

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

Sala : *Primera de decisión*
Magistrada ponente : *CR(RA) PAOLA LILIANA ZULUAGA SUÁREZ*
Radicación : *NC.660016642430202400001-019-XV-21-PONAL.*

Procedencia : *Juzgado 1310 Penal Militar y Policial de Conocimiento.*

Procesados : *PT. MORALES GUAPACHA MAURICIO y OTRO.*

Delito : *ABANDONO DE PUESTO y DESOBEDIENCIA.*
Motivo de alzada : *Apelación auto del 07 junio de 2024, por medio del cual se decretaron pruebas y otras se negaron en desarrollo de audiencia preparatoria a la Corte Marcial*

Decisión : *Confirma*
Ciudad y fecha : *Bogotá, DC, cinco (5) de julio de dos mil veinticuatro (2024)*

I. VISTOS

La Sala Primera de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial se pronunciará frente al recurso de apelación incoado por el MY. ALEJANDRO ÁLVAREZ GAVIRIA en su calidad de Fiscal 2430 Penal Militar y Policial delegado ante Jueces de Conocimiento, en contra de la decisión del 07 junio de 2024, adoptada en audiencia preparatoria a la Corte Marcial por el Juzgado 1310 Penal Militar y Policial de Conocimiento, donde se resolvió la

práctica y se rechazó unas pruebas a desarrollar en la etapa de juicio oral.

II. HECHOS

Fueron extraídos del escrito de acusación presentado por el Fiscal 2430 Penal Militar y Policial delegado ante Jueces de Conocimiento, así:

"...Para el día 11 de noviembre de 2023 el **Patrullero MORALES GUAPACHA MAURICIO** recibió servicio de Patrulla Disponible en la SIJIN MEPER con el indicativo S-51, de 07:00 horas a 07:00 horas del 12 de noviembre de 2023. (...) Durante este servicio de patrulla S-51 el Patrullero MORALES GUAPACHA a eso de las 20:33 horas del 11 de noviembre de 2023, se acercó al cubículo externo de la sala de retenidos de la SIJIN MEPER aproximándose a la carceleta donde se encuentra con una privada de la libertad a quien le hace entrega de un elemento el cual llevó al interior donde estaba el resto de las personas privadas de la libertad. El Patrullero MORALES GUAPACHA también dejó unos elementos en una mesa del cubículo próximo a las carceletas de los privados de la libertad, para luego retirarse del lugar. Toda esta actividad de entrega y extracción de elementos de la sala de privación temporal de la libertad, tomando contacto con los privados de la libertad, por parte del Patrullero MORALES GUAPACHA MAURICIO en las fechas 23 de octubre de 2023 y 11 de noviembre de 2023, las realizó sin la autorización o consentimiento del Responsable de la Sala de Retenidos Subintendente NAUSIL LEGARDA JUAN CARLOS ni del Jefe de la Seccional de Investigación Criminal MEPER Mayor LEONARDO CORREA BOTERO, MORALES GUAPACHA abandono su puesto (...) (...) El día 11 de noviembre de 2023 el Patrullero **RUIZ VARGAS JEISON JESUS** recibió tercer turno del

servicio de Custodio de la Sala de Privación Temporal de la Libertad de la SIJIN MEPER, de 13:00 horas a 21:00 horas. Durante este servicio de custodio, siendo las 20:33 horas aproximadamente del 11 de noviembre de 2023 permitió que el Patrullero MORALES GUAPACHA se acercara a las celdas de la SIJIN MEPER, entregara un elemento a un PPL que luego fue ingresado a las celdas, así mismo permitió que dejara unos elementos en la mesa del cubículo de custodio. Toda esta actividad, se realizó sin la autorización o consentimiento del responsable de la Sala de Retenidos Subintendente NAUSIL LEGARDA JUAN CARLOS ni del jefe de la Seccional de Investigación Criminal MEPER Mayor LEONARDO CORREA BOTERO. De esta manera el Patrullero RUIZ VARGAS JEISON JESÚS incumplió las órdenes a él impartidas referentes a la prohibición de acercarse al recinto de las personas privadas de la libertad en la SIJIN MEPER, la prohibición de entregar, dejar o extraer elementos allí, sin la autorización del jefe de la SIJIN MEPER o del Responsable de la Sala de Retenidos SIJIN MEPER..."¹.(negrilla y cursiva fuera de texto).

III. ACTUACIÓN PROCESAL.

3.1 El 23 de abril de 2024, se surtió audiencia de formulación de acusación por parte del Fiscal 2430 Penal Militar y Policial delegado ante Jueces de Conocimiento, ante la presencia de las partes e intervinientes y bajo el control y dirección del Juez 1713 Penal Militar y Policial de Control de Garantías.

¹ Escrito de acusación presentado por el Fiscal No. 2430 Penal Militar y Policial delegado ante Jueces de Conocimiento, en audiencia de acusaciones DE fecha 23 de abril de 2024.

3.2- El 7 de junio de 2024, se surtió audiencia preparatoria a la Corte Marcial ante el Juzgado 1310 Penal Militar y Policial de Conocimiento, donde se resolvió el trámite probatorio a desarrollar en la etapa de juicio oral. Decisión que recurrió el Fiscal 2430 Penal Militar y Policial delegado ante Jueces de Conocimiento.

3.3 El 25 de mayo de 2024, fue sustentado el recurso ante esta Corporación, ello acorde a lo establecido en el artículo 341 de la Ley 1407 de 2010.

Motivo por el cual, procede la Primera Sala de Decisión a emitir la decisión que en derecho corresponda.

IV. DECISIÓN RECURRIDA

4.1 el día 07 de junio de 2024, el Juez 1310 Penal Militar y Policial de Conocimiento, instaló audiencia preparatoria a la Corte Marcial, dentro de la Noticia Criminal 660016642430202400001 en contra del PT. **MORALES GUAPACHA MAURICIO** por el delito de ABANDONO DE PUESTO y en contra del PT. **RUIZ VARGAS JEISON JESUS** por el delito de DESOBEDIENCIA, donde se decretaron y se rechazaron algunas pretensiones probatorias así:

"...Por ello, No decretará los testimonios de los señores PT. ESTEBAN FERNANDO ORTEGA CUASPUD, PT. SERGIO ALEJANDRO BERRIO PALENCIA, como quiera que se evidencia que no se cumplió con el debido proceso probatorio para ser decretadas y posteriormente practicadas en juicio, y ello es así en atención a que efectivamente dichos testimonios no fueron solicitados en el escrito de acusación de manera específica y puntual, y tampoco ello fue aclarado en la audiencia de formulación de acusación, y menos en la audiencia preliminar al juicio para evitar sorprender a la defensa, carga esta que le correspondía al delegado de la fiscalía y que este no realizó, entonces, no por agregar las entrevistas se entiende descubierto el testigo, por lo tanto al no ser descubierta de manera oportuna esa solicitud de prueba testimonial, su consecuencia es el rechazo de dichos testimonios.

(...)

"...RESPECTO DEL DECRETO PROBATORIO SOLICITADO POR LA DEFENSA, ESTE JUEZ PROCEDERÁ A DECRETAR LAS SIGUIENTES PRUEBAS CON RELACIÓN AL DR. JOSÉ DAVID MURIEL PESCADOR: ...Se decretará como prueba el informe de investigador del 30/05/2024, suscrito por el señor EMERSON ANDRÉS VASCO RINCON es pertinente porque tiene relación directa con los HJR, y buscan fortalecer su teoría del caso, actividades realizadas por su investigador. Se decretará el oficio No. 038864 del 27/05/2024 de la SIJIN MEPEP: es pertinente porque tiene relación directa con los HJR, y buscan fortalecer su teoría del caso, respuesta que le envían al abogado respecto de solicitudes realizadas por él. Se decretará la copia del libro anotaciones de la patrulla disponible S - 51, folios 1, 283 y 284, es pertinente porque tiene relación directa con los HJR, y buscan fortalecer su teoría del caso,

*evidencia el servicio de patrulla de su prohiado
para la fecha del 11/11/2023..."²*

V. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN Y TRASLADO A LOS NO RECURRENTES.

5.1 Fundamentos del Recurso de Apelación

El 25 de junio de 2024 se llevó a cabo, de manera virtual, audiencia de debate oral para sustentar el recurso de apelación conforme lo dispuesto en el artículo 341 de la Ley 1407 de 2010.

5.1.1 Del recurso de apelación incoado por el Mayor ALEJANDRO ÁLVAREZ GAVIRIA en su calidad de Fiscal 2430 Penal Militar y Policial delegado ante Jueces de Conocimiento.

Señaló que, su inconformismo se concentra en dos puntos, inicialmente dice que el A quo le rechazó los testimonios del PT. ESTEBAN FERNANDO ORTEGA CUASPUD y del PT. SERGIO ALEJANDRO BERRIO PALENCIA al considerar que dichos testimonios no fueron solicitados en el escrito de acusación de manera específica y tampoco se aclaró tal situación en la audiencia de formulación de acusación, y menos en la audiencia preliminar al juicio, situación que conllevó a un indebido descubrimiento.

² Decisión de fecha 7 de junio de 2024.

Referenció que, en el escrito de acusación del 15 de abril de 2024, se registraron los informes de investigador de campo donde se allegaron las entrevistas de los señores PT. ESTEBAN FERNANDO ORTEGA CUASPUD y PT. SERGIO ALEJANDRO BERRIO PALENCIA los cuales se le trasladaron vía correo electrónico al Juez Penal Militar y Policial de Control de Garantías, a los defensores y al Ministerio Público³.

Frente al concepto de descubrimiento probatorio en el sistema procesal colombiano resaltó la sentencia con radicado 25920 del 21 de febrero del 2007, de la Honorable Corte Suprema de Justicia, donde se indicó que el descubrimiento probatorio consiste en que la fiscalía y la defensa suministren, exhiban o pongan a disposición de la contraparte todas las evidencias y elementos probatorios disponibles para practicar y ser llevadas a cabo en el juicio oral, resaltando que existe una línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia⁴ en la que se considera que el descubrimiento en el proceso penal es flexible.

Al abordar las formas y maneras del descubrimiento, el apelante cita la sentencia 25920 del 21 de febrero de 2007 de la Corte Suprema de Justicia donde se indica que existen varias formas de

³ Minuto 13:19 audiencia de argumentación de fecha 25-06-2024.

⁴ Corte Suprema de Justicia Sala Penal radicados 43857 del 30 junio de 2007 y radicado 2865 del 28 noviembre de 2007.

realizar el descubrimiento probatorio, respecto de la doctrina dijo que, esta ha definido que no existe una sola manera de suministrar a la contraparte las evidencias, elementos y medios probatorios, argumento que desarrolló con la tesis del Profesor NELSON SARAY conforme la obra denominada Procedimiento Penal Acusatorio, segunda edición página 473, donde se indica que el descubrimiento se surte: A. Informando de su existencia, para lo cual basta con la sola enunciación. B. Entregándolo físicamente cuando sea racional y físicamente posible. C. Facilitando el acceso al lugar donde se encuentran los elementos materiales probatorios.

Respecto al caso en concreto manifestó que, en el momento de trasladar a las partes e intervinientes el escrito de acusación del 15 de abril de 2024, se descubrieron los medios con vocación probatoria ya que allí se informó de su existencia, también se entregó copia de su contenido, aportando datos de identidad, datos de ubicación, e incluso el contenido del relato de las entrevistas del PT. ESTEBAN FERNANDO ORTEGA CUASPUD y PT. SERGIO ALEJANDRO BERRIO PALENCIA cumpliendo de esta forma, con el artículo 480 de la Ley 1407 del 2010, donde se establece que el escrito deberá contener el descubrimiento de las pruebas con el nombre, dirección y datos personales de los testigos.

Por otra parte, manifestó que, el día 07 de junio de 2024, en la audiencia preparatoria, en el momento de la enunciación y solicitudes de prueba, se relacionaron los testimonios de los señores PT. ESTEBAN FERNANDO ORTEGA CUASPUD y PT. SERGIO ALEJANDRO BERRIO PALENCIA donde justificó la pertinencia de los mencionados testigos para que fueran admitidos como prueba de la Fiscalía en el juicio oral, aclarando que dicho descubrimiento se realizó desde el escrito de acusación del 15 de abril de 2024 en el cual se adjuntaron las entrevistas de los testigos referidos.

El apelante aceptó que le faltó claridad al no haber relacionado específicamente en el escrito de acusación que se tenía como testigo al PT. ESTEBAN FERNANDO ORTEGA CUASPUD y al PT. SERGIO ALEJANDRO BERRIO PALENCIA, pero consideró que ese detalle no alcanza a tener la suficiente relevancia para catalogarlo como una razón de sorprendimiento para la defensa por falta de descubrimiento, ya que en todo caso se aportó la información de identidad y de ubicación de los testigos, esto al suministrar copia de las entrevistas practicadas y trasladadas en el escrito de acusación, motivo por el cual consideró que prima el derecho sustancial sobre el procedimental en procura de garantizar un debido proceso.

Conforme a lo expuesto requirió de esta Corporación se revoque parcialmente la decisión del Juez 1310 Penal Militar y Policial de conocimiento, para que se decrete como prueba de la Fiscalía la práctica en el juicio oral los testimonios de los PT. ESTEBAN FERNANDO ORTEGA CUASPUD y PT. SERGIO ALEJANDRO BERRIO PALENCIA.

El segundo inconformismo del apelante corresponde a la decisión de admitir como prueba en juicio oral los documentos de la defensa del acusado el PT. **MORALES GUAPACHA MAURICIO** y que hizo el abogado JOSÉ DAVID PESCADOR, donde el A quo decretó como pruebas: El informe investigador de campo 30 de mayo del 2024, suscrito por EMERSON VÁSQUEZ RINCÓN, el oficio 038864 del 27 de mayo del 2024 y la copia del libro de anotaciones patrulla.

Al respecto señaló el recurrente que, en la citada audiencia preparatoria el Juez le negó a esa Fiscalía tener como prueba documental el informe del investigador de campo FPJ 11 del 25 de enero del 2024, suscrito por el SI. DIEGO ALEJANDRO MUÑOZ en su condición de Policía Judicial, negación que aconteció bajo el sustento de que los informes de policía judicial no son pruebas documentales, decisión que compartió el apelante teniendo en cuenta el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia en auto AP 948 radicados 52882 del 7 de marzo del 2018.

Por lo anterior, considera que dicha argumentación también debió tenerse respecto a las pruebas requeridas por el abogado JOSÉ DAVID PESCADOR, ya que revestían las mismas particularidades de la prueba que se le negó y adicionalmente no entiende como mentadas pruebas se incorporaran en el juicio oral, sin haberse indicado cuales son los testigos de acreditación para darle validez a las cuestionadas pruebas.

En tal sentido, concluyó que, por tal situación se vulneró el derecho a la igualdad y no se dio cumplimiento al precedente horizontal y vertical en el entendido que el Juez debió considerar su mismo pronunciamiento frente a la Fiscalía con relación a las pruebas decretadas a favor del abogado JOSÉ DAVID PESCADOR y que en ese caso si fueron aceptadas.

En tal sentido, solicitó que se revoque la decisión por la cual el A quo decretó como prueba documental las solicitadas por la defensa del acusado el PT. **MORALES GUAPACHA MAURICIO** concretamente el informe investigador privado del 30 de mayo 2024, el oficio 038864 del 27 de mayo del 2024 y la copia del libro de anotaciones de la patrulla disponible folios 1, 283 y 284.

**5.1.2 Intervención del abogado JOSÉ DAVID MURIEL
PESCADOR en su condición de no recurrente y en
representación de los intereses del acusado el PT.
MORALES GUAPACHA MAURICIO.**

Respecto del rechazo de los testimonios del PT.
ESTEBAN FERNANDO ORTEGA CUASPUD y PT. SERGIO
ALEJANDRO BERRIO PALENCIA que requirió la Fiscalía,
manifestó que dicha situación no fue sorpresiva,
motivo por el cual se acogerá a lo que la Sala
disponga.

Ahora bien, respecto de la admisión de la prueba
documental que se decretó a su favor, considera
que dicha discusión no corresponde a este tipo de
diligencias, por cuanto no tiene relación con el
decreto o no de la prueba sino de su introducción
en la etapa de juicio oral, motivo por el cual,
será en la etapa de juicio oral donde se deben
hacer las advertencias que el apelante ha
manifestado.

**5.1.3 Intervención de la abogada NATALY AYALA RIOS
en su condición de no recurrente y en
representación de los intereses del acusado el PT.
RUÍZ VARGAS JEISON JESÚS.**

Inicialmente manifestó que, los requisitos
necesarios para una petición probatoria es que se
haya cumplido con la carga de un debido

descubrimiento probatorio y tal procedimiento comporta unas garantías para todos los sujetos procesales en especial para la defensa, esto respecto de las probanzas que se pretenden aducir en contra del acusado, su razón de ser es que se puedan conocer oportunamente los testimonios, dictámenes periciales, evidencias físicas o documentos que sirven de sustento a la acusación y que permitirá a la defensa edificar su estrategia, y en caso de que esto se afecte se puede presentar en una inadmisibilidad, rechazo o exclusión de las pruebas como sucedió en el presente caso.

Manifestó que, el delegado Fiscal mencionó la entrevista de los PT. ESTEBAN FERNANDO ORTEGA CUASPUD y PT. SERGIO ALEJANDRO BERRIO PALENCIA en el escrito de acusación, pero resaltó que solamente mencionó las entrevistas e indica que a su parecer en el escrito de acusación el Fiscal nombró y solicitó 8 testigos, dentro de los cuales no está el nombre de ninguno de los dos patrulleros antes mencionados.

Consideró que, lo que hace el delegado Fiscal es que los introduce como aparentes testigos de referencia porque mencionó como testigo de esas entrevistas a un policía judicial.

En tal sentido indicó que, dentro del proceso penal el procedimiento que debía adelantar el delegado

Fiscal era solicitar dichos testigos de forma directa y no a través de testigo de referencia, ya que las entrevistas no son pruebas, y estas se deben utilizar únicamente para impugnar credibilidad o para refrescar memoria, sin embargo, el Fiscal no lo citó así.

Por otra parte, expresó que, en la audiencia preparatoria le llamó la atención que una vez esa togada descubre sus testimonios, la Fiscalía sorprendentemente también los solicitó, esto cuando no los introdujo, ni tampoco los referenció inicialmente en el escrito de acusación, como se puede evidenciar.

En tal sentido invocó las consideraciones de la sentencia con radicado AP 948 del 2018, Magistrada PATRICIA SALAZAR CUELLAR, de la Corte Suprema de Justicia Sala Penal, donde se referenció que el legislador dispuso expresamente que el juez debe velar porque el descubrimiento en la audiencia de acusación debe ser lo más completo posible, estableciendo que las primeras diligencias que se deben surtir en la audiencia preparatoria, son la de verificación del descubrimiento que debió realizarse fuera de la sede de la audiencia de formulación de acusación para decidir si hay lugar al rechazo, en el evento de que el mismo no se haya perfeccionado en los términos acordados y eso fue

lo que hizo el señor Juez que no decretó las pruebas motivo de disenso.

En consecuencia, señaló que, el A quo actuó de manera correcta y dio cumplimiento al artículo 501 del Código Penal Militar, por el indebido descubrimiento probatorio y como consecuencia se aplicó la sanción que estableció el legislador. Finalmente, solicitó se confirme la decisión del juez de primera instancia.

5.1.4 Intervención del abogado EDILBERTO VANEGAS HOLGUÍN Procurador 350 Judicial II en su condición de no recurrente.

Inicialmente dice que, el A quo no admitió unos elementos de prueba de la Fiscalía sobre la base del indebido descubrimiento.

Para tal fin conceptúa que, el sistema oral de tendencia acusatoria se caracteriza por tener una serie de ritualidades y el apego a estas genera un excesivo formalismo, pero, cuando se trata del debido proceso y dentro de este también está el derecho a la defensa material y técnica ningún exceso se puede predicar de aquellas actuaciones que afecten las garantías fundamentales y los derechos constitucionales.

En tal sentido, señaló que, al titular de la acción penal se le exige con absoluto rigor el apegamiento a las exigencias procesales y cualquier desviación de esa línea, necesariamente le ha de sobrevenir unas consecuencias.

Aclaró que, la acusación es un acto procesal complejo, ya que inicialmente se surte con el escrito de acusación y después se debe presentar la formulación de la acusación, precisando que en el sistema oral acusatorio los procedimientos son preclusivos, y que todo lo que se realiza debe ser de manera oral y lo que está escrito queda, pero no tiene la misma validez, por lo cual no se puede suponer que al estar escrito en el sistema oral se ingresa o se tiene en cuenta, es por eso que se habla de la formulación de la acusación.

Manifestó el señor procurador que, si bien es cierto se tienen unas entrevistas las cuales son materia de disenso, consideró imperativo que si no se ofrecieron o requirieron los testigos para las mentadas entrevistas no deben aceptarse como pruebas y por lo tanto no deben ingresar como prueba, significando que no es una excesiva ritualidad en razón a que tal circunstancia es una garantía de los derechos fundamentales, específicamente el derecho al debido proceso.

En tal sentido, indicó que, le asiste razón al señor Juez al momento en el que decidió inadmitir los testimonios del PT. ESTEBAN FERNANDO ORTEGA CUASPUD y PT. SERGIO ALEJANDRO BERRIO PALENCIA por indebido descubrimiento.

Por otra parte, y en lo atinente a la segunda pretensión de la Fiscalía precisó que, en la audiencia preparatoria la defensa relacionó un informe de un investigador el cual fue admitido por el juez, para el procurador eso no significa que se vaya a ingresar como prueba ya que los informes no son prueba, el medio de prueba no es otro que lo que va a decir el investigador a viva voz respecto del informe, sin embargo, cuando el investigador concurra a la audiencia en su testimonio lo que no diga así este escrito no ingresa, lo que omita decir el investigador así este escrito no se puede volver insumo para la decisión que el Juez considere.

Entonces, en su parecer no es que se haya admitido el informe investigador como prueba, sino que se tiene es como un derrotero, como un medio cognitivo, no como una prueba, en ese orden de ideas señaló que también le asiste razón al A quo en el sentido de admitir ese medio de prueba para la defensa, para finalmente conceptuar se confirme íntegramente el auto objeto de apelación.

VI. DE LA COMPETENCIA.

Conforme lo establecido en el numeral 3° del artículo 203 de la Ley 1407 de 2010, esta Colegiatura es competente para conocer del recurso de apelación en contra de la decisión del 07 junio de 2024, adoptada en audiencia preparatoria a la Corte Marcial por el Juzgado 1310 Penal Militar y Policial de Conocimiento, donde se resolvió la práctica y rechazo de unas pruebas a desarrollar en la etapa de juicio oral dentro de la Noticia Criminal No. 660016642430202400001 que se adelanta en contra de PT. **MORALES GUAPACHA MAURICIO** por el delito de ABANDONO DE PUESTO y en contra del PT. **RUIZ VARGAS JEISON JESUS** por el delito de DESOBEDIENCIA.

Bajo ese entendido, la Primera Sala procederá a resolver el recurso de alzada interpuesto por el Mayor ALEJANDRO ÁLVAREZ GAVIRIA en su calidad de Fiscal 2430 Penal Militar y Policial delegado ante Jueces de Conocimiento, en contra de la decisión del 07 junio de 2024, de quien predica su revocatoria.

VII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Sea lo primero recordar frente a la apelación, que ésta se desarrolla bajo los presupuestos del

principio de limitación⁵, por tal motivo la segunda instancia no podrá pronunciarse sobre aspectos no propuestos por el apelante, salvo la nulidad y aquellos inherentes a ésta que se puedan visualizar en el asunto examinado.

Así las cosas, procede esta sala a deslindar el problema jurídico planteado en el sentido de determinar si le asiste o no razón al Juez de Conocimiento al haber rechazado la práctica de los testimonios de los Patrulleros BERRIO y ORTEGA por indebido descubrimiento, previa petición de exclusión que se hiciera por parte de la defensora del acusado PT. RUÍZ VARGAS JEISON JESÚS.

Para dar solución a lo mismo, se verificarán los requisitos legales en torno al tema del descubrimiento probatorio y las etapas en que el mismo se surte, lo que se entiende por tal y cuando procede el rechazo de la pretendida prueba por indebido descubrimiento.

⁵ "En el desarrollo interpretativo de esa disposición, esta Sala ha sostenido que "el funcionario judicial de segunda instancia no goza de libertad para decidir, pues no se encuentra ante una nueva oportunidad para emitir un juicio fáctico y jurídico sobre el asunto, sino que su labor consiste en realizar un control de legalidad de la decisión impugnada a partir de los argumentos presentados por el recurrente (...) Con idéntica orientación, la Corporación ha discernido, en providencia más reciente, "que la limitación para el ad quem representa cabal materialización del derecho de defensa, en tanto, el contenido estricto de la apelación es el que marca la posibilidad de contradicción para los no impugnantes y mal puede decirse que se garantizó la controversia dialéctica cuando el juez de segundo grado se aparta de ese objeto concreto de debate". Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado No.39417 del 04 de febrero de 2015, M.P. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER.

7.1 Descubrimiento probatorio y etapas en el Código Penal Militar

Dispone el artículo 480 del Código Penal Militar (Ley 1407 de 2010) que la acusación entre otros requisitos deberá contener el **descubrimiento de las pruebas**. Para este efecto se presentará documento anexo que deberá contener:

- a) Los hechos que no requieren prueba;
- b) La transcripción de las pruebas anticipadas que se quieran aducir al juicio, siempre y cuando su práctica no pueda repetirse en el mismo;
- c) **El nombre, dirección y datos personales de los testigos o peritos cuya declaración se solicite en el juicio;**
- d) Los documentos, objetos u otros elementos que quieran aducirse, junto con los respectivos testigos de acreditación;
- e) **La indicación de los testigos o peritos de descargo indicando su nombre, dirección y datos personales;**

f) Los demás elementos favorables al acusado en poder de la Fiscalía;

g) Las declaraciones o deposiciones.

Debiendo entregar la Fiscalía Penal Militar copia del escrito de acusación al acusado, al Ministerio Público y a las víctimas, documento respecto del cual en la audiencia de formulación de acusación ante el Juez de Garantías, según lo dispuesto en el artículo 482 de la mentada codificación se correrá su respectivo traslado a las partes y concederá la palabra en su orden a la Fiscalía, al Ministerio Público y a la Defensa, para que expresen oralmente las causales de nulidad si las hubiere y efectúen las observaciones sobre el escrito de acusación, tanto de orden formal como material.

Ahora bien, el artículo 487 del Código Castrense establece el inicio del descubrimiento, indicando que dentro de la audiencia de formulación de acusación se cumplirá lo relacionado con aquel, el cual **debe ser lo más completo posible.**

Posterior a ello, se tiene que en la etapa de la audiencia preparatoria conforme lo estipulado en el artículo 498 el juez dispondrá:

1. Que las partes manifiesten sus observaciones pertinentes al procedimiento de descubrimiento de elementos probatorios.

2. Que la defensa descubra sus elementos materiales probatorios y evidencia física.

3. Que la Fiscalía y la defensa **enuncien** la totalidad de las pruebas que harán valer en la audiencia del juicio oral y público.

4. Que las partes manifiesten si tienen interés en hacer estipulaciones probatorias.

5. Que el acusado manifieste si acepta o no los cargos.

Posteriormente y según los lineamientos del artículo 499 se realizará lo pertinente a las **solicitudes probatorias** que la Fiscalía y la defensa requieran para sustentar su pretensión y a solicitud de algunas de las partes se podrán exhibir los elementos materiales probatorios y evidencia física con el único fin de ser reconocidos y estudiados, según lo dispuesto en el artículo 500.

Finalmente, debe indicarse conforme lo expuesto que, el descubrimiento probatorio puede darse en tres momentos legalmente establecidos, el escrito

de acusación y sus anexos, la audiencia de formulación de acusación y la audiencia preparatoria, resultando excepcional el evento de que lo mismo pueda surtir en juicio⁶.

7.2 Diferencias conceptuales entre descubrir, enunciar y solicitar.

Verificados los lineamientos legales establecidos frente al descubrimiento, debe indicarse que la audiencia preparatoria como acto complejo tiene varias etapas frente al tema probatorio según se discurre de lo contenido en los artículos 498 y 499 de la codificación castrense: descubrimiento, enunciación y solicitud.

Términos estos que no tienen iguales contenidos y que doctrinariamente han sido entendidos en el siguiente sentido:

a. Descubrimiento probatorio: Consiste en la obligación que tienen la fiscalía, defensa y apoderado de las víctimas, de revelar y dar a conocer los elementos que **pretenden incorporar** en el juicio como pruebas, en aras de garantizar que la contraparte pueda conocerlos y de esta manera consolidar más efectivamente su teoría del caso⁷.

⁶ Párrafo 4 artículo 487 Ley 1407 de 2010

⁷ Carlos Roberto Solórzano Garavito. Sistema acusatorio y técnicas del juicio oral, 3a ed., Bogotá, Nueva Jurídica, 2010, p. 342.

En lo que respecta a la enunciación y a la solicitud se tiene que:

b. La enunciación de las pruebas es un acto que se surte dentro de la audiencia preparatoria posterior al descubrimiento y anterior a la solicitud, y aquí se entrega información respecto de los medios de conocimiento que han sido descubiertos y respecto de los cuales se pretende su aducción al juicio con miras a la acreditación de las teorías de caso. Resultando que solo es posible efectuar enunciación de medios de conocimiento respecto de los cuales previamente tuvo lugar su descubrimiento⁸.

c. Las solicitudes probatorias se relacionan con las peticiones concretas y expresas de quien ha descubierto y enunciado medios de conocimiento elevando ante el juez competente argumentos de admisibilidad, licitud, utilidad y pertinencia de aquellos, para que este se pronuncie admitiendo, excluyendo, rechazando o inadmitiendo dichos medios⁹.

Bajo los anteriores planteamientos, entiende esta Sala que el descubrimiento es un acto general y global de todo con lo que cuenta la parte para hacer valer eventualmente en el juicio y tiene como

⁸ Gaviria Londoño Vicente Emilio Revista Derecho Penal y Criminología, volumen XXXIII - número 94 - enero-junio de 2012, pp. 13-37

⁹ Ibidem referencia 8

fin último poner en conocimiento de la contraparte todos aquellos elementos probatorios que podrían favorecerlo o no permitiéndole consolidar su teoría del caso; en este sentido es viable considerar que pese se haga el descubrimiento de todos los elementos probatorios o evidencia física con que se cuenta, no todos se utilizarán para la consolidación de la teoría del caso, y algunos serán excluidos por estrategia con el único fin de ganar el asunto, sea a cargo de la fiscalía o la defensa.

Así las cosas, la enunciación implica un acto concreto, en donde se deslindan los elementos probatorios que se harán valer en el juicio a efectos de que se conviertan en prueba, esto explica porque la enunciación normalmente no se corresponde con el descubrimiento, pues como se dijo en precedencia, el descubrimiento corresponde a todo lo que se tiene, mientras que en la enunciación ya se ha hecho un filtro de descarte, en donde solo se considerarán aquellos elementos o evidencia física con vocación probatoria que permitirán la consolidación de la teoría del caso para que esta triunfe en los estrados, derruyendo la de la contraparte.

Finalmente, la solicitud coincide con lo enunciado, pero se complementa con los argumentos de utilidad, conducencia, pertinencia y necesidad, en el sentido

de que la parte que invoca los medios probatorios y evidencia física que busca hacer valer en el juicio da a conocer al Juez de conocimiento que es lo que pretende probar a través de ellos.

7.3 Del rechazo de las solicitudes probatorias previa la realización del Juicio

Al respecto, el artículo 489 impone una serie de sanciones frente a los elementos probatorios y evidencia física que deban descubrirse y no lo hayan sido, indicando que no podrán ser aducidos al proceso ni convertirse en prueba, ni practicarse durante el juicio debiendo el juez rechazarlos, salvo que se acredite que su descubrimiento se haya omitido por causas no imputables a la parte afectada.

Lo anterior según el artículo 501 podrá ser solicitado por las partes y el Ministerio Público cuando los postulados pretendidos resulten inadmisibles, impertinentes, inútiles, repetitivos o encaminados a probar hechos notorios o que no requieran prueba.

7.4 Del caso en concreto

7.4.1 Del Rechazo de las pruebas solicitadas por la Fiscalía

Teniendo en cuenta que el primer tema que concita resolver a esta Sala de decisión se circunscribe a la apelación de la Fiscalía exclusivamente frente al no decreto a su favor de los testimonios de los patrulleros ESTEBAN FERNANDO ORTEGA CUASPUD y SERGIO ALEJANDRO BERRIO PALENCIA se procederá a analizar la actuación respecto de aquellos.

Así las cosas, dentro de la carpeta digital del caso se tienen constancias escriturales de lo acaecido en las diferentes etapas procesales surtidas en el proceso, es así como obra formato de escrito de acusación en donde al acápite 6 (EMP/EF/ILO) en el numeral 2 la fiscalía relaciona de forma expresa:

2.Testimonio del Policía Judicial Subintendente **DIEGO ALEJANDRO MUÑOZ VELÁSQUEZ** identificado con la C.C 1088262389 celular 3185736329 correo electrónico diego.munoz11960@policia.gov.co Dirección Seccional de Investigación Criminal MEPER ubicada en la avenida de las Américas No. 46-35 Pereira

A continuación, dentro del mismo numeral se relaciona con los sub numerales 2.19 y 2.25 lo siguiente:

2.19 **Entrevista** FPJ-14 del 24 de enero de 2024 practicada con el Patrullero **BERRIO PALENCIA SERGIO ALEJANDRO** por el Policía judicial Subintendente **DIEGO ALEJANDRO MUÑOZ VELÁSQUEZ**.

2.25 **Entrevista** FPJ-14 del 24 de enero de 2024 practicada con el Patrullero **ORTEGA CUASPUD ESTEBAN FERNANDO** por el Policía judicial Subintendente **DIEGO ALEJANDRO MUÑOZ VELÁSQUEZ**.

Posteriormente se aprecia que en el acta de la audiencia de formulación de acusación celebrada el 23 de abril de 2024 se corre traslado del escrito de acusación, y en el anexo de pruebas reposa la misma información relacionada en precedencia bajo el mismo numeral 2 y sub numerales 2.19 y 2.25 (sin variación alguna).

Subsiguientemente en acta de audiencia preparatoria la fiscalía procede a realizar la solicitud probatoria y respectiva sustentación relacionando el testimonio de los SI. DIEGO ALEJANDRO MUÑOZ VELASQUEZ indicando que, a través de él, se introducirá en el juicio como prueba de la Fiscalía, las anotaciones de los libros de servicio, las actas de instrucción, el DVD, entre otros.

A renglón seguido relaciona como testigos a SI. JUAN CARLOS NAUSIL LEGARDA, MY. CORREA BOTERO LEONARDO, E IT. LÓPEZ ROJAS ÉDISON.

Finalmente refiere un listado de pruebas documentales.

Frente a lo expuesto es importante indicar que de acuerdo con la grabación de lo que se surtió en la audiencia preparatoria, previa a la intervención del fiscal se escuchó a los defensores, para que hicieran su descubrimiento probatorio observándose que la defensora NATALY AYALA descubrió como testigo al Patrullero BERRIO PALENCIA SERGIO ALEJANDRO en la hora 1:42:52.

Posterior a esto y al momento de la enunciación, el fiscal a la hora 2:03:52 y 2:04:08 relacionó los testimonios de los patrulleros ORTEGA y BERRIO y a la hora 2:06:14 y 2:06:28 las entrevistas de estos (entre otras).

Dentro de la enunciación de las pruebas la Doctora NATALY AYALA vuelve a relacionar como testigo al patrullero BERRIO PALENCIA a la hora 2:10:37.

Paso seguido el Juez de Conocimiento concede la palabra a las partes para que hagan las solicitudes

probatorias, indicando el fiscal a la hora 2:43:11 y 2:43:34 lo referente a los testimonios de ORTEGA y BERRIO, y sus respectivas entrevistas a la hora 2:48:10 y 2:48:26.

Finalizada la etapa precedente la defensa solicita que se excluya como prueba de la Fiscalía los testimonios de los patrulleros BERRIO y ORTEGA en atención a que resultó sorprendida con lo mismo por indebido descubrimiento en el sentido de que en el escrito de acusación la Fiscalía no los relacionó como testigos.

Verificada la actuación se aprecia que los argumentos de la defensa fueron acogidos por el Juez de Conocimiento quien a minutos 7.13 de inicio y 10:48 de finalización consideró que efectivamente la defensa fue sorprendida por la Fiscalía puesto que en el escrito de acusación nunca se relacionaron los testimonios de los patrulleros BERRIO y ORTEGA, considerando que no por relacionar la entrevista se descubre el testigo; decidiendo finalmente rechazar su decreto por indebido descubrimiento.

En dicho sentido debe decir esta Sala que comparte la decisión adoptada por el A quo cuando acogió los presupuestos planteados por la defensa y que dieron origen a la decisión que fue objeto de apelación,

así como, los planteamientos efectuados por el Ministerio Público en su condición de no recurrente ante esta Corporación cuando se sustentó el recurso de alzada por parte de la Fiscalía, en el entendido que relacionar una entrevista en el marco del descubrimiento de los elementos probatorios no descubre por sí sola el testimonio del entrevistado.

Al respecto es importante indicar que es cierto lo aducido por el señor Fiscal cuando indica que desde el escrito de acusación relacionó las entrevistas de los Patrulleros ORTEGA y BERRIO, no obstante, olvida tal y como fue diseminado en acápites anteriores que aquellas se aprecian como un punto del testimonio que rendiría el Subintendente DIEGO ALEJANDRO MUÑOZ VELÁSQUEZ dejando la duda si frente a las entrevistas aquel sería postulado como un testigo de referencia dado el carácter no probatorio documental de las entrevistas.

En ese sentido, la evidencia digital que se extracta de la carpeta de las diligencias hace evidente el sorprendimiento al que se vio avocado la defensa del acusado PT. JEISON JESÚS RUIZ VARGAS quien luego de descubrir que llamaría como testigo al Patrullero BERRIO PALENCIA, advierte que el fiscal en la enunciación de las pruebas ya no trae a colación la entrevista de este y del PT. ORTEGA

CUASPUD supeditadas al testimonio del Subintendente DIEGO ALEJANDRO MUÑOZ VELÁSQUEZ, sino que los trae a colación como testigos directos, aduciendo en la solicitud probatoria la pertinencia y conducencia de dichos testimonios, agregando además sus entrevistas.

Desde este punto de vista para esta Sala de decisión efectivamente confluyó un indebido descubrimiento probatorio que afecta los intereses de la defensa pues siempre desconoció que los patrulleros BERRIO y ORTEGA serían llamados como testigos, no pudiéndosele exigir como lo pretende la fiscalía que por el hecho de relacionar las entrevistas de aquellos en el escrito de acusación presumiera per se su condición de testigos, más, cuando estas se encuentran amarradas al testimonio del Policía judicial Subintendente DIEGO ALEJANDRO MUÑOZ VELÁSQUEZ quien siempre fue relacionado como testigo.

Podría pensarse que lo acaecido es un simple formalismo de bagatela que no tendría incidencias en la realización del juicio, tal y como parece pregonarlo el Fiscal, sin embargo, la norma es clara en indicar que **el descubrimiento de los elementos probatorios y evidencia física debe ser lo más explícito, claro y amplio posible**, ya que esto garantiza la igualdad de armas en el contexto

adversarial que caracteriza el Sistema acusatorio con tendencia mixta como el que nos converge, es por eso, que la misma Ley establece que el incumplimiento del deber de revelación en el descubrimiento debe ser castigado con el rechazo del elemento, implicando que no pueda ser aducido ni practicado con vocación probatoria dentro del desarrollo del juicio oral, salvo que se demuestre que tal omisión se haya producido por causas no atribuibles a la parte que debía realizarlo.

En este último sentido, debe decirse que para esta Sala no existe vestigio alguno que evidencie una situación que exonere al fiscal en el deber de indicar desde el principio que tendría como testigos a los patrulleros BERRIO y ORTEGA, como si lo hizo relacionando a otros testigos; situación que demuestra que solo se percató de la condición de estos cuando la defensa adujo que haría valer como tal la versión de uno de ellos, específicamente el PT. BERRIO.

Respecto del descubrimiento probatorio de la Fiscalía, se ha decantado que realizarlo de manera adecuada es determinante para la etapa de enunciación, solicitud y decreto de las pruebas que se pretendan hacer valer en juicio, ello por cuanto, le permite a la defensa definir su estrategia, conocer el sustento de la teoría del

caso de la Fiscalía, discutir los argumentos de pertinencia, conducencia y utilidad de las pruebas que solicite el ente acusador y, finalmente, para que el juez cuente con suficientes elementos de juicio para decidir su admisibilidad¹⁰.

Debe llamarse la atención que la carga que se impone a la Fiscalía como representante del Estado es más estricta, pues posee todos los medios necesarios para acceder a la información y los medios probatorios deseados para sustentar su teoría del caso, por eso es que el descubrimiento de los elementos materiales probatorios o evidencia física de su parte se hace desde el escrito de acusación, con el fin de permitirle a la defensa construir una estrategia defensiva en un marco de lealtad y transparencia en donde se busca igualar la balanza entre el ente acusador y los derechos de defensa y contradicción como garantías constitucionales materializadas.

Un adecuado descubrimiento, minucioso en las posibilidades de los medios probatorios con que se cuenta, facilita la construcción de la teoría del caso, la defensa material y la contradicción dentro del marco del derecho fundamental al debido proceso.

¹⁰ Tribunal Superior de Distrito Judicial de Villavicencio Sala de Decisión Penal No. 1 18 de junio de 2021 M.P Patricia Rodriguez Torres

Este ha sido el entendimiento que la Corte Suprema de Justicia ha dado al asunto:

"En tal sentido, el correcto y oportuno descubrimiento probatorio constituye condición sine qua non para la admisibilidad de la prueba porque, según el artículo 346 ibídem, el juez tiene la obligación de rechazar todas aquellas evidencias o elementos probatorios respecto de los cuales no se haya cumplido el deber de revelar información durante el procedimiento de descubrimiento. Por ende, los medios de convicción que no sean descubiertos en la oportunidad legalmente establecida no pueden aducirse al proceso, controvertirse, ni practicarse durante el juicio oral...¹¹"

Así las cosas, era deber del Juez A quo pronunciarse sobre lo planteado por la defensa quien erró en la solicitud de exclusión de la prueba, pues es claro que en el caso concreto no se estaban planteando presupuestos de ilegalidad, ilicitud o vulneración de derechos fundamentales en los medios de prueba, operando en contraste el rechazo como de manera atinada lo solucionó el Juez, bajo el entendido que no hubo un descubrimiento probatorio claro y suficiente.

¹¹ Corte Suprema de Justicia SP del 21 de febrero de 2007, Rad. 25920, traído a colación en el auto AP3596-2016, radicado 46862 del 8 de junio de 2016 M.P Luis Guillermo Salazar Otero.

Frente al tema del rechazo del decreto probatorio deprecado por el Juez 1310, ha indicado nuestro órgano de cierre¹² lo siguiente:

"...Nótese que, tanto en el escrito de acusación como en la audiencia de formulación de cargos, el fiscal no relacionó como testigos a los ciudadanos Alba Edith Cortés Reyes y José Eliecer Pineda López. En realidad, lo que observa la Sala es que únicamente se descubrieron las entrevistas recibidas a dichas personas por parte de la funcionaria del CTI Mariela Heredia García, las cuales se encontraban a folios 6 al 8 y 223 al 224 del cuaderno anexo No. 3, respectivamente.

Lo expuesto impone el rechazo de los testimonios referidos como sanción al incumplimiento del deber de descubrimiento oportuno, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 346 de la Ley 906 de 2004, que como ya se expuso, torna nugatoria la posibilidad de aducción, introducción o recaudo de toda prueba que no cumpla este presupuesto, con excepción de aquellos casos en los que la omisión no sea imputable a la parte interesada, hipótesis que no se presenta en este caso.

Cabe señalar que el razonamiento del delegado de la Fiscalía, adoptado en la decisión recurrida, según el cual deben considerarse descubiertos los testimonios referidos en razón a que en el escrito de acusación aparecen los nombres de dichos ciudadanos, es equivocado, pues resulta contrario a lo descrito en los literales c y g del numeral 5° del artículo 337 de la Ley 906 de 2004, según los cuales deben identificarse por aparte los testigos cuya declaración se solicite,

¹² Corte Suprema de Justicia AP212-2021 Radicado 57103 del 27 de enero de 2021 M.P José Francisco Acuña Vizcaya

y las declaraciones o deposiciones con que cuenta la Fiscalía.

Además, no se puede desconocer que el delegado de la Fiscalía, en el curso de la audiencia de formulación de acusación, contó con la oportunidad de aclarar lo concerniente a los testigos de cargo. Sin embargo, no lo hizo, y se ciñó exclusivamente a darle lectura al escrito, el cual, en el anexo correspondiente, solo contaba con prueba documental y testigos de acreditación a efecto de realizar la correspondiente incorporación, a pesar de que la normatividad procesal le imponía el deber de indicar expresamente el nombre de los testigos cuya declaración solicitaría a efectos de evitar sorprender a la contraparte, como en efecto ocurrió, lo cual implicó un menoscabo al principio de lealtad procesal que rige el sistema penal con tendencia acusatoria...”

En dichos términos debe indicarse que lo acaecido en el caso concreto obedece a un error sustancial de parte del Fiscal al no haber develado los testimonios de los patrulleros BERRIO y ORTEGA como autónomos e independientes de las entrevistas por ellos rendidas al SI. DIEGO ALEJANDRO MUÑOZ, aspecto que se advierte fundamental y violatorio de las disposiciones legales existentes frente al descubrimiento probatorio el cual no se establece como un mero formalismo sino como un procedimiento que busca materializar los derechos y garantías de las partes en lo que concierne a la lealtad procesal frente a los principios constitucionales del debido proceso, el derecho de defensa y de contradicción, situación que no subsanó en la

audiencia de formulación de acusación en donde se limitó a relacionar los elementos probatorios en los mismos términos en que presentó el escrito de acusación, reaccionando o cayendo en cuenta del error solo luego de que la defensa descubriera al Patrullero BERRIO como su testigo, y al momento de la enunciación, generando un evento novedoso para su contraparte quien solo hasta ese momento se percató que la estrategia de la fiscalía iba dirigida a otros factores, quedando en desventaja frente al testigo por ella solicitado pues ahora no sería exclusivo de la defensa sino compartido entre aquella y la fiscalía, desconociendo además que también se llamaría al Patrullero ORTEGA, restándole con ello la posibilidad de contemplarlo como testigo de la defensa.

Lo expuesto impone confirmar la decisión adoptada por el Juez A quo 1310 en el sentido de rechazar y no decretar los testimonios de los Patrulleros BERRIO PALENCIA SERGIO y ORTEGA CUASPUD ESTEBAN enunciados y solicitados por la Fiscalía en atención a su indebido y oportuno descubrimiento.

7.4.2 Del decreto de las pruebas documentales invocadas por la defensa del PT. MAURICIO MORALES GUAPACHA

Frente al segundo punto planteado por la Fiscalía en el sentido que se rechace el decreto probatorio

a favor del defensor del PT. MAURICIO MORALES GUAPACHA se tiene que el ente Fiscal cuestiona se hayan decretado el informe de investigador de campo de fecha 30 de mayo del 2024, suscrito por EMERSON VÁSQUEZ RINCÓN, el oficio 038864 del 27 de mayo del 2024 y la copia del libro de anotaciones patrulla.

Al respecto señaló el recurrente que, en la citada audiencia preparatoria el Juez le negó a esa Fiscalía tener como prueba documental el informe investigador de campo FPJ 11 del 25 de enero del 2024, suscrito por el SI. DIEGO ALEJANDRO MUÑOZ en su condición de Policía Judicial, negación que aconteció bajo el sustento que los informes de policía judicial no son pruebas documentales, decisión que comparte.

Por lo anterior, dijo el Fiscal que, dicha argumentación también debió tenerse en consideración respecto a las pruebas requeridas por el abogado JOSÉ DAVID PESCADOR, ya que revestían las mismas particularidades de la prueba que a él se le negó y adicionalmente no entiende como mentadas pruebas se incorporarán en el juicio oral, sin haberse indicado cuales son los testigos de acreditación para darle validez a las cuestionadas pruebas.

En tal sentido, concluyó que, por tal situación se vulneró el derecho a la igualdad y no se dio cumplimiento al precedente horizontal y vertical en el entendido que el Juez debió considerar su mismo pronunciamiento cuando le negó a la Fiscalía la prueba documental.

Al respecto debe indicarse que para esta Sala lo acaecido con la defensa en cabeza del abogado JOSÉ DAVID MURIEL PESCADOR aunque pudiera cuestionarse según los planteamientos del Fiscal, no confluye como un derrotero argumentativo suficiente que afecte lo sucedido en el marco de la audiencia preparatoria, pues independientemente de que se haya decretado como prueba documental el informe del investigador EMERSON ANDRÉS VASCO, el oficio No. 0388 64 del 27 de mayo de 2024 y la copia del libro de anotaciones de la patrulla disponible, estos documentos fueron descubiertos por la defensa en debida forma, enunciados y solicitados; conforme a ello el problema que se avizora tal y como lo indicó el mismo defensor Dr. MURIEL no confluye en el decreto probatorio sino en la incorporación o introducción de dichos documentos en el juicio oral, asunto que no puede ser dirimido por esta Corporación, pues es del estricto resorte de las partes.

Constituye por tanto, una falacia a cargo del Fiscal que se argumente que la decisión del decreto probatorio debe revocarse porque al ente Fiscal no le decretaron unas pruebas documentales y al defensor si, en ese sentido no tiene lógica que si el Fiscal consideró que la decisión del Juez no fue la adecuada para su caso, no haya consolidado la "queja planteada" como un presupuesto de apelación para que esta instancia deshiciera la decisión del A quo a su favor indicando los presupuestos por los cuales la prueba documental por él requerida en su práctica debió haber sido decretada.

En este sentido esta Sala no puede presumir una argumentación seria y lógica bajo los presupuestos del pretendido violado derecho de igualdad a cargo de la Fiscalía cuando cuestiona la actuación del Juez A quo aduciendo de forma caprichosa que no entiende porque a la defensa si le decretaron la prueba documental sin referenciar testigo y a él en la misma situación no se la decretaron.

Como puede verse, el mentado argumento no resulta más que una falacia de distracción que se aparta de presentar planteamientos serios respecto del por qué esta Instancia debería revocar el decreto de la prueba documental a favor de la defensa, pues como se explicó anteriormente se tiene que el problema a dirimir en la audiencia preparatoria no

tiene que ver con asuntos de incorporación y como lo mismo no se ha surtido, esta instancia carece de competencia para referirse al entorno de lo que acontecerá en dicho evento. Además, bajo dichos planteamientos, corresponde al Juez de conocimiento como director de la audiencia de juicio oral y a las demás partes verificar la incorporación probatoria de los documentos decretados y esto no lo puede solucionar ex ante este Tribunal.

De otra parte, es importante referir que no se indicaron de parte del Fiscal más allá de aducir que los informes de los investigadores no son prueba, cual fue la violación al debido proceso en que incurrió el Juez A quo o el yerro en que cimentó su decisión; como se puede apreciar de las diligencias escriturales y los vídeos de la audiencia preparatoria surtida, los elementos materiales probatorios que se cuestionan por la Fiscalía como indebidamente decretados, fueron publicitados siempre en los mismos términos del decreto por parte del señor defensor MURIEL PESCADOR al momento de hacer el descubrimiento probatorio.

Téngase además en cuenta que, los elementos probatorios denominados documentos hasta ese momento procesal de la audiencia preparatoria solo contemplan vocación probatoria es decir, no son

prueba en el estricto sentido de lo que se entiende como tal, y bajo dichos presupuestos corresponderá a la defensa constituirlos como prueba en el juicio oral, no siendo menester determinar por parte de este Colegiado como lo hará, pues más allá de esto, lo solicitado cumplió con los requisitos de publicidad que permiten tanto a la Fiscalía, como a la bancada de la defensa replantear su teoría del caso y generar su estrategia de contradicción en torno a lo mismo.

De otra parte es importante que la Fiscalía tenga presente que el decreto de las pruebas no es una decisión apelable en todos los sentidos, la Corte Suprema de Justicia ha sido clara en indicar que contra el auto que las declara procede el recurso de reposición y excepcionalmente el de apelación, este último, cuando de la decisión se advierta se violaron preceptos constitucionales relativos a los derechos fundamentales de las partes, esto es, que la prueba decretada tenga vicios por ilicitud o ilegalidad y deba ser excluida o por indebido descubrimiento, situaciones que no se surten en el evento reclamado por la Fiscalía aunque su argumento se circunscriba en que se le violó el principio de igualdad porque a la defensa le decretaron como prueba documental un informe, un oficio y una anotación, y a él le negaron el decreto de un informe como prueba documental, situación que más allá de un mero planteamiento se

resquebraja frente a la petición elevada por el Fiscal ante este Tribunal en el sentido que no se hizo evidente el hecho de que si la decisión efectivamente afectó sus intereses y violó su derecho a la igualdad no alegara lo pertinente para que le fuera reconocida.

Como se dijo en acápites precedentes, el Fiscal no argumentó ni expuso violaciones sustanciales al debido proceso que afecten sus garantías como sujeto procesal, tampoco adujo circunstancias de ilicitud e ilegalidad que lleven a esta Sala considerar la exclusión de la prueba, igual sucedió con relación a que calló sobre algún aspecto que afectara el debido descubrimiento que le era debido a la defensa; lo único que cuestionó fue el acto de decretar que hizo el A quo, sin embargo, lo mismo no lo concatenó con el evento del descubrimiento que es lo más relevante en la audiencia preparatoria en el caso de la defensa.

En dichos términos, ya fue indicado que el problema de las pruebas que fueron decretadas por el A quo no confluye en que frente a éstas haya habido un indebido descubrimiento a cargo de la defensa, pues de lo que puede apreciarse en las diligencias tanto digitales, como escritas y de lo expuesto por el togado MURIEL PESCADOR los documentos de los cuales el Juez de conocimiento deprecó su práctica fueron debidamente descubiertos resultando ser de otro

resorte el tema de la incorporación de los mismos en la audiencia de juicio oral.

De otra parte, es importante llamar la atención de la Fiscalía, frente a los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia en lo que respecta al tema de la apelación del auto que decreta las pruebas, donde al respecto se ha indicado:

"(...)Sobre la posibilidad de impugnar el auto que decreta la práctica de pruebas, esta Corporación ha sostenido dos tesis, de un lado, la que permite la apelación frente a un auto de tal naturaleza y, de otro, la que sólo permite el recurso de alzada cuando las peticiones probatorias de las partes son negadas por exclusión, inadmisión o rechazo..

Esta divergencia de posturas fue zanjada a partir de la decisión CSJ AP4812- 2016, Rad. 47469, en el entendido que la tesis que admite el recurso de apelación contra la decisión que decreta pruebas desconoce el principio de reserva legal y los fines del proceso penal. Así señaló esta Corporación:

2. En el presente asunto, la inconformidad de la defensa deviene de la decisión del Tribunal de decretar dos pruebas de la Fiscalía cuyo rechazo había solicitado, pues en su sentir fueron indebidamente descubiertas y esa falencia no se superó con la orden emanada al inicio de la audiencia preparatoria, en la que el juzgador colegiado dispuso la entrega material de dichos elementos de prueba.

Así las cosas, como el objeto de debate se centran en el rechazo de la prueba por deficiencias en el descubrimiento probatorio y, en ninguna forma se trata de valorar el quebranto de garantías fundamentales que afectan la licitud de la prueba, corresponde a la Sala aplicar el referido criterio jurisprudencial, en virtud del cual no es procedente el recurso de apelación contra autos que decretan pruebas.

En pronunciamiento más reciente vía acción de tutela nuestro órgano de cierre¹³ indicó lo siguiente:

"...15.- Frente a la decisión que resuelve las solicitudes probatorias elevadas por las partes, el Código de Procedimiento Penal diferencia entre el auto que accede a su práctica y aquel que la niega, por tanto, contra el primero solamente procede el recurso de reposición, de conformidad con lo establecido por el citado canon 176. Además, contra el que excluya, rechace o inadmita una prueba, proceden el de reposición y/o el de apelación, tal como lo consagra el inciso 3° del artículo 359, en concordancia con el numeral 4° del artículo 177 ibídem [AP5468-2021, 17 nov. 2021, rad. 60130].

16.- Por lo expuesto, de antaño la Corte ha sostenido que, contra la decisión que admite el decreto de pruebas, no procede el recurso vertical de apelación y la parte favorecida con la prueba, carece de legitimidad en la causa para atacarla, postura que ha mantenido de forma pacífica [Ver entre otras, CSJ AP 3805-2015, 8 jul. 2015, Rad 46262, CSJ AP4812-2016, 27 jul. 2016, Rad 47469.]

¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia del 18 de agosto de 2022, Rad.125585, M.P. Myriam Ávila Roldán

17.- No obstante, las anteriores reglas han sido morigeradas por la Sala de Casación Penal de acuerdo a la dinámica de los casos concretos que se presentan en el sistema adversarial. Al respecto, en proveído CSJ, AP1392-2021, 21 abr. 2021, Rad. 57164, lo siguiente:

[...] Por ello, se ha reiterado que los criterios analizados deben aplicarse dentro del contexto de las garantías del debido proceso probatorio, razón por la que se ratificó que "contra la decisión de admitir una prueba no procede la apelación, **salvo que se esté discutiendo la violación de garantías fundamentales en los ámbitos de la exclusión o el rechazo**" (CSJ AP948-2018, rad. 51882; CSJ AP1465-2018, rad. 52320; CSJ AP3018-2018; CSJ AP2218-2018, rad. 52051; CSJ AP384-2018, rad. 51917, entre otras).

De igual modo, esta Sala señaló, en CSJ AP-948-2018, rad. 51882, que en la audiencia preparatoria pueden surgir diversos debates respecto al descubrimiento probatorio, ocasión en la que el juez está facultado para activar sus atribuciones de dirección del proceso en beneficio de la celeridad y eficacia de la administración de justicia y cuando no es posible solucionar la controversia por esta vía, se debe evaluar sobre la procedencia del rechazo, decisión que admite el recurso de apelación, con independencia de su sentido..."

Bajo dichos parámetros se precisa indicar que la actuación que concita la revisión de la Sala se llevó a cabo con observancia de las ritualidades procesales propias de la audiencia preparatoria, sin que se observe que de parte de la defensa se haya incurrido en algún actuar deshonesto, anómalo

e ilegal que ameriten castigarla con la revocatoria de la decisión apelada y que la favoreció, lo anterior sumado al hecho de que la decisión del A quo aunque pueda parecer poco equitativa no fue disentida por la Fiscalía frente a los derechos y garantías fundamentales que le fueron violadas desde la perspectiva de la negativa del decreto del informe de policía judicial que había solicitado como prueba documental.

De igual forma la Sala advierte que como el recurso impetrado por la fiscalía no se abordó desde el contexto de algún suceso de irregularidades en el descubrimiento probatorio y menos desde los ámbitos de ilicitud e ilegalidad que conllevaran su exclusión por violación a los derechos y garantías, la decisión del A quo no amerita revocatoria, debiendo resolverse de forma desfavorable la petición del ente acusador.

Sin más consideraciones, la Primera Sala de Decisión del Tribunal Militar y Policial,

VIII. RESUELVE:

PRIMERO: DESPACHAR DE FORMA DESFAVORABLE los argumentos presentados por el Fiscal 2430 en el sentido de que se revoque la decisión de fecha 7 de junio de 2024 emitida por el Juez 1310 Penal

Militar y Policial de Conocimiento, mediante el cual rechazó una serie de pruebas testimoniales en disfavor del ente Fiscal y decretó unas de carácter documental a favor de la defensa del PT. **MORALES GUAPACHA MAURICIO**.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todas sus partes la decisión de fecha 7 de junio de 2024 emitida por el Juez 1310 Penal Militar y Policial de Conocimiento, mediante el cual rechazó una serie de pruebas testimoniales en disfavor del ente Fiscal y decretó unas de carácter documental a favor de la defensa del PT. **MORALES GUAPACHA MAURICIO**.

TERCERO: INFORMAR que contra la presente decisión no proceden recursos.

CUARTO: Los sujetos procesales quedan **NOTIFICADOS** de la presente decisión **POR ESTRADOS**.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

Coronel (RA) **PAOLA LILIANA ZULUAGA SUÁREZ**
Magistrada Ponente

Coronel **SANDRA PATRICIA BOTÍA RAMOS**
Magistrada

Coronel **GUSTAVO ALBERTO SUÁREZ DÁVILA**
Magistrado

Abogado **ÁLVARO IVÁN QUINTERO GAYÓN**
Secretario