonios más que pueden determinar cómo se recaudó, cómo se incorporó, cómo se recaudó en la DIAN, cómo se trajo la información al proceso 0008, lo cual le permitirá al juez al momento de la sentencia determinar si es viable o no darle valor suasorio a la prueba.

Por lo expuesto, solicitó se revoque la decisión de primer grado y se decrete la incorporación del *«DVD blanco referenciado como ya ha quedado señalado»*.

## 7. INTERVENCIÓN COMO SUJETOS NO RECURRENTES

El apoderado de la DIAN, doctor CARLOS ORLANDO SAAVEDRA TRUJILLO, coadyuvó la intervención de la Fiscalía, y agregó que conforme al estatuto tributario los funcionarios e investigadores que realizaron la inspección al proceso de la DIAN tenían funciones fiscalizadoras y así se recaudaron los elementos y se trasladaron al proceso penal.

Textualmente mencionó:

«Aparte de coadyuvar la posición de la fiscalía, quiero ahondar en otro punto ligado a esta parte, que es la investigación que se hace en la Dirección de Impuestos y Aduanas, respecto a todo el proceso administrativo que son facultades que tienen los funcionarios que recaudaron estas pruebas y que después hacen parte del proceso

penal; que si bien es cierto, son facultades que le da el Art. 560 y sobre ellas fue que elaboró y ejercieron fiscalización los funcionarios de la DIAN, esto es, que la competencia que les da el Art. 560 para ejercer y proferir los actos administrativos, actuaciones administrativas y demás que se profirieron en el proceso tributario, en el proceso de fiscalización.

Igualmente, las facultades de fiscalización e investigación que tienen de acuerdo al Art. 684 del Estatuto Tributario; que les da a los funcionarios que hicieron la investigación de fiscalización, para que recaudaran esas pruebas y se determinara efectivamente que, si hubo, primero los documentos que hicieron parte, esto es, las facturas y contratos y demás documentos que sin ahondar en ello, como se dice extractando, fueron la causa de que se disminuyera el impuesto a pagar, toda vez que al hacer valer ese tipo de contratos, ese tipo de facturas, que ya ampliamente se ha dicho sobre ello y que es el objeto principal de los delitos que se está estudiando en este momento a los acusados. Entonces, esas facultades las tenía y las tuvo y así recaudó las pruebas fiscalización, basado en el Art. 684 del estatuto tributario.

Entonces, no podemos decir que cuando ellas llegan (pruebas) y son pasadas al proceso penal, darles la ilegalidad; y, darles no aceptación como tal para que sean parte del mismo proceso, como lo decía la señora Fiscal.

Basados en estos tres artículos e igualmente en el Art. 688 y siguientes que también le dan competencia para la función fiscalizadora a los funcionarios, ahondado en esto más los demás artículos del estatuto tributario, conllevaron a que se determinó y efectivamente sí hubo irregularidades tributarias en este caso, lo que conllevó a como lo han dicho las mismas pruebas que fueron aceptadas en un principio por las partes, a que hubo unos pagos menores de impuestos, y que posteriormente; tan es así que hubo correcciones, eso conlleva a que esas pruebas si eran efectivas; y, si no hubiesen sido efectivas ellos en lugar de haber corregido, hubiesen utilizado, pues todos los recursos que tiene el Estatuto Tributario para hacer valer sus derechos.

Pero, efectivamente ellos aceptaron, porque eran conscientes que habían pagado menos a través de esas facturas que no tenían por qué haberse hecho valer».

Por lo expuesto, solicitó se revoque la decisión de primera instancia y se incorpore la prueba documental solicitada por la Fiscalía.

El defensor de MARÍA LUCELLY ORTIZ HERRERA y RUBIELA LONDOÑO OSORIO, doctor GERARDO BARBOSA CASTILLO, solicitó confirmar la decisión de primer grado, por las siguientes razones:

**Primero**, no se cumplió con la orden de inspección dispuesta por el ente acusador, la cual era realizar la inspección al expediente madre del llamado caso «*Mossack y Fonseca*», lo que se hizo fue aplicar un software a un disco duro el cual a través de unos parámetros de búsqueda de unas palabras claves arrojó una serie de

documentos que son los que están contenidos en el DVD BLANCO, *consistente en 162 documentos*.

**Segundo**, en forma abreviada se utilizó una copia, no se sabe si de todo el expediente o de una parte de ese expediente o algunas piezas de ese expediente; en todo caso se utilizó sobre esa copia que reposaba en un medio magnético, en un disco duro, un mecanismo de extracción de información a través de unos parámetros que no se sabe tampoco de dónde salieron, *«parece que allí se dispuso de manera, más o menos caprichosa, las palabras que podían responder a la solicitud de la orden de trabajo»*.

**Tercero**, esa información contenida en ese DVD blanco que pretende incorporar la Fiscalía, se extrajo de un disco duro, que a su vez contenía información no proveniente de actividades de investigación de la FGN, sino de la DIAN, como son ***correos electrónicos cruzados entre particulares, sin ningún protocolo para la interceptación de comunicación entre particulares*** o la obtención de información en búsqueda selectiva en base de datos conforme a la legislación procesal y la Constitución Política.

**Cuarto**, la práctica de trasladar documentación en procesos administrativos como los que adelanta la DIAN a un proceso penal, de manera pura y simple es violatoria de derechos fundamentales, retornándose a un proceso de naturaleza inquisitiva en el que se predica la permanencia de la prueba. Una cosa es un proceso administrativo y otra el proceso penal, el cual está rodeado de unas garantías especiales para la obtención y el recaudo de los medios probatorios.

**Quinto**, aquí se invade el derecho a la intimidad al ingresar al contenido de los correos electrónicos cruzados entre particulares que debían ser objeto de un control posterior por parte de un juez de garantías al momento de su obtención, no meses ni años después.

**Sexto**, se pretende incorporar unos elementos materiales probatorios con graves violaciones no solo de carácter de legalidad, sino de constitucionalidad, de allí que la exclusión del DVD es necesaria por vía de ilicitud de la prueba.

**Séptimo**, adicionalmente si se revisan algunos de los documentos puede observarse que, pareciera que están editados, cortados en su comienzo, no corresponde al formato de correos electrónicos; es decir, no se tiene certeza de la autenticidad, mismidad, ni los métodos de obtención de esa información.

**Octavo**, se recaudó información que trasgredió el debido proceso y demás garantías procesales y constitucionales.

Por lo expuesto solicitó confirmar la decisión de instancia y excluir los elementos materiales probatorios recaudados por manifiesta afectación a derechos fundamentales.

La defensora de DIEGO ALEXANDER SERNA RAMÍREZ, CLAUDIA ELENA MIRA ÁLVAREZ y MARISOL ARCILA RAMÍREZ, doctora ANDREA CAMILA PACHECO SOLANO, solicitó se confirme la decisión de primer grado, por las siguientes razones:

**Primero**, la orden que emitió la Fiscalía era practicar una actividad investigativa de inspección al proceso 2016-0008, la cual no se cumplió como se infiere de la declaración del investigador JUAN FERNANDO ALDANA ***quien manifestó que***

***nunca tuvo a su disposición el expediente, sino que el funcionario que atendió la diligencia le entregó un disco duro y él usó un software para buscar los archivos relacionados y los copió.***

**Segundo**, el testigo aseguró que usó un programa para buscar los archivos conforme a unos parámetros y unas palabras claves de búsqueda que no se conocen, porque no quedaron consignadas en el informe de policía judicial.

En el acta de inspección judicial no se consignó ello, lo que se dice es que el funcionario JORGE CIFUENTES le entregó la información al investigador JUAN FERNANDO ALDANA, quien examinó de manera minuciosa y completa y obtuvo el hallazgo, pero en el informe de policía judicial se relató que el hallazgo se obtuvo a través de una herramienta llamada «*file locator pro*».

Entonces, salta a la vista una incongruencia entre el acta que da cuenta cómo se desarrolló la inspección judicial, el informe de policía judicial y la declaración que vierte el testigo en la audiencia.

**Tercero**, se conoció en el juicio que más del 90% de los archivos contenidos en el DVD corresponden a correos electrónicos privados.

En ese orden, al obtenerse una **información privada**, de contenido íntimo protegido por el Art. 15 de la CN, para acceder a ella como elemento material de prueba requiere para su validez de una orden previa de un delegado de la FGN y un control posterior de la diligencia y sus hallazgos ante un juez de control de garantías.

Así pues, una vez la Fiscalía se percató que la información que estaba recaudando provenía de correos electrónicos debió acudir ante el juez en mención, lo que no se hizo.

**Cuarto**, en este asunto se han realizados múltiples inspecciones, una al proceso matriz «*Mossack y Fonseca*» y dentro de este se realizó otra inspección a la DIAN, sin controles de legalidad como es propio de la reserva judicial, afectando derechos fundamentales, como la intimidad. «*por lo que conocemos tanto de inspección no se ha verificado un control de legalidad como es propio de la reserva judicial para la afectación de derechos fundamentales, tales como la intimidad, para obtener la información cognitiva mediante correos electrónicos se debieron adelantar otros actos investigativos que en todo caso si requieren un control judicial posterior, como puede ser el que ya se mencionó de recuperación de información producto de transmisión de datos a través de redes de comunicación o si se tuvo acceso a computadores el registro sobre objetos en una diligencia de registro que incluye inspección de archivos en información digital*».

Ni siquiera se conoce bajo qué condiciones obtuvo la DIAN esa información «*lo que sí sabemos es que el uso que ella puede hacer de esa misma información, en tanto, autoridad administrativa en un proceso administrativo sancionatorio difiere del uso que se puede dar en un proceso penal, dada la entidad y la afectación de derechos fundamentales que puede ocurrir en procesos de esta naturaleza, por lo que requisitos y formalidades para que una información contenida en correos electrónicos ingrese al debate probatorio son mucho mayores; y, en este caso no se ha cumplido*».

**Quinto**, vemos que la información que hoy es objeto de discusión fue obtenida a través de la injerencia ilegítima de la **intimidación de los involucrados**, además, no se observaron los requisitos legales para la obtención de la prueba.

La información obtenida y que se pretende incorporar al juicio no es solamente ilegal, sino que fue obtenida con violación de derechos y garantías fundamentales como la intimidad, de ahí su ilicitud.

## 8. ARGUMENTOS DE DECISIÓN DE LA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala dará respuesta a los planteamientos de la delegada Fiscal y de los sujetos procesales no recurrentes.

## 9. LE DECISIÓN DE INSTANCIA FUE APLICAR LA REGLA DE EXCLUSIÓN PROBATORIA

Del recuento de lo sucedió en la audiencia de juicio oral se observa que una vez se pide el ingreso de la prueba documental por parte de la fiscalía, en el traslado a las partes, esencialmente, **solicitan aplicar la regla de la exclusión probatoria** por ilegalidad o ilicitud.

Luego de los traslados de rigor, el juzgador de instancia decide la pretensión en términos de **regla de exclusión** por ilegalidad o ilicitud.

En efecto, se dijo por el juzgador de instancia:

«**(i)** qué contenía integralmente ese disco compacto que se le entrega al investigador JUAN FERNANDO ALDANA RODRÍGUEZ; si contenía todos los archivos, todos los documentos que constituían la investigación preliminar o no. El testigo no pudo dar fe de ello; **(ii)** tampoco sabe el investigador JUAN FERNANDO ALDANA RODRÍGUEZ si esa investigación que reposaba en esa investigación preliminar, correspondía a una **búsqueda selectiva en base de datos**; y, si efectivamente, para obtener esa información, tratándose de ese acto de investigación, **se acudió al control judicial por parte de los jueces de control de garantías. Eventualmente pudo hacerse el control, pero no se acreditó que se hubiese realizado**, ello debió ser sometido al examen del interrogatorio directo al investigador JUAN FERNANDO ALDANA RODRÍGUEZ, lo que no se hizo; entre otras cosas, porque la información atañe a correos electrónicos de índole privado que no son públicos; y, eventualmente puede ser información que circula en redes públicas como la de la DIAN, pero de todos modos, si se obtiene a través de una investigación o de un acto investigativo de **búsqueda selectiva en base de datos requiere del control judicial respectivo**, y es ese control el que no se ha acreditado por la Fiscalía. En resumen, no está acreditada la **obtención lícita de esa información**, por tanto, de la prueba documental, como lo señaló la abogada defensora».

Se reitera esta frase: **«Eventualmente pudo hacerse el control, pero no se acreditó que se hubiese realizado»**.

Aunque se habla de 162 documentos no está claro si son 162 correos electrónicos, y si corresponden a todos los procesados o a algunos de ellos o a terceras personas en fin, ni siquiera se mencionan los nombres de los posibles afectados con el derecho a la intimidad, tampoco se establece dentro de ese universo si corresponde a intimidad personal, familiar, religiosa, sexual, etc.

Cuando se alega la violación de la reserva judicial, el solicitante tiene la carga de explicar por qué se requería la intervención del juez. Ello, generalmente, conduce a problemas jurídicos mucho más específicos, por ejemplo, la demostración de que existía expectativa razonable de intimidad, frente a un lugar en particular, una base de datos, correspondencia, etcétera (ver, por ejemplo, artículo 230 de la Ley 906 de 2004)<sup>1</sup>.

La Corte Constitucional ha precisado que el derecho a la intimidad se expresa en diferentes esferas o ámbitos, como son:

«(...) el personal, familiar, social y gremial, todos ellos comprendidos en el artículo 15 superior, y que están manifestadas concretamente: (i) relaciones familiares; (ii) costumbres; (iii) prácticas sexuales; (iv) salud; (v) domicilio; (vi) comunicaciones personales; (vii) espacios para la utilización de datos a nivel informático; (viii) creencias religiosas; (ix) secretos profesionales; y en general (x) todo comportamiento del sujeto que únicamente puede llegar al conocimiento de otros, siempre y cuando el mismo individuo decida relevar autónomamente su acceso al público»<sup>2</sup>.

Los anteriores ámbitos de protección se condensan en: «(i) la no divulgación o conocimiento, por parte de terceros, de los hechos, situaciones, comportamientos e informaciones que la persona desea mantener reservadas para sí o para el núcleo familiar, (ii) la no intromisión en los ámbitos físicos o espaciales donde la persona desenvuelve su existencia (residencia, lugar de trabajo, cuartos de hotel, etc.), y (iii) la no intromisión en el cuerpo físico como ámbito propio y exclusivo de existencia»<sup>3</sup>.

El derecho a la intimidad es un derecho disponible, en la medida en que algunas personas, según su criterio, pueden hacer públicas conductas que otros optarían por mantener reservadas o pueden develar aspectos de su vida privada protegidos constitucionalmente<sup>4</sup>.

Aquí, la Sala debe hacer el siguiente interrogante: ***¿Dónde está la falla estructural del debido proceso que no es posible remediar o subsanar en segunda instancia?***

Este interrogante se responderá en el apartado siguiente.

## **10. EN TEMA DE REGLA DE EXCLUSIÓN SE DEBE GENERAR UN ESPACIO DIALÉCTICO ADECUADO PARA SU DISCUSIÓN Y DEMOSTRACIÓN**

<sup>1</sup> CSJ AP 3484-2021, rad. 59.867 de 11 agosto 2021.

<sup>2</sup> CSJ SP 087-2023, rad. 53.643 de 15 marzo 2023.

<sup>3</sup> Corte Constitucional, sentencia T-220 de 2004; CSJ SP 087-2023, rad. 53.643 de 15 marzo 2023.

<sup>4</sup> Corte Constitucional, sentencia T-552 de 1997; CSJ SP 087-2023, rad. 53.643 de 15 marzo 2023.

En tema de petición de exclusión por ilegalidad o ilicitud de la prueba el juez no puede tomar la decisión sin que se genere o se habilite el escenario procesal adecuado para adelantar el respectivo debate pues se trata de la «**máxima sanción invalidante de la prueba**»<sup>5</sup>.

En efecto, la ausencia de espacio para la discusión puede afectar gravemente los derechos de la parte que pretende aducir la prueba, o de la que asegura que la misma se obtuvo a través de la violación de derechos fundamentales.

Dicho escenario no puede ser un espacio de trámites interminables, contrarios a la rectitud y eficacia de la administración de justicia.

El juez, en ejercicio de sus deberes y atribuciones como director del proceso debe propiciar un **escenario dialéctico garante del debido proceso**, cèlere y sustancial, y tomar las decisiones que el ordenamiento jurídico le asigna<sup>6</sup>.

La parte interesada debe presentar unas cargas argumentativas necesarias para una real y verdadera petición de *regla de exclusión* de prueba por ilicitud o ilegalidad<sup>7</sup>, que no sea una petición falsa, aparente o irreal<sup>8</sup>.

La contraparte debe contar con el tiempo y espacio necesarios para contraargumentar tanto fáctica como jurídicamente a la pretensión de la regla de exclusión, adicionalmente, puede exponer algunos de los criterios de admisión del Art. 455 del C.P.P.

Con esto se busca que la circunstancia que sustenta la solicitud de exclusión de la prueba por motivos de ilegalidad o ilicitud esté debidamente acreditada. De lo contrario, no habrá lugar imponer la «*máxima sanción invalidante*»<sup>9</sup>.

Adicionalmente, el funcionario judicial debe explicar de manera suficiente y adecuada su decisión<sup>10</sup>, ya que mediante el conocimiento de las actuaciones, judiciales y administrativas, y de las razones de hecho y de derecho que les sirven de fundamento, se garantiza la imparcialidad y la transparencia de las decisiones adoptadas por las autoridades<sup>11</sup>, lo cual garantiza además el efectivo derecho de contradicción, así como conocer la justificación interna y externa que permita que ese ejercicio jurisdiccional sea racional y controlable.

La fundamentación se erige en un principio de justicia con el fin de garantizar los postulados inherentes al Estado Social y de Derecho, toda vez que la función jurisdiccional debe ser racional y controlable (**principio de transparencia**), como componente del principio de justicia<sup>12</sup>, y en consecuencia aquella asegura la imparcialidad del juez y resguarda el principio de legalidad, haciendo efectivo, por

<sup>5</sup> CSJ AP 2901-2019, rad. 55.136; CSJ AP 319-2023, rad. 61.390 de 15 febrero 2023.

<sup>6</sup> CSJ AP 948-2018 de 7 marzo 2018, rad. 51.882; CSJ AP, 11 abril 2018, rad. 52.320; CSJ AP rad. 56.358 de 29 abril 2020; CSJ AP 087-2021, rad. 58.323 de 20 enero 2021; CSJ AP 3128-2021, rad. 59.032 de 28 julio 2021; CSJ AP 136-2022, rad. 59.986 de 26 enero 2022.

<sup>7</sup> Sanabria Villamizar, Ronald Jesús. *Prueba ilícita, regla de exclusión y criterios de admisibilidad probatoria*, Grupo Editorial Ibáñez y Universidad Libre de Colombia, Bogotá, 2019, pp. 285-286. Guzmán Díaz, Carlos Andrés. *Regla de exclusión en materia penal y civil*, ob. cit., pp. 201-227.

<sup>8</sup> CSJ AP 2266-2018, rad. 52.723 de 30 mayo 2018.

<sup>9</sup> CSJ AP 2901-2019, rad. 55.136; CSJ AP 087-2021, rad. 58.323 de 20 enero 2021; CSJ AP 3128-2021, rad. 59.032 de 28 julio 2021; CSJ AP 136-2022, rad. 59.986 de 26 enero 2022.

<sup>10</sup> Artículo 162 de la Ley 906 de 2004, Requisitos comunes a las providencias judiciales.

<sup>11</sup> Corte Constitucional, sentencia C-641 de 2002.

<sup>12</sup> CSJ SP, 28 septiembre 2006, rad. 22.041; CSJ SP 2546-2018, rad. 52.747 de 4 julio 2018.

contera, el cabal ejercicio del derecho a controvertir las decisiones, en la medida que al exigir del funcionario judicial la motivación de las mismas para conocer los argumentos que le sirven de sustento, la labor de confutación puede acometerse con facilidad, bien sea, aportando elementos de juicio que la desvirtúen o impugnando la providencia mediante la crítica de la prueba que la soporta o del derecho empleado (normas y tesis jurídicas) para respaldar el pronunciamiento<sup>13</sup>.

La adecuada motivación exige exteriorizar las razones de orden dogmático o normativo que, para el juez, justifican la determinación, y las de índole fáctico y probatorio, que llevan consigo la respuesta a las postulaciones que, frente a esos tópicos, hagan las partes e intervinientes<sup>14</sup>.

La doctrina ha especificado que, además, la motivación tiene dos implicaciones que conciernen a la prueba y al juicio sobre los hechos:

«El principio de plenitud de la motivación tiene dos implicaciones más que atañen, especialmente, al problema de la prueba y al juicio sobre los hechos. La primera implicación es que una motivación completa debe incluir tanto la llamada **justificación interna**, relativa a la conexión lógica entre la premisa de derecho y la premisa de hecho (la llamada subsunción del hecho en la norma) que funda la decisión final, como la llamada **justificación externa**, es decir, la justificación de la elección de las premisas de las que se deriva la decisión final. La justificación externa de la premisa de hecho de la decisión se refiere a las razones por las que el juez ha reconstruido y fijado de un cierto modo los hechos de la causa: estas razones se refieren, básicamente, a las pruebas que el juez utilizó para decidir acerca de la verdad o la falsedad de los hechos (en el sentido que ya se aclaró anteriormente). Por lo tanto, la justificación externa de la fijación de los hechos implica que el juez tiene que proporcionar argumentos racionales sobre cómo valoró las pruebas y acerca de las inferencias lógicas por medio de las cuales llegó a determinadas conclusiones sobre los hechos de la causa. Dicho de otra forma: la determinación de los hechos estará o no justificada según las pruebas sobre las que la misma se funde y la racionalidad de los argumentos que vinculan el resultado de las pruebas al juicio sobre los hechos.

La segunda implicación del principio de plenitud de la motivación con referencia a las pruebas es doble y puede formularse así: por un lado, es preciso que la justificación cubra también la valoración de las pruebas, porque es evidente que, por ejemplo, establecer si un testigo es o no es creíble representa un punto central de la fijación probatoria de los hechos. Es por lo que el juez tiene que explicar por qué motivo consideró aquel testigo creíble o no creíble. Asimismo, el juez tiene que explicar según qué inferencias entendió que cierto indicio llevaba a una determinada conclusión relativa a un hecho de la causa. Por otro lado, contrariamente a lo que ocurre en algunos ordenamientos (es el caso de Italia), es necesario que el juez desarrolle su motivación no solo con referencia a las pruebas que él mismo valoró positivamente y de las que —por tanto— se valió para fundamentar la decisión, sino también —y especialmente—

<sup>13</sup> CSJ AP, 9 junio 2010, rad. 33.816; CSJ SP 341-2018 rad. 49.406 de 21 febrero 2018.

<sup>14</sup> CSJ SP 2020, rad. 46.963 de 1° abril 2020.

con referencia a las que consideró no fiables, sobre todo si las mismas eran contrarias a la reconstrucción de los hechos que llevó a cabo.

En efecto, pues admitir que el juez motive solo basándose en las pruebas favorables a su juicio sobre los hechos, implica, de facto, el riesgo denominado *confirmation bias*, típico de quien queriendo confirmar su valoración, selecciona la información disponible escogiendo tan solo la favorable y descartando *a priori* la contraria, introduciendo de esta forma una distorsión sistemática en su propio razonamiento. De todos modos, la valoración negativa de las pruebas contrarias es indispensable para justificar el fundamento de la decisión: precisamente porque la prueba contraria es el instrumento de control de la validez racional y del fundamento probatorio de toda reconstrucción de los hechos, la demostración de que es inatendible es condición necesaria de que resulten fiables las pruebas favorables a dicha reconstrucción»<sup>15</sup>.

Como ya se vio, la decisión sobre «**máxima sanción invalidante**»<sup>16</sup> de la prueba, se adoptó inmotivadamente y además sin escuchar cabalmente a la Fiscalía quien explicó que tenía otros testigos para hablar sobre el tema, así mismo, el abogado de la DIAN mencionó algunas normas que no merecieron ni siquiera un acto de curiosidad por parte del juez de instancia.

En fin, la decisión fue apresurada y equivocada pues, adicionalmente, si algunos actos de investigación requieren controles judiciales, al ser documentos públicos las actas sobre controles previos y posteriores, en caso de requerirse, se pueden ingresar directamente por el Fiscal del caso para zanjar cualquier discusión sobre el particular (en tema de regla de exclusión) y entrar a otros temas.

De otra parte, se puede llamar nuevamente al testigo para que explique a las partes cuales de esos 162 documentos se refieren a actos de intimidación de alguno o algunos de los implicados o de otras personas, llamamiento que se puede hacer de conformidad con la parte final del Art. 393 del C.P.P.

En fin, antes de la *decisión extrema en contra de la prueba* se debe brindar la oportunidad a las partes para demostrar tales aspectos, si hay lugar a ello, y no simplemente indicar que «**eventualmente pudo hacerse el control, pero no se acreditó que se hubiese realizado**»; pues, antes de tal afirmación, se debe brindar la oportunidad de presentar la evidencia requerida, si es del caso.

## 11. CONCLUSIÓN

Se ha de decretar la nulidad de la actuación desde el momento en que se pide la incorporación de la prueba documental número 3 por parte de la fiscalía para que

<sup>15</sup> Taruffo, Michele. *Consideraciones sobre prueba y motivación*, Texto de su ponencia en el 9º Seminario sobre derecho y jurisprudencia, organizado por la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, del Colegio de Registradores de España, los días 21-22 de junio de 2007, en [http://www.fcjuridicoeuropeo.org/wp-content/uploads/file/jornada9/1\\_TARUFFO\\_1\\_2.pdf](http://www.fcjuridicoeuropeo.org/wp-content/uploads/file/jornada9/1_TARUFFO_1_2.pdf)); CSJ SP 2020, rad. 46.963 de 1º abril 2020.

<sup>16</sup> CSJ AP 2901-2019, rad. 55.136; CSJ AP 319-2023, rad. 61.390 de 15 febrero 2023.

se brinde el espacio dialéctico de discusión de regla de exclusión, en todo caso, si las partes lo solicitan debidamente.

## 12. RESOLUCIÓN

**LA SALA DE DECISIÓN PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, (i) DECRETA LA NULIDAD** de la actuación desde el momento en que se pide la incorporación de la prueba documental número 3 por parte de la fiscalía para que se brinde el espacio dialéctico de discusión de regla de exclusión, en todo caso, si las partes lo solicitan debidamente, por las razones expuestas; **(ii)** contra este auto procede el recurso de reposición; **(iii)** ejecutoriado este auto se devolverá al Despacho de origen.

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



**NELSON SARAY BOTERO**  
Magistrado



**HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA**  
Magistrado

**-EN PERMISO PRESIDENCIAL-**  
**SANTIAGO APRÁEZ VILLOTA**  
Magistrado