

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PASTO - NARIÑO
SALA DE DECISIÓN PENAL

Auto Interlocutorio No:	059
Radicación:	520016000485-2016-06597-01 N.I. 19446
Procesados:	VVMH, LHOD, LAEH Y CMA.
Delito:	TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES
Acta de Aprobación:	110 del 03 de octubre del 2019

DESCUBRIMIENTO PROBATORIO - FASES: Ante la flexibilidad que tiene el descubrimiento probatorio, las audiencias de formulación de acusación y preparatoria no son el último escenario que tienen la Fiscalía y la defensa para descubrir evidencia, pudiéndose efectuar tal descubrimiento desde la presentación del escrito de acusación hasta el extremo de la fase probatoria del juicio oral.

DESCUBRIMIENTO PROBATORIO - RECHAZO POR DESCUBRIMIENTO EXTEMPORÁNEO: Cuando el descubrimiento de evidencia o la entrega de pruebas se hace de manera extemporánea, no hay lugar a la invalidación del proceso, siempre que se haya realizado con suficiente antelación al inicio del debate respectivo, a fin de garantizar el ejercicio del derecho a la defensa en su componente de contradicción.

NULIDADES - Para que operen las ineficacias procesales y probatorias es necesario que la irregularidad evidenciada sea sustancial, y lo será cuando afecte garantías fundamentales de los sujetos procesales, violación de garantías que debe ser probada por quien la invoca.

DESCUBRIMIENTO PROBATORIO - RECHAZO POR FALTA DE DESCUBRIMIENTO O DESCUBRIMIENTO EXTEMPORÁNEO: No procede.

No hay lugar a rechazar por falta de descubrimiento o descubrimiento extemporáneo de la Fiscalía el informe pericial sobre la calidad del estupefaciente incautado, pues no obstante el acto de descubrimiento ocurrió con posterioridad a la celebración de la audiencia de formulación de acusación, momento en el cual tuvo conocimiento de los resultados, se realizó con mucha antelación a la audiencia preparatoria, permitiéndole a la defensa conocer a tiempo todos los medios suasorios que se encontraban en su poder, pudiendo ésta acopiar la posible evidencia que le permitiera contrarrestar aquellos resultados y ejercer el derecho a la defensa y contradicción, garantías estas cuya vulneración no fue demostrada por la contraparte, estableciéndose por el contrario, que ninguna afectación real y trascendente se produjo por el descubrimiento tardío de tal evidencia.

PRUEBA SOBREVINIENTE – REQUISITOS: Su decreto procede excepcionalmente en virtud del hallazgo de un elemento de convicción de vital trascendencia, que solamente pudo conocerse con posterioridad a la audiencia preparatoria y cuya ausencia puede perjudicar de manera grave el derecho a la defensa o la integridad del juicio.

PRUEBA SOBREVINIENTE – La parte que pretende su decreto tiene la carga de demostrar su existencia y de explicar su pertinencia y admisibilidad.

Procedencia de la admisión de los resultados de las interceptaciones telefónicas presentadas por la Fiscalía como pruebas sobrevinientes, siendo que supo de su existencia después de surtida la audiencia de formulación de acusación, la omisión del descubrimiento no obedeció a causas a ella atribuibles, los resultados fueron informados a la defensa en fecha anterior a la audiencia preparatoria garantizándose el derecho de contradicción probatoria y son de superlativa importancia para la prosperidad de la acusación, siendo ello debidamente argumentado en curso de la audiencia preparatoria.

Magistrado Ponente: Dr. Silvio Castrillón Paz

San Juan de Pasto, ocho (8) de octubre del dos mil diecinueve (2019)

OBJETO DE DECISIÓN

Procedente del Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Pasto – Nariño ha llegado el proceso penal que se adelanta por el probable delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en contra de los señores VVMH, LHOD, LAEH Y CMA. Corresponde a la Sala desatar el recurso vertical interpuesto por los apoderados de la defensa en contra de la providencia proferida en desarrollo de la sesión de Audiencia Preparatoria celebrada el 19 de octubre de 2018, a través de la cual se despacharon las peticiones probatorias de la Fiscalía y la defensa y se negaron unas solicitudes de rechazo de pruebas por falta de descubrimiento probatorio que habían extendido los defensores de los intereses jurídicos de los acusados.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE.

Cuenta la historia procesal que el día 18 de noviembre de 2016 la Compañía de Operaciones Antinarcóticos de la Policía de Ipiales (Nariño), en horas de la tarde, recibió información telefónica de fuente humana develando que ese día se desplazaría en horas de la noche, desde el municipio de Buesaco y hasta la ciudad de Pasto, un automóvil color gris de placa AUX 783, en el cual se transportarían sustancias estupefacientes. Por este motivo se preparó un operativo conjunto entre uniformados de dicha Compañía y funcionarios de Policía Judicial a la altura del conocido Túnel de Daza, que corresponde al perímetro urbano de Pasto, y efectivamente en el puesto de control se hizo contacto con el automotor en el que se desplazaban LHOD como conductor y los señores VVMH, LAEH Y CMA como pasajeros.

Aduciendo motivos de lluvia, iluminación y seguridad, los policiales requirieron para que les accedieran al registro del vehículo en las instalaciones de la SIJIN de Pasto, en donde con la ayuda de un “biocensor canino” (ILONA) se logró establecer que en la parte trasera del vehículo y más exactamente en la llanta de repuesto se transportaba droga mimetizada, siendo incautados 16 paquetes envueltos en bolsas plásticas de color beige, contentivas de una sustancia pulverulenta de olor fuerte y penetrante, con características similares a la del opio, la cual reaccionó positivamente para opiáceos y derivados (Heroína) ante la prueba de Identificación Preliminar Homologada (PIPH), que fue practicada por el perito de Policía Judicial Patrullero José Cifuentes Casanova, arrojando un peso bruto de 8.005 gramos y neto de 7.800 gramos. También se encontró la suma de \$3'000.000 en la caja de fusibles del automotor, en virtud de información que diera a los policiales el conductor del automóvil.

Ante la contundencia del hallazgo y la inminente captura en flagrancia, el señor VVMH le ha manifestado a uno de sus captores (patrullero Hugo Oswaldo Córdoba) que *“cuanto quiere que le colabore y deja eso quieto”*, al igual que las mujeres llorando les suplicaban colaboración, pero fueron inmediatamente privados de la libertad y puestos a disposición de la Fiscalía.

Las audiencias preliminares concentradas para legalizaciones de rigor frente a la captura, incautación de vehículo y dinero con fines de comiso, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento privativa de la libertad se llevó a cabo entre los días 19 y 20 de noviembre de 2016 ante el Juzgado Promiscuo Municipal de El Tambo (Nariño), con funciones de control de garantías, en las cuales se les atribuyó coautoría en el delito de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES, ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 376 del Código Penal, en la modalidad agravada, dada la calidad y cantidad de estupefaciente incautado. Finalmente se les

impuso medidas de aseguramiento privativas de la libertad a todos los filiados, fijándose en centro carcelario a VVMH y LAEH, mientras que a LHOD y CMA lo fue en condiciones domiciliarias.

El 29 de noviembre de 2016 fue radicado escrito de acusación en contra de los cuatro imputados por el Fiscal 2º Especializado de Pasto, doctor ÁLVARO FELIPE DELGADO MARTÍNEZ, como coautores del delito de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES (artículo 376 del Código Penal), en la modalidad agravada (artículo 384 numeral 3) por tratarse la sustancia incautada de un derivado de la amapola y ser su cantidad superior a 2 kilos. A dicho escrito de acusación fue anexado un documento contentivo de 23 elementos evidenciales como informes, entrevistas, actas de incautación, nombres de testigos y peritos.

El día 1 de marzo de 2017 fue surtida la audiencia de formulación de acusación ante el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Pasto, en la cual se realizó el traslado del escrito de acusación, que fue adicionado por la Fiscalía anexando una relación de testigos reservados y un estudio socio económico de los procesados. Se surtió la entrega (descubrimiento) de los elementos probatorios anunciados sin contratiempos; fue ratificada la acusación de coautoría en el delito de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES (artículo 376 del Código Penal), en la modalidad agravada (artículo 384 numeral 3), y se señaló como fecha para la audiencia preparatoria el 20 de abril de 2017, la cual fue aplazada a petición del abogado defensor de los intereses jurídicos de LHOD y CMAR, en virtud de que estaban adelantando conversaciones para un preacuerdo con la Fiscalía.

El 10 de mayo de 2017 fue radicada un acta de preacuerdo suscrita entre el doctor ÁLVARO FELIPE DELGADO MARTÍNEZ, en su condición de Fiscal Segundo Especializado de Pasto, los acusados VVMH, LHOD, LAEH Y CMA, debidamente avalado por sus defensores

de confianza, el cual no tuvo vocación de prosperidad al ser retirado unilateralmente por la doctora LUZ MIRIAM LASSO ECHAVARRIA, Fiscal Séptima Especializada de Pasto que sucedió en el trámite del asunto al Fiscal DELGADO MARTÍNEZ como delegada del ente acusador, acontecimiento que resultó válido porque ocurrió antes de que se le impartiera aprobación al preacuerdo por la Jueza de Conocimiento.

Posteriormente asumió el caso como Delegado de la Fiscalía el doctor MARIO ANDRÉS BURGOS PATIÑO, Fiscal Tercero Especializado de Pasto, con quien los apoderados de la defensa reiniciaron conversaciones tendientes a un preacuerdo, pero que nunca se concretó.

El proceso siguió su curso normal, fijándose el día 24 de septiembre de 2018 como la fecha para adelantamiento de la audiencia preparatoria, la cual fue suspendida a petición del Fiscal 3 Especializado de la estructura de apoyo (EDA), doctor FRANCISCO MAURICIO MUÑOZ DÍAZ, quien el mismo día presentó escrito aduciendo que *“...con fecha 21-09-2018 se allegó a este despacho copia espejo de los audios de interceptación de comunicaciones que reposan en la carpeta 2015-00415, dentro de la cual se adelanta una investigación por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en la Fiscalía 22 DECN, piezas procesales que se solicitaron por parte del suscrito con anterioridad y de las que se tuvo conocimiento con posterioridad a la formulación de acusación, ya que las mismas hacían parte de una investigación reservada que cursaba en una Fiscalía de Unidad Nacional, teniendo en cuenta que estos elementos materiales probatorios son fundamentales para continuar con la siguiente fase de la actuación procesal, en el entendido de que las mismas serán enunciadas y solicitadas como pruebas en las audiencia preparatoria, es necesario obtener una serie de experticios técnicos de las mismas. Se tiene entonces que el informe de investigador de campo de las respectivas copias de los audios en mención se allegó a este despacho e inmediatamente se procedió a solicitar audiencia de control previo para obtener la muestra de voz del señor OD y así poder realizar el respectivo cotejo en el laboratorio de acústica del CTI de la ciudad de Cali. La audiencia para la toma de la muestra está programada para el 25-09-2018 a las 2:30 pm. en el Juzgado Primero Ambulante de Garantías de la ciudad de Pasto, una vez se obtenga la misma se*

asignará un funcionario del laboratorio del CTI para lo pertinente". A la petición se anexaron copias de las órdenes referidas a Policía Judicial y de la solicitud de audiencia preliminar de control previo que para obtención de muestras de voz, que involucraban al imputado LHOD, se había radicado el 20 de septiembre de 2018 ante el Centro de Servicios Judiciales de Pasto.

Fue fijado el día 11 de octubre de 2018 como nueva fecha para adelantamiento de la audiencia preparatoria, audiencia en la cual se manifestó por la bancada de la defensa que había recibido oportunamente de la Fiscalía los elementos establecidos o contenidos en el escrito de acusación y que fueron referidos verbalmente en la audiencia de formulación de acusación, pero dejaron constancia que extrañamente y con posterioridad a la citada audiencia de acusación el Delegado de la Fiscalía, mediante oficios del 10 de mayo de 2018 y 8 de octubre de 2018, les hizo conocer unos elementos materiales probatorios nuevos, que no fueron siquiera mencionados o descubiertos en el escrito de acusación o en la audiencia de formulación de acusación.

El problema surge en curso de dicha audiencia preparatoria, porque con posterioridad al descubrimiento de las probanzas con las cuales la Defensa pretende enfrentar el juicio, se le concedió el uso de la palabra al doctor FRANCISCO MAURICIO MUÑOZ DÍAZ para que como Fiscal del caso hiciera enunciación de las evidencias que procuraba le fueran admitidas y/o decretadas para demostrar su teoría del caso, en dicho momento manifestó a la judicatura que con posterioridad a la celebración de la audiencia de formulación de acusación le habían llegado unos elementos materiales probatorios nuevos, los cuales descubrió directamente a la defensa en amparo de una decisión de la Corte Suprema de Justicia distinguida con el radicado 49183 del 1 de febrero de 2017; especificó que se trataba de los siguientes elementos probatorios:

1.- Un informe pericial de estupefacientes que ha sido suscrito por el perito oficial del Instituto Nacional de Medicina Legal CESAR AUGUSTO ARIAS, el cual tiene fecha de creación el 28 de marzo de 2017, que es posterior a la audiencia de Formulación de Acusación (fue realizada el 1 de marzo de 2017), y que llegó a su despacho el 3 de mayo de 2018, disponiendo que fuera puesto a disposición y descubierto al equipo de defensa.

2.- Dos (2) discos compactos en formato DVD contentivos de audios interceptados a los abonados telefónicos 3102344675 y 3117307329, que en su momento eran utilizados para comunicarse entre integrantes de una banda criminal que venía siendo investigada por la Fiscalía 22 Especializada de la Dirección Nacional Antinarcóticos, dentro del proceso con radicado 110016000098-2015-00415, dentro del cual se produjeron capturas en el mes de julio de 2018 por el delito de tráfico de estupefacientes. Además había Inspección Judicial practicada al proceso por el IT. RUDY ELDER TULCÁN TORO, adscrito a la Fiscalía Tercera Especializada a su cargo, obteniéndose 106 folios y los dos discos compactos en mención, interceptaciones estas que dice relacionadas con la captura en flagrancia de las cuatro personas que se acusan en el presente proceso, ocurridas el 18 de noviembre de 2016, donde fueron incautados 7.800 gramos de una sustancia que resultó positiva para heroína.

3.- Precisó que estaba pendiente por descubrir un estudio de la perito en fonoaudiología MARÍA PATRICIA MUÑOZ, perteneciente al laboratorio de acústica del CTI, con sede en Cali, referente al cotejo de voz realizado al acusado LHOD, de quien se refiere que probablemente aparece su voz dentro de las llamadas interceptadas. Posteriormente, al momento de la solicitud de pruebas, se presentó un debate entre las partes en lo relativo al decreto de dos tipos de elementos probatorios requeridos por el delegado de la Fiscalía:

(¹)Lo primero inherente al peritaje científico oficial del doctor CESAR AUGUSTO ARIAS, del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses de la regional Cali, quien había realizado para la Fiscalía INFORME PERICIAL DE ESTUPEFACIENTES No.DRSOCCDTE-LAES-0000173-2017 del 28 de marzo de 2017, allegado al despacho del Fiscal de Conocimiento a través de correo electrónico del 3 de mayo de 2018 y que se dijo fue descubierto a la defensa a través de oficio del 10 de mayo de 2018. En este informe se determina por el perito que la sustancia allegada al laboratorio, sometida a las pruebas físicas y químicas de rigor, en todas sus muestras, dieron positivo para heroína, se solicita el decreto y admisión de este testimonio pericial a efecto de determinar la materialidad de la conducta de tráfico de estupefacientes por el cual se adelanta el presente proceso.

(²)Lo segundo relacionado con la incorporación al juicio de los DVD's contentivos de las interceptaciones telefónicas a los abonados 3102344678 y 3117307329, éste último utilizado por el acusado LHOD, al igual que las transliteraciones y los resultados de las pruebas periciales acústicas de cotejo de voz con este acusado. Con éste objetivo la Fiscalía pretende sean admitidas y decretadas para el juicio una variedad de pruebas testimoniales de acreditación, de testigos peritos en acústica y documentales, relacionadas con todo el trámite de policía judicial llevado a cabo desde el levantamiento de la evidencia obrante dentro del proceso de origen con radicado 2015-00415 de la Fiscalía 22 Especializada de la Unidad Nacional contra el narcotráfico, con destino a éste proceso, hasta la verificación de su legalidad, la transliteración de su contenido y el resultado de las pruebas técnicas de cotejo de voz, para establecer si en dichas llamadas telefónicas estaba comprometido uno de los acusados. Las pruebas requeridas son las siguientes:

(2.1) Testimonio del IT. RUDY EYDER TULCÁN TORO, funcionario de la Policía Nacional, designado como agente de policía judicial de la Fiscalía Tercera Especializada de Pasto. Se indica que éste funcionario recibió orden del Fiscal del caso el 6 de julio de 2018, para realizar inspección al proceso con radicado 110016000098-2015-00415 adelantado por la Fiscalía 22 Especializada de la Unidad Nacional contra el Narcotráfico, en el cual se encontraron audios o llamadas telefónicas del evento del 18 de noviembre de 2016 que se investiga, que constan en dos (2) discos compactos en formato DVD y que han sido transliterados en un total de 106 folios. En estos archivos están comprometidos los abonados telefónicos 3102344675 y 3117307329 en los que aparece interlocutando el acusado LHOD. Se pide la admisión del testimonio del IT. TULCÁN TORO para que acredite la forma como se realizó la inspección judicial, las circunstancias relacionadas con la obtención de los discos compactos y la cadena de custodia. También se pide la admisión de los elementos documentales referidos (copias de los discos compactos en formato DVD) que contienen archivos de audios de comunicaciones de los abonados 3102344675 y 3117307329 desde el 12-11-16 al 26-11-16, relacionados con el hecho del día 18 de noviembre de 2016 que se está juzgando, los cuales –por supuesto– serían incorporados con el mismo testigo de acreditación.

(2.2) Testimonio del IT. YOJAN BLADIMIR GONZALEZ TRIANA, funcionario de policía judicial de antinarcóticos, adscrito a la unidad investigativa contra la heroína de la Policía Nacional, vinculado a la Fiscalía 22 Especializada de la Dirección Nacional contra el Narcotráfico con sede en la ciudad de Pasto. Este testigo ha rendido un informe de actividades el 18 de mayo de 2018 a la Fiscalía 22 DECN –Pasto, sobre el análisis de resultados de las interceptaciones y otras actividades investigativas dentro del radicado 110016000098-2015-00415 que reportan la existencia de una banda dedicada a la comercialización de heroína. También da a conocer aspectos relacionados con los hechos del 18 de noviembre de 2016, en donde

fueron capturados los señores VVMH, LHOD, LAEH Y CMA cuando transportaban 7800 gramos de heroína, al igual que está en capacidad de referir la relación de llamadas interceptadas antes, durante y después de estos hechos. Este testigo investigador y analista rinde informes del 15 de septiembre de 2016, del 12 de octubre de 2016, del 7 de marzo de 2017, del 4 de abril de 2017, del 15 de mayo de 2018 y del 12 de junio de 2018, sobre los resultados de las interceptaciones telefónicas realizadas a varias personas pertenecientes a una organización delincuenciales dedicadas al transporte de heroína en el departamento de Nariño, además se registran interceptaciones concretas al abonado telefónico 3117307329 utilizado por el acusado LHOD, donde aparece coordinando la comercialización y el transporte de sustancia estupefaciente; como de igual manera se registran resultados de llamadas anteriores, posteriores y concomitantes a los hechos en que se produjo la captura de los acusados, la Fiscalía indica que esto permitirá demostrar la planeación y ejecución de la conducta punible y el conocimiento que estas personas tenían acerca de la ilicitud de sus acciones, en el informe de 15 de mayo de 2018. Se indica que él está en capacidad de acreditar lo relativo a la solicitud de búsqueda selectiva en bases de datos para obtener los datos biográficos de los titulares de los celulares interceptados 3102344675 y 3117307329, estableciendo a través de la empresa de telefonía CLARO que al menos uno de ellos tiene como dueño al señor LHOD.

(2.3.) Testimonio del IT. CAMILO ANDRÉS SÁNCHEZ FARFAN, funcionario de policía judicial antinarcóticos, adscrito a la unidad investigativa contra la heroína, analista de comunicaciones criminales de la Policía Nacional adscrito a la Fiscalía 22 Especializada De la Unidad Nacional contra el Narcotráfico con sede en la ciudad de Pasto. Se dice que como analista que es de la sala de interceptación de comunicaciones suscribe los respectivos informes, dando a conocer conversaciones relevantes de hechos relacionados con la investigación

110016000098-2015-00415, sobre la existencia de una organización delincuenciaal dedicada al transporte de heroína en el departamento de Nariño, las cuales han sido interceptadas legalmente y reportan datos relevantes sobre lo acontecido antes, durante y después de los hechos del día 18 de noviembre de 2016 que aquí se investigan, evento en el cual fueron capturados los acusados VVMH, LHOD, LAEH Y CMA. Se enfatiza en la recepción de su testimonio para que informe sobre el análisis de las llamadas interceptadas a los abonados del señor LHOD relacionadas con la coordinación y transporte de heroína. Se indica que está en capacidad de dar a conocer las circunstancias de cómo estas cuatro personas, y en especial el señor LHOD, a través de llamadas telefónicas con otros miembros de la banda delincuenciaal, coordinaba la comercialización y transporte de sustancia estupefaciente, hechos entre los cuales se encuentra el que se está juzgando en esta cuerda procesal. Como el funcionario también suscribe los informes de interceptaciones junto al IT. YOJAN BLADIMIR GONZÁLEZ TRIANA, se indica que con él también pueden ingresarse los elementos materiales probatorios referidos contenidos en los dos (2) discos compactos en formato DVD.

(2.4.) Testimonio de la Ingeniera VIVIANA CHAVES ARTURO, Técnico Investigador 2 adscrita al CTI de la Dirección Seccional de Fiscalías de Nariño de la especialidad de “delitos informáticos”. Se indica que esta funcionaria, en cumplimiento de orden emitida por la Fiscalía Tercera Especializada, obtuvo una copia espejo de los dos (2) discos compactos en formato DVD que se relacionan en un informe de 6 de julio de 2018, en el cual figura lo relacionado con la práctica de inspección al varias veces referido proceso penal 110016000098-2015-00415 de la Fiscalía 22 Especializada de la Unidad Nacional contra el Narcotráfico, diligencia en la cual se encontraron los audios de llamadas interceptadas a los dos abonados telefónicos 3102344675 Y 3117307329, en las que aparecen datos fundamentales sobre el evento delictual del 18 de noviembre de 2016 cuando se produjo la captura en

flagrancia de los señores VVMH, LHOD, LAEH Y CMA. La acreditación de sus labores investigativas se dice por la Fiscalía que es necesaria para que se rindan los informes de laboratorio por la Sala de Acústica del CTI con sede en la ciudad de Cali.

(2.5.) Testimonio de la Investigadora MARÍA PATRICIA MUÑOZ, adscrita al grupo de acústica de la Unidad de Criminalística del CTI de Cali-Valle del Cauca. Esta funcionaria realizó la toma de muestras al señor LHOD para el cotejo de voz, también realizó el análisis de calidad de los audios contenidos en las copias espejo realizadas a los dos discos compactos en formato DVD, que contienen la información de las interceptaciones telefónicas a los abonados 3102344675 y 3117307329 desde el 12-11-16 al 26-11-16, en los que aparecen reportes para esclarecer los hechos ocurridos el día 18 de noviembre de 2016, por los cuales fueron capturados en flagrancia los señores VVMH, LHOD, LAEH Y CMA, y que son juzgados en el presente asunto. Se informa que ella es la encargada de realizar y suscribirá un informe de investigador de campo sobre análisis comparativo de identificación de hablante, lo cual permitirá establecer si una de las personas que habla en las interceptaciones telefónicas es precisamente el acusado LHOD.

El equipo de defensa se opuso a la admisión, decreto y práctica de las probanzas testimoniales, periciales y documentales anteriores, haciendo énfasis en que debían ser RECHAZADAS por falta de descubrimiento de la Fiscalía dentro de los términos legales, esto es que no aparecían relacionadas en el escrito de acusación ni se adicionó el mismo dentro de la audiencia de formulación de acusación.

En la sesión de audiencia preparatoria celebrada el 19 de octubre de 2018 la titular del Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Pasto decretó estas y otras pruebas requeridas por la Fiscalía y

además las requeridas por los defensores, negando así las peticiones de rechazo de evidencia deprecadas por estos últimos.

El bloque de defensa de los intereses jurídicos de los acusados VVMH, LHOD, LAEH Y CMA interpuso recurso de apelación en contra de la providencia, en lo relativo a la decisión que se abstuvo de disponer el rechazo de las pruebas relacionadas con el peritaje de Medicina Legal sobre la naturaleza del estupefaciente incautado, así como las inherentes a las interceptaciones telefónicas provenientes del proceso radicado 2015-00415 de la Fiscalía 22 Especializada de la Unidad Nacional de delitos contra el Narcotráfico. Sustentada debidamente la alzada, se concedió el recurso ante esta corporación, el cual se pasa a decidir en los términos que a continuación se consignan.

PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

¿Hay lugar a rechazar por falta de descubrimiento o descubrimiento extemporáneo de la Fiscalía el informe pericial del Instituto de Medicina Legal sobre la calidad del estupefaciente incautado a los señores VVMH, LHOD, LAEH Y CMA, y lo relacionado con los resultados de las interceptaciones telefónicas de los abonados 3102344675 y 3117307329?

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia.

Esta Corporación es competente para conocer del presente asunto, de conformidad con lo establecido en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004 - Código de Procedimiento Penal.

2. Anotaciones preliminares y precisiones conceptuales sobre el descubrimiento probatorio.

El aspecto jurídico a considerar en esta instancia toca con el concepto, forma y contenido de una de las más importantes figuras procesales del modelo de enjuiciamiento criminal acusatorio, establecido en la Ley 906 de 2004, como lo es el llamado DESCUBRIMIENTO DE ELEMENTOS MATERIALES PROBATORIOS Y EVIDENCIA FISICA o intercambio de información entre las partes, a efectos de adelantar el juicio oral y para que este trasunte por los caminos de verdadera lealtad, contradicción y respeto por el principio de igualdad de armas.

Conscientes de que la citada Ley 906 de 2004 desarrolló las figuras del modelo adversarial, cuyas bases teóricas se habían acuñado con el Acto Legislativo 03 de 2002, debemos partir de la base que se está en presencia de un proceso de partes, totalmente contradictorio, y que el proceso no es más que el escenario donde se debate un conflicto intersubjetivo de intereses resistidos entre la Fiscalía General de la Nación y particulares.

En este orden de ideas, es el juicio el escenario en el cual se coloca de relieve la contradicción jurídica, y por supuesto será la audiencia de juicio oral el momento culminante para que las partes en conflicto contrapongan sus intereses ante el Juez de Conocimiento.

Desde la entrada en vigencia del nuevo Código de Procedimiento Penal la Corte Suprema de Justicia resaltó que el descubrimiento probatorio tiene como finalidad principal que las partes conozcan “*de forma antelada los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, para no ser tomada por asalto en el juicio por la introducción sorpresiva de medios que no han permitido ejercer debidamente el contradictorio*”.¹ A su vez, también enfatizó en que el descubrimiento probatorio “*encuentra su razón de ser en los principios de igualdad, lealtad, defensa, contradicción,*

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. AP, del 13 de Junio de 2012, Rad. 32058.

*objetividad y legalidad, entre otros, permitiendo de esa manera que ninguno de los intervinientes sea sorprendido por los elementos de prueba que posteriormente pida su oponente para hacerlos valer en el juicio oral; se trata, pues, de que tanto el fiscal como la defensa conozcan oportunamente cuáles son los elementos de prueba sobre los cuales el adversario fundará su teoría del caso y, de ese modo, cada uno pueda elaborar las distintas estrategias propias de su rol particular”.*²

Sobre los momentos o fases del descubrimiento probatorio la doctrina nacional señala que *“El descubrimiento es flexible, en el sentido de que no se consagró un solo, único y excluyente momento”*³ y ello es así porque jurídicamente pueden presentarse múltiples variables, que permiten descubrir evidencia en diferentes actos procesales y audiencias, esto cubre desde la presentación del escrito de acusación hasta el extremo de la fase probatoria del juicio oral, como se pasa a ver:

a).- descubrimiento probatorio con la presentación del escrito de acusación. Sabido es que la etapa del juicio comienza con la presentación del escrito de acusación, por parte de la Fiscalía, según lo establece el artículo 336 procesal penal, este es un acto material de parte a través del cual el órgano con función requirente (Fiscalía General de la Nación) simplemente informa o comunica al Juez sobre el tema que constituye el objeto sustancial del juicio, para que garantice el derecho de defensa de la contraparte. Con la acusación aparece la pretensión punitiva.

Tras un análisis sistemático de las normas que gobiernan el juicio, en las que se establecen las bases lógicas para su desarrollo, la Sala encuentra que el escrito de acusación no es más que un documento informativo en el que se concreta sustancialmente el objeto del juicio, por eso este escrito está sometido a unos requerimientos técnicos, porque debe contener la individualización concreta de los acusados, la relación de los hechos jurídicamente relevantes, el nombre y ubicación

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. AP, del 8 de noviembre de 2011, Rad. 36177.

³ SARAY BOTERO, Nelson. *“PROCEDIMIENTO PENAL ACUSATORIO”*. UniAcademia Leyer. Bogotá D.C. 2016. Página 417.

de las partes que van a intervenir en el juicio (defensa, ministerio público, víctimas), la relación de los bienes y recursos que se van a afectar con fines de comiso y la enunciación de las pruebas que se van a hacer valer en el juicio oral.

Tanto constituye el escrito de acusación un acto material de parte, que busca informar o comunicar sobre lo que va a ser el objeto del juicio, que se permite su adición posterior, siempre y cuando no se cambien alegremente las imputaciones fácticas y jurídicas. Coloquialmente digamos que en este acto el Fiscal informa a las partes *A QUÉ VENGO (pretensión punitiva) Y CON QUÉ VENGO (pruebas)*.

De acuerdo con lo reglado por el artículo 337 de la Ley 906 de 2004, dicho instrumento deberá contener, entre otros presupuestos, "EL DESCUBRIMIENTO DE LAS PRUEBAS", que consiste que con el citado escrito se presenta otro anexo en el que constarán los hechos que no requieren prueba; la transcripción de las pruebas anticipadas que se quieran aducir en el juicio y que no se pueden recaudar en el juicio oral, el nombre, dirección y datos personales de los testigos o peritos cuya declaración se solicite en el juicio, etc. Copia del anterior escrito el Fiscal lo entregará al Acusado y a su Defensor, al Ministerio Público y a las Víctimas.

b).- Descubrimiento dentro de la audiencia de formulación de acusación. De acuerdo con lo establecido en el artículo 344 procesal penal es en el curso de la audiencia de formulación de acusación que debe materializarse lo relacionado con el descubrimiento de la evidencia, en el entendido que la defensa puede solicitar al Juez de Conocimiento ordene a la fiscalía o quien corresponda entregarle copia de los elementos materiales de convicción, de las declaraciones juradas y demás medios probatorios que pretenda hacer valer en juicio. Esta entrega debe hacerla en el momento mismo de la

audiencia o por fuera de ella en un plazo máximo posterior de tres (3) días.

De la misma manera, en esta audiencia de formulación de acusación la fiscalía podrá pedir al juez que ordene a la defensa la entrega de copia de los elementos materiales de convicción que haya recopilado en sus labores investigativas y que pretenda hacer valer en juicio. La doctrina indica que *“Lo anterior es así, porque en principio, la fiscalía ha contado con todas las prerrogativas y medios de investigación para sustentar y materializar la acusación, siendo factible (por eso se dice que en principio) que la defensa no cuente en ese instante con sus propios elementos materiales de convicción, o que teniendo algunos, de todos modos la defensa vea la necesidad de buscar otros que en ese acto (audiencia de formulación de acusación) aún no han sido precisados, debido a que hasta ahora elaborará su estrategia defensiva, o contando con ella advierta la necesidad de complementarla o adicionarla frente a los cargos de la acusación y a las pruebas exhibidas o por exhibir en el plazo que la ley contempla”*⁴. Unido a lo anterior, cuando la defensa pretenda hacer uso de la inimputabilidad en cualquiera de sus variantes, deberá entregar a la fiscalía los exámenes periciales que le hubieren practicado al acusado. En ambos eventos, resulta inadmisibles que si la defensa cuenta con elementos probatorios se abstenga de hacerlos conocer a la fiscalía, esto puede dar lugar a su rechazo posterior por falta de descubrimiento.

c).- Descubrimiento en la audiencia preparatoria. Finalmente, Lo normal es que la labor de descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física fenezca en la audiencia preparatoria, puesto que de acuerdo con lo consagrado por el artículo 356 de la citada Ley 906 de 2004 es en ese momento en que la Defensa descubre sus elementos materiales probatorios y evidencia física. También en este momento procesal y a solicitud de las partes *“los elementos materiales probatorios y evidencia física podrán ser*

⁴ SARAY BOTERO, Nelson. *“PROCEDIMIENTO PENAL ACUSATORIO”*. UniAcademia LEYER. Bogotá D.C. 2016. Páginas 418 y 419.

exhibidos durante la audiencia con el único fin de ser conocidos y estudiados". (CSJ SC, 21 Feb 2007, Rad. 25920).

d).- Descubrimiento probatorio en etapas posteriores. No obstante que la audiencia preparatoria es la última oportunidad en que se agotan las solicitudes probatorias, por supuesto de las que han sido debidamente descubiertas a la contraparte, el artículo 415 procesal penal establece específicamente que en el debido proceso de la prueba pericial la declaración del experto debe estar precedida de la entrega de un escrito base de opinión, el cual debe descubrirse hasta cinco (5) días antes de la audiencia de juicio oral, en la cual se ha de recibir la peritación.

A su vez, el artículo 344 del Código de Procedimiento Penal, en su último inciso, establece que excepcionalmente el descubrimiento puede extenderse inclusive hasta el momento del desarrollo del juicio oral y público, al disponer textualmente que *"Sin embargo, si durante el juicio alguna de las partes encuentra un material probatorio y evidencia física muy significativos que debería ser descubierto, lo pondrá en conocimiento del Juez quien, oídas las partes y considerado el perjuicio que podría producirse al derecho de defensa y la integridad del juicio, decidirá si es excepcionalmente admisible o si debe excluirse esa prueba"*. Es aquí donde surge la figura de la PRUEBA SOBREVINIENTE, tema cuyo contenido será establecido en acápites posteriores.

Como se puede notar, la audiencia de formulación de acusación no es el último escenario que tiene la Fiscalía para descubrir evidencia, ni es la audiencia preparatoria el último hito de la defensa para dichos menesteres. Ante la flexibilidad que tiene el descubrimiento probatorio en la sistemática procesal penal Colombiana, los precedentes jurisprudenciales superiores indican que si bien es lo deseable que esa revelación de los elementos materiales probatorios, evidencias físicas e informes con los cuales las partes pretenden enfrentar el juicio, tenga ocurrencia en los momentos procesales dispuestos por la

ley para el efecto, con la cual se procura evitarle sorpresas a las partes en la audiencia de juzgamiento, *“...no obstante, si manifiestamente la Fiscalía o la defensa, por fuera de tales espacios y antes de que venza la oportunidad del otro para solicitar pruebas, le ha dado a conocer a su contraparte la información pertinente de tal forma que la pueda tener en cuenta en la preparación del caso, en manera alguna ello atenta contra la debida integración del contradictorio y el correcto desarrollo del juicio oral”*⁵, de suerte que esas evidencias deberán ser admitidas y no rechazadas por el juzgador de conocimiento.

La misma Corporación⁶ tuvo la oportunidad de precisar que cuando el descubrimiento de evidencia o la entrega de pruebas se hace de manera extemporánea, no hay lugar a la invalidación del proceso, siempre que, en todo caso, se haya realizado con suficiente antelación al inicio del debate respectivo, porque en realidad, lo verdaderamente importante es que la defensa logre conocer a tiempo todos los medios suasorios que se encuentren en poder de la Fiscalía y que irían a soportar su teoría del caso, a fin de que el procesado y el abogado que lo agencie en sus intereses pueda ejercer el derecho a la defensa en su componente de contradicción, tanto así, que a falta de descubrimiento –enunciación y entrega material- del elemento cognoscitivo a practicar en el debate oral, éste no podrá ser aducido en el juicio, so pena de ser excluido por el juzgador (artículo 346 de la Ley 906 de 2004). Entonces, el análisis de posible rechazo de evidencia debe ser valorado en cada caso particular.

En similar sentido, se pronunció la Corte en el auto AP-6140-2014, en el cual se dijo que la finalidad del trámite de descubrimiento probatorio es que las partes lleguen al juicio oral con pleno conocimiento de los medios cognoscitivos de la contraparte, con una estrategia ofensiva o defensiva debidamente preparada con plenas garantías de sus

⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. SP, 5 de agosto de 2015, radicado 41394. M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. AP5721-2015 del 30 de septiembre de 2015, radicado 46571. M.P. EYDER PATIÑO CABRERA.

derechos; de suerte que en presencia de situaciones extemporáneas lo que debe estudiarse es si ha habido un sorprendimiento o limitación de controversia a la contraparte, que redunde en afectación o desconocimiento al principio de igualdad de armas, propio del sistema acusatorio. A su vez, el que reclama el rechazo de la evidencia debe concretar específicamente la afectación de las garantías de las que es titular, y demostrar un efectivo desconocimiento a la estructura del proceso, que le impida ejercer a tiempo y a plenitud su derecho de contradicción.

3. Estudio del caso concreto, relacionado con el descubrimiento extemporáneo del peritaje oficial de confirmación de la calidad del estupefaciente.

El proceso que se tiene entre manos tiene particularidades importantes, las cuales deben ser destacadas por la Colegiatura para asumir la determinación que con corrección jurídica le corresponde.

Lo primero que se debe subrayar es que desde el momento inicial de adelantamiento de la audiencia preliminar de legalización de captura, hasta la última sesión de audiencia preparatoria, han actuado cinco (5) Fiscales diferentes llevando el peso de la acción penal, según se pasa a precisar. ⁽¹⁾El acto de formulación de imputación, ocurrida el 19 de noviembre de 2016, fue realizado por el Fiscal 1º Seccional de la Unidad de Reacción Inmediata (URI) de Pasto. ⁽²⁾El escrito de acusación fue radicado el 29 de noviembre de 2016 por el doctor ÁLVARO FELIPE DELGADO MARTÍNEZ como Fiscal 2º Especializado de Pasto; éste mismo funcionario atendió la audiencia de formulación de acusación el día 1 de marzo de 2017 y adelantó las conversaciones para llegar a un preacuerdo de responsabilidad con la defensa de los cuatro filiados, la cual se materializó con el acta del 4 de mayo de 2017 que fuera presentada al Juzgado de Conocimiento, pero que no alcanzó a ser verificada en dicho despacho, precisamente porque una

nueva delegada del ente acusador decidió unilateralmente retirar el preacuerdo el día 8 de agosto de 2017; se trata de ⁽³⁾la Fiscal 7ª Especializada de Pasto - doctora LUZ MIRIAM LASSO ECHAVARRÍA. Con todo, prosiguieron conversaciones entre las partes para llegar a otro preacuerdo, esta vez asumiendo el asunto el ⁽⁴⁾doctor MARIO ANDRÉS BURGOS como Fiscal 3º Especializado de la Estructura de Apoyo (EDA) de Pasto, quien solicitó suspensión del trámite para dichos efectos, pero sin resultados satisfactorios. Finalmente ⁽⁵⁾el doctor FRANCISCO MAURICIO MUÑOZ DÍAZ asumió la titularidad de la misma Fiscalía 3ª Especializada EDA y sorteó las diferentes sesiones de audiencia preparatoria.

Esta relación numérica y nominal de funcionarios Fiscales va más allá de la simple anécdota judicial, porque puede tener incidencia en la latente falta de comunicación y de continuidad investigativa sobre las labores pesquisitorias que se debían estar adelantando al interior de la entidad, para garantizar una eficaz y eficiente verificación y acopio de los elementos de prueba demostrativos de la tipicidad objetiva del connotado hecho de narcotráfico, atribuido a los imputados VVMH, LHOD, LAEH Y CMA.

Se indica lo anterior porque al producirse la captura en flagrancia de los filiados, por el hallazgo de los 7800 gramos de la sustancia probablemente alucinógena (heroína) que movilizaban en un vehículo automotor el 18 de noviembre de 2016, hubo de practicarse con inmediatez la prueba técnica de investigación preliminar homologada o de PIPH por el patrullero JOSÉ ANIBAL CIFUENTES CASANOVA, adscrito al grupo de Policía Judicial Antinarcóticos de Ipiales, quien empíricamente confirmó la calidad de la sustancia como heroína. Con éste resultado preliminar se adelantaron las audiencias preliminares que soportaron la legalización de captura en flagrancia, formulación de imputación e imposición de medidas de aseguramiento privativas de la libertad para los acriminados.

Resulta apenas entendible que el Fiscal bajo cuyo peso quedaba el caso, dentro de su programa metodológico de investigación, podía haber dispuesto la toma y envío de muestras de la sustancia incautada con destino a los laboratorios de estupefacientes del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, a efecto de establecer científicamente con expertos o doctos en el tema la clase de droga incautada, esto es si era o no heroína. Esto hace parte del protocolo de trabajo mínimo al que se recurre en estos casos, dada la falibilidad de la prueba de PIPH que de antaño se ha establecido como “experticia de mera orientación”.

Como quiera que estos laboratorios científicos están establecidos en grandes capitales, y de ellos no se cuenta en el departamento de Nariño, la gestión de verificación científica de las muestras se atiende generalmente en Barranquilla, Cali o Bogotá D.C., de suerte que por razones del adecuado transporte de las muestras objeto de verificación a dichos laboratorios, el aseguramiento de la cadena de custodia, los turnos internos para la práctica de las experticias y las vicisitudes propias del retorno de los resultados al despacho Fiscal de origen, los informes base de opinión pericial del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses se terminan conociendo después de la presentación del Escrito de Acusación, y –por supuesto- hasta esos momentos es que logra conocerse en detalle el nombre y calidades del experto forense que eventualmente va a ser convocado a juicio por la Fiscalía como Testigo Perito.

El problema surge porque de esta actividad investigativa no se dijo nada al momento de radicarse el escrito de acusación por el Fiscal 2º Especializado ÁLVARO FELIPE DELGADO MARTÍNEZ, y tampoco se relacionó esta tarea investigativa como una actividad pendiente de respuesta oficial, respecto de la cual debiera la defensa estar atenta para el descubrimiento posterior de su eventual respuesta y la

preparación de sus tareas probatorias, para su también contingente contradicción.

Lo cierto es que esta labor investigativa, orientada a la confirmación científica por el Instituto de Medicina Legal de la calidad de la sustancia incautada a los cuatro (4) acusados, efectivamente se estaba adelantando por la Fiscalía y de ella no tenían conocimiento alguno los integrantes de los equipos de defensa, quienes se han mostrado palpablemente sorprendidos desde el 10 de mayo de 2018 cuando a través de oficio de la fecha se les informó por el Fiscal 3º Especializado EDA de Pasto, Doctor Francisco Mauricio Muñoz Díaz, que había recibido el INFORME PERICIAL DE ESTUPEFACIENTES N° DRSOCCDTE-LAES-0000173-2017 fechado a 28 de marzo de 2017, suscrito o producido por el perito CESAR AUGUSTO ARIAS, pero que se dice fue recibido por correo electrónico el 3 de mayo de 2018. Este acto de “descubrimiento” del medio probatorio a la defensa ocurrió después de transcurrido más de un año de celebrada la audiencia de formulación de acusación, pero también mucho tiempo antes (5 meses) de que se surtiera la audiencia preparatoria, en la cual la Defensa pudiera requerir el decreto de las pruebas pertinentes para controvertir esos hallazgos durante el juicio.

Pues bien, esta Colegiatura no tiene claro si éste acto de investigación (INFORME PERICIAL DE ESTUPEFACIENTES N° DRSOCCDTE-LAES-0000173-2017 o peritaje de confirmación científico de la sustancia incautada) se ordenó por la Fiscalía desde el momento mismo del desarrollo de los actos urgentes, que son consustanciales a los eventos de captura en flagrancia, o si ello ocurrió después de la presentación del escrito de acusación del 29 de noviembre del mismo año, o bien con posterioridad a la celebración de la audiencia de formulación de acusación del 1 de marzo de 2017; pero lo cierto es que indistintamente del Fiscal que haya emitido la orden, aparece diáfano que de estos resultados solo conoció la Fiscalía al

vencimiento de la audiencia de acusación, como también que de estas tareas investigativas pendientes absolutamente nada se informó a la defensa en dichos actos procesales.

El fundamento único de la petición de rechazo de esta prueba pericial científica de confirmación del estupefaciente incautado (heroína), extendida por los abogados representantes de los equipos de defensa, consiste en que dicha evidencia les fue puesta en conocimiento por fuera del escrito de acusación y con posterioridad a la culminación de la audiencia de formulación de acusación, debido a lo cual concluyen que corresponde a la judicatura aplicarle a la Fiscalía la sanción procesal del RECHAZO DE LA EVIDENCIA, según lo establecido en el artículo 344 procesal penal.

Pero, tal como se ha venido indicando en el curso de la presente decisión, este tipo de sanción por la ineficacia probatoria no es dable aplicarla como si fuera un “acto mecánico”, dado que si el procedimiento de descubrimiento de evidencia es flexible entonces debe no solo argumentarse como también acreditarse por la parte interesada, que dicha falencia resultó trascendentemente perjudicial de las garantías básicas del derecho de defensa, en su componente de contradicción, porque fueron gravemente limitadas o anuladas las posibilidades de contraposición de evidencia de refutación y, de suyo, también el principio de igualdad de armas, porque ninguna nulidad o ineficacia probatoria puede invocarse por la mera transgresión de la ley.

De vieja data se ha indicado que para que operen las ineficacias procesales y probatorias es necesario que la irregularidad evidenciada sea sustancial, y lo será cuando afecte garantías fundamentales de los sujetos procesales, violación de garantías que debe ser probada por quien la invoca; así se concreta el principio de trascendencia. A su vez, el decreto de ineficacia de un acto procesal o probatorio, como en el presente caso el rechazo de evidencia, debe ser aplicado como

medida extrema, residual o heroica, de suerte que solo tiene aplicación cuando el yerro no puede corregirse de otra manera, y en protección del derecho a la contradicción probatoria que es consustancial al principio acusatorio que rige nuestra sistemática penal.

En el caso sometido a examen resulta absolutamente claro que el día 3 de mayo de 2018 el Fiscal 3º Especializado EDA de Pasto, Doctor Francisco Mauricio Muñoz Díaz, recibió por correo electrónico el INFORME PERICIAL DE ESTUPEFACIENTES N° DRSOCCDTE-LAES-0000173-2017, fechado a 28 de marzo de 2017, suscrito o producido por el perito CESAR AUGUSTO ARIAS del Instituto de Medicina Legal de Cali - Valle, contentivo de los resultados del análisis químico de la sustancia incautada a los procesados VVMH, LHOD, LAEH Y CMA el 18 de noviembre de 2016. Éste informe científico oficial se produjo transcurrido casi un mes desde la celebración de la audiencia de formulación de acusación, que es el momento establecido en la ley para el descubrimiento probatorio del ente acusador. Ante esta circunstancia de hecho, el citado Fiscal no dudó un ápice en poner en conocimiento dichos resultados de calidad del estupefaciente incautado a los abogados que lideran los equipos de defensa de los filiados, lo cual se realizó a través de oficio de 10 de mayo de 2018, acto éste que ha sido admitido en desarrollo de la sesión de audiencia preparatoria del 11 de octubre de 2018 por los abogados defensores. Precisamente por la extemporaneidad de dicha revelación de evidencia, esto es por haberse realizado una vez culminada la audiencia de formulación de acusación, es que se reclama se aplique la sanción máxima de ineficacia probatoria del RECHAZO de dicha prueba, a lo cual se ha negado la judicatura de conocimiento.

Esta Sala considera acertada la postura asumida por la primera instancia, bajo el entendido que no existe elemento indicador alguno que permita inferir racionalmente que el descubrimiento extemporáneo de dicha evidencia pericial sea producto de un acto de la Fiscalía,

antijurídicamente dirigido a anularle la posibilidad de contradicción a la defensa; todo lo contrario, entre el momento en el cual el Fiscal del caso entró en contacto con el informe de estupefacientes (3 de mayo de 2018) y el momento en el cual lo descubrió o colocó en conocimiento su contenido a la defensa (10 de mayo de 2018) solo transcurrió una semana. Desde éste momento podían y debían los defensores adelantar sus programas metodológicos de trabajo para acopiar la posible evidencia que les permitiera contrarrestar aquellos resultados, tanto en lo referente a la acreditación del testigo perito, cuyo nombre y cargos se descubrían, como al contenido mismo de las conclusiones a las que llegaba el perito oficial.

Fue después de cinco meses que se adelantó la primera sesión de audiencia preparatoria (11 de octubre de 2018), y en ella, desde el inicio, la Fiscalía informó este episodio observativo de un descubrimiento extemporáneo de la evidencia pericial a la defensa.

Pero, el interrogante que surge es si este descubrimiento atemporal de prueba tiene por sí mismo la virtualidad de ofender de manera grave e irreversible las garantías de defensa de los acusados, en su componente de contradicción, que es el que se protege en estas eventualidades, al punto que resulte menester aplicar la sanción de ineficacia probatoria de RECHAZO que trata el artículo 346 procesal penal. Para esta Sala de decisión la respuesta es negativa, debido a que las reglas fijadas por la jurisprudencia de la Corte para asumir una determinación de tanta envergadura no aparecen establecidas, según se pasa a explicar:

1.- La circunstancia que el descubrimiento de la evidencia pericial haya operado por la Fiscalía después de la audiencia de acusación, pero cinco (5) meses antes de la celebración de la audiencia preparatoria, hace operable la regla de interpretación fijada en la sentencia del 5 de agosto de 2015, dentro del radicado 41394 (M.P.

Patricia Salazar Cuéllar), en el que se indica que si bien es lo anhelado que esa revelación de elementos materiales probatorios, evidencias físicas e informes con los cuales las partes pretenden enfrentar el juicio, tenga ocurrencia en los momentos procesales dispuestos por la ley para el efecto, con la cual se procura evitarle sorpresas a las partes en la audiencia de juzgamiento, *“...no obstante, si manifiestamente la Fiscalía o la defensa, por fuera de tales espacios y antes de que venza la oportunidad del otro para solicitar pruebas, le ha dado a conocer a su contraparte la información pertinente de tal forma que la pueda tener en cuenta en la preparación del caso, en manera alguna ello atenta contra la debida integración del contradictorio y el correcto desarrollo del juicio oral”*⁷.

2.- También debe rescatarse que a pesar de que el descubrimiento del informe base de opinión pericial, sobre la calidad del estupefaciente incautado, se realizó de manera extemporánea, la alta corporación de justicia penal ordinaria estableció en decisión AP5721-2015 del 30 de septiembre de 2015 (Radicado 46571. M.P. EYDER PATIÑO CABRERA) que no puede declararse el rechazo de la evidencia ni invalidarse la actuación, siempre que, en todo caso, se haya realizado el descubrimiento evidencial con suficiente antelación al inicio del debate respectivo, el cual no tiene escenario diferente de discusión que la audiencia preparatoria. Luego entonces, si en el presente caso se ha garantizado el derecho de contradicción a los equipos de Defensa, porque el informe de Medicina Legal les fue entregado 5 meses antes de la audiencia preparatoria, resulta claro que no puede operar el rechazo de la evidencia, porque no se vislumbra violación real de garantía alguna de los acusados.

3.- Finalmente, debemos recordar que existe una carga argumentativa para la parte que deprecia el rechazo de evidencia por descubrimiento extemporáneo, que la conmina a concretar específicamente la afectación de las garantías fundamentales vulneradas con la mora en la revelación de evidencia, y por supuesto también de demostrar como aquella tardanza u omisión efectivamente le impidió ejercer a tiempo y

⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. SP, 5 de agosto de 2015, radicado 41394. M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

a plenitud su derecho de contradicción. Este deber no fue cumplido a satisfacción por los abogados defensores de los intereses jurídicos de los acusados, quienes se limitaron a alegar y a demostrar la simple extemporaneidad del descubrimiento del informe pericial sobre la calidad de la sustancia, esto es que se hizo después de terminada la audiencia de formulación de acusación, pero sin alegar ni demostrar cómo aquella tardanza les hubiera podido anular su derecho de contradicción.

Precisamente al haberse entregado esta evidencia varios meses antes de que se surtiera la audiencia preparatoria, debe concluirse que la irregularidad derivada del tiempo no resulta de mayor trascendencia, en la medida en que aquella no produjo un resultado real y concretamente adverso o lesivo para el ejercicio de los derechos de la Defensa, ya que se le dio acceso al medio de prueba pericial con la suficiente antelación a la fase preparatoria del juicio, que es el momento procesal en el que le corresponde a dicho sujeto parte presentar y/o requerir la prueba necesaria para controvertir las del ente oficial encargado de la acusación, como también las necesarias para demostrar su propia teoría del caso, en el evento que se pretenda algo más del amparo de la “presunción de inocencia”.

Conclusión inexorable de lo anterior es que, si ninguna afectación real y trascendente se produjo a la defensa por el descubrimiento tardío del informe base de opinión pericial, relativo a la calidad del estupefaciente incautado, entonces constituye un verdadero acierto de la judicatura de primer grado el admitirlo como medio probatorio y decretar la recepción en juicio del testigo perito CESAR AUGUSTO ARIAS, del laboratorio de estupefacientes de Medicina Legal de Cali. En esa dimensión, como el reproche deviene infundado, se procederá a la confirmación de éste apartado del proveído materia de impugnación.

4. Estudio del tópico relacionado con la admisión de los resultados de las interceptaciones telefónicas, que se presentan por la Fiscalía como pruebas sobrevinientes.

Sabido es que el artículo 344 del Código de Procedimiento Penal del 2004 prevé la posibilidad excepcional de decretar una prueba sobreviniente. La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en el auto de segunda instancia del 29 de junio de 2016 (radicado 47401) indicó que ello sólo es posible en virtud del hallazgo de un elemento de convicción de vital trascendencia, que solamente pudo conocerse con posterioridad a la audiencia preparatoria y cuya ausencia puede perjudicar de manera grave el derecho a la defensa o la integridad del juicio. Siendo ello así, la parte que pretende su decreto tiene la carga de demostrar la existencia de esos elementos y de explicar su pertinencia y admisibilidad, en los términos de los artículos 357, 359, 375 y 376 de la Ley 906 de 2004.

De lo dicho deviene que la admisión de la PRUEBA SOBREVINIENTE reclama la convergencia de los siguientes elementos: ⁽¹⁾Que el medio de prueba se haya encontrado durante el desarrollo del juicio, con posterioridad a los momentos en que las partes estaban habilitadas para enunciar, descubrir y requerir las pruebas con las cuales pretenden enfrentar el juicio y soportar sus propias teorías del caso; ⁽²⁾Que la omisión de descubrimiento no obedezca a causas atribuibles a la parte interesada; ⁽³⁾Se trate de un elemento material probatorio o evidencia física muy significativa por su incidencia en el juzgamiento o relevante para el caso, esto es, trascendente para la solución o fines del caso concreto; y, finalmente, ⁽⁴⁾Que con su aceptación no se genere un perjuicio grave para la defensa.

La misma corporación de justicia penal ordinaria señaló que *“No clasifican dentro de este rango de pruebas excepcionales (encontradas o derivadas), aquellas que conociéndose con antelación, o siendo evidentes y obvias, no se hubieren enunciado ni*

*descubierto en las oportunidades legales para ello; por causas atribuibles a la parte interesada en la prueba; entre ellas, incuria, negligencia o mala fe”.*⁸

Cabe destacar que respecto de la prueba sobreviniente se ha sostenido desde tiempo atrás que *“No está diseñada para habilitar un nuevo periodo de descubrimiento orientado a remediar las omisiones de las partes en el trabajo investigativo que deben realizar para sustentar su teoría del caso. Si ello es así, dentro de este concepto no ingresan los medios de convicción que racionalmente pudieron ser conocidos y obtenidos de manera oportuna por las partes con el despliegue de mediana diligencia en la ejecución de los deberes que su rol les impone”*⁹

En el caso sometido a examen se debate sobre la aceptación, admisibilidad e incorporación al juicio de dos (2) discos compactos en formato DVD contentivos de las interceptaciones telefónicas a los abonados 3102344678 y 3117307329, éste último al parecer utilizado por el acusado LHOD para comunicarse con otros posibles integrantes de una banda criminal que venía siendo investigada por la Fiscalía 22 Especializada de la Dirección Nacional Antinarcóticos, dentro del proceso con radicado 110016000098-2015-00415, proceso en el cual se produjeron capturas en el mes de julio de 2018 por el delito de tráfico de estupefacientes. Igualmente se pretende por la Fiscalía la admisión de las transliteraciones de dichas conversaciones telefónicas y de los resultados de las pruebas periciales acústicas de cotejo de voz con este acusado. Consustancialmente se depreca por el representante del ente acusador que se le decreten para el juicio una variedad de pruebas testimoniales de acreditación, de testigos peritos en acústica y documentales, relacionadas con todo el trámite de policía judicial llevado a cabo desde el levantamiento de la evidencia obrante dentro del proceso de origen, hasta la verificación de su legalidad y el resultado de las pruebas técnicas oficiales de cotejo de voz llevadas a

⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. SP, 30 de marzo de 2006, radicado 24468.

⁹ Auto 11 de Junio de 2014, radicado AP3136-2014, 43.433, M.P. María del Rosario González Muñoz.

cabo en medicina legal, para establecer si en dichas llamadas telefónicas estaba comprometido el acusado LHOD.

El motivo de debate con la defensa se encuentra en que la Fiscalía 3ª Especializada de Pasto supo de la existencia de estas labores investigativas de interceptación de llamadas telefónicas y transliteración de las mismas, después de surtida la audiencia de formulación de acusación, porque hacían parte de una investigación macro adelantada en la Fiscalía 22 de la Unidad Nacional de Delitos de Tráfico de Estupefacientes de Pasto (DECN), en contra precisamente de una estructura delincencial dedicada al narcotráfico en varias partes del territorio nacional, la cual tiene como número de radicación 2015-00415.

Es apenas entendible y no merece mayor cuestionamiento que dicha carpeta contentiva de las labores pesquisitorias de la Fiscalía 22 DECN se encontraba cobijada por el manto de la reserva judicial, en la medida que se estaban adelantando actividades investigativas para establecer la identidad de los integrantes de dicha célula o banda delincencial y, eventualmente, lograr su aprehensión para desarticular la estructura criminal.

Bajo esta órbita, poco interesa la forma como el Fiscal 3º EDA de Pasto logró obtener la información que le permitió adelantar planificadamente actos de investigación para enterarse del contenido de las interceptaciones, sus interlocutores, y así analizar la relación de esos hechos con los que él había acusado formalmente en esta causa criminal. Lo cierto es que el 6 de julio de 2018 entregó misión de trabajo al funcionario de Policía Judicial IT. RUDY EYDER TULCÁN TORO para que inspeccionara el citado proceso 2015-00415, y ahí obtuvo el 21 de septiembre de 2018 copia espejo de los audios de las comunicaciones interceptadas y de las transliteraciones, lo que le permitió comenzar a adelantar sus propias labores investigativas para

establecer la relación de esa banda con los hechos y sujetos investigados en el presente proceso.

El resultado de estas pesquisas fue informado (descubierto) a los integrantes de los equipos de defensa a través de comunicación del 8 de octubre de 2018, quienes así lo han admitido; esta fecha es anterior a la primera sesión de audiencia preparatoria, porque esta tuvo lugar el 11 de octubre del año pasado, pero también es posterior a la audiencia de acusación.

Es claro que nadie puede descubrir lo que no conoce como existente, de suerte que no es posible cuestionarle a la Fiscalía 3ª Especializada de Pasto que no haya revelado esa evidencia en el escrito de acusación ni en la audiencia de formulación de acusación, porque todo indica que de esas interceptaciones telefónicas tuvo conocimiento después de surtidas estas fases procesales. Se cumple así el primer requisito de admisibilidad de la prueba sobreviniente, que consiste en que el medio de prueba se haya encontrado con posterioridad a los momentos en que las partes estaban habilitadas para enunciar, descubrir y peticionar las pruebas con las cuales han de enfrentar el juicio.

También resulta evidente el cumplimiento del segundo requisito de admisibilidad, esto es que la omisión de descubrimiento no obedezca a causa atribuibles a la parte interesada, porque si bien existe unidad corporativa o de cuerpo en la Fiscalía General de la Nación, porque todos los Fiscales del país fungen como Delegados del Fiscal General, también es cierto que cada carpeta contentiva de un asunto particular tiene asignado un número de radicación en el SPOA y está asignado privativa y reservadamente a un Fiscal Delegado en específico, de suerte que los demás no saben, no pueden saber, ni pueden inmiscuirse en las intimidades investigativas de dichos asuntos. Si los cruces de información solo le permitieron al Fiscal 3º

Especializado EDA de Pasto conocer de la existencia del proceso con número de radicación 2015-00415, adelantado en la Fiscalía 22 DECN, después de formulada la acusación, ello no resulta obstaculizante para la admisión de dichas evidencias porque no se advierte dolo o negligencia en su proceder.

A lo anterior debe sumarse que los elementos materiales presentados por la Fiscalía se aducen de superlativa importancia para la prosperidad de la acusación, y ello ha sido debidamente argumentado en curso de la audiencia preparatoria, y admitido como racionalmente convincente por la Jueza de Conocimiento, con lo cual se cumple el tercer requisito jurisprudencial para el acogimiento de la prueba sobreviniente.

Finalmente, al haberse revelado la evidencia a los integrantes del equipo de defensa antes de la audiencia preparatoria, es claro que no se advierte perjuicio grave al derecho de contradicción probatoria, que es la garantía llamada a preservarse en estos eventos, motivo por el cual debe confirmarse la admisión de todo el cuerpo probatorio relacionado fundamentalmente con la interceptación de comunicaciones telefónicas y las derivadas de confirmación científica sobre la identidad o procedencia de dicha voces.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR en su totalidad el auto interlocutorio proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Pasto, en desarrollo de la sesión de Audiencia Preparatoria celebrada el 19 de octubre de 2018.

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

CÚMPLASE,

SILVIO CASTRILLÓN PAZ
Magistrado

BLANCA LIDIA ARELLANO MORENO	HÉCTOR ROVEIRO AGREDO LEÓN
Magistrado	Magistrado

JUAN CARLOS ÁLVAREZ LÓPEZ
Secretario