REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO

SALA DE DECISIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Pereira, veintinueve (29) de julio de dos mil once (2011).

ACTA DE AUDIENCIA PÚBLICA No 501

SEGUNDA INSTANCIA

Hora:	10:00 a.m.
Imputado:	Jhon Fredy Hernández González
Cédula de ciudadanía No:	18´520.366 de Dosquebradas (Rda.)
Delito:	Homicidio y Porte Ilegal de Arma de Fuego
Occiso:	Harrison Correa Arias
Procedencia:	Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pereira con funciones de conocimiento, en comisión en Dosquebradas (Rda.)
Asunto:	Decide la apelación interpuesta por la Fiscalía contra el auto interlocutorio de 10-06-11, por medio del cual se negó la introducción en juicio de unas entrevistas recibidas por la Fiscalía a los testigos de la contraparte. SE CONFIRMA.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira pronuncia la decisión en los siguientes términos:

1.- hechos Y precedentes

La situación fáctica jurídicamente relevante y la actuación procesal esencial para la decisión a tomar, se pueden concretar así:

1.1.- Lo ocurrido fue puesto en conocimiento por la Fiscalía General de la Nación en los siguientes términos:

> "El día 14 de noviembre de 2010, siendo aproximadamente las 19:30 horas, se encontraban HARRISON CORREA RIOS en compañía de JHON FABIAN GRAJALES ingiriendo bebidas embriagantes al interior (sic) del establecimiento ubicado en la calle 56B No 16-05 barrio San Diego de este municipio -Dosquebradas-; cuando llega al sitio **JHON FREDY HERNÁNDEZ GONZÁLEZ** provisto de un arma de fuego para lo cual no tenía permiso para su porte y la acciona en dos ocasiones en contra de la humanidad de Harrison Correa Arias, ocasionándole graves lesiones en su cuerpo lo que le produjo posteriormente la muerte en el hospital Santa Mónica de este municipio, a donde fue remitido.
>
> Hechos que motivaran el desarrollo de los respetivos actos de investigación, entre los que se obtuvieran entrevistas de dos testigos presenciales de los hechos, entre ellos una de las personas que se encontraba departiendo con el obitado; quienes narran detalladamente la forma como el agresor da muerte al hoy obitado Harrison Correa Arias, afirmando que aunque desconocen su identidad, se encuentran en capacidad de reconocerlo, pues dicen recordar sus características físicas, afirman además la gente comenta que el sujeto que dio muerte a Correa Arias es reconocido en el sector como alias Sombra, perteneciente a las bandas de los barrios El Martillo y San Diego de este municipio".

1.2.- A consecuencia de ese suceso y ante el no allanamiento unilateral o bilateral a los cargos por parte del indiciado, la Fiscalía presentó formal escrito de acusación el 17-02-11, por medio del cual atribuyó autoría material a **JHON FREDY HERNÁNDEZ GONZÁLEZ** en los punibles de *homicidio* y *fabricación, tráfico y porte de arma de fuego o municiones*, a voces de los artículos 103 y 365 del Código Penal.

1.3.- El asunto pasó al conocimiento de la Juez Penal del Circuito con sede en Dosquebradas (Rda.), autoridad que por haber conocido en segunda instancia un trámite correspondiente al control de garantías se declaró impedida. La titular del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pereira a quien correspondió la carpeta por reparto, admitió el impedimento y asumió el conocimiento del asunto a cuyo efecto se le concedió comisión para su desplazamiento al municipio de Dosquebradas con el fin de conocer las audiencias de formulación de acusación (16-03-11) y preparatoria (08-04-11 y 10-06-11).

1.4.- Al momento de la audiencia preparatoria, la delegada Fiscal puso de presente a la señora juez de conocimiento, que en atención a que la defensa habló de unas pruebas testimoniales que haría valer en el juicio, el organismo a su cargo entrevistó varios de esos testigos y es su deseo dejar a disposición de la defensa el resultado de las mismas. Anuncia entonces que las utilizará en el juicio para confrontar los dichos de esos deponentes cuyos nombres son: JHON ALEXÁNDER HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, MARÍA

NELLY ORTIZ JARAMILLO, ANA MILENA ROBLEDO, ESTELLA GARCÍA ORTIZ, LUZ DARY BETANCURT, MARIA RUBIELA ZAPATA GIL, LUZ YANETH MARTÍNEZ CEBALLOS y JORGE IVÁN VALENCIA SALAZAR. Deja en claro, por supuesto, que esa labor no se había realizado antes porque no conocía la existencia de esos testigos.

1.5.- El defensor se opuso a la introducción de esas entrevistas así obtenidas porque le parece grave que el ente acusador en ningún momento avisó que iba a obrar de esa manera, razón por la cual solicita que la Fiscalía "respete a sus testigos"; además, refirió que sus testigos le comentaron que la policía judicial los estaba presionando, y le parece mal que la Fiscalía obtenga entrevistas para ser presentadas "sorpresivamente" en el juicio en forma ilegal. La delegada del órgano persecutor replicó que tuvo que realizar actos de investigación en orden a esclarecer la realidad de lo sucedido, toda vez que el defensor anunció unas entrevistas que iba a llevar al juicio pero en ningún momento le hizo entrega de las mismas.

1.6- La juez de conocimiento consideró que la Fiscalía no podía proceder de esa manera toda vez que no se estaba en presencia de "pruebas comunes" que solo son admisibles por vía excepcional; además, que el órgano de acusación puede tener esas entrevistas "para su trabajo investigativo", pero que no las puede presentar en juicio para impugnar credibilidad o refrescar memoria dentro del contrainterrogatorio, a cuyo efecto solo puede utilizar aquellas que haya realizado el defensor y que sean descubiertas.

1.7.- Contra esa determinación la Fiscalía interpuso recurso de apelación, que sustentó así: (i) es un derecho de las partes realizar actos de investigación aún ad portas del juicio oral; (ii) una de esas testigos es la supuesta novia del occiso, pero se logró establecer que en verdad no era tal novia; (iii) en ningún momento la Fiscalía ha hablado de "testigos comunes", lo que se pretende es el uso de esas entrevistas para efectos de impugnar la credibilidad en el contrainterrogatorio y únicamente para lo que la ley permite; y (iv) no está vedada por ley la posibilidad de entrevistar testigo de la defensa, con mayor razón cuando ello se hizo con la observancia de todos los parámetros legales y sobre el conocimiento que tienen de estos hechos. Solicita en consecuencia a esta Colegiatura se revoca la decisión y en su lugar se admite el uso de esas entrevistas en el juicio oral.

1.8.- Como partes no recurrente hicieron uso de la palabra tanto la defensa como la Procuraduría Judicial.

El defensor sostuvo: (i) es la primera vez que escucha que la Fiscalía tiene derecho a entrevistar sus testigos, y le parece que es un "adefesio jurídico"; (ii) lo único que faltaba era que perdiera todos sus testigos de una manera ilegal, porque no encuentra en la constitución, ni en el bloque de constitucionalidad, que la Fiscalía pueda entrevistar los testigos de la defensa; (iii) insiste en que sus testigos fueron presionados por la policía judicial, y que esa orden de presión proviene de la Fiscalía para efectos de poder tomar esas entrevistas; (iv) dónde consta que la Fiscalía es juez y parte, aquí le parece que se obró con deslealtad y sin igualdad de armas; y (v) no ve a qué juicio va a asistir si "se quedó sin testigos". En esos términos solicita de esta Corporación la confirmación de la providencia.

Por su parte, el delegado del Ministerio Público argumentó que aunque es partidario que se confirme la decisión, no por ello comparte a plenitud de intervención del señor defensor. Recuerda que cuando la Fiscalía presenta su anexo de pruebas con el escrito de acusación, siempre menciona los testigos con sus correspondientes direcciones, esto, con el fin de que una vez son descubiertos a la defensa, ésta pueda por medio de sus investigadores o directamente entrevistar a los testigos de cargo. En ese orden y con igual rasero, estima que la Fiscalía también puede entrevistar a los testigos de la defensa, pero con una característica, y consiste en que lo debe hacer personalmente y no por intermedio de la policía judicial; en cambio, el defensor lo puede hacer directamente o a través de sus investigadores y que eso "no quita ni pone". Indica además, que si esas entrevistas de la Fiscalía las hace "por escrito", no se pueden usar en juicio que porque "el contrainterrogatorio cruzado se limita exclusivamente a lo que el testigo diga". En síntesis, no se puede impedir que la Fiscalía se acerque a los testigos de la defensa, pero no se debe dar lugar a la introducción al juicio de entrevistas escritas.

1.9- Ante la oportuna interposición y sustentación del recurso de alzada, la a quo concedió el recurso en el efecto suspensivo y dispuso la remisión de los registros pertinentes a esta Corporación.

3.- consideraciones

2.1.- Competencia

La tiene esta Colegiatura de conformidad con los factores objetivo, territorial y funcional a voces de los artículos 20, 34.1 y 178 de la Ley 906 de 2004 -modificado este último por el artículo 90 de la Ley 1395 de 2010-, al haber

sido oportunamente interpuesta y debidamente sustentada una apelación contra providencia susceptible de ese recurso y por una parte habilitada para hacerlo -en nuestro caso la defensa-.

2.2.- Problema jurídico planteado

Corresponde en esta ocasión al Tribunal dilucidar en forma concreta si la contraparte en el sistema penal acusatorio tiene o no el derecho a acceder a los testigos de la parte que los presenta como pruebas, con el fin de entrevistarlos y de ese modo preparar en debida forma el contrainterrogatorio que por ley le corresponde.

2.3.- Solución a la controversia

Queda claro que nos encontramos en la audiencia preparatoria y que dentro de ese acto público la Fiscalía anunció que ha entrevistado a los testigos anunciados y descubiertos por el órgano de la defensa, y que lo hizo con el fin de preparar el contrainterrogatorio que por ley le corresponde, a cuyo efecto su interés es que se permita por la judicatura la introducción y uso apropiado de ese trabajo dentro de la audiencia de juicio oral.

El defensor se opone a esa pretensión porque considera que esa prueba testimonial es exclusiva para su teoría del caso y que por lo tanto allí no tiene incumbencia alguna el órgano persecutor; además de poner de presente que esas personas que acudirán como declarantes le informaron que contra ellos se ejerció presión de parte de la policía judicial. El Ministerio Público es del criterio que la Fiscalía sí puede acceder a esos testigos con el fin de tomarles entrevistas para los fines del ulterior interrogatorio, pero que eso lo debe hacer la Fiscal en forma directa y no por intermedio de los investigadores. La juez de conocimiento, por su parte, afirma que el ente fiscal no puede hacer eso y que por lo mismo no permitirá la introducción al juicio de esas entrevistas, dado que: "esos testigos son testigos de la defensa, y la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha sido muy clara respecto a que cada parte tiene sus elementos materiales probatorios, y no pueden haber prueba en común, muy excepcionalmente pueden haber pruebas en común". A consecuencia de ese principal entendimiento, la a quo también indicó: (i) que la Fiscalía puede tener esas entrevistas para su trabajo investigativo, pero no las puede hacer valer en el juicio; y (ii) que si el defensor tiene entrevistas a esos testigos, la Fiscalía las podrá usar para impugnar credibilidad o para refrescar memoria.

La argumentación que posee la Colegiatura acerca de tan singular punto problemático tendrá como ejes centrales los siguientes: (i) fines del descubrimiento probatorio; (ii) principio de igualdad de armas; y (iii) principio de comunidad probatoria.

La regla procesal indica, por supuesto, que las partes pueden entrevistar a sus respectivos testigos con el fin de preparar su particular teoría del caso; empero, por parte alguna existe prohibición expresa en el sentido de que igual proceder lo realice con los testigos de la contraparte.

Ante esa no existencia de norma prohibitiva, el cuestionamiento debe girar por tanto en pro de la protección de esos principios a los cuales la Sala ha hecho referencia, porque ante esa ausencia de norma reguladora, para poder rechazar la actividad procesal de una parte la autoridad judicial solo podría esgrimir razones fundadas en esos esquemas rectores del sistema adversarial.

En esa dirección, el Tribunal dirá que a su juicio no existe ningún motivo de peso que pueda aducirse para negar un proceder de esa naturaleza, y los que fueron expuestos ante la primera instancia en verdad no se ajustan a los fines del sistema acusatorio.

Es sabido, que una de las finalidades del descubrimiento probatorio, es permitir que la contraparte conozca el contenido y el propósito de la prueba anunciada; pero más allá de eso, para que la parte contra la cual se aducirá en juicio, pueda hacer uso, en el caso de la testimonial, del contrainterrogatorio cruzado.

En ese contrainterrogatorio es válido el uso de los llamados medios de refutación y contrarrefutación, entre los cuales están las entrevistas o escritos para refrescar memoria, sin que por parte alguna ellos se limiten a los que la misma parte que presenta la prueba ofrezca; es decir, que esos medios de refutación pueden ser de la más variada índole, y allí se incluyen, por supuesto, los que la contraparte logre obtener con esa finalidad de aminorar la credibilidad del exponente.

Otra finalidad de ese descubrimiento, es hacer pública la prueba, bajo el entendido que no pueden existir medios de conocimiento que soporten un fallo judicial de carácter reservado. En esos términos, hacer público un medio de prueba significa que a él pueden tener acceso los sujetos que intervienen en la actuación procesal.

Precisamente allí se entrelaza ese principio con el de la comunidad de prueba, pero no en los términos en que lo comprendió la juez de primer grado cuando dijo que solo por excepción se autorizaban las "pruebas comunes", porque obviamente lo que está solicitando la Fiscal del caso no es que se le permita acceder a una prueba común dado que ella respeta la iniciativa probatoria de la defensa en cuanto a que ese es un testigo de descargo y será por tanto el defensor quien lleve las riendas del interrogatorio, sino que, y ello es bien diferente, no se le cercene el derecho a preparar el contrainterrogatorio para lo cual está facultada por ley.

Y mírese cómo explicó el órgano de cierre en materia penal el principio de comunidad probatoria en armonía con el de igualdad de armas, cuando dejó en claro que quien aduce una prueba no puede pedir su exclusividad en el uso:

> "[…] la finalidad del descubrimiento probatorio al terminar la audiencia de acusación y durante el desarrollo de la audiencia preparatoria[1], no es otro distinto que el de hacer efectivo el principio de ***igualdad de armas***, de acuerdo con el cual en un procedimiento de tendencia adversarial como el que está en vía de implementación en Colombia no cabe admitir la supremacía de una parte frente a las demás, y puesto que se estima que éstas y los intervinientes están amparadas con las mismas oportunidades de contradicción, en materia probatoria han de tener "*las mismas noticias respecto del proceso y pueden utilizar los mismos medios de prueba*"[2].
>
> De ahí que una vez que las partes han descubierto los elementos materiales probatorios con los que cuentan para sustentar su pretensión, tal transparencia o publicidad de las "*armas*" que cada una esgrimirá, **permite al adversario explorar y tener contacto con esos elementos de convicción, obviamente en aras de su contradicción, e incluso sin que nada se oponga a que gracias a ese conocimiento, una vez llegado el momento de concretar o solicitar los medios de prueba, una parte opte por solicitar un elemento probatorio descubierto por la otra, para emplearlo desde otra perspectiva y en beneficio de sus propios intereses.**

---

[1] Ley 906 de 2004, artículo 344 y 356.
[2] López Barja Quiroga, Jacobo. Ob. Cit. pág. 342.

> "Lo anterior también encuentra explicación en otro principio de teoría general de la prueba, conocido como "***comunidad de la prueba***"[3], y que aplicado a la sistemática procesal de la Ley 906 de 2004, se traduce en que descubierto un elemento de conocimiento, la parte que así lo introduce al debate no puede reclamar exclusividad frente al mismo con la pretensión de que su contradictor renuncie o se abstenga de emplearlo en su beneficio; así mismo aquél apotegma implica que una vez producida la prueba dentro del juicio oral con observancia de sus formalidades y respeto de las garantías de las partes e intervinientes, la prueba pertenece al proceso, y su resultado perjudica o favorece a cualquiera de ellas con prescindencia de quien haya sido su oferente".[4] -negrillas excluidas del texto-.

Ahora, si se analiza el asunto problemático a la luz del principio de igualdad de armas, se extraña la Colegiatura de la afirmación según la cual: "nunca se había visto que una parte se entrometiera en la prueba del contrario", cuando se sabe, incluso en la praxis cotidiana, que los defensores han solicitado de la Fiscalía igual proceder, es decir, que se aporten las direcciones de los testigos de cargos para efectos de preparar el contrainterrogatorio defensivo. Y si esa ha sido la pretensión constante y justa de los defensores, se pregunta la judicatura: ¿cuál la razón para que el ente acusador no tenga similar derecho?

Para presentar un caso concreto y demostrar que el problema no ha sido nuevo en los estrados judiciales, basta citar un precedente de esta misma Sala de Decisión donde fungió como ponente quien hoy cumple igual función y que data del 15-06-10, con radicación 661706000066200900959, en el cual la Fiscalía le solicitó a la titular del despacho de conocimiento que dispusiera lo necesario para que pudiera tener acceso a los testigos de la defensa y para ello requería sus direcciones, tal como el ente acusador lo había hecho con los testigos propios y a favor de la defensa, a cuyo efecto la directora de la audiencia le concedió tres días a la defensora para proceder en esa dirección.

En el citado precedente, el debate se centró, no propiamente en cuanto al derecho que tenía la Fiscalía para hacer ese tipo de peticiones, porque eso

---

[3] Jauchen, Eduardo M. "*Tratado de la prueba en materia penal*", Rubinzal-Culzoni, 2004, pg. 37.
4. *C.S.J.*, casación penal del 28-11-07, radicación 28656, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

se dio por descontado como quiera que la defensa, consciente de ese deber de su parte no confrontó tal posición, sino que la decisión final se concentró en la exclusión o no de los medios probatorios de la defensa ante la no entrega oportuna de esas direcciones al órgano persecutor. Es decir, que ya se había superado por la judicatura y por las partes confrontadas ese dilema de si se tenía o no el deber de descubrir y de permitir el acceso de la contraparte a los testigos propios, y la discusión jurídica había pasado a un plano superior, nada menos que el de la exclusión por haberse omitido precisamente ese deber. Para esa ocasión el Tribunal optó, con fundamento incluso en la jurisprudencia nacional atrás mencionada, por la no exclusión, pero no porque la contraparte no tuviera ese derecho de entrevistar a los testigos de la defensa, sino porque para ese evento en particular la defensa había ofrecido una justificación válida para la tardanza en el suministro de esas direcciones.

Como vemos, no hay lugar a decir que el proceder de la señora Fiscal sea contrario a los principios que orientan el sistema acusatorio; tampoco puede decirse que haya obrado en forma desleal; ni mucho menos que pretenda introducir al juicio elementos extraños como si los testigos fueran pedidos por ella. Por el contrario, la delegada obró en consonancia con las reglas que orientan el procedimiento adversarial, y lo pedido a la juez de instancia no era nada diferente que le permitiera correr traslado al defensor de las entrevistas obtenidas para evitar un sorprendimiento.

De conformidad precisamente con el citado principio de igualdad de armas y además en acatamiento al fin último de obtener la verdad real que pretende la administración de justicia, no se puede negar a la parte contraria el derecho que la ley le confiere de preparar el contrainterrogatorio, porque así como la parte interesada en la prueba planea en debida forma su interrogatorio y para ello entrevista previamente al testigo, incluida la prevención especial ante potenciales testigos hostiles, del mismo modo la contraparte puede hacer uso de la entrevista como medio de refutación con similar finalidad; con mayor razón en un caso como el presente, en donde se informa que la defensa anunció que tenía unas entrevistas pero en momento alguno le fueron entregadas a la Fiscalía para las funciones a ella asignadas.

En ese orden de ideas y para penetrar en una interesante inquietud sembrada por el Procurador Judicial, quien expresó que sí era partidario que se permitiera a la Fiscalía entrevistar a los testigos de la defensa, pero siempre y cuando se hiciera en forma personal por la delegada y no a través

de la policía judicial. En criterio de la Sala resulta indiferente si la entrevista en uno y otro caso la recibe la parte directamente o por intermedio de uno de sus investigadores, porque es entendido que tanto la Fiscalía como la Defensoría Pública, o incluso la defensoría privada, tienen derecho a la utilización de investigadores oficiales o particulares que servirán de testigos de acreditación si ello fuere necesario en el desarrollo del juicio oral. Lo dicho, bajo el entendido que esos brazos extendidos de cada órgano de acusación o defensa, obran bajos sus órdenes y control, y que de existir excesos en su proceder, como bien lo aseveró el Ministerio Público, habría lugar por supuesto a las investigaciones disciplinarias o penales que fueran del caso.

No puede ser equitativo en un sistema adversarial, el plantear que la defensa sí tiene el derecho de acceder a los testigos de cargo que presenta la Fiscalía desde su anexo al escrito acusatorio con todo y direcciones, entrevistarlos y presentar esas entrevistas escritas a efectos de programar su contrainterrogatorio, pero que a su turno la Fiscalía no puede hacer lo mismo, y que se tiene que limitar a dialogar con esos testigos de descargo pero nada más. Eso no persuade, no es convincente de cara al principio de igualdad de armas, ni tampoco se extrae en modo alguno de la jurisprudencia de 28-11-07, radicación 28.656, que coincidencialmente es la misma que utilizó este Tribunal para el caso ya juzgado de similar estirpe, y ahora nos sirve por supuesto para negar la confirmación que aquí se solicita.

Puede decirse en cambio, que la posición que asume el Tribunal en cuanto a la posibilidad de recoger en forma escrita las entrevistas para este fin específico, tanto por los investigadores -incluida por supuesto la policía judicial-, como por las partes directamente, está ceñida a lo dispuesto por los artículos 206, 271, 347, 393 literal b, y 403 de la ley 906 de 2004, y a las sentencias de casación penal de 09-11-06, radicación 25.738, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez, y de 12-05-08, radicación 28.847, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés.

En esos términos, la Sala no observa ningún proceder indebido de parte de la Fiscalía General de la Nación y dispondrá en consecuencia que no hay lugar al rechazo de las entrevistas así obtenidas para ser utilizadas durante el contrainterrogatorio en juicio, siempre y cuando, por supuesto, se corra traslado previo de las misma a la defensa.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Rda.), Sala de Decisión Penal, **REVOCA** la decisión apelada y en su lugar

dispone que se permita a la Fiscalía hacer uso de las entrevistas por ella obtenidas como medios de refutación de la credibilidad de los testigos de la defensa, previo traslado.

Esta providencia queda notificada en estrados y contra ella no procede recurso alguno.

Los Magistrados,

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE GLORIA AMINTA ESCOBAR CRUZ

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

El Secretario de la Sala,

JAIRO ALBERTO LÓPEZ MORALES