REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA
SALA DE DECISION PENAL

Magistrada Ponente

GLORIA AMINTA ESCOBAR CRUZ

AUTO INTERLOCUTORIO DE SEGUNDA INSTANCIA

Pereira, miércoles treinta (30) de noviembre de dos mil once (2011)

Hora: 9:30 a.m.

Aprobado según Acta No. 816.

Radicación:	*66045-31-89-001-2011-00021-01*
Procesada:	*Eliécer Vargas Castaño*
Delito:	*Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y violación a los derechos patrimoniales de autor.*
Procedencia:	*Juzgado Promiscuo del Circuito de Apia*

ASUNTO:

Se procede a decidir lo concerniente al recurso de apelación interpuesto por el representante de la defensa contra la decisión mediante la cual el Juzgado Promiscuo del Circuito de Apia, admitió la introducción de un elemento material probatorio en el juicio oral seguido contra ELIÉCER VARGAS CASTAÑO, por los delitos de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y violación a los derechos patrimoniales de autor.

ANTECEDENTES:

La Fiscal Delegada para el caso, radicó escrito de acusación contra ELIÉCER VARGAS CASTAÑO por los delitos de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y violación a los derechos patrimoniales de autor[1], acusación que fue formulada en audiencia pública realizada ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Apia[2], mismo que luego realizó la audiencia preparatoria dentro de los cánones legales[3].

Luego de algunos aplazamientos, se dio inicio a la audiencia del juicio oral el 15 de noviembre último y luego de cumplidos los ritos legales, se procedió a recibir el testimonio de FREDY ANDRÉS PELÁEZ RÍOS como prueba pedida por la Fiscalía, con quien se va a introducir el informe de investigador de campo correspondiente a la prueba PIPH que se practicó a la sustancia decomisada. Sometido a interrogatorio el testigo por el defensor respecto de la cadena de custodia, deliberó sobre la legalidad del documento y manifestó su oposición a la introducción en juicio de este EMP, porque lo considera ilegal, de acuerdo con el artículo 376 del C. de P. Penal, considerando que ella causa grave perjuicio a su defendido y colaciona jurisprudencia referida al tema.

La señora Fiscal pide la admisión del documento y hace igual referencia a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Decisión impugnada.

Consideró que la prueba determinada como informe de investigador de campo, debe ser admitida dentro del juicio, porque lo expuso en la

[1] Documentos de folios 4 a 7 de la carpeta.
[2] Véase acta del 28 de febrero de 2011 a folios 18, 19 y 20.
[3] Obra el acta de fecha 5 de abril de 2011, a folios 32-34.

jurisprudencia anotada por la señora Fiscal, la situación que genera el análisis del manejo de la prueba, no es de orden excluyente, sino que la veracidad o contundencia de la prueba, debe ser analizada y determinada al momento de proferir la sentencia. Por tanto en este momento no resiste una exclusión, además de que la defensa le ha dado validez al haber contrainterrogado a los aspectos que dieron origen a dicha prueba. Por último indicó que proceden los recursos de reposición y de apelación y el señor defensor, manifestó que interpone el de alzada, el que fue concedido.

Del recurso.

El defensor -recurrente- en su censura refirió inicialmente a la sentencia referenciada por la Fiscalía, sobre la autenticidad del elemento probatorio, siendo claro que él no hace referencia a la sustancia estupefacientes, sino que ha especificado que las cajetillas de fósforos son elementos materiales probatorios ya que se dice que la sustancia estupefaciente estaba en ellas. Al ser esas tres cajetillas destruidas se da una ilegalidad frente a la producción de ese examen de ese perito, como la ruptura de ese elemento material probatorio, que es un todo y al destruirse una parte del mismo, produce la ilegalidad del perito frente a determinar la sustancia estupefaciente. No se puede dividir la cadena de custodia y desechar uno y escoger el que le conviene a la Fiscalía; pidió finalmente la revocatoria de la decisión a quo.

La Fiscalía -no recurrente- pidió mantener la decisión, porque no se trata de prueba ilegal y el principio de exclusión, de acuerdo con la afectación de su validez, no es anular el proceso ni excluirla del debate porque la informalidad que puede afectar la prueba es particular. Se trata de una prueba legal y se cuestiona la no conservación de los empaques contenedores de la sustancia, sin que

esto desconozca las formalidades sustanciales para el recaudo de esta evidencia física, como lo es la sustancia estupefaciente, ni que se hayan desconocido o vulnerado derechos fundamentales del acusado. Solo podría contemplarse como sanción su inexistencia, pero no debe ser excluida del proceso la prueba de PIPH.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

Factor de competencia.

Es competente esta Sala para emitir pronunciamiento en torno al recurso invocado, por los factores objetivo territorial y funcional, a voces de los artículos 34 de la Ley 906 de 2004; y 93, 94, 95 y 96 de Ley 1395 de 2010.

Problema jurídico.

Corresponde a esta Colegiatura determinar el grado de acierto de la señora Juez al otorgar el recurso de apelación a instancias del defensor contra la decisión que se abstuvo de inadmitir la aducción de un elemento material probatorio a cargo de la Fiscalía.

Solución a la controversia.

El tema en discusión se concentra en la oposición de la defensa frente a la solicitud probatoria de la Fiscalía para que se introduzca como elemento material probatorio, una experticia técnica rendida por su perito FREDY ANDRÉS PELÁEZ RÍOS quien rinde declaración en desarrollo del juicio oral, asunto que no suscitó debate al momento de realizarse la audiencia preparatoria.

Importante considera ahora la Colegiatura, retrotraernos al momento en que se le impartió el sello de legalidad a la prueba cuya práctica habría de desarrollarse con ocasión del juicio oral.

El mandamiento inmerso en el artículo 344, impone a la Fiscalía el deber de indicar las pruebas que pretenda hacer valer en el juicio, previamente reseñadas en el escrito de acusación, para luego enunciarlas en su totalidad durante la audiencia preparatoria, a manera de solicitud probatoria, de las que se corre traslado a la defensa, para los efectos previstos en el artículo 359, luego de lo cual se hará lo propio respecto de la pretensión probatoria de la defensa. Efectuadas las solicitudes por las partes corresponde al juez emitir pronunciamiento sobre ellas para acceder a su práctica durante el juicio oral tal como lo prevé el artículo 357 del Estatuto Adjetivo Penal, aplicando los parámetros de licitud, pertinencia y admisibilidad.

Es preciso aclarar que la decisión que resuelva las solicitudes que ordenen la exclusión, el rechazo o la inadmisibilidad de los medios de prueba en general según la regla 359, es susceptible de los recursos ordinarios, esto es, los de reposición y de apelación.

Informa el registro fonográfico, que luego de instalada la audiencia preparatoria se requirió a la defensa sobre observaciones al descubrimiento probatorio, la defensa estuvo conforme; luego de efectuadas las solicitudes probatorias por las partes, se indagó sobre solicitudes de exclusión, con respuesta negativa por la defensa,

Viene entonces la práctica de pruebas y se inicia su acopio con el testimonio del señor FREDY ANDRÉS PELÁEZ RÍOS, con quien se anuncia la introducción de un dictamen sobre la prueba de PIPH a la

sustancia incautada, que el Director de la audiencia negó su inadmisión, decisión objetada por la defensa, mediante el recurso de apelación el que otorgado fue sustentado e hizo pronunciamiento la Fiscal Delegada como último sujeto interviniente.

Prima facie, debe abordar la Corporación el discernimiento sobre lo que por definición se entiende como prueba ilegal y su divergencia con la ilícita, plasmada de tiempo atrás por la jurisprudencia penal, así:

> *"La exclusión opera de maneras diversas y comporta consecuencias distintas dependiendo si se trata de prueba ilícita o prueba ilegal.*
>
> *"5.1 Se entiende por prueba ilícita la que se obtiene con vulneración de los derechos fundamentales de las personas, entre ellos la dignidad, el debido proceso, la intimidad, la no autoincriminación, la solidaridad íntima[4]; y aquellas en cuya producción, práctica o aducción se somete a las personas a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, sea cual fuere el género o la especie de la prueba así obtenida.*
>
> *"La prueba ilícita debe ser indefectiblemente excluida y no podrá formar parte de los elementos de convicción que el juez sopese para adoptar la decisión en el asunto sometido a su conocimiento, sin que pueda anteponer su discrecionalidad ni la prevalencia de los intereses sociales. En cada caso, de confirmad con la Carta y las leyes deberá determinarse si excepcionalmente subsiste alguna de las pruebas derivadas de una prueba ilícita, o si corren la misma suerte que ésta.*
>
> *"(…)*
>
> *"Pero además, como lo sostiene la Corte Constitucional en la Sentencia C-591 de 2005, pueden existir ciertas pruebas ilícitas que generan como consecuencia la declaratoria de nulidad de la actuación procesal y el desplazamiento de los funcionarios judiciales que hubieren conocido tales pruebas. A este género pertenecen las obtenidas mediante tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial:*
>
> *"(…)*

[4] Constitución Política, artículo 33. Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

> *"5.2 La prueba ilegal se genera cuando en su producción, práctica o aducción se incumplen los requisitos legales esenciales, caso en el cual debe ser excluida, como lo indica el artículo 29 Superior.*
>
> *"En esta eventualidad, corresponde al juez determinar si el requisito legal pretermitido es esencial y discernir su proyección y trascendencia sobre el debido proceso, toda vez que la omisión de alguna formalidad insustancial, por sí sola no autoriza la exclusión del medio de prueba"*.[5]

El fundamento para el ataque del censor frente a la determinación judicial de no excluir el dictamen en juicio oral, relativo a la prueba de PIPH, lo cimienta la defensa en el hecho de presentarse una irregularidad en cuanto se destruyeron los empaques contenedores de la sustancia, ante lo cual considera que atenta contra la legalidad.

Despréndese de lo anterior, que la oposición no se basa en ilicitud por cuanto no se están vulnerando los cánones fundamentales compendiados en la Carta Política. Lo planteado tampoco podría corresponder a un evento de ilegalidad, aspecto sobre el cual sostiene la representante del ente acusador y el fallador de primer nivel, es asunto que compete definirlo al momento de la sentencia; es decir, se trata de un aspecto de forma en la producción de la prueba.

En suma, se concluye que se tramitó el recurso de apelación a instancia de la defensa, ante decisión del operador jurídico en el sentido de negar la inadmisión del medio probatorio solicitado por la Fiscalía bajo el equivocado argumento de que contienen ingredientes de ilegalidad.

La Sala ya ha emitido reiteradas decisiones, precisando en las diferentes audiencias trazadas para llevar a cabo el desarrollo de las

---

[5] C.S.J. Sala de Casación Penal, Sentencia 21.529 de 7 de septiembre de 2006, MP. Javier Zapata Ortiz

acciones penales, que por regla general las decisiones judiciales que inadmiten pruebas son susceptibles de apelación, en tanto las que las admiten sólo tienen reposición, aunque en este último evento si el cuestionamiento a su admisión tiene por causa tacha de ilegalidad o ilicitud, también habría lugar a la doble instancia porque de por medio existe la posibilidad de afectar garantías fundamentales.

Como aquí brilla por su ausencia la posibilidad de que se presente tal afectación, no puede la Colegiatura desatar la alzada por cuanto el auto materia de la misma, no es de aquellos que puedan ser atacados ante la instancia superior y, al existir sustracción de materia para adquirir aquella competencia debe inhibirse de emitir pronunciamiento.

No sobra reiterar que como lo ha decantado la jurisprudencia y ha sido tema sobre el cual la Sala ha sentado reiterada postura, las decisiones que se adopten tendientes a decretar pruebas solo son susceptibles del recurso de reposición, a no ser que con su decreto se desconozca la estructura del debido proceso en cuyo evento procedería el de alzada que igual tiene cabida cuando quiera que la decisión sea de exclusión.

De antes, esta Corporación junto con la dogmática y la jurisprudencia, ha indicado sobre el tema que:

> *"Es posible sostener acorde con lo ya decantado, que por regla general las decisiones judiciales que INADMITEN pruebas son susceptibles de apelación, en tanto las que las ADMITEN sólo tienen reposición, con la obvia salvedad que si la admisión de un elemento material probatorio o evidencia física tiene por causa la negación de su exclusión por ilegalidad o ilicitud, también habría lugar a la doble instancia porque de por medio existe la posibilidad de afectar garantías fundamentales"*.[6]

[6] Auto de 14 de julio de 2009, Rad. 66001-60-00-035-2009-00289 MP. Jorge Arturo Castaño Duque.

Con todo, la equivocación del juez de primer grado, al informar a las partes que adicional al recurso de reposición podría interponerse el de apelación, no legitima a la Sala, para avocar el asunto, ya que por completo carece de competencia.

Es conveniente advertir que la decisión era susceptible por lo menos de reposición y que los recursos constituyen un mecanismo mediante el cual las partes contendientes propenden a la defensa de sus intereses y estos al ser utilizados en la audiencia de juicio oral, deben ser racionalizados por el juzgador, de tal manera que atiendan los fines para los que fueron instituidos.

Esta directriz no puede perderse de vista, porque su inobservancia no solo impide el ejercicio de las garantías de los sujetos procesales, sino que apareja el desconocimiento del debido proceso al no cumplir con los lineamientos de las reglas adjetivas.

Por último se trae a colación reciente jurisprudencia del órgano de cierre ordinario, reiterando que la audiencia preparatoria es el escenario propio para pedir la exclusión, rechazo o inadmisión probatoria, lo que condensó así:

> *"De conformidad con la dinámica que gobierna el Sistema Penal Acusatorio, es en la audiencia preparatoria donde las partes deben manifestar sus observaciones al descubrimiento de elementos probatorios, solicitar la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba que, de conformidad con las reglas establecidas en ese código resulten inadmisibles, impertinentes, inútiles, repetitivos o encaminados a probar hechos notorios o que por otro motivo no requieran prueba"*.[7]

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

---

[7] Sala de Casación Penal, radicación 36611, sentencia de 22 de junio de 2011, MP Julio Enrique Socha Salamanca

RESUELVE:

Primero: **Inhibirse** de emitir pronunciamiento sobre el recurso de apelación interpuesto por el órgano de la defensa contra el auto del 15 de noviembre pasado, proferido por la Juez Promiscuo del Circuito de Apia.

Segundo: Devolver la actuación al Juzgado de origen, para que se continúe con el debate de juicio oral.

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

Cópiese, comuníquese y cúmplase.

GLORIA AMINTA ESCOBAR CRUZ
Magistrada

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ
Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE
Magistrado

Jairo Alberto López Morales
Secretario