



SALA PENAL

Medellín, seis (06) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

RADICADO	05001-60-00206-2009-25053
PROCESADO	CARLOS ALBERTO ARTEAGA LÓPEZ
DELITO	HOMICIDIO AGRAVADO Y PORTE DE ARMA DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS MILITARES
ASUNTO	AUTO INTERLOCUTORIO

MAGISTRADO PONENTE:
DR. OSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ

Proyecto aprobado en Sala del treinta y uno (31) de agosto de dos mil dieciséis (2016), mediante Acta Nro. 22 y leído en la fecha.

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación presentado por la defensora contractual del señor **CARLOS ALBERTO ARTEAGA LÓPEZ**, contra la decisión proferida por la Juez Cuarta Penal del Circuito Especializado de Medellín, el 5 de mayo de 2016, que negó su solicitud de exclusión de una prueba decretada en favor de la Fiscalía.

1. HECHOS

El 22 de abril del año 2009, a eso de las 17:30 horas, en la carrera 56C frente al No 80sur-53 del barrio Calle Quinta del Municipio de la Estrella, el señor **FRANCISCO ENRIQUE VILLALBA HERNÁNDEZ**, fue agredido por varios sujetos, quienes le propinaron una serie de disparos causados con un arma calibre 89 mm con silenciador artesanal, a causa de los cuales falleció, pese a que las personas que lo auxiliaron lo llevaron oportunamente al Hospital local.

Durante la investigación, se estableció que la víctima formó parte de los grupos paramilitares desde muy joven, que llegó a comandar el Bloque

“Toledo de Ituango” y fue condenado a 40 años de prisión, por los delitos de múltiples homicidios agravados, en razón a su participación en las masacres de Dabeiba y la masacre del Aro de Ituango ocurridas en el año 1997. Sin embargo, debido a problemas de salud, el Juzgado Sexto de Ejecución de Penas le concedió la sustitución de la prisión intramural por la domiciliaria, la cual estaba cumpliendo en la dirección donde fue ultimado.

Así mismo se encontró que los sujetos que participaron en el homicidio, entre ellos el señor **CARLOS ALBERTO ARTEAGA LÓPEZ**, vivían a escasos metros de la víctima, que estos pertenecían al combo “La Unión” asociada a la organización delincuenciales denominada “oficina de Envigado” y cuya zona de operación era ese municipio y que su líder “Alias 28” ordenó el homicidio del señor Villalba Hernández, porque se enteró que estaba reclutando personas para formar una nueva organización criminal.

2. ACTUACIÓN PROCESAL.

El 19 de enero de 2016, el Fiscal 10 Delegado ante la Corte Suprema de Justicia radicó escrito de acusación en contra del señor **CARLOS ALBERTO ARTEAGA LÓPEZ** como coautor de los delitos de **HOMICIDIO AGRAVADO** (artículos 103, 104 numerales 4 y 7) en concurso con **FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS ARMADAS**, el cual correspondió por reparto al Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Medellín, donde se llevaron a cabo las audiencias de acusación y preparatoria, no obstante, en esta última, la defensa interpuso recurso de apelación contra la decisión del juez de negar su solicitud de exclusión de una prueba decretada en favor de la Fiscalía.

3. DE LA DECISIÓN RECURRIDA.

Del registro de audio se desprende que el motivo de inconformidad de la defensa, radica en dos aspectos básicos: el primero se relaciona con la negativa de la A quo de excluir el resumen de la interceptación telefónica realizado por un investigador de la Fiscalía dentro del presente caso al

número celular 3006396423, que fue extraído de un proceso de ley 600 del 2000, sin tener en cuenta que no obra orden de policía judicial para dicha diligencia y que tampoco fue sometido a control de garantías, con lo cual se pierde la ritualidad de lo dispuesto en los artículos 235 a 239 de la ley 906 de 2004.

El segundo motivo de inconformidad se refiere al descubrimiento de unos CD'S que contienen unas interceptaciones telefónicas del referido proceso de ley 600, pues a pesar de que se le dio traslado oportuno de toda la información, en el escrito de acusación no se hizo alusión a los otros abonados telefónicos que menciona la Fiscalía, no se precisó el día, la hora o los interlocutores, nunca los adicionó al escrito, de manera que sorprende a la defensa con la relación de otras líneas telefónicas como elementos probatorios, que si bien obran en los CD'S que fueron descubiertos, no fueron puestas de presente en el escrito de acusación. En esa medida, pide la revocatoria de la decisión que decretó esos elementos como prueba.

4. SUJETOS NO RECURRENTES

La Fiscalía en su condición de no recurrente solicitó confirmar la decisión, explicando que no se trata de una prueba trasladada como erróneamente lo plantea la defensa, sino que es una prueba documental que se obtuvo en una diligencia de inspección judicial a un expediente tramitado bajo la ley 600 del 2000, en la cual se encontraron unas interceptaciones telefónicas, cuya obtención no requiere orden judicial, sino que se puede recolectar por el investigador del caso, a quien si se le dio una orden de policía judicial para la inspección de dicho proceso. Refiere también que los investigadores recopilaron 3.823 documentos escaneados de ese expediente, entre ellos fotografías de las decisiones judiciales que en ese proceso ordenaron las interceptaciones telefónicas y los referidos audios, relacionados con el homicidio del señor Francisco Villalba, los que se ingresarán como prueba documental y que fueron descubiertos oportunamente a la defensa.

El Ministerio Público se adhirió a la petición de la Fiscalía y a sus argumentos.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

A pesar de que la Sala es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto contra el auto proferido por la Juez Cuarta Penal del Circuito Especializado de Medellín, de conformidad con lo establecido en el artículo 34.1 de la Ley 906 de 2004, lo cierto es que, en este caso concreto, se dará aplicación al criterio jurisprudencial adoptado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, sobre la improcedencia del recurso contra autos que decretan prueba, y se rechazará de plano la censura, tal y como exponremos a continuación:

Cabe señalar a manera de introducción, que esta magistratura inicialmente era del criterio que el auto que decreta pruebas, en favor de cualquiera de las partes era recurrible, ya que al tenor de lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia en decisión del 22 de mayo de 2013 radicado 41106, el recurso de apelación -no solo- procedía contra las decisiones que niegan la práctica de la prueba (trátese de exclusión, inadmisión o rechazo), sino también contra las que ordenaban su aducción, admisión o aceptación. De esta manera se encontraba plasmado en la citada sentencia donde se señaló lo siguiente: *“Así, la posición que en lo sucesivo acoge la Sala frente al tema, se concreta en que el auto que ordena pruebas para ser practicadas en el juicio no solo es susceptible de reposición sino que además es apelable en el efecto suspensivo, todo dentro de una interpretación que prohíba la perspectiva sistémica por encima de la lectura aislada y gramatical de la ley con elementos orientadores de sistemas abandonados”*

Esta postura se mantuvo vigente hasta el año que avanza, concretamente hasta el pasado 27 de julio de 2016, fecha en que el alto Tribunal expidió el auto AP4812-2016 (47469) en el que resuelve variar el anterior criterio jurisprudencial, por considerar que la tesis vigente desconoce el tenor de lo que la ley consagra al efecto y pasa por alto la naturaleza diversa que comportan las decisiones de aceptación y negación de medios probatorios, conforme la finalidad que anima el proceso penal.

Básicamente las razones que conducen a la Corte Suprema de Justicia a modificar su criterio jurisprudencial se pueden resumir de la siguiente forma:

- **La libertad de configuración legislativa:**

Refiere la Corte que según las sentencias de Constitucionalidad C-1114/01 y C-738/06; es dable señalar que la posibilidad de impugnar las decisiones tomadas por los jueces en el proceso, no necesariamente corresponde a criterios constitucionales, ni a postulados principialísticos del procedimiento, sino que es el legislador, en cada caso concreto, el único llamado a definir qué recursos proceden contra las diferentes decisiones vertidas en las distintas actuaciones, incluso, la de naturaleza penal, sin que esa facultad pueda considerarse contraria a la Constitución Política.

- **Principio de la doble instancia**

Señala la Corte, que si bien tanto las normas internacionales, como las nacionales consagran de manera expresa el principio de doble instancia como un derecho fundamental, en materia penal no toda decisión es apelable, sino que la lazada se contrae a los siguientes eventos:

- i) *la apelación puede ser promovida en todo caso contra la sentencia,*
- ii) *en materia penal no todo auto es apelable, sino que el artículo 20 de la Ley 906 de 2004, limita dicha posibilidad a tres concretas circunstancias (decisiones que se refieran a la libertad, afecten la prueba o tengan efectos patrimoniales), pero, además, incluso en estos casos advierte que pueden presentarse excepciones, las cuales deben consignarse en el mismo código.*

En suma, solo tres tipos de autos interlocutorios pueden ser recurridos en apelación, siempre y cuando no exista respecto de alguno de ellos una excepción legal.

En seguimiento de la norma rectora y respecto de la impugnación de los autos que deciden sobre la exclusión, rechazo o admisibilidad de pruebas en el juicio, el artículo 177 de la Ley 906 de 2004, en sus numerales 4º y 5º, preceptúa que la apelación se concederá en el efecto suspensivo contra,

«(...) 4. *El auto que deniega la práctica de prueba en el juicio oral; y 5. El auto que decide sobre la exclusión de una prueba del juicio oral*».

En esa medida, la forma en que el legislador reguló el tema de las pruebas y la posibilidad de impugnar las decisiones que los jueces toman sobre ellas, da cuenta de su intención expresa de diferenciar en qué eventos proceden o no los recursos contra dichas determinaciones, aspecto que no sólo corresponde a la libertad de configuración legislativa que le asiste, sino que por sí mismo no contraría el bloque de constitucionalidad o las normas rectoras que gobiernan el proceso penal vigente.

En este sentido, afirma el alto tribunal que la intención del Legislador va dirigida a que se puedan impugnar las providencias que **afectan** la práctica de las pruebas, entendido el termino subrayado como un sinónimo de perjuicio, alteración o menoscabo. En ese contexto, se concluye que 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.** (negrillas y subraya de la Sala)

Puede colegirse, entonces, que el legislador al consignar en el artículo 20 de la ley 906 de 2004, que dicha facultad de impugnación opera «*salvo las excepciones previstas en este código*», y establecer así mismo en el canon 177 *ibídem*, que la posibilidad de apelar únicamente se aplica respecto del interlocutorio que niega la práctica de pruebas en el juicio oral, quiso limitar de manera expresa el recurso de alzada, para aquellos autos que admiten la práctica de la misma.

Por lo demás, es necesario resaltar, si se dijera que el numeral cuarto en reseña no comporta los efectos que su literalidad claramente indican, habría que concluir que ninguna razón de ser tiene su inclusión normativa, pues se le vacía completamente de contenido si se afirma que también los autos que decretan pruebas pueden apelarse, evidente como se hace que la disposición jurídica en comento nunca se refiere a éstos casos, ni en el efecto suspensivo, ni en ninguno otro.

Ahora, en punto del numeral 5 del canon 177 ib., que regula el recurso de apelación contra el *«auto que decide sobre la exclusión de una prueba del juicio oral»*, y que, en la decisión del 13 junio de 2011, (CSJ SP, 13 Jun. 2012, Rad. 36562) fue interpretado como una norma en la cual no se hace distinción alguna sobre el sentido de la decisión, la Corte actualmente indica lo siguiente:

“En su sola verificación textual, la confrontación de los numerales 4° y 5° del artículo 177, parece entrañar una clara desarmonía o, mejor, una distinta solución para circunstancias que aparentemente operan similares.

Y, claro, la cuestión fundamental estriba en definir por qué si la solicitud de pruebas a practicar en el juicio únicamente permite el recurso de apelación cuando se niega, no ocurre igual con la exclusión de pruebas a introducir en ese momento procesal, que permite su impugnación vertical, sin distinción alguna en si se niega u otorga.

La razón de la diferenciación emerge evidente.

Es que, cuando se trata de la solicitud de exclusión de un elemento suasorio en poder de una parte, que esta solicita introducir al juicio oral, necesariamente se hace referencia a derechos fundamentales en juego, que se entienden afectados con la recolección o posible introducción del medio.

En estas circunstancias, como la decisión puede remitir a la vulneración o no de dichas garantías, se explica la razón para que en caso positivo o negativo pueda acudir al superior, pues si se acepta la inclusión del medio, puede pervivir el tema de derechos fundamentales afectados.

Lo anterior encuentra fundamento en que, como desde el principio se definió, la facultad del legislador para regular el recurso vertical se encuentra limitado por los casos en que se afecten derechos fundamentales, apenas natural surge que en tratándose de la exclusión probatoria, íntimamente ligada con éstos, se facultara en toda su extensión la posibilidad de impugnación.

Precisamente, ello se acompasa con la cita jurisprudencial referenciada al inicio (sentencia C-738 de 2006), en cuanto definió que la libertad de configuración

normativa respecto del tópico opera «siempre y cuando con esa determinación no vulnere normas constitucionales, especialmente, las que consagran derechos fundamentales de las partes procesales».

En este punto, la Corte quiere hacer hincapié en la necesidad de que los jueces controlen adecuadamente la solicitud de pruebas y sus efectos, pues es factible que las partes acudan al mecanismo de exclusión para evadir la limitación del recurso de apelación que aquí ha quedado claro existe frente la impugnación de autos que resuelven sobre peticiones probatorias.

Al efecto, se debe precisar que el tema de exclusión necesariamente está vinculado con la vulneración de derechos fundamentales, dentro del escenario de la prueba ilícita y no apenas la ilegal, lo que obliga de quien se opone a ella presentar una argumentación dirigida exclusivamente a demostrar la vulneración de tales garantías.

De no ocurrir así, ha de resaltarse, que al juez le compete rechazar de plano la argumentación y la petición que alrededor de ella se eleve, acorde con lo establecido en el ordinal primero del artículo 139 de la Ley 906 de 2004, dada la abierta improcedencia de lo solicitado.

En otro orden de ideas, el argumento referido a que el artículo 363 del CPP - atinente a la suspensión de la audiencia preparatoria durante el trámite de la apelación sobre pruebas-, no distingue el sentido de la decisión impugnada, es fácilmente controvertible, pues, de un lado, la norma no se refiere a la solicitud probatoria de las partes, sino a la necesidad de suspender la diligencia en su integridad, razón por la cual no tendría por qué precisar si la apelación se está surtiendo sobre la negativa o aceptación; y del otro, ya se tiene claro que en caso de solicitarse la exclusión de un elemento probatorio para ingresar al juicio, sí es posible impugnar la aceptación, lo que conduce a concluir que el artículo no podía limitarse a la negativa en cuestión.

Atinente al fundamento vertido en la postura que hoy se reconsidera, según el cual es dable la apelación de la providencia que accede a una prueba, toda vez que el artículo 177 de la Ley 906 de 2004, en su inciso segundo, incluye como determinación contra la que procede la alzada en el efecto devolutivo, el auto que admite la práctica de la prueba anticipada, la Corte debe señalar que dicho argumento resulta etéreo y por completo ajeno al tema de debate, pues, pierde de

vista el carácter excepcional de ese instituto procesal, en tanto, se trata, no de una decisión individual, sino de un diligenciamiento independiente que por la ostensible afectación del principio de inmediación –medular a la sistemática acusatoria y, en particular, al debido proceso probatorio–, obliga de tramitación especial, al punto que requiere la decisión, no del juez de conocimiento, sino de aquél que cumple funciones de control de garantías.

Adicionalmente, en atención a su especialidad y los derechos en juego, la decisión que admite abrir audiencia ante el juez de control de garantías para practicar allí la prueba anticipada, reclama de la posibilidad de apelación, cualquiera sea su sentido. Esto, por cuanto, para abundar en razones, es precisamente la aceptación de la prueba el factor que puede estimarse afecta más profundamente derechos.

Dígame, por último, que la Sala no puede advertir, y en la jurisprudencia que busca recogerse tampoco se especifica, cómo la posibilidad de que sólo la negativa a la práctica de pruebas pueda ser objeto de apelación, afecta el carácter adversarial del sistema acusatorio, como quiera que, ya se entiende suficientemente decantado, la filosofía del principio en cuestión no se agota o satisface apenas a través de ese medio.

En efecto, la estructura del proceso penal, que diseña escenarios diferentes en curso del mismo, permite observar la existencia de mecanismos de variada estirpe en los cuales se materializa el antagonismo propio de la adversarialidad propuesta, con plenas posibilidades de contradicción y confrontación.

En especial, limitados al tema probatorio, al interior de la audiencia preparatoria, el concepto adversarial se materializa, no a partir de la posibilidad de apelar la negativa de pruebas, sino en momentos anteriores, de conformidad con el artículo 359 de la Ley 906 de 2004, dado que las partes podrán solicitar al juez la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios suasorios que resulten impertinentes, inútiles, repetitivos, ilegales u obtenidos con violación de los requisitos formales; además, durante el desarrollo del juicio oral, se puede contrainterrogar a los testigos, o poner en tela de juicio la validez y contenido de documentos, o discutir respecto de los elementos materiales probatorios o evidencia física allegados, para no hablar de la posibilidad de allegar medios propios que se opongan a los de la contraparte.

Corolario de lo antedicho, ninguna mengua sufre la estructura del sistema acusatorio, o los derechos a la doble instancia y contradicción, cuando el legislador, en ejercicio del poder de configuración que le asiste, reflejado en la normatividad traída a colación en esta providencia, decidió que solo se puede apelar el auto que deniega o imposibilita la práctica de una prueba –no el que la concede–; más aún, si en cuenta se tiene, de cara a los límites de esa facultad, que no se aprecia i) un atentado a los fines del Estado, tales como la justicia o la igualdad, ii) violación a los derechos fundamentales de las partes, iii) desconocimiento de los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la definición de las formas e, iv) imposibilidad de la realización material de los derechos y de primacía del derecho sustancial sobre las formas, conforme lo ha señalado la Corte Constitucional (CC C-227/09).

Precisamente, en torno de los fines que gobiernan la práctica de pruebas y su naturaleza de medios encaminados a demostrar la particular teoría del caso de las partes, observa la Sala cómo, dentro del necesario balanceo obligado de hacer en la determinación de cuál es la mejor manera de adelantar el proceso y los sacrificios que ello implica, con la decisión legislativa de conceder el recurso de apelación solo para la decisión que deniega pruebas, se obtiene un resultado mejor que en caso de aceptarlo en general.

En efecto, cuando se niega la práctica de determinada prueba, ello de inmediato anula cualquier posibilidad de hacer valer la información que ella contiene e incluso se puede afectar fuertemente la teoría del caso de la parte, si la misma se fundamenta en ese elemento de juicio.

Así se entiende que la decisión denegatoria deba posibilitar la alzada, visto el daño que puede producir.

De manera diferente, si el juez acepta la práctica de determinado medio de convicción, no sólo se habilita que su contenido pueda ser utilizado para soportar la tesis de la parte, sino que, además, existe la posibilidad de controvertir esa determinada prueba directamente a partir del ejercicio de confrontación o con la presentación de otros elementos de juicio que la confute.

Además de lo anotado, no puede pasar por alto la Sala cómo en la jurisprudencia vigente objeto de examen, se dice que con la posibilidad de apelar el auto que admite la prueba, se materializan los principios de depuración y eficacia.

Dejando de lado si el de depuración puede entenderse principio o no, y cuáles son su naturaleza y efectos, es lo cierto que la práctica judicial ocurrida con posterioridad a la expedición de la sentencia en comento, lejos de advertir cumplido el principio de eficacia, informa todo lo contrario.

En efecto, día a día se registra, de conformidad con los procesos que ingresan a la Corte, cómo esa habilitación para que se pueda impugnar la decisión que admite la prueba, ha sido utilizada a manera de mecanismo claramente dilatorio del proceso, al punto que se erige en la única razón que gobierna, la más de las veces, el recurso, independientemente de los motivos que sustenten la pretensión de la defensa.

Ello, en evidente contravía, no solo de lo que la norma registra, como se anotó ya, sino de los principios de eficacia, celeridad, economía procesal y concentración.

*Así las cosas, para la Sala respecto del auto que admite pruebas (numeral 4° del artículo 177 de la Ley 906 de 2004), **únicamente procede el recurso de reposición**, mientras que contra el que deniega o imposibilita la práctica de las mismas, sí es dable promover el de apelación”*

6. CASO CONCRETO

En el caso que nos ocupa, se advierte que la defensa interpuso recurso de apelación contra una decisión de la juez de primer grado de decretar como prueba documental de la Fiscalía, un trabajo de inspección judicial a un expediente de la ley 600 del 2000 y además alega un descubrimiento probatorio incompleto.

Al respecto, tal y como se dijo en acápites anteriores, la Sala debe inhibirse de resolver el recurso formulado, por tratarse de la apelación contra una decisión que **DECRETÓ** la práctica de una prueba documental oportunamente solicitada por la Fiscalía, la cual por su naturaleza no es susceptible de recurso, tal y como se plasmó de manera extensa, sin que el uso equivocado de términos como **EXCLUSION Y RECHAZO**, cambie al altere el sentido de la pretensión de la defensa.

Hay que destacar que la determinación discutida no comporta una exclusión probatoria o una situación sobreviniente a la audiencia preparatoria, por lo tanto, no se puede pretender la supresión de unos elementos materiales de prueba, decretados en su oportunidad, pues contra ese proveído, a voces del citado artículo 177 del Código Procesal Penal, no procede la alzada.

En todo caso, dicho auto, admitía reposición, y no apelación como se ha dicho; sin embargo, aquél tampoco fue propuesto en tiempo.

En cuanto a la solicitud de rechazo de unos CD'S por descubrimiento incompleto, como se dijo en precedencia, dichas evidencias fueron decretadas como prueba y por ende el recurso interpuesto deviene en improcedente, debiendo la apelante controvertir su contenido en la audiencia de juicio oral, escenario propicio para cuestionar su validez y su veracidad.

De otra parte, no puede esta Sala dejar de hacer un llamado de atención a la defensa cuando, contrariando la verdad, alega un sorprendimiento con la solicitud de unos medios de prueba, a sabiendas de que ella reconoció que le fueron entregados por la Fiscalía de manera oportuna, cosa diferente es que el ente acusador no haya discriminado en forma detallada cada aspecto del contenido que pretende utilizar, pero ello es un aspecto que en nada perjudica a la defensa, ni mucho menos puede utilizarse como un pretexto para alegar un sorprendimiento, cuando es a ella a quien correspondía examinar previamente el material entregado y verificar en qué consistía. De manera que este inadmisile pedimento, a juicio de esta magistratura constituye una actitud dilatoria que riñe con los postulados de la buena fe y la lealtad procesal consagrados en el artículo 12 de la Ley 906 de 2004, así como con los deberes impuestos a las partes, al tenor de lo previsto en el canon 140, numeral 2, del mismo estatuto.

Por tal razón, se requiere a la defensa para que, en lo sucesivo, prescinda de aquellas pretensiones sin soporte factico o jurídico que puedan dilatar aún más el proceso, situación que de repetirse conllevaría la expedición de copias disciplinarias.

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, Sala de Decisión Penal,

RESUELVE

PRIMERO: ABSTENERSE de desatar el recurso de apelación interpuesto, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Contra esta decisión no procede ningún recurso.

TERCERO: DEVOLVER el expediente al Juzgado de origen para continuar con la actuación.

CÚMPLASE

OSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ
Magistrado

LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO
Magistrado

RICARDO DE LA PAVA MARULANDA
Magistrado