



Rama Judicial  
Consejo Superior de la Judicatura  
República de Colombia

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL  
SALA CUARTA DE DECISIÓN PENAL**

Magistrado Ponente  
**Dr. HERNANDO QUINTERO DELGADO**

Neiva, diez (10) de agosto de dos mil veinte (2020)

**Aprobación Acta n.º 783**

**I. ASUNTO**

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por el defensor de **Jaime Andrés Arévalo Rojas** y **Oscar Alfonso Triana Rojas**, contra la decisión del 25 de junio pasado, proferida por Juzgado Primero Penal del Circuito de Neiva, que negó excluir y decretar algunas pruebas.

**II. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE**

El 12 de julio de 2018, el ente fiscal presentó escrito de acusación contra **Jaime Andrés Arévalo Rojas**, **Oscar Alfonso Triana Rojas** y otros por el delito de “*homicidio culposo en concurso homogéneo en concurso heterogéneo con lesiones personales culposas*”, comunicado que verbalizó ante el Juzgado Primero Penal del Circuito de Neiva el 11 de septiembre siguiente<sup>1</sup>, con el consabido descubrimiento probatorio en los términos previstos por el artículo 344 de la Ley 906 de 2004.

En la sesión de audiencia preparatoria del 17 de junio hogaño, la directora de la misma inadmitió la práctica del testimonio pedido por la defensa de **Jaime Andrés Arévalo Rojas** del periodista **Ricardo Areiza**, como también la incorporación de la copia de publicación periodística del diario la Nación fechada el 10 de mayo de 2019; asimismo, negó su solicitud de excluir por ilegal el informe de ingeniería

---

<sup>1</sup> Según acta que obra a folio 62

sísmica y estructural SAS, como el testimonio de los testigos de acreditación referidos a los numerales 150 a 160.

A la defensa de **Oscar Alfonso Rojas Triana** negó el testimonio del patrullero de la Policía **Oscar Mauricio Bolívar Peña**, que también solicitó la Fiscalía.

Estas determinaciones fueron recurridas por los apoderados de la defensa.

### III.DECISIÓN IMPUGNADA

Del testimonio de **Ricardo Areiza** explica que es impertinente porque la pretensión de la defensa no es para acreditar un hecho público y/o notorio. Igual razón invoca sobre la publicación periodística del diario “La Nación”, que la defensa pretende utilizar como una constatación gráfica de lo que se conoció por la comunidad. Aduce que es inadmisibile porque ignora las fuentes y el periodista está cobijado por el derecho al secreto profesional. Además, pretende convertirlo en testigo de acreditación de hechos que carecen de constatación objetiva.

Por carecer de trascendencia negó excluir las solicitudes probatorias documentales y anexos de la Fiscalía relacionadas en los ítems 150 a 160 del escrito de acusación. Explica que se discute es la confiabilidad del dictamen pericial, asunto que debe tratarse en el juicio oral, con la contradicción del perito y los EMP en que se sustenta el especialista en el tema. Agrega que los aspectos sobre la condición profesional del perito deben plantearse en el juicio oral, a quien la defensa puede “contrainterrogar”.

Referente a la forma como se debe presentarse el informe resalta que es un documento corporativo, de persona jurídica, por eso es el representante legal el que lo suscribe y entrega. Empero, la Fiscalía ofreció el testimonio de los peritos que participaron en su obtención.

En cuanto a “que GORDANI GONZÁLEZ, no fue citado por la Fiscalía y debió participar, pero no lo incluyen”, aduce que la Fiscalía consideró no tenerlo como prueba en este asunto, sin que ello tenga la potencialidad de excluir el EMP como petición extendida del letrado. Igual ocurre con el reproche referente a que “el perito realizó una pericia sin estar presente y/o 15 metros del sitio de los hechos por no haber ingresado a los escombros del estadio”, pues pertenece al debate probatorio con las pruebas de refutación y contradicción que aporte la defensa,

pues como esta formulado tiene que ver “más bien de la credibilidad y valoración del testimonio pericial”.

Respecto de la falta “a la moralidad, fiabilidad” en la contratación del estudio, es aspecto que debe estimarse como tal en desarrollo del contradictorio. Igual ocurrió con la solicitud con fines de refutación y contradicción relacionadas con las “presuntas irregularidades en la contratación de peritaje realizado por SISMICA SAS”, que carece de vocación de excluir el dictamen pericial que ofrece la fiscalía.

Finalmente, frente al tema de irregularidades en la cadena de custodia, también es asunto que debe acreditarse en el juicio con prueba de contradicción.

De la defensa de **Oscar Alfonso Triana Rojas** negó decretar por impertinente el testimonio del patrullero de la Policía Nacional **Oscar Mauricio Bolívar Peña**, también pedido por la Fiscalía, pues el letrado incumplió la carga argumentativa para su especial teoría del caso, nada explicó de *“por qué resultan pertinentes a la luz de la teoría del caso”*.

#### IV.SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

##### 1.- De la defensa de Jaime Andrés Arévalo<sup>2</sup>

Reprocha la negativa a permitir el testimonio del columnista **Ricardo Ariza** y la prueba documental relacionada con “la noticia de prensa”. Refiere que *“sí es un hecho notorio su señoría (...) y los hechos notorios estamos de acuerdo que no hay que probarlos”* porque *“está demostrado para el proceso y así entendería yo que esa prueba no era necesaria frente a ese hecho notorio de que no se hizo un concurso público y eso lo alegué y creo que no lo tuviste en cuenta para efectos de tomar la decisión”*. Añade el escrito periodístico indica que debía hacerse una contratación diferente a la directa, de tal suerte que *“se atropelló la ley 80 que ordenaba un acto jurídico diferente al que hizo el doctor Iglesia”*

Acepta que es un hecho notorio “y si ello es así, lo que está demostrándose es que sí debe prosperar la exclusión probatoria”, pues existe suficiente evidencia que no requiere de un examen exhaustivo. Advierte que la fiscalía habla de 16 capítulos, pero enumera “sino nueve”, lo que significa que faltaron peritos por citar. *“Tampoco dice qué hizo cada perito, pero fuera de eso no se firmó”*, lo que conlleva a que *“no puedo saber qué perito hizo qué cosa”*. Agrega que ese

---

<sup>2</sup> Record 02.20.51

requisito no puede suplirse con la sola firma del representante legal que solo “sirve para el municipio de Neiva”, pero no “para aspectos procesales y penales”.

Enseguida aduce que no tiene cadena de custodia y ello conlleva a la nulidad de lo actuado. En ese sentido pide “exclusión probatoria (...) en lo que tiene que ver con la toma de muestras” por la empresa “Emediar Sísmica, Estructurar S.A.S., Sociedad Laboratorios Contac Conurban Ingenieros Consultores”, porque “ellos contratan una firma para hacer esa parte” y ese aspecto soslayó hacerlo la persona “que tenía a cargo la supervisión del contrato “. Destaca que ella dice que los acompañó a Bogotá y en CD que yo solicité y me ordenó como prueba (...), ella dice ahí que es mentira, yo no asistí, yo no fui en esa cadena de custodia. En ese sentido, hizo la solicitud de “todas las exclusiones, impertinencias y solicitudes que se hicieron en la audiencia pasada frente a la prueba de la Fiscalía”

Con anteriores argumentos pide que “se revoque, se decrete la nulidad parcial o se tome la decisión que haya que tomar en el sentido de dejar penetrar la prueba para que, y ojalá que sea la misma juez que está conociendo este asunto la que tenga que resolverse”.

## **2.- De la defensa de Oscar Alfonso Triana Rojas<sup>3</sup>**

Aduce que la forma en que lo sustentó la Fiscalía se orienta a fortalecer su teoría del caso, esto es, la forma en que intervino cada uno de los enjuiciados a partir de los hechos que generaron la afectación a la salud de las personas que resultaron víctimas en el siniestro. Sin embargo, echa de menos que indicara el rol “práctico que tuvo particularmente mi defendido dentro de la ejecución de la obra” derivado del contrato 1758 de diciembre de 2014, aspecto que solo interesa a la teoría del caso de la defensa y, por ende, no puede ser agotado en el contrainterrogatorio “a iniciativa de la fiscalía”, máxime cuando “por la forma en que lo ha anunciado no abordará esa situación”

Insiste en que la argumentación del testimonio común acoge los parámetros establecidos por la Sala de Casación Penal de la CSJ<sup>4</sup>. Añade que como manifestación legítima el derecho de contradicción y defensa basta con sustentar pertinencia, conducente y utilidad, como en efecto lo hizo, sin que se exijan “sofisticados argumentos de técnica procedimental para limitar” un testimonio que “no puede estar supeditada su escucha a los lineamientos de la parte que

---

<sup>3</sup> Récord 12.48.16

<sup>4</sup> Ap. 2814 de 2017 y la citada por el despacho Ap. 948 de 2018.

inicialmente lo aduce”, en este caso la Fiscalía, “técnica que en efecto puede ser utilizada para restringir el ámbito de acción de la defensa”

Explica que los salvamentos de voto dicen “que el decreto de la prueba común se mide como un mecanismo de prevención y garantía de los derechos de la defensa por cuanto no ser así bastaría para la Fiscalía desistir de aquel testimonio para privar a la defensa y al juzgador de escuchar esa prueba común pedida”. pero cuya “orientación variaría dependiendo de lo que la parte lo interroga.”

En el presente evento la defensa justificó el decreto del testimonio de **Oscar Mauricio Bolívar Peña** en que *“fue persona quien adelantó gran parte de la investigación soporta la acusación de la Fiscalía”*, de tal forma que él mismo pudo tener conocimiento directo de las condiciones particulares de la obra, así como el funcionamiento e intervención del personal que operaba en ella, muy diferente a la que mostrara la Fiscalía, en tanto, acorde con la teoría defensiva pretende demostrar “cuál era realmente la participación de ”su representado como auxiliar de residente de obra “y si con base en el análisis de esas pruebas le resulta atribuirle la responsabilidad” en los términos que lo acusó la Fiscalía.

## V. LOS NO POSTULANTES

Respecto a la sustentación del recurso de apelación de la defensa de **Jaime Andrés Arévalo**, la Fiscalía<sup>5</sup> aduce “que en algunos apartes no entendí”, pues aunque el letrado empezó una argumentación clara sobre su inconformidad en cuanto a la inadmisión de la prueba solicitada referente a “una copia simple sacada de una noticia de Internet publicada por un periodista, que de igual forma se inadmitido su testimonio”, no “entendí y no me quedó claro por qué hacía referencia” a que “la juez de primera instancia había hecho referencia a que era un hecho notorio. Aquí lo que estableció el despacho era un hecho notorio, teniendo en cuenta que se trata de una apreciación subjetiva por parte de un periodista que “realiza una publicación en un diario refiere a una serie de aseveraciones e incluso de investigaciones”, que seguramente realizó respecto a unos actos de contratación por parte de la administración municipal, pero que evidentemente no han hecho tránsito a cosa juzgada para determinar sea un hecho cierto. En ese sentido, considera la apreciación realizada por el A quo resulta coherente, concordante, coincidente en cuanto a que no aporta más allá de esa apreciación por parte de una persona que endilga algunas irregularidades a la

---

<sup>5</sup> Récord 02.54.27

administración municipal, pero que en nada contribuyen efectivamente para establecer la materia misma de ese acto de investigación.

Afirma el fiscal que tampoco “entendí la argumentación del defensor respecto a cuál era su inconformidad con la decisión que pide se revoque, “de no excluir unas pruebas de la Fiscalía”. Pero, además, considera contra la decisión de decretar los informes periciales que “*solicitó se inadmitieran o se excluyeran*”, no procede el recurso vertical, contra la decisión que las inadmite.

Pide a la Corporación tenga en cuenta que la prueba relacionada en el escrito de acusación en los ítems 150 a 160 se descubrió a la defensa resultando contradictorio y contraproducente el letrado insista en que no fue total el “del peritaje técnico y los factores de colapso”, pruebas periciales decretadas con el estudio de ingeniería estructural, el informe de revisión y las normatividades, además el informe de patología y la relación de los peritos que lo suscribieron. Explica que si en sentir de la defensa “faltaron unos peritos”, deberá establecer “porqué resultan relevantes”, pues los acreditados por la fiscalía fueron decretados por el despacho y será “con quienes se legitimaran si evidentemente ellos realizaron o no ese peritaje”.

Advierte no puede entrarse en confusiones, pues en su momento procesal no hubo objeción alguna respecto al descubrimiento probatorio no obstante las complejidades, pues hubo necesidad de escanear “más de 13 mil folios para poder cumplirle a la defensa a través de medios electrónicos. Y si hubo algunas irregularidades, fueron corregidas, empero el descubrimiento probatorio se hizo completo”.

Cuestiona la defensa diga que es un solo peritaje, empero, aclara que el mismo “está dividido y sub dividido en capítulos”, algunos más relevantes que otros para la teoría del caso de la Fiscalía. Critica la defensa hable de moralidad “que no va al caso”, pues considera que si hubo algún acto de corrupción se debe investigar y sancionar la forma irregular en que se contrató por parte de la administración municipal, pues en el presente caso, corresponde establecer básicamente “*cuáles eran las causas probables, es decir, los factores determinantes y contribuyentes del colapso de esa gradería que causó la tragedia del estadio Guillermo Plazas Alcid.*”

Respecto a que un perito topógrafo no era el que había suscrito el informe, subraya que “ese tipo de situaciones tendrán que debatirse en la audiencia de

juicio oral, en el cual podrán impugnar la credibilidad de esos testigos, sí faltaron a la verdad o al procedimiento”, tópico que se logra a través del ejercicio defensivo de confrontación y contradicción “y establecer una verdad, *“que es lo que interesa a Fiscalía General de la Nación”*.”

Por esas razones, considera *“que no se ha de dar trámite a esa inconformidad o a la apelación invocada en este caso por el doctor Falla respecto a esas circunstancias, teniendo en cuenta que no se dan los que ha fijado la jurisprudencia”*. Insiste en que la decisión es clara, coherente, cronológica, pues inclusive la Fiscalía no presentó reparo alguno a las pruebas que inadmitió el A quo, “pues resulta precisa “, sin que existiera la necesidad de presentar un recurso “respecto a situaciones que evidentemente no tendrían vocación de prosperidad”.

Demás sujetos procesales no se pronunciaron.

## CONSIDERACIONES

**Competencia.** El Tribunal es competente para conocer de los recursos de apelación interpuestos contra los autos y sentencias que profieran en primera instancia los Jueces del Circuito<sup>6</sup>.

Para empezar, dígase que la iniciativa probatoria está conferida a las partes. Al Juez le compete, de acuerdo con las razones que le han entregado al sustentar la solicitud, definir cuáles son lícitamente útiles y tienen relación con los hechos. Para ello debe hacer un test sobre la necesidad de la prueba, determinar el vínculo entre el medio y los hechos (pertinencia) y su aptitud legal (conducencia), considerando los supuestos fácticos del escrito de acusación, las normas que definen la relevancia jurídica del comportamiento, los medios probatorios enunciados, las estipulaciones y la solicitud probatoria de las partes, sustentada en su pertinencia, utilidad y conducencia, todo lo cual le permitirá objetivamente develar la necesidad de decretar las pruebas deprecadas<sup>7</sup>. En consecuencia, los medios de prueba ofrecidos pueden ser **inadmitidos, rechazados y excluidos**, según lo prevé el artículo 359 *ejusdem*.

En principio, según las voces del artículo 376, toda prueba pertinente es admisible; pero, hay distintas razones por las cuales el elemento de convicción no debe llegar al juicio, no quedándole alternativa distinta al funcionario judicial que **inadmitirlo**.

<sup>6</sup> de conformidad con lo establecido en el artículo 34 numeral 1 de la Ley 906 de 2004.

<sup>7</sup> Corte Suprema de Justicia en Auto del 18 de junio de 2014, AP3299-2014.

El estatuto procesal también incluye **el rechazo** de aquella prueba que no fue descubierta de manera oportuna, según lo determina el artículo 356.1 ibidem.

A su turno, la prueba ilegal debe ser **excluida**, de acuerdo con el artículo 360, según el cual *“El juez excluirá la práctica o aducción de medios de prueba ilegales, incluyendo los que se han practicado, aducido o conseguido con violación de los requisitos formales previstos en este código.”*

### **1.- Respuesta a la defensa de Jaime Andrés Arévalo Rojas**

El censor reclama se excluya por ilegal la evidencia rotulada en el escrito de acusación n°. 150 a 160, relacionada con la opinión pericial de “SISMICA Y ESTRUCTURAL”, así como los anexos y testimoniales con quien se pretende ingresar, ya que en su criterio i) uno de los topógrafos que se dice participó no es idóneo; ii) El informe fue presentado por el representante legal de la empresa, no participó en las conclusiones y solo entregó el elemento; iii) el peritaje tiene 16 capítulos, solo se han presentado 9; iv) El testigo Giordani González no fue citado por la Fiscalía y debió participar, pero no lo incluyeron; v) existió un cobro excesivo en el estudio que contrató la administración municipal, además, se hizo en forma directa y no por concurso; y vi) se soslayó la cadena de custodia del informe.

Pues bien, en cierto momento la Corte Suprema de Justicia aceptó que las partes podían interponer recursos contra la decisión que accedía a la práctica de pruebas<sup>8</sup> y después aclaró<sup>9</sup> que solo le asistía “interés jurídico para recurrir a quien había hecho uso del derecho a oponerse a ellas”<sup>10</sup>; empero, en decisión posterior corrigió aquella postura<sup>11</sup> y trazó que contra aquella procede únicamente recurso de reposición y que el de apelación se reserva a las decisiones que deniegan o imposibilita la práctica de las mismas<sup>12</sup>. Pero, si la resolución es de exclusión, se permite su impugnación vertical, sin distinción alguna en si se niega u otorga. Sobre ese tópico, la Sala de Casación Penal de la CSJ, dijo;

*“...la cuestión fundamental estriba en definir por qué si la solicitud de pruebas a practicar en el juicio únicamente permite el recurso de apelación cuando se niega, no ocurre igual con la exclusión de pruebas a*

<sup>8</sup> Rad. 37298 y 39516 de 2011 y 2013

<sup>9</sup> Rad. 36562, 39048 y 41106 del 13 de junio de 2012, 26 de sept. De 2012 y 22 de mayo de 2013.

<sup>10</sup> “...el recurrente ha debido presentar oposición en la oportunidad procesal reservada para ésta; de lo contrario, no se le reconocerá facultad con miras a proponer algún medio de gravamen (recurso). En otras palabras, el eventual apelante debe pedir la exclusión, rechazo o inadmisión de la prueba, una vez ha sido solicitada en la audiencia preparatoria por la parte interesada y, obviamente, antes de ser decidida; agotado ese requisito y en caso de que se decrete el elemento de juicio, su facultad impugnativa surge indiscutible.” Corte Suprema de Justicia en auto CSJ AP, del 11 Sep. 2013, Rad. 41790.

<sup>11</sup> Rad. 47469 del 27 de julio de 2016

<sup>12</sup> numeral 4° del artículo 177 de la Ley 906 de 2004

*introducir en ese momento procesal, que permite su impugnación vertical, sin distinción alguna en si se niega u otorga.*

*La razón de la diferenciación emerge evidente.*

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

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

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

*Precisamente, ello se acompasa con la cita jurisprudencial referenciada al inicio (sentencia C-738 de 2006), en cuanto definió que la libertad de configuración normativa respecto del tópico opera «siempre y cuando con esa determinación no vulnere normas constitucionales, especialmente, las que consagran derechos fundamentales de las partes procesales».*

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

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

Y concluyó que:

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

La jurisprudencia precisa que la cláusula de exclusión opera respecto de la prueba ilícita y la ilegal<sup>13</sup> y que el mandato constitucional exige al funcionario judicial señalar de manera expresa la prueba viciada que debe ser marginada de la actuación<sup>14</sup>, lo cierto es que media distinción entre ambas, pues aquella es obtenida con vulneración de derechos esenciales del individuo, por ejemplo, de la dignidad humana por la utilización de tortura, constreñimiento ilegal, violación de la intimidad, quebranto del derecho a la no autoincriminación, etc., mientras que la otra, la prueba ilegal, es consecuencia del irrespeto trascendente de las reglas dispuestas por el legislador para su recaudo, aducción o aporte al proceso. Aquí el recurrente en ningún momento precisa y argumenta cuál de las dos figuras hace referencia.

Por otra parte, admite que, en uno u otro caso, las consecuencias jurídicas son diversas<sup>15</sup>, pues la prueba ilícita debe ser excluida del conjunto de medios de convicción obrantes en el proceso, sin que puedan exponerse argumentos de razón práctica, de justicia material, de gravedad de los hechos o de prevalencia de intereses sociales para descartar su evidente ilegitimidad.

Tratándose de la **prueba ilegal**, también llamada irregular, corresponde al funcionario realizar un juicio de ponderación, en orden a establecer si el requisito pretermitido es fundamental en cuanto comprometa el derecho al debido proceso, en el entendido de que la simple omisión de formalidades y previsiones legislativas insustanciales no conduce a su exclusión.

En el presente caso ese condicionamiento la incumple el recurrente, pues no controvierte en forma expresa y clara los argumentos del *a quo*; además, en esencia, la inconformidad se centra en que se decretó por pertinente la prueba documental ofrecida por la Fiscalía. Asimismo, subráyese que el fundamento principal de la oposición es que el ente investigador soslayó descubrir en su totalidad el informe que reclama se excluya. Empero, revisados los audios se escucha que una vez instalada la audiencia preparatoria y hecho el correspondiente pronunciamiento sobre el descubrimiento probatorio la defensa no presentó observación alguna.

Ahora bien, el recurrente cuestiona la Fiscalía no citó al testigo “Giordani González”, pues considera “debió participar”. Sobre ese tópico respóndase que son las partes procesales las llamadas a proponer las solicitudes probatorias que

---

<sup>13</sup> CSJ AP 14 sept. 2009. Rad. 31500

<sup>14</sup> Cfr. CC SU 159/02.

<sup>15</sup> SP, 2 mar. 2005, Rad. 18103, CSJ SP, 1º jul. 2009. Rad. 31073, CSJ SP, 1º jul. 2009. Rad. 26836 y CSJ SP, 5 ago. 2014. Rad. 43691

estimen necesarias para respaldar su teoría del caso. A lo anterior se suma que la Fiscalía es autónoma en sus actuaciones y por mandato constitucional como titular de la acción penal, es la encargada de determinar las pruebas que solicita en razón de la utilidad que le representan para sustentar la acusación, seleccionar las preguntas que formulará a los testigos en desarrollo de los interrogatorios, al tiempo que readecuar su estrategia de acuerdo con la realidad probatoria que arroje el juicio.

Por otra parte, la jurisprudencia indica que la inobservancia de los protocolos relacionados con la cadena de custodia afecta la autenticidad del elemento material probatorio o evidencia y, por ende, su valor suasorio<sup>16</sup>; lo cual lógicamente supone la validez tanto del proceso como del medio de convicción. Es decir, no origina la anulación de la actuación, como tampoco constituye violación al debido proceso probatorio o la exclusión del medio de conocimiento. Sobre ese tópico el tribunal de cierra recordó que:

*“En efecto, el incumplimiento total o parcial de los procedimientos orientados a asegurar y demostrar el carácter genuino de los medios de convicción difiere de la legalidad de la prueba, pues el primer instituto se relaciona con la protección o conservación del elemento de convicción a partir de su descubrimiento o recaudo, mientras que el segundo tema atañe al cumplimiento de las condiciones previstas en la ley para su formación, producción o incorporación al proceso. Se trata, por tanto, de dos fenómenos diversos y subsiguientes: primero se produce el medio de prueba y después se somete al protocolo de custodia para asegurar su genuinidad”.<sup>17</sup>*

Como viene de verse, si algún cuestionamiento deseaba proponer el gestor fundado en el desconocimiento de los parámetros que aluden a la cadena de custodia, le corresponde, no solicitar la exclusión por ilegal, sino confrontar en el juicio oral el mérito atribuido a la prueba que estima afectada.

De otra parte, se queja el demandante el costo del estudio que contrató el municipio fue excesivo y “afecta la moralidad pública”; sin embargo, nada acredita de aquella supuesta irregularidad ni explica cómo esa sola circunstancia torna ilegal el elemento material probatorio, que amerite excluirlo del caudal probatorio.

La Corte Suprema de Justicia<sup>18</sup> insiste en que los jueces “controlen adecuadamente la solicitud de pruebas y sus efectos, pues es factible que las

---

<sup>16</sup> CSJ 21 de febrero de 2007, Rad. 25920; 24 de agosto de 2011, Rad. 36958; 26 de junio de 2012, Rad. 34867, entre otras providencias.

<sup>17</sup> en auto del 28 de septiembre de 2016, rad. 47884, reproducido el 8 de marzo de 2017, Rad. 48451

<sup>18</sup> Ibidem

*partes acudan al mecanismo de exclusión para evadir la limitación del recurso de apelación que aquí ha quedado claro existe frente la impugnación de autos que resuelven sobre peticiones probatorias". Además, traza que "el tema de exclusión necesariamente está vinculado con la vulneración de derechos fundamentales, dentro del escenario de la prueba ilícita y no apenas la ilegal, lo que obliga de quien se opone a ella presentar una argumentación dirigida exclusivamente a demostrar la vulneración de tales garantías".*

Aquí el letrado soslayó señalar o describir fundadamente la ilegalidad o ilicitud por vulneración de derechos fundamentales que anunciaba, requisito que lo habilitaba a interponer el recurso vertical de apelación pues, en la primera situación solo operaba el de reposición; y, por lo tanto, contra la misma no procedía la alzada que se tramita. Desde esa perspectiva, no puede la Sala entrar a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa por improcedente porque la naturaleza de la decisión tomada fue de admisión no de exclusión. Por obvias razones, y por sentido común, no se puede excluir lo que no se ha incluido.

Por otro lado, la recurrente critica el *A-quo* negó decretar el testimonio del periodista **Ricardo Areiza** y la copia del artículo periodístico fechado el 10 de mayo de 2019 publicado en el Diario la Nación Neiva. Sobre la prueba en cita, concretamente el juez de primera instancia dijo que *"resulta impertinente por no tratarse de una investigación judicial y la pretensión de la defensa no es frente a su incorporación para acreditar un hecho público y/o notorio, utilizando el registro noticioso como una constatación gráfica de lo que es conocido por la comunidad"*. En ese sentido, explicó que la prueba *"es inadmisibile porque no existe acreditación de las fuentes, sin estar obligado el periodista a su exposición, convirtiéndose en testigo de referencia frente a hechos de los cuales no ha tenido constatación objetiva; además, si bien se estima con pretensión de contradicción, el elemento de prueba no hace parte de prueba principal relacionada con la causa"*.

Por su parte, el letrado expone que *"los hechos notorios (...) no hay que probarlos y que está demostrado para el proceso y así entendería yo, que esa prueba no era necesaria frente a ese hecho notorio de que no se hizo un concurso público"* y como no se hizo *"se arrolló, se atropelló la ley 80 que ordenaba un acto jurídico diferente al que hizo el doctor Iglesias"*

Ahora bien, el recurso de apelación, como mecanismo procesal de impugnación, se ha diseñado para provocar que el superior funcional de quien emitió una

determinación la revoque, reforme o adicione, siendo forzoso para el recurrente sustentar su disenso retomando las razones de la decisión confutada con el fin de demostrar su inconsistencia.

Siendo ello así, en el presente caso la Sala no puede abordar de fondo el examen del asunto, pues los argumentos presentados por el letrado nunca plantean una verdadera controversia con lo decidido por el Juzgado de primera instancia, apenas expone que los hechos notorios no hay que probarlos, dando a entender que “esa prueba no era necesaria frente a ese hecho”.

En efecto, en toda impugnación el apelante corre con la carga procesal de señalar en concreto las razones del disenso con lo decidido, para cuyo efecto debe retomar los argumentos expuestos en la providencia materia del recurso. De esta manera, lo exigido es establecer con claridad, a través de la correspondiente exposición de premisas fácticas y jurídicas, una mejor solución a la planteada en el auto cuestionado.

En ese orden, todo recurrente debe precisar las razones por las cuales disiente de la determinación impugnada a efectos de que el *ad quem* pueda confrontar lo decidido con las tesis del impugnante, que nunca se logra cuando no hay crítica o la misma está revestida de vaguedad o generalidad absolutas. Lo anterior, además, porque si no se informan los motivos de inconformidad y se tramita al recurso, el funcionario de segunda instancia termina examinando todos los aspectos de la decisión como si se tratara de una consulta y no una impugnación. En consecuencia, sobre este tópico la Sala también se abstendrá de resolver la alzada<sup>19</sup>.

## **2.- Respuesta a la defensa de Oscar Alfonso Rojas Triana**

La defensa letrada cuestiona el a quo negara el testimonio del policía **Oscar Mauricio Bolívar Peña**, que también fue solicitado por la Fiscalía.

Pues bien, dentro de la filosofía que orienta el sistema acusatorio previsto en la Ley 906 de 2004, nada se opone a que la fiscalía y la defensa demanden por vía directa el interrogatorio de un mismo testigo, caso en el cual a cada uno le

---

<sup>19</sup> La Sala Penal de la CSJ en el radicado 50560 del 2 de agosto de 2017, estimó “que en aquellos eventos en que media algún grado de sustentación del recurso de apelación, de considerarse ésta indebida o insuficiente, lo procedente no es la declaración de desierto que, como se dijo, solo contempla como medio de control el recurso de reposición, sino su rechazo o negación, a efectos de habilitar la posibilidad que la parte afectada interponga, si lo estima pertinente, el recurso de queja”.

correspondería argumentar las razones que justifican su aducción con miras a soportar la estrategia escogida.

Empero, cuando el testimonio es solicitado y decretado y la contraparte no argumenta un objeto específico distinto, para nuevamente decretarse se impone su rechazo, pues, la solicitud no cumple con la carga de probar pertinencia y necesidad de acudir nuevamente por vía del interrogatorio directo a su práctica.

Ahora bien, en relación con las pruebas comunes, la Corte Suprema de Justicia trazó que<sup>20</sup>

*“ha de admitirse el interrogatorio directo a las partes para un mismo testigo si se refiere a los hechos que dieron origen al proceso penal, a los aspectos principales de la controversia, si se vinculan con situaciones que hagan más o menos probable las circunstancias y la credibilidad de otros medios, si tal interrogatorio no pone en peligro grave o causa perjuicio indebido a la administración de justicia, si no tiene por objeto generar confusión o no representa un escaso valor probatorio o si no tiene por objeto hacer planteamientos sugestivos, capciosos, en fin si no corresponde a una conducta injustificadamente dilatoria.*

*Por tanto, de lo que viene de decirse, se infiere que el interrogatorio directo a la contraparte no puede serle autorizado cuando no se vincula con su particular teoría del caso, o sus fundamentos no son objetivos y sólidos, o asume una conducta desleal, o no se justifica en los pluricitados términos del numeral 3.4. de esta providencia, ni cuando el interés no es pertinente, conducente y útil para las preguntas directas que se reclaman, menos puede ser posible el ejercicio de ese derecho a quien hace manifestaciones genéricas, abstractas, aleatorias, indeterminadas o sin un objeto específico diferente a querer repetir lo que se ha propuesto por quien solicitó la prueba, o si se busca no un resultado fructuoso con el interrogatorio sino uno pernicioso porque no se establece ningún objeto que lo justifique, como sería si no se expresan criterios razonables y eficientes y sí por el contrario se acude al ejercicio desbordado para someter al testigo a un innecesario cuestionamiento sobre aspectos fácticos que se agotan con lo inicialmente pedido con la prueba”.*

Y concluyó aquella corporación que puede concurrir interés del acusador y del defensor en la práctica de determinada prueba testimonial, lo que no está vedado por el ordenamiento jurídico, caso en el cual de autorizarse la declaración a quien la solicitó, la contraparte podrá reclamar interrogatorio directo pero debe agotar una argumentación completa y suficiente en la audiencia preparatoria que le permita al juez determinar por qué se satisface la pretensión probatoria con ese tipo de interrogatorio, dados los supuestos de licitud, pertinencia, conducencia y utilidad y demás factores ya referidos en esta decisión.

---

<sup>20</sup> Auto Rad. 45011 del 25 de febrero de 2015

Ahora bien, aplicado lo anterior al caso en concreto, considera la Sala que la práctica de las pruebas comunes que fueran negadas por el *a quo* a la defensa, relacionada con el testimonio de **Oscar Mauricio Bolívar** incumple con los presupuestos aludidos por la jurisprudencia para su ordenamiento y, por tanto, los argumentos del defensor no están llamados a prosperar.

Sobre la pertinencia y utilidad del testimonio de **Oscar Mauricio Bolívar**<sup>21</sup> el fiscal dijo que es investigador de la SIJIN, y *“la persona que da el reporte de inicio y apertura a la noticia criminal, además, a través de todos los actos de investigación en cumplimiento a ordenes de policía judicial y en desarrollo del programa metodológico entregó sendos informes de investigador de campo relacionados con los actos de investigación ordenados por la Fiscalía; por eso su pertinencia y conducencia a ser escuchado en diligencia de juicio oral, depondrá de qué manera se dio inicio a esta noticia criminal, es decir, bajo qué circunstancias tuvo conocimiento sobre la ocurrencia de este hecho por el cual generó la respectiva noticia criminal, de igual forma, a través de sus investigadores de campo (...) realizó entrevistas a testigos de los hechos, a las víctimas, es decir, de las lesiones ocurridas en ese lamentable hecho, así como a sus familiares, de igual forma participó en la inspección judicial al lugar de los hechos, depondrá sobre esa circunstancias, cuál fue esa actividad judicial por él desplegada para la recolección de elementos materiales probatorios, evidencia física, en qué consistió su intervención en esos diferentes actos. De igual forma hizo parte del grupo institucional con funcionarios del Cuerpo Técnico de Investigación en la inspección al lugar de los hechos, levantamientos topográficos, al igual que participó en el levantamiento de las actas de inspección al lugar de los hechos en donde en cada una de ellas establecieron la evidencia física y elementos materiales probatorios consignados, incluso, varios de sus informes (...) se solicitarán como elementos de prueba, pues aparecen consignadas imágenes de los lugares que fueron visitando, al igual que la recolección y embalaje en cadena de custodia de las evidencias se encontraron en el lugar de los hechos, De igual forma, el mismo funcionario participó en las visitas al Consorcio Estadio 2014, a las oficinas, incautación de algunos elementos”*

Y la Defensa por su parte<sup>22</sup> argumentó que *“es conducente debido a que por su calidad de funcionario investigador permitirá ampliar los aspectos de sus labores investigativas, especialmente las referidas a la participación del señor Oscar*

---

<sup>21</sup> Récord después de 44.35 Cd audiencia preparatoria sesión del 29 de mayo de 2020

<sup>22</sup> Minuto 40.35 sesión del 24 de febrero de 2020

*Triana en el desarrollo de la obrar que tuvieron lugar en el estadio de fútbol Guillermo Plazas Alcid por parte del Consorcio Estadio 2014, quien además es un testigo común con la Fiscalía y, para esos efectos se tenga también como un testigo de esta agencia jurídica de defensa para los efectos procesales pertinentes.”*

Sin hesitación, el letrado de la defensa nunca dio una argumentación completa y suficiente en la audiencia preparatoria que le permitiera al juez determinar por qué se satisface la pretensión probatoria con ese interrogatorio que requiere, dados los supuestos de licitud, pertinencia y utilidad, además la necesidad de interrogar de manera directa al funcionario de Policía Judicial citado, máxime cuando solo argumentó sobre conducencia del testimonio, empero, nada dijo sobre pertinencia y utilidad.

Recuérdese que la prueba es **conducente** cuando ostenta la aptitud legal para forjar certeza en el juzgador, lo cual presupone que el medio de convicción esté autorizado en el procedimiento; es **pertinente** cuando guarda relación con los hechos, objeto y fines de la investigación o el juzgamiento; es **racional** cuando es realizable dentro de los parámetros de la razón y, por último, es **útil** cuando reporta algún beneficio, por oposición a lo superfluo o innecesario<sup>23</sup>.

Así las cosas, ninguna razón le asiste al recurrente en lo alegado pues incumplió con la carga mínima argumentativa sobre la importancia y necesidad para su teoría del caso de escuchar al testigo enunciado por su contraparte como directo, tampoco concretó cuáles serían los temas adicionales a los invocados por su contraparte que dilucidaría con esas pruebas. Nótese que, si el propósito del letrado es interrogar sobre las pesquisas que obtuvo el investigador en cumplimiento del plan metodológico, tal objetivo se logra al momento de formular el contrainterrogatorio, recurriendo a los elementos recaudados en la fase investigativa descubiertos en la audiencia preparatoria y, por lo tanto, a disposición de las partes.

Por último, si en razón a la emergencia sanitaria declarada en todo el territorio nacional a través del Decreto presidencial 385 del 12 de marzo de 2020 para contrarrestar los efectos de la pandemia ocasionada con el Covid-19, el Consejo

---

<sup>23</sup> “La conducencia supone que la práctica de la prueba solicitada es permitida por la ley como elemento demostrativo de la materialidad de la conducta investigada o la responsabilidad del procesado. La pertinencia apunta no únicamente a su relación con el objeto de investigación y debate, sino a que resulte apta y apropiada para demostrar un tópico de interés al trámite”

Superior de la Judicatura expidió el Acuerdo PCSJA20-11517 el pasado 15 de marzo, que suspendió los términos judiciales y ordenó a los servidores judiciales trabajar desde sus casas; si con Acuerdos PCSJA20-11546 del 25 de abril y PCSJA20-11549 del siete de mayo anterior se previeron excepciones a esa regla en ciertos asuntos de competencia de los jueces penales de conocimiento, y se dispuso continuar prestando el servicio desde las residencias de los servidores judiciales mediante el uso de las tecnologías de la información, precisándose que, los memoriales y comunicaciones podrían enviarse o recibirse por correo electrónico; si a luz del artículo 169 del Código de Procedimiento Penal, por regla general las providencias deben notificarse en estrados a las partes, pero el inciso 3º de esa norma señala que, “de manera excepcional procederá la notificación mediante comunicación escrita dirigida por telegrama, correo certificado, facsímil, correo electrónico o cualquier otro medio idóneo que haya sido indicado por las partes”; y si el pasado 30 de abril la Presidencia de la Sala Penal de esta Corporación expidió el “PROTOCOLO PARA EL TRÁMITE DE PROCESOS PENALES Y CONTABILIZACIÓN DE TÉRMINOS EN LA SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE NEIVA”, en el cual se dispone que la comunicación de las providencias dictadas en los procesos penales se realice a través del correo electrónico; por Secretaría se notificará la presente decisión de forma virtual o a través del medio más expedito a su disposición a las partes e intervinientes.

Así, al hilo de estas consideraciones, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE NEIVA HUILA**, en Sala Cuarta de Decisión Penal,

### **RESUELVE**

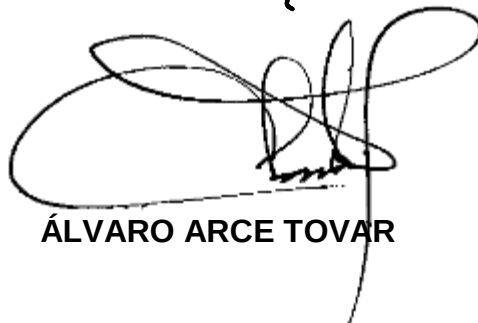
- 1. ABSTENERSE** de resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa de **Jaime Andrés Arévalo Rojas**, respecto a la decisión que negó la exclusión probatoria.
- 2. ABSTENERSE** de resolver el recurso incoado por el defensor de **Jaime Andrés Arévalo Rojas** contra la decisión que inadmitió el testimonio de **Ricardo Areiza**, así como el artículo periodístico publicado en el diario la Nación conforme a los argumentos atrás expuesto
- 3. CONFIRMAR** en lo demás el auto apelado de fecha y origen conocidos, por los motivos expuestos en precedencia.

**4. ADVERTIR** que contra la presente decisión procede recurso de reposición únicamente contra la decisión de abstenerse de resolver el recurso incoado por la defensa de **Jaime Andrés Arévalo Rojas**.

A las partes e intervinientes se les notificará en la forma indicada en la parte motiva de esta providencia.



HERNANDO QUINTERO DELGADO



ÁLVARO ARCE TOVAR



**JOSÉ ENRIQUE JESÚS HERNANDO CABALLERO QUINTERO**



**LUISA FERNANDA TOVAR HERNÁNDEZ**

Secretaria