



106880

Bogotá D.C., 23 de agosto de 2019

Señores:
H. SALA DE CASACIÓN PENAL
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
Bogotá D.C.
E S D

Leslie Cárdena
212 Fol.
2 ed's.

REFERENCIA: ACCIÓN DE TUTELA

MARLON FERNANDO DÍAZ ORTEGA, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía número 79.655.924 de Bogotá D.C. y tarjeta profesional de abogado número 98.932 del Consejo Superior de la Judicatura actuando en mi condición de apoderado especial del señor **EDUARDO OTOYA ROJAS** (según poder que anexo a este escrito), también mayor de edad, identificado con cédula de ciudadanía número 80.415.252, acusado dentro del proceso penal radicado bajo el número 050016000000201600267 (antes 050016000248201504636), que se adelanta ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia, mediante el presente escrito respetuosamente me permito **FÓRMULAR ACCIÓN DE TUTELA** en los términos del artículo 86 de la Constitución, con el fin de que se protejan los derechos fundamentales que le vienen vulnerando flagrantemente a mi cliente con ocasión de varias de las decisiones proferidas en esa actuación.

IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES

ACCIONANTE: EDUARDO OTOYA ROJAS

ACCIONADOS: Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia y Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia

LO QUE SE CUESTIONA

PRIMERO. Durante sesión de juicio oral que se adelantó el 1 de abril de 2019 ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia, dentro del proceso penal mencionado, en la práctica de pruebas de la Fiscalía, su delegado pretendía continuar interrogando al señor **JOHN JAIME ESPAÑA LÓPEZ**, su investigador líder, para lo cual le "puso de presente" un informe de Policía Judicial relacionado con la inspección realizada a otra investigación, informe que da

¹ Dr. RAÚL GERARDO MARÍN PUENTES, Fiscal de Especializado Unificado de Protección del Medio Ambiente.
² Del 13 de enero de 2016, relacionado con una inspección al proceso, con sus anexos.
³ Al radicado bajo el número 050016000023201400058, que adelantó la Fiscalía 22 Especializada RACRIM.

cuenta de la supuesta existencia de unas comunicaciones interceptadas en esa actuación, presuntamente, a varios de los acusados.

SEGUNDO. Frente a ello, en mi condición de defensor de confianza del señor OTOYA ROJAS, solicité la exclusión⁴, por ilegalidad, de ese medio cognoscitivo, con sus anexos, porque desde la audiencia preparatoria el Juez de Conocimiento de ese momento, –hoy se tiene un reemplazo–, declaró ante mis observaciones al descubrimiento de esas evidencias y oposiciones a la solicitud probatoria de la Fiscalía lo siguiente:

“...lo cierto es que no se permitió el acceso a la copia espejo, lo cierto es que la Fiscalía tiene solamente esas llamadas que fueron entregadas, lo cierto es que la Fiscalía entregó esas llamadas que van a ser usadas en el juicio, no podrá utilizar la copia original... Es un problema de la Fiscalía de qué va hacer en el juicio oral con eso, eso va ser un problema de valoración para los efectos de asignarle o restarle poder suasorio, no tiene cadena de custodia, no tiene registro de secuencia de transportadores, no tiene CD o el conteniente (SIC) original, ni tampoco sabemos cómo fue que fracturó la información, de suerte que la situación es un problema de presentación del juicio oral. Pero no se accede a la exclusión del rechazo de esas 4, perdón, de esas llamadas, las 20 o las 10 que se hayan solicitado...” (subrayado y negrilla nuestro).

Y al desatar el recurso de apelación que interpuso contra esa decisión que denegó la exclusión por ilegalidad de una evidencia de la Fiscalía, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Antioquia consideró:

“...como en este momento no se ha puesto de presente ninguna circunstancia que implique ilicitud o ilegalidad en la recolección de los elementos de prueba, es en el juicio oral que de advertirse alguna situación de éstas al momento del contradictorio, puede el Juezador excluir por ilicitud o ilegalidad las que así considere, pues no es posible que la judicatura tenga un conocimiento previo de los elementos materiales probatorios...” (negritas y subrayado nuestro).

En consecuencia, siguiendo la lógica del juicio y como no se trataba de un tema resuelto en audiencia preparatoria, sino de un aspecto respecto del cual, en parte, el Juzgado y, enfáticamente, el Tribunal, establecieron la oportunidad de proponerlo en esta audiencia, al momento de la práctica de pruebas, precisé que la evidencia que la Fiscalía quería incorporar, consistente en ese informe del 15 de enero de 2016, contenedor de los audios de interceptaciones telefónicas y de un resumen de las mismas, presentaba al menos los siguientes problemas, graves, relevantes y constitutivos de una flagrante ilegalidad:

(i) No se sabe quién las efectuó, cuál fue la orden y el control judicial de su legalidad, en qué momento se recaudaron, siguiendo qué protocolos y, en general, de qué forma se obtuvieron originalmente en esa investigación.

⁴ Registro de audio número 3 de del 1 de abril de 2019, Hora 1:53:07 a 2:20:58

⁵ Anexo copia de acta de audiencia del 27 y 28 de junio de 2017.

⁶ Página 24 del auto del 19 de febrero de 2018.

(ii) La autorización de la práctica e incorporación de esa pretendida prueba, para este momento, implicaría, desconociendo los requisitos de un debido proceso probatorio, el "traslado" de elementos correspondientes a una actuación totalmente distinta (proceso 2014-00068 de BACRIM), sin efectuar un control de ninguna naturaleza, pues no se le habría permitido a la defensa ni siquiera obtener copia espejo de las mismas para contrastar su autenticidad, pues aunque obtuvimos en búsqueda selectiva en base de datos la información de cruces de esas llamadas, renunciamos a su uso porque no teníamos contra qué contrastarlas como también quedó patente por parte del Juez en la audiencia preparatoria.

(iii) La inspección judicial en la que se obtuvo la evidencia fue realizada por personas distintas al testigo que lleva la Fiscalía al juicio para su autenticación.

(iv) La evidencia carece, por completo, de cadena de custodia, lo cual, se itera, fue inclusive reconocido y declarado por el Juez de Conocimiento en audiencia preparatoria; además, justamente la Fiscalía a partir de esa dificultad decidió, en un acto antitécnico e ilegal, hacer lo que presenta como una cadena de custodia; una constancia que expresamente afirma que nadie halló el elemento, es decir, no se sabe quién obtuvo la evidencia o lo que es igual: que no existe cadena de custodia; que es un elemento espurio, que no es factible su autenticación.

(v) Súmese a lo anterior, que las evidencias obtenidas en la inspección nunca estuvieron en un almacén de evidencias, sino que **supuestamente** fueron **entregadas informalmente** al Fiscal para que las copiara en su computador, por lo que lo único que se conoce es que aparentemente han estado en diferentes contenedores, sin control, ni custodia. Razones que obligaron a esta defensa, desde el inicio de la audiencia preparatoria, a realizar observaciones de fondo contra el precario e insuficiente descubrimiento, a mostrar que cumplida y diligentemente exigió el descubrimiento integral y completo, de la evidencia, de la copia espejo y de la cadena de custodia, para poder ejercer control de legalidad sobre las mismas, tanto que solicité simultáneamente el rechazo por ese descubrimiento incompleto y subsidiariamente la exclusión por la notoria ilegalidad.

(vi) El documento que supuestamente contiene las "transcripciones" de interceptaciones, en realidad es un resumen de ellas, que está "cercenado", no se sabe dónde empieza ni dónde termina, y ni siquiera es posible determinar, quién fue el analista que lo realizó, que valga decirlo, tampoco fue ofrecido como testigo por la Fiscalía.

(vii) Las interceptaciones no se presentaron por el analista que las realizó, se desconocen cuáles fueron las circunstancias de esas interceptaciones, los protocolos de las mismas; la fijación, el rótulo, la custodia, la conservación y por supuesto su integridad, que permita una sospecha de mismidad. Además, de los motivos fundados que se tuvieron en cuenta para hacerlas, cuál y cuándo se

emitió orden de interceptar, en qué momento finalizó, qué controles de legalidad -previos y posteriores- se les hicieron, etc.

En suma, para pedir la exclusión se consideró que esos problemas iban más allá de un tema de cadena de custodia, respecto del cual igualmente se hizo una consideración adicional para sustentar la ilegalidad², ya que en la otra investigación, de donde se trae la evidencia, no se pudieron ejercer derechos como la defensa, la contradicción y la publicidad, derechos que finalmente en esta actuación tampoco se podrían ejercer, lo cual derivaría, en caso de que se autorizara la aducción de esa evidencia, en la nulidad del juicio, que la defensa no iba a convalidar.

TERCERO. El Juzgado accionado negó³ la exclusión solicitada considerando que (i) como en el sistema procesal penal hay libertad probatoria, la ausencia de cadena de custodia no resulta suficiente para acceder a tal pretensión, pues la misma podrá suplirse con otros medios probatorios que servirían para autenticar la evidencia respectiva. Además, (ii) señaló que como los informes de Policía Judicial cuestionados, por la aclaración del Fiscal del caso, tenían la única finalidad de refrescar memoria, no existirían razones para proceder a una exclusión. Luego, frente a la alegación sobre ilegalidad de la evidencia por inexistencia de control judicial de las interceptaciones, (iii) señaló que tal discusión ya se había dado en audiencia preparatoria del 27 de junio de 2017, momento en el cual no se accedió a la exclusión, de tal forma que ya no era viable continuar debatiendo sobre el particular ("preclusividad"). Finalmente, (iv) añadió que como las interceptaciones no habían sido exhibidas en el juicio, aún no conocía alguna falencia que tuviera la potencialidad de habilitar la exclusión excepcional de la evidencia, como se lo solicitaban.

CUARTO. Contra esa decisión de primera instancia interpuso y sustentó⁴ recurso de apelación con las siguientes consideraciones:

A partir de lo establecido en la sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema Justicia del 31 de agosto de 2016, dentro del radicado número 43916, con ponencia de la Magistrada **PATRICIA SALAZAR CUELLAR** (reiterada el 18 de enero de 2017, Rad. 44741), aclaré que el tema de la cadena de custodia no solo era un tema de valoración de los medios probatorios, pues cuando se trata, como en este caso, de elementos que deben someterse a protocolos de recolección, embalaje, rotulación, etc., para la autenticación de evidencias físicas que puedan ser fácilmente suplantadas o alteradas, no se puede negar la trascendencia de tales protocolos, porque en estos casos lo que está de por medio es la legalidad.

² Con base en lo establecido por la Corte Suprema de Justicia dentro de la sentencia del 31 de agosto de 2016, radicado número 43916, con ponencia de la Magistrada Patricia Salazar Cuellar, que fue reiterada el 18 de enero de 2017, radicado número 44741, con ponencia de la misma Magistrada.

³ Registro de audio número 3 del 1 de abril de 2019. Hora 2:22:16 a 2:26:58

⁴ Registro de audio número 3 del 1 de abril de 2019. Hora 2:35:15 a 3:06:00

Por eso, en este caso, los audios de las interceptaciones que pretenden introducirse carecen de trazabilidad, por lo mismo, de legalidad, pues fueron obtenidos de un computador del Fiscal¹⁰, sin el más mínimo control sobre su contenido.

No hubo garantía de contradicción de los elementos materiales probatorios traídos, "cercenados", supuestamente desde otra investigación, ya que a pesar de que la defensa intentó adelantar actos de investigación con ese propósito, la Fiscalía no permitió que ninguno de ellos contrastara esa evidencia, pues no se permitió el acceso a las mismas, sino a una copia informal, de tal forma que es imposible para la defensa definir si la evidencia tiene mismidad o no.

La prueba de ello es la siguiente¹¹:

Documento	Fecha
Acta de descubrimiento probatorio de Fiscalía a defensa. En el último folio se hizo constar que estaba pendiente descubrir los CDs de las respectivas interceptaciones.	20 de septiembre de 2016
Memorial con el que la defensa requirió a la Fiscalía que se completara el descubrimiento probatorio. En el folio 2 se hizo solicitud expresa para que se descubrieran los anexos del informe de investigador de campo fechado 15 de enero de 2016, y al final -último folio- se pidió autorización expresa para que la defensa pudiera acudir a obtener copia espejo a almacén de evidencias.	28 de septiembre de 2016
Acta de descubrimiento probatorio de la Fiscalía a la defensa. En el folio 2 se dejó constancia que faltaba la entrega de todos los anexos del informe de investigador de campo fechado 15 de enero de 2016, y al final -último folio- se dejó constancia sobre la orden que el Fiscal le había dado a su Policía Judicial para que entregaran los elementos pendientes; además, se manifestó que iba a emitir una nueva orden a investigador.	3 de octubre de 2016
Memorial con el que la defensa requirió a la Fiscalía que se completara el descubrimiento probatorio. En el folio 3 se hizo constar que "...en realidad no se ha entregado..." los anexos del informe de investigador de campo fechado 15 de enero de 2016, y al final -último folio- se pidió autorización expresa para que la defensa pudiera acudir a obtener copia espejo a almacén de evidencias.	31 de octubre de 2016
Comunicación dirigida al Juez de Conocimiento en la que se le informó sobre el descubrimiento probatorio incompleto. Se remitió vía correo electrónico (folio 2).	1 de noviembre de 2016

¹⁰ Debe precisarse, como se documenta con las pruebas anexas a esta tutela (PRUEBAS 7 Y 8), que en la sesión de audiencia del juicio oral del 29 de octubre de 2016 la Fiscalía solicitó, a través del investigador JOHN JAIME ESPAÑA LÓPEZ, la introducción de una memoria USB que contenía los audios de interceptación copiados del computador del Fiscal, un acta de inspección del 16 de octubre de 2016, cadena de custodia de esa USB y un correo electrónico del 8 de agosto de 2016; a lo que obviamente se opuso la Defensa del señor OTOYA ROJAS y se solicitó su rechazo, por no descubrimiento de ese contenedor recientemente obtenido. El Juez decidió denegar el rechazo y la Defensa interpuso y sustentó recurso de apelación contra la decisión, que fue confirmada por el Tribunal Superior de Antioquia, en sala de decisión penal, el día 18 de diciembre de 2016. También es importante relatar, que en sesión de audiencia de juicio oral del 25 de mayo de 2016 el Fiscal manifestó que esa misma información digital se la había llevado erradamente el testigo JHONY ALEXANDER PALACIO RIVERA y por eso pidió suspensión de la audiencia de esa fecha, aunque cronológicamente no era posible si sólo se copió de su computador 6 meses después, el 16 de octubre de 2016.

¹¹ Se anexan todos los documentos relacionados en el cuadro.

Memorial con el que la defensa requirió a la Fiscalía, <u>por cuarta vez</u> , que se completara el descubrimiento probatorio. En el folio 3 se hizo constar que no se entendía "... cómo hasta ahora no han sido entregados ..." los anexos del informe de investigador de campo fechado 15 de enero de 2016. En el folio 4 se hizo constar idéntica situación, explicando que se había entregado otra información, pero no la requerida. Y en el folio 8 se insistió sobre la necesidad de que se autorizara expresamente para que la defensa pudiera acudir a obtener copia espejo a almacén de evidencias.	18 de noviembre de 2016
Comunicación dirigida al Juez de Conocimiento en la que se le informó sobre el descubrimiento probatorio incompleto. Se remitió vía correo electrónico.	18 de noviembre de 2016
Acta de descubrimiento probatorio de Fiscalía a defensa. Se entregó "... un Cd con 45 audios y un archivo Word con la transcripción de dichos audios, relacionados en el informe de campo FPJ11 del 15 de enero de 2016. ..." Ese mismo día el Fiscal le entregó a la defensa el "... Oficio 80. ...", a través del cual "invio" a su Policía Judicial para que entregara las evidencias que tuvieran bajo su custodia.	24 de noviembre de 2016
Solicitud de información que el investigador de la defensa efectuó, con fundamento en la autorización dada por el Fiscal, en la que puntualmente pidió -folio 2- entregar <u>copia espejo</u> de los audios de interceptaciones.	29 de noviembre de 2016 (fecha 25 de noviembre de 2016)
Respuesta a derecho de petición que hizo el investigador ESPAÑA LOPEZ, en la que informó que la evidencia no la tenía él, ni su equipo de trabajo, sino que reposaba en la carpeta del Fiscal del caso.	14 de diciembre de 2016

¿Por qué la defensa no pudo constatar la evidencia? Porque no se conoce respecto de ella cómo se produjo, se construyó, se transportó, cuál fue su contenedor, cuál fue la forma en que llegó. Su legalidad y mismidad son imposibles y arrastran el debido proceso al cesto de la inocuidad. De esta manera se hace trizas, además, principios como el de inmediación por ausencia de toda posibilidad de confrontar los hechos objeto de juzgamiento a través de evidencias imposibles de autenticar. El testigo no conoció directamente los audios, su origen, legalidad y tampoco el análisis de la información derivada de ellos.

QUINTO. Al resolver ese recurso, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, mediante auto del 13 de mayo de 2019¹², consideró:

"...Salta a la vista que el defensor del señor Eduardo Ojeda Rojas propone un problema jurídico que ya ha sido resuelto en el presente proceso, tanto en primera como en segunda instancia (...). Esta Sala, en providencia del 19 de febrero de 2018, analizó las críticas que el togado realizó a la prueba decretada en favor de la Fiscalía con el argumento de no haberse cumplido con la cadena de custodia, igualmente, que la evidencia fue descubierta en forma mutilada, cercenada y se le impidió ejercer la contradicción (...). En esa oportunidad, se dijo que el tema de la autenticidad de los elementos, la conservación de la cadena de custodia y todo lo relacionado con demostrar la mismidad de los elementos ofrecidos en el juicio es de resorte de la Fiscalía en el juicio oral, la contraparte puede controvertir las evidencias presentadas, con los medios que el orden jurídico le otorga para que el juez en su labor de análisis les dé el valor suasorio que merezcan. No se trata,

¹² Discutido y aprobado en sesión del 3 de mayo de 2019 (acta 048).

entonces, de ilicitud o ilegalidad de los medios de prueba a pesar de los esfuerzos que hace el recurrente para sustentar su solicitud de exclusión..." (SIC).

Además, añadió:

"...argumentan que el testigo Jhon Jaime España López, no hizo las interceptaciones, no las analizó y no suscribió los documentos señalados como transcripciones, pero eso no es una causa de ilegalidad o ilicitud de la prueba. A la Fiscalía se le decretó como prueba unas interceptaciones telefónicas que fueron debidamente descubiertas en su oportunidad, para ser ingresadas con el investigador líder por tratarse de documentos públicos..." (SIC).

Como se puede apreciar, lo que para el tribunal en la anterior decisión¹³ era un tema de exclusión propio de la audiencia de juicio oral donde resultaba pertinente el debate como la solicitud de retiro de la evidencia, conocido el entuerto y el acto investigativo mutilado y espurio, mutó sus consideraciones y decisión a un acto de mera valoración.

FUNDAMENTO DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Procedencia.

El artículo 86 de la Constitución Política establece que toda persona tiene derecho a promover la acción de tutela con el fin de procurar la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando por acción u omisión de las autoridades públicas, o de particulares, sean vulnerados o amenazados, siempre y cuando no exista otro medio de defensa judicial, o cuando existiendo, se utilice la tutela como mecanismo transitorio para evitar que se materialice un perjuicio irremediable.

Respecto de la tutela contra providencias judiciales, la jurisprudencia reiterada de la Corte Constitucional ha sido clara en precisar que la misma solo resulta procedente, excepcionalmente, cuando se configuran ciertos requisitos, unos genéricos y otros específicos, cuyo cumplimiento debe ser acreditado por quien demanda.

Así fue definido en la sentencia C-590 de 2005, en la cual la Corte Constitucional consideró que dentro de los "requisitos generales de procedencia" se encuentran los siguientes: (i) que el asunto sometido a estudio tenga relevancia constitucional; (ii) que el actor haya agotado los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios antes de acudir al juez de tutela; (iii) que la petición cumpla con el requisito de inmediatez, de acuerdo con criterios de razonabilidad y proporcionalidad; (iv) en caso de tratarse de una irregularidad procesal, que esta tenga incidencia directa en la decisión que resulta vulneradora de los derechos fundamentales; (v) que el actor identifique, de forma razonable, los hechos que generan la violación y que

¹³ Página 24 del auto del 19 de febrero de 2018.

esta haya sido alegada al interior de proceso judicial, en caso de haber sido posible; y (vi) que el fallo impugnado no sea de tutela.

Son estos entonces los requisitos que deben demostrarse para que en determinado caso proceda la acción constitucional y sean amparados los derechos vulnerados o amenazados.

DERECHOS FUNDAMENTALES VULNERADOS Y LA CONCRECIÓN DE SU VIOLACIÓN

En el proceso penal que se sigue en contra de mi cliente, bajo el radicado número 050016000248201504636, que se adelanta ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia, son dos (2) las decisiones que considero vulneradoras de los derechos fundamentales del procesado, particularmente del Debido Proceso, en su manifestación del Derecho de Defensa y Contradicción: (i) la que negó la exclusión presentada el 1 de abril de 2019 «en primera instancia», proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia y (ii) la que decidió el recurso de apelación presentado (ese mismo día), proferida por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia del 13 de mayo de 2019.

En efecto, tales decisiones, a pesar de lo que previamente se había decantado en torno a la posibilidad de solicitar en juicio la exclusión de la evidencia, según lo puse de presente y como consta en la actuación, **evaden el deber de garantizar los derechos fundamentales en cuestión y el juego limpio que debe ser propio de toda actuación ante los tribunales, como se manda desde la Constitución – artículo 250, modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo 03 de 2002, en su numeral 5 que dispone un juicio con todas las garantías.**

Es consustancial a las decisiones judiciales la presunción de acierto y legalidad, como, igualmente, el de legítima confianza en el cumplimiento de las consecuencias que advierten las providencias.

La primera y la segunda instancia advirtieron y dejaron el debate sobre exclusión a la presentación y práctica de la prueba en el juicio, conminando claramente a la Fiscalía sobre los deberes de acreditación de cadena de custodia y legalidad de la prueba que pretende acudir. Sin embargo, expuesta en escena la evidencia, como la verdad sobre su origen espurio, mutilado, la ausencia de cadena de custodia, la imposibilidad de autenticarla y su ilegítima presencia en el juicio, todas aquellas expectativas se frustraron y se burló la confianza del procesado en aquellos considerandos y, como si fuera poco, se mostró la alegación de la defensa como repetitiva: es más, solo faltó decir que había sido dilatoria.

La Corte Constitucional a propósito del debido proceso y su manifestación particular del derecho de defensa en sentencia C-341 de 2014 estableció:

*...La jurisprudencia constitucional ha definido el derecho al debido proceso como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia. Hacen parte de las garantías del debido proceso:

(i) El derecho a la jurisdicción, que a su vez conlleva los derechos al libre e igualitario acceso a los jueces y autoridades administrativas, a obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior, y al cumplimiento de lo decidido en el fallo; (ii) el derecho al juez natural, identificado como el funcionario con capacidad o aptitud legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación, de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la ley; (iii) El derecho a la defensa, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable. De este derecho hacen parte, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; los derechos a la asistencia de un abogado cuando sea necesario, a la igualdad ante la ley procesal, a la buena fe y a la lealtad de todas las demás personas que intervienen en el proceso; (iv) el derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable, lo cual exige que el proceso o la actuación no se vea sometido a dilaciones injustificadas o inexplicables; (v) el derecho a la independencia del juez, que solo es efectivo cuando los servidores públicos a los cuales confía la Constitución la tarea de administrar justicia, ejercen funciones separadas de aquellas atribuidas al ejecutivo y al legislativo y (vi) el derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario, quienes siempre deberán decidir con fundamento en los hechos, conforme a los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas... (negritas y cursiva fuera de texto original).

Y frente al derecho de defensa, también la Corte Constitucional, en sentencia C-025 de 2009, señaló:

*...Una de las principales garantías del debido proceso, es precisamente el derecho a la defensa, entendido como la oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, de ser oída, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estimen favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga. Su importancia en el contexto de las garantías procesales, radica en que con su ejercicio se busca impedir la arbitrariedad de los agentes estatales y evitar la condena injusta, mediante la búsqueda de la verdad, con la activa participación o representación de quien puede ser afectado por las decisiones que se adopten sobre la base de lo actuado... (negritas y subrayado fuera de texto original).

Para el caso concreto, las propias autoridades judiciales hoy accionadas reconocieron en una etapa pretérita del proceso (audiencia preparatoria), que el rechazo y la exclusión solicitada por la defensa del señor OTOYA ROJAS solo podía plantearse durante el juicio, al practicarse las pruebas, en los siguientes términos: "...es en el juicio oral que se advierte alguna situación de éstas al

momento del contradictorio, puede el Juzgador excluir por ilicitud o ilegalidad las que así considere..." (segunda instancia 19 de febrero de 2018).

Ello en razón a que la Fiscalía, según lo decantado frente a las oposiciones, exclusiones y solicitudes probatorias por el Juzgado de Conocimiento, no permitió "...el acceso a la copia espejo..." de unos "audios de interceptaciones", por lo que finalmente en el juicio no podría "...utilizar la copia original...", pues la evidencia carece de "...cadena de custodia, no tiene registro de secuencia de transportadores, no tiene CD o el contenido original, ni tampoco sabemos cómo fue que fracturó la información, de suerte que la situación es un problema de presentación del juicio oral..." (negritas y subrayado nuestro).

Empero, incumplidas, pues al momento de sentar las bases para introducir la evidencia a través de la práctica de la prueba, no se pudieron acreditar las reglas de identificación, fijación, embalaje, recaudo, custodia, legalización, control, seguimiento y conservación de la misma, el Fiscal fue autorizado por el Juez para introducir unos audios de unas interceptaciones y un "resumen" escrito de su contenido, que su testigo - (declarante)- desconoce dónde, cómo y cuándo fueron efectuadas, pues ningún protocolo de recaudo siguieron los funcionarios de Policía Judicial que designaron para efectuar la inspección a otra investigación en los que supuestamente se encontraban, pero tampoco hicieron presencia los que o el que supuestamente habría cumplido esa misión, si es que se cumplió.

En efecto, por lo que se ha decantado durante el juicio, entre otras cosas, por el dicho del mismo testigo de la Fiscalía que acude a "autenticar" la evidencia, el investigador **ESPAÑA LÓPEZ** (adscrito a la Policía Nacional), esa inspección judicial practicada en la Fiscalía BACRIM ni siquiera la hizo este testigo, ni se recaudó en tal diligencia copia alguna de los "audios" mencionados, pues no existe constancia de ello, sino que, únicamente, se obtuvo el "resumen" escrito del contenido de aquellos audios, el cual, además, está cercenado.

Súmese a lo anterior, como si no fuera suficiente, en ejercicio de la defensa del señor **OTOYA ROJAS** (hoy accionante), preocupados por la forma en que la Fiscalía presentaba para el descubrimiento la evidencia que hoy se pide excluir, advertimos al Fiscal sobre las palmarias falencias que esta tenía, para lo cual exigimos la entrega de "copia espejo", con el objetivo de contrastar su mismidad y, allí, ejercer la contradicción respectiva.

No obstante, como ha quedado documentado desde que inició la etapa de juicio, la Fiscalía únicamente contaba con un "CD" contentivo de los audios tantas veces mencionados, el cual **supuestamente** había sido recaudado durante la diligencia de inspección realizada por sus funcionarios de Policía Judicial, por lo cual resultó imposible ejercer un control del contenido de esa evidencia.

Ahora, luego de tantos "ires y venires", el testigo **ESPAÑA LÓPEZ** afirma que ningún "CD" existe (o existió), sino que los "audios" fueron al parecer copiados de un computador del Fiscal, sin que se precise qué procedimiento se utilizó para que

llegaran a ese computador, ni para extraerlos para llevarlos al juicio, ni tampoco se sabe cuál computador es (si personal o de trabajo), pasando a un escenario todavía aún más peculiar, ya que los "mismos" audios pretenden introducirse al juicio dentro de un contenedor distinto a todos los anteriores, esto es, no se lleva computador alguno, ni se trae el "CD", sino que pretenden introducir una memoria "usb", aludiendo que para esos efectos simplemente se acudió al computador del delegado, donde se alojaba la información y se realizó la copia respectiva¹⁴.

Significa todo lo anterior que, a diferencia de lo que consideraron el Juez de Conocimiento, en primera instancia, y la Sala de Decisión Penal del Tribunal, en la alzada, soslayando tan delicada situación probatoria, el tema no puede simplificarse en el relativismo otorgado al principio de cadena de custodia, ya que estamos ante lo que la propia Corte Suprema de Justicia ha venido señalando como el incumplimiento, más allá de lo formal, de los métodos de aseguramiento y/o protección de la evidencia, para no socavar el principio de mismidad, y por supuesto, sin que esto agote el debate sobre ilegalidad de la evidencia que trae también como consecuencia necesaria y única, la exclusión.

Al respecto, en sentencia del 18 de enero de 2017, dentro del radicado 44741, sostuvo la Sala de Casación Penal, con ponencia de la Magistrada PATRICIA SALAZAR CUELLAR:

"Así, la Sala ha subrayado la obligación constitucional (artículo 250 de la Constitución Política) y legal (artículos 205, 209, 254 y siguientes y 277, entre otros, de la Ley 906 de 2004) de sujeción a la cadena de custodia como método de autenticidad por excelencia, con la que se pretende el aseguramiento de las evidencias físicas, a fin de evitar su alteración, modificación, suplantación o falseamiento, lo que determina la vigencia del principio de mismidad, según el cual, la evidencia exhibida en los estrados judiciales debe ser la misma recogida en la escena del delito o en otros lugares en el curso de las actuaciones adelantadas por los investigadores..." (negritas y subrayado fuera de texto original).

Y obviamente la discusión, no obstante la claridad ofrecida en la actuación judicial y en este escrito, ha querido reducirse, a través de una fuga de los deberes de garantía, entre otros argumentos planos, diciendo que aún sin cadena de custodia la evidencia puede autenticarse con otro medio de prueba, en virtud del principio de libertad probatoria, como si en un juicio legal y civilizado, donde se imponen las formas y los métodos, fuera posible llevar medios de conocimiento para autenticar lo que per se es inauténtico, pues no hay origen, no hay traza, no hay custodia. Al romper, es un medio ilegítimo. Las cosas no pueden ser y no ser al mismo tiempo, sin vulnerar el principio lógico de no contradicción.

¹⁴ Finalmente, después de todas las insistencias ya explicadas, para que la Fiscalía completara su descubrimiento probatorio, y específicamente en punto de las aludidas interceptaciones y "transliteraciones" es que se acredita, por el suscrito, que la única copia con que el ente investigador contaba, estaba alojada en un computador de su oficina, lo que rñe con los protocolos establecidos en el estatuto procesal penal.

No advierte el Juez, tampoco el Tribunal, que según lo acreditado en el debate, debió el Fiscal delegado sustituir en otro colega el impulso de la acción penal para dejarse a sí mismo como testigo de acreditación y enseñar al Juez, partes e intervinientes, cómo, por qué, desde cuándo y en qué circunstancias llegaron a su computador esos mentados audios.

Y reitero, la defensa del señor OTOYA ROJAS no se ha puesto en el círculo vicioso que sugiere el Tribunal indicando una supuesta repetición de la petición. Parece olvidar que las actuaciones procesales son progresivas, preclusivas, pero también causales. La defensa cumplió celosamente, entre la audiencia de acusación y el inicio de la preparatoria, con el deber de hacer unas observaciones oportunas sobre un deficiente descubrimiento, lo dejó por escrito y lo presentó oportunamente al Fiscal¹³. Consecuente y progresivamente presentó la observación al Juez al inicio de la preparatoria, donde se dio el debate y donde quedó claro que la Fiscalía no hizo entrega de la imagen forense o "evidencia espejo", con su cadena de custodia, y que no la tenía, lo que condicionó y desplazó sus consecuencias a las oposiciones posteriores.

En el momento procesal oportuno se presentaron las oposiciones de rechazo y/o de exclusión, según las pautas constitucionales y legales. El Juez respondió al rechazo con la advertencia de que solo se podía utilizar la evidencia —que es solo una apariencia— entregada a la defensa y completó su proveído con ciertas expectativas al curso de la audiencia de juicio oral, donde la Fiscalía debería superar su cojera.

Presentada la apelación contra esa decisión, el Tribunal desplazó la verificación de los presupuestos de admisión y práctica de la prueba al juicio oral. Y estando en el juicio, al momento de la Fiscalía intentar "sentar las bases" mínimas para la aducción, se hizo manifiesta la ausencia de los presupuestos cognoscitivos y metódicos para aducir la evidencia con la práctica y técnica respectiva. Circunstancias objetivas que nos llevaron a reclamar, en esta oportunidad procesal y por resultar oportuno según la ley, de acuerdo a las subreglas fijadas por los operadores y las pautas jurisprudenciales, la exclusión respectiva.

La defensa ha cumplido con su deber, pero los jueces se niegan a ser consecuentes con sus propios proveídos. Ha muerto el debido proceso y mi protegido está expuesto a las vías de hecho. Las formas propias del juicio, la sustancialidad de sus contenidos y los deberes judiciales han sido sustituidos por el relativismo conceptual y la insensibilidad constitucional.

Ahora, frente a la temática del principio de libertad probatoria, se hizo evidente en el debate que no hay manera de suplir la ausente cadena de custodia con otro medio probatorio, por ejemplo, un testigo con conocimiento directo de su origen, existencia, custodia y demás. De eso nadie sabe y el Fiscal delegado protector del

¹³ Recuérdese el cuadro del cuarto hecho de esta tutela.

computador donde se **supone** se tomó una copia, no es testigo del hecho y tampoco de acreditación.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia dentro del mismo pronunciamiento jurisprudencial citado líneas atrás señaló: "...tratándose de evidencias físicas que son únicas o identificables a simple vista por sus características externas, o aquellas que son susceptibles de ser marcadas y que de esa manera se hacen identificables, el protocolo de cadena de custodia **puede ser suplido como procedimiento de autenticación a través de la presentación de testigos que tengan conocimiento "personal y directo" de los hechos que pondrán en conocimiento de la autoridad judicial, según lo establece el artículo 402 de la Ley 906 de 2004**..."

Y recuérdese lo advertido por la Sala Penal¹⁸, "...que los problemas de cadena de custodia atañen a la valoración de la evidencia más (SIC) no a su legalidad (...) **no significa**: (i) excepcionar la obligación constitucional y legal que tiene la Fiscalía General de la Nación de someter las evidencias físicas a los protocolos de cadena de custodia; (ii) negar la trascendencia de los protocolos de recolección, embalaje, rotulación, etcétera, en la autenticación de evidencias físicas que puedan ser fácilmente suplantadas o alteradas; ni (iii) desconocer la importancia de la adecuada autenticación de las evidencias físicas en el proceso de determinación de los hechos en el proceso penal..."

Significa todo ello, para el caso concreto, que el Fiscal podría, ante la ausencia de cadena de custodia sobre la evidencia mencionada, acudir a un método de autenticación alternativo, para suplirla, como el testimonio de algún funcionario que hubiera participado "directamente" en la Fiscalía 22 Especializada BACRIM en el procedimiento de interceptación de las comunicaciones que ahora pretende introducir al juicio oral, bajo la condición de que ese testigo tuviera ese conocimiento "personal y directo" que exige el Código de Procedimiento Penal.

Y, en gracia de discusión, inclusive podría acudir a un método de autenticación alternativo de ese, también para suplir la cadena de custodia, como el testimonio de al menos uno de los funcionarios de Policía Judicial que practicó "directamente" la inspección al proceso penal señalado en la Fiscalía BACRIM, a efectos de permitir que la audiencia conozca cuáles fueron los métodos de recolección, embalaje, transporte y conservación de la evidencia, de forma tal que se le permita controvertirla.

Pero el Fiscal presenta un testigo (ESPAÑA LÓPEZ) que, además de no haber fungido como recolector de la evidencia en el proceso de la Fiscalía BACRIM, tampoco participó, al menos, en la diligencia de inspección judicial a ese proceso, lo cual termina siendo avalado irregularmente por dos (2) instancias judiciales.

Es tan flagrante la vulneración del debido proceso en su variable del derecho de defensa, que incluso la segunda instancia llega a una aberrante conclusión en el

¹⁸ CSJ SP-12229, 31 de agosto de 2016, radicación No. 43916.

párrafo segundo de la página 10 del auto del 13 de mayo de 2019, que con esta acción constitucional también se ataca, pues para descartar la ilegalidad propuesta señaló que las "interceptaciones", al tratarse de **documentos públicos**, por haber sido oportunamente descubiertos por la Fiscalía y, a su vez, decretadas por el Juez de Conocimiento, podrán ser ingresadas por el investigador líder.

El debate no recae sobre la naturaleza de documento público o no de las interceptaciones telefónicas, se trata de la autenticación del documento y la acreditación de su mismidad, que son dos (2) cosas distintas, según el cumplimiento del método de la cadena de custodia o de otro medio probatorio idóneo para los efectos. Si bien de conformidad con el artículo 424.2 del C.P.P. es verdad que se trata de un documento, conforme lo disponen los artículos 425 y 427 *ibidem*, no se trata de aquellos que pudiesen ser considerados *a priori* como auténticos. Y el actuar de la Fiscalía al sentar las bases para introducirlo no atendió y no podría atender a las maneras de autenticación dispuestas en el artículo 426, luego, el propósito de cumplir con los deberes prescritos en los artículos 254 (y subsiguientes) y 277 de la obra procesal resulta una ilusión destructora de los fundamentos epistémicos integrados al procedimiento penal y, en especial, al propósito demostrativo y de conocimiento de la verdad material como base de la decisión judicial.

Pero tampoco es de recibo catapultar, a secas, dichas grabaciones como uno de aquellos documentos públicos presumidos auténticos según la sentencia de la Sala Penal SP7732 - 2017, Radicación No. 46278, que permitiría una introducción directa por la parte, pues lejos estaría una evidencia descubierta a medias, cuestionada desde el momento mismo del descubrimiento probatorio, acéfala de rótulos de origen, permanencia, transporte y custodia y huérfana en su legalidad, de poder ser aducida por el investigador, sin más, por el solo hecho de ser el líder de la labor investigativa. Esta evidencia, más que ninguna otra, demanda la presencia de un testigo que la pueda autenticar para que le pueda enseñar al Juez, a las partes y a la audiencia, **porque es lo que se dice ser**. En este caso ni la ley la presume auténtica ni hay manera de autenticarla con el testigo de marras.

Agravia el Tribunal el debido proceso probatorio, mutando la naturaleza jurídica de una evidencia, para habilitar el traslado de la misma de un proceso a otro, naturalizando, sin más, el elemento de conocimiento como documento público.

Honorables Magistrados, es evidente que se pretende aducir en el juicio una evidencia que desconoció todas las formalidades sustanciales propias del debido proceso, del que es parte el debido proceso probatorio y, por supuesto, el derecho de defensa; pues sobre la misma no existe, como lo ordena el Código de Procedimiento Penal, cadena de custodia que dé cuenta de su estado original (artículos 205, 208 y ss.), condiciones de recolección, preservación, embalaje y envío (artículo 235), lugares y fechas de permanencia, nombre e identificación de las personas que hayan estado en contacto con ella para acreditar su autenticidad

(artículo 254), y tampoco un testigo directo que pueda acreditarla para asegurar su mismidad (277).

Como no existe cadena de custodia tampoco es predicable la legalidad en su orden, obtención y posterior validación. La evidencia es ilegal y en consecuencia corresponde excluir la práctica de la prueba que se pretende (artículo 360). Actuar contra la expresa regulación legal que desde la constitución -artículo 29- sanciona este tipo de procedimientos, es acudir a una vía de hecho que sólo el Juez constitucional de tutela puede corregir.

Y esa circunstancias, en palabras de la Corte Constitucional (T-916/08), derivaría en un grave defecto fáctico de las decisiones que hacia el futuro se tomen, contaminando toda la actuación, pues estaríamos en la hipótesis concreta de que un "operador jurídico decide (...) aprecia(r) una prueba allegada al proceso que se encuentra viciada..."

DERECHOS FUNDAMENTALES VULNERADOS.

Señores Magistrados, en el caso objeto de análisis, como lo he dejado claro, la acción de tutela se dirige a reprobar las decisiones proferidas por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia y por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, de fechas 1 de abril y 13 de mayo del año en curso (2019), respectivamente, mediante las cuales resolvieron la solicitud de exclusión que por ilegalidad propuso la defensa del señor OTOYA ROJAS, descrita previamente, puesto que las mismas vulneran gravemente sus derechos al **DEBIDO PROCESO PROBATORIO** y al **DERECHO DE DEFENSA**, ambos por **VÍA DE HECHO**, pues esas autoridades judiciales autorizaron la introducción de una evidencia que carece de legalidad absolutamente.

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia proferida el 21 de octubre de 2009 dentro del radicado número 32193¹⁷, refiriéndose a la garantía de legalidad de la prueba señaló:

"...El vicio in iudicando de que trata la causal tercera de casación del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, obedece sus contenidos al principio y garantía de legalidad de la prueba regulado en el artículo 29 de la Carta Política, en el cual se reportan 'nulas de pleno derecho las pruebas obtenidas con violación del debido proceso', imperativo que se reproduce en los artículos 23 y 455 (comprendidas sus salvedades) del Código de Procedimiento Penal en lo que dice relación con las pruebas ilícitas y en el artículo 232 y 360 asimismo en lo correspondiente con los elementos materiales probatorios, evidencias físicas y pruebas ilegales, de lo cual se contrae normativamente un efecto sanción de 'inexistencia jurídica' y por ende de exclusión cuando de pruebas 'ilícitas' o 'ilegales' y de elementos materiales y evidencias físicas recogidas de manera irregular se trate (...) si de acuerdo con los mandatos constitucionales del artículo 29 y de los artículos 23, 455, 232 y 360 de la Ley 906 de 2004, las pruebas como elementos materiales probatorios y

¹⁷ Con ponencia del Magistrado YESID RAMÍREZ BASTIDAS.

evidencias físicas que se hubiesen obtenido con violación del debido proceso reportan un efecto-sanción de nulidad de pleno derecho por lo que deben excluirse, porque comportan efectos de inexistencia jurídica, de correspondencia con ese imperativo de la Carta Política a su vez desarrollado en el Código de Procedimiento Penal, se podrá comprender y desde luego esto es, no pueden dar lugar a efectos reflejos de licitudes ni legalidades probatorias...¹

Y la misma corporación en sentencia del 15 de septiembre de 2010¹⁸, en relación con el análisis de la legalidad de la evidencia precisó:

“3.8.2. Frente al tema de la legalidad del elemento probatorio, el artículo 276 de la Ley 906 de 2004 establece que la legalidad del elemento material probatorio y la evidencia física depende de que en la diligencia en la cual se recoge o se obtiene, se haya observado lo prescrito en la Constitución Política, en los Tratados Internacionales sobre derechos humanos vigentes en Colombia y en las leyes.

El artículo 23 angió como principio rector la cláusula de exclusión, según la cual toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, debiendo excluirse de la actuación procesal, como también ocurre con las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas o las que solo pueden explicarse en razón de su existencia, además que cada medio de conocimiento o prueba (art. 382) tiene unas reglas específicas sobre su producción y práctica que deben respetarse como condición de validez y existencia jurídica de las mismas, como también cada medio de prueba tiene unos criterios de apreciación (arts. 383 ss) que el juez deberá aplicar en sana crítica...” (negritas y subrayado fuera de texto original).

Similares criterios sobre la exclusión por ilegalidad decantó la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, cuando en sentencia del 21 de septiembre de 2010¹⁹ indicó:

“...la vulneración de garantías en desarrollo de un procedimiento investigativo, de acuerdo con la intensidad de la misma, produce como consecuencia la exclusión del producto de dicho acto y de todo aquello que de él se derive, quedando a salvo solamente aquello cubierto por las excepciones legales y las previstas en el artículo 455 de la Ley 906 de 2004, vale decir, el descubrimiento inevitable, la fuente independiente y vínculo atenuado (...) la inexistencia o las irregularidades trascendentes que recaigan sobre los actos inherentes a la estructura del proceso den lugar a la declaración de nulidad y, en contraste, las falencias en la aducción de los medios de conocimiento permiten –en principio– la exclusión probatoria...”

Y refiriéndose en particular a la exclusión por ilegalidad de unas interceptaciones de comunicación, la misma Corte Suprema de Justicia, dentro del radicado número 36562, el 13 de junio de 2012 señaló:

“...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.” (...) Ordinariamente, aquello que con

¹⁸ CSJ-SCP. Radicado n.º 34312, MP. YESID RAMÍREZ BASTIDAS.

¹⁹ Radicado n.º 33901, MP. JORGE LUIS QUINTERO MILANES.

cierro desdeñ se menciona como meras formalidades, es nada menos que la protección contra la arbitrariedad, porque la intimidad y la libertad que hacen parte del núcleo esencial de la autonomía personal y de las más profundas dimensiones de la personalidad, sólo, excepcionalmente, son susceptibles de afectación o restricción con fines de búsqueda de prueba con vocación de ser usada judicialmente (...). Hay que tener presente que la prueba podría ser declarada ilegal con la posible connotación de su exclusión, pero también podría ser calificada de ilícita, con consecuencias anulatorias para toda la actuación, precisamente desde cuando se realizó el acto que le transmitió dicha ilicitud (...). En este orden de ideas, el Tribunal debió evaluar los cargos que contra la legalidad de las interceptaciones telefónicas formuló la defensa en la audiencia preparatoria, como que no existe precisión de cuáles son las conversaciones que pretende incorporar la Fiscalía, ni del elemento en el que están contenidas, y lo dudoso de la misma gracias a la defectuosa cadena de custodia a que fue sometido el elemento en el que están insertas, así como de lo inapropiado de los controles judiciales. Ocuparse de dichos aspectos en nada ponía en riesgo la imparcialidad; el juez llamado a realizar dicha evaluación no tiene más alternativa, como se dijo antes, que emprender la comprobación de las falencias denunciadas por el sujeto procesal, y en su caso, de prosperar éstas, ordenar la exclusión del medio de convicción de que se trate, desde luego teniendo en cuenta en el proceso de valoración las excepciones contenidas en el artículo 455 de la Ley 906 de 2004... (negritas y subrayado nuestro).

Dice LUIS FERNANDO BEDOYA SIERRA²⁰ en el libro "La prueba en el proceso penal colombiano" que: "...Es necesario reiterar que la medida más importante para evitar la exclusión de evidencia es velar porque las actuaciones que implican la afectación de derechos fundamentales sean realizadas conforme a lo dispuesto en la Constitución Política y en la ley. Frente a órdenes debidamente sustentadas, sometidas al oportuno control del juez y a procedimientos respetuosos de los derechos fundamentales, difícilmente procederá la exclusión de la información recopilada..."

Señores Magistrados, en este caso la solución estaba al alcance de los operadores judiciales, pues en el marco del proceso judicial reglado por la Ley 906 de 2004 se propuso la exclusión por ilegalidad de una evidencia, lo cual fue denegado en dos (2) instancias, al considerar que se trata de una formalidad incumplida (la cadena de custodia), pero que se soluciona con otro método de autenticación supletorio, como el testigo **ESPAÑA LÓPEZ** que ha llevado la Fiscalía al juicio.

Es decir, nos encontramos ante lo que la propia Corte Suprema de Justicia ya ha identificado en muchos casos, consistente en una "diabólica" práctica judicial que ha hecho carrera, consistente en un favorecimiento injusto de la desidia de la Fiscalía, que violentando el debido proceso y el derecho de defensa, en rompimiento absoluto de la igualdad de armas, terminan los jueces considerando

²⁰ Pág. 201. Fiscalía General de la Nación. Escuela de Estudios e Investigaciones Criminológicas y Ciencias Forenses.

las arbitrariedades "...Ordinariamente (...) con cierto desdén (...) como meras formalidades..."

Conforme las anteriores consideraciones señores Magistrados, es procedente la presente acción de tutela porque se acreditan plenamente los requisitos de procedencia de la misma conforme se desarrollan a continuación:

REQUISITOS GENERALES DE PROCEDIBILIDAD

QUE SE HAYAN AGOTADO TODOS LOS MEDIOS -ORDINARIOS Y EXTRAORDINARIOS- DE DEFENSA JUDICIAL AL ALCANCE DE LA PERSONA AFECTADA²¹

Señores Magistrados, solo a través de la presente acción constitucional pueden ser restablecidos los derechos fundamentales del señor **OTOYA ROJAS**, esto es, la garantía del debido proceso, permitiendo tener una adecuada defensa, donde se garantice el procedimiento, restituyendo la legalidad del mismo, para impedir que la evidencia obtenida ilegalmente pueda ser introducida al juicio que se sigue en su contra.

Así se planteó ante las autoridades judiciales accionadas, cuando se solicitó la exclusión presentada el 1 de abril de 2019 -en primera instancia-, ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia, así como con el recurso de apelación presentado (ese mismo día) y resuelto por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia el 13 de mayo de 2019.

En consecuencia, habiendo agotado los únicos medios con los que se contaba²², esto es, la solicitud de exclusión ante el Juez de Conocimiento y el recurso de apelación que contra la decisión de ese Despacho se sustentó, sin que exista ningún recurso procedente (ordinario o extraordinario) para evitar la introducción de esa evidencia al juicio, consideramos que esta es la única forma de evitar que se le cause un perjuicio irremediable al señor **OTOYA ROJAS**, pues a pesar de que se han agotado todos los medios legales que están a nuestro alcance, la Fiscalía se ha visto avalada por las decisiones judiciales cuestionadas, de tal forma que en este momento contamos solamente con la posibilidad constitucional de buscar en este escenario una medida de protección eficaz que impida continuar al ente acusador contaminar el juicio que se sigue en contra de mi cliente.

En efecto, a la fecha el señor **OTOYA ROJAS**, directamente y/o por intermedio de su defensa, ha utilizado todas las oportunidades legales que están diseñadas para

²¹ Corte Suprema de Justicia, dentro del radicado número 36562, el 13 de junio de 2012.

²² Cfr. Sentencia, Corte Constitucional, C-590/05

²³ Amén de las sustentaciones ya explicadas, que se hicieron en el marco de la audiencia preparatoria e incluso en la misma audiencia de juicio oral, en esta última, específicamente en la sesión del 29 de octubre de 2018, cuando se solicitó el rechazo de la USB recientemente recaudada del computador del Fiscal de conocimiento.

controvertir cada una de las decisiones que la administración de justicia ha proferido, respecto de las que existe inconformidad, sin que se pueda alegar (o considerar) que se han tolerado los efectos de las mismas o la posición procesal nuestra ha sido pasiva ante la vulneración alegada.

QUE LA CUESTIÓN QUE SE DISCUTA RESULTE DE EVIDENTE RELEVANCIA CONSTITUCIONAL²⁴.

Mediante esta acción de tutela se persigue el amparo de los derechos fundamentales al **DEBIDO PROCESO PROBATORIO** y al **DERECHO DE DEFENSA** por el desconocimiento de la legalidad en el recaudo de evidencia que se pretende introducir al juicio.

El asunto que se discute es decisivo frente a los derechos antes enunciados, puesto que están siendo flagrantemente desconocidos por los Despachos Judiciales accionados, quienes como se precisó previamente, han decidido denegar nuestras solicitudes generando una afectación directa de los mismos.

Y, finalmente, la relevancia constitucional que tiene este asunto está dada por la necesidad que existe de evaluar el verdadero alcance que le están dando las autoridades de la jurisdicción penal a los "medios alternativos" de autenticación de evidencia, cuando se ha incumplido la obligación constitucional y legal de sujetarla a cadena de custodia.

Ello, porque sin detenerse en los efectos que finalmente producen las decisiones relacionadas con estos asuntos, en derechos tales como el debido proceso, la defensa, la legalidad y la presunción de inocencia, los jueces penales, **so pretexto de la interpretación más laxa posible de la libertad probatoria**, en contravía inclusive de la favorabilidad que transversalmente impregna toda la actuación, vienen habilitando que la Fiscalía (favoreciéndola), no obstante haber incumplido flagrantemente con su obligación constitucional y legal de sujetar a cadena de custodia las evidencias, para garantizar la mismidad, pueda usarlas e introducirlas a los juicios orales, contaminándolos.

Y esa permisión, a todas luces vulneradora de los derechos de los acusados, porque terminan siendo incriminados con evidencias ilícita y/o ilegalmente obtenidas, desconociendo que ni ellas, ni sus "frutos", pueden servir de base de una sentencia, finalmente condiciona, sin duda, la psiquis de los jueces, pues ellos, aun cuando quieran abstraerse del contenido irregularmente allegado, se contaminan justificándose en que "...los problemas de cadena de custodia atañen a la valoración de la evidencia más (SIC) no a su legalidad (CSJ SP, 19 Feb. 2009, Rad. 30598, CSJ AP 7385, 16 Dic. 2015, entre otras)..."²⁵.

²⁴ Cfr. Sentencia, Corte Constitucional, C-590/05.

²⁵ Cita efectuada en sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 18 de enero de 2017, dentro de la radicación número 44741.

Por eso, fuerza pronunciarse sobre este asunto en particular, de tal forma que se decante la tesis judicial que ha venido haciendo carrera, claramente disruptora del principio de igualdad de armas, consistente en habilitar que la Fiscalía autentique evidencia ilícita y/o ilegalmente obtenida con testigos que, como en el caso concreto, ni siquiera tienen conocimiento "personal y directo" de los hechos que pretende probar, supliendo sin rigor alguno una obligación constitucional y legal, en franca vulneración de derechos de los procesados.

Y por esa razón es necesario acudir a esta acción de tutela, pues a efectos de evitar que se contamine la totalidad de la actuación, precaviendo la incursión en un defecto fáctico, ya que como lo ha venido sosteniendo la propia Corte Constitucional²⁶: "...solamente es posible acudir a la acción de amparo constitucional, invocando la existencia de un defecto fáctico, siempre y cuando el error en el juicio valorativo de la prueba, sea de tal entidad "que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto (...) Con todo, el defecto fáctico se configura en primer término, cuando el juez aprecia pruebas ilegítimas que han sido allegadas al proceso, ya sea por no haber sido decretadas, practicadas o valoradas con sujeción a las formas propias de cada juicio, o por tratarse de una prueba inconstitucional, es decir que su obtención implicó la vulneración de derechos fundamentales..."

QUE SE CUMPLE EL REQUISITO DE LA INMEDIATEZ²⁷.

En este sentido, resulta relevante informar que la acción de tutela de la referencia, se ha presentado en contra de unas decisiones del 1 de abril y del 13 de mayo del año en curso (2019), que abiertamente vulneran los derechos indicados, constituyendo hasta la fecha un tiempo razonable mientras se obtenían los elementos que se requerían para su estudio, así como para la preparación del documento contentivo de esta acción constitucional.

CUANDO SE TRATE DE UNA IRREGULARIDAD PROCESAL, DEBE QUEDAR CLARO QUE LA MISMA TIENE UN EFECTO DECISIVO O DETERMINANTE EN LA PROVIDENCIA QUE SE IMPUGNA Y QUE AFECTA LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PARTE ACTORA²⁸.

Señores Magistrados, la Fiscalía durante el juicio oral pretende introducir evidencia ilegal, con el aval del Juez de Conocimiento y del Tribunal de Antioquia, en franco desconocimiento de los derechos fundamentales alegados, desconociendo por completo la presunción de inocencia, la igualdad de armas y la posibilidad de contradicción de la prueba, con lo cual contaminará el debate,

²⁶ T-916 de 2008

²⁷ Idem.

²⁸ Idem.

vulnerando el derecho que le asiste a mi cliente a un debido proceso, con reconocimiento de plenas garantías para la defensa.

QUE LA PARTE ACTORA IDENTIFIQUE DE MANERA RAZONABLE TANTO LOS HECHOS QUE GENERARON LA VULNERACIÓN COMO LOS DERECHOS VULNERADOS Y QUE HUBIERE ALEGADO TAL VULNERACIÓN EN EL PROCESO JUDICIAL SIEMPRE QUE ESTO HUBIERE SIDO POSIBLE²⁹.

Todos los hechos que generaron la vulneración, y todos los derechos vulnerados, han sido razonablemente identificados a lo largo de este escrito.

QUE NO SE TRATE DE SENTENCIAS DE TUTELA³⁰.

La presente acción se intenta contra la violación a los derechos enunciados, que se concretaron con las decisiones del 1 de abril y del 13 de mayo de 2019, mediante las cuales las autoridades judiciales accionadas decidieron, en el marco del proceso penal seguido contra el señor **OTOYA ROJAS**, denegar la exclusión por ilegalidad de una evidencia, incurriendo en los yerros referenciados a lo largo de este escrito, cuya naturaleza jurídica no es constitucional y/o de tutela.

REQUISITOS ESPECIALES DE PROCEDIBILIDAD

La Corte Constitucional en Sentencia C-590/05, ha dispuesto como necesario, para que proceda una acción de tutela contra una providencia, la presencia, al menos, de uno de los vicios o defectos que han sido denominados requisitos especiales de procedibilidad. La providencia de 11 de marzo de 2016, tantas veces mencionada, incurrió en el siguiente defecto:

DEFECTO POR VIOLACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN

Señor Juez, como se pudo advertir en la presente acción de tutela, los Jueces de primera y segunda instancia accionados, al denegar la exclusión por ilegalidad desconocieron abiertamente el Debido proceso, del que es parte el Debido proceso Probatorio, en su manifestación concreta del derecho de defensa, por la afectación del debido proceso "...desde el punto de vista procesal formal (incompatibilidad con las formas propias de cada juicio)..."³¹, frente a lo cual la Corte Constitucional en sentencia T-916 de 2008 estableció:

"... Como manifestación de la dimensión positiva en materia probatoria, el inciso final del artículo 29 de la Constitución Política, señala que "fejs nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso", mandato que por su generalidad, permite colegir sin lugar a dudas, que su aplicabilidad no plantea ningún tipo de restricción o limitación, razón por la cual "la regla de exclusión en materia probatoria", como ha sido denominada por esta Corporación, es un "remedio constitucional para evitar que los derechos de quienes participan en

²⁹ Idem.

³⁰ Idem.

³¹ Corte Constitucional en sentencia T-916 de 2008

actuaciones judiciales o administrativas, sean afectados por la admisión de pruebas practicadas de manera contraria al debido proceso.³²

Ahora bien, respecto del alcance de este principio constitucional, la Corte ha establecido que no toda irregularidad procesal que involucre la obtención, recaudo y valoración de una prueba, implica por sí afectación del debido proceso, pues al tratarse de irregularidades incipientes, no quedan cobijadas por la previsión del inciso final del artículo 29 del ordenamiento Superior.

Al respecto, la Sala reitera que por la indeterminación que plantea la regla de exclusión en materia probatoria, no debe entenderse que su ámbito de aplicación se refiere exclusivamente a las pruebas violatorias de las normas procesales, sino que comprende en la misma medida, las garantías constitucionales fundamentales. Así lo indicó la Corte:

"En segundo lugar, es necesario considerar el alcance del concepto de debido proceso al cual alude la norma constitucional, esto es, si se refiere exclusivamente a las reglas procesales o si también incluye las que regulan la limitación de cualquier derecho fundamental, como la intimidad, el secreto profesional y la libertad de conciencia. En Colombia, se ha dicho que el concepto de debido proceso es sustancial, esto es, comprende las formalidades y etapas que garantizan la efectividad de los derechos de las personas y las protegen de la arbitrariedad de las autoridades, tanto en el desarrollo de un proceso judicial o administrativo como, además frente a cualquier actuación que implique la afectación de derechos constitucionales fundamentales...".

Y al respecto ha precisado³³ la Corte Suprema de Justicia frente a esa cláusula de exclusión lo siguiente:

"...Si bien se admite que la cláusula de exclusión opera respecto de la prueba ilícita y la legal (CSJ AP 14 sept. 2009, Rad. 31500) y que el citado mandato constitucional exige al funcionario judicial señalar de manera expresa la prueba viciada que debe ser marginada de la actuación³⁴, 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 legal, es consecuencia del respeto trascendente de las reglas dispuestas por el legislador para su recaudo, aducción o aporte al proceso.

En uno u otro caso, las consecuencias jurídicas son diversas (CSJ SP, 2 mar. 2005, Rad. 18103; CSJ SP, 1º jul. 2009, Rad. 31073; CSJ SP, 1º jul. 2009, Rad. 28836 y CSJ SP, 5 ago. 2014, Rad. 43691). Invariablemente 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

³² Sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, proferida el 31 de agosto de 2016, dentro del radicado número 45619, con ponencia del Magistrado LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA.

³³ Ctr. CC SU 159/02.

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...

Y tratándose como en este caso de una actuación judicial, ha dicho la Corte Constitucional que "...uno de los escenarios que mayor realce adquiere en cualquier instancia judicial, es la etapa probatoria, pues es allí a partir de los medios de prueba previstos en el ordenamiento jurídico, donde el funcionario busca reconstruir la situación fáctica, con el fin de obtener elementos de juicio suficientes para llegar al convencimiento, y en consecuencia lograr la verdad sobre los hechos materia del proceso..."

Por eso mismo, refiriéndose a la importancia que tiene la etapa probatoria en el marco de una actuación judicial, la misma Corte en sentencia C-1270 de 2000 indicó:

"...Parte esencial de dichos procedimientos lo constituye todo lo relativo a la estructura probatoria del proceso, conformada por los medios de prueba admisibles, las oportunidades que tienen los sujetos procesales para pedir pruebas, las atribuciones del juez para decretarlas y practicarlas, la facultad oficiosa para producir pruebas, y las reglas atinentes a su valoración.

(...) Aun cuando el artículo 29 de la Constitución confiere al legislador la facultad de diseñar las reglas del debido proceso y, por consiguiente, la estructura probatoria de los procesos, no es menos cierto que dicha norma impone a aquél la necesidad de observar y regular ciertas garantías mínimas en materia probatoria. En efecto, como algo consustancial al derecho de defensa, debe el legislador prever que en los procesos judiciales se reconozcan a las partes los siguientes derechos: i) el derecho para presentarlas y solicitarlas; ii) el derecho para controvertir las pruebas que se presenten en su contra; iii) el derecho a la publicidad de la prueba, pues de esta manera se asegura el derecho de contradicción; iv) el derecho a la regularidad de la prueba, esto es, observando las reglas del debido proceso, siendo nula de pleno derecho la obtenida con violación de éste; v) el derecho a que de oficio se practiquen las pruebas que resulten necesarias para asegurar el principio de realización y efectividad de los derechos (arts. 2 y 228); y vi) el derecho a que se evalúen por el juzgador las pruebas incorporadas al proceso.

(...) Siendo el proceso un conjunto sucesivo y coordinado de actuaciones en virtud del cual se pretende, hacer efectivo el derecho objetivo, restablecer los bienes jurídicos que han sido lesionados o puestos en peligro y garantizar los derechos fundamentales de las personas, resulta razonable que el legislador haya determinado unas oportunidades dentro del proceso en donde las partes puedan

presentar y solicitar pruebas, y el juez pronunciarse sobre su admisibilidad y procedencia, e incluso para ordenarlas oficiosamente y, además, valorarlas...".

Y, alude la Corte²⁴: "...Ese despliegue probatorio, debe realizarse con sujeción a los parámetros del debido proceso, pues de contrariarse éste, daría al traste para que se configure un defecto fáctico, el cual ha sido entendido por la jurisprudencia constitucional, como una anomalía protuberante y excepcional que puede presentarse en cualquier proceso judicial, y se configura cuando "el apoyo probatorio en que se basó el juez para aplicar una determinada norma es absolutamente inadecuado..."

Esto porque, continúa la Corte²⁵:

"...Si bien es cierto que los jueces a partir del principio constitucional de autonomía e independencia judicial cuentan con un amplio margen al momento de efectuar la valoración de las pruebas aportadas al proceso, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, para así llegar al convencimiento libremente (...) se trata de un poder que no puede ser ejercido de manera arbitraria, en tanto lesionaría derechos fundamentales.

Así pues, el juez en el estudio del material probatorio debe adoptar "criterios objetivos, no simplemente supuestos por el juez, racionales, es decir, que ponderen la magnitud y el impacto de cada una de las pruebas allegadas, y rigurosos, esto es, que materialicen la función de administración de justicia que se les encomienda a los funcionarios judiciales sobre la base de pruebas debidamente recaudadas."

De esta forma, el defecto fáctico puede configurarse desde una dimensión positiva, cuando el operador jurídico aprecia pruebas que no ha debido admitir, ni valorar, por haber sido indebidamente recaudadas, desconociendo en consecuencia de manera directa la Constitución. Sobre esta perspectiva, en reciente pronunciamiento el intérprete constitucional indicó:

"La dimensión positiva del defecto fáctico por indebida apreciación probatoria se concreta cuando el juez somete a consideración y valoración un elemento probatorio cuya ilegitimidad impide incluirlo en el proceso. Se trata de la inclusión y valoración de la prueba ilegal, es decir, de aquella que ha sido practicada, recaudada, y valorada en contravía de las formas propias de cada juicio, concretamente, del régimen legal de la prueba, o de la prueba inconstitucional, esto es, de aquella prueba que en agresión directa a los preceptos constitucionales, ha sido incluida en el proceso en desconocimiento y afrenta de derechos fundamentales."

Igualmente, ha considerado que puede presentarse una dimensión negativa, cuando el juez niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa u omite su valoración, y sin razón valiedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente. Esta dimensión comprende las omisiones en la valoración de pruebas determinantes para

²⁴ T-916 de 2008.

²⁵ T-916 de 2008.

identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez. Sobre el particular, la Corte agregó:

"El juez, en el ejercicio de su facultad de valoración, deja de apreciar una prueba fundamental para la solución del proceso, ignora sin razones suficientes elementos probatorios cruciales o, simplemente, efectúa un análisis ostensiblemente deficiente e inexacto respecto del contenido fáctico del elemento probatorio..."

La Corte Constitucional ha hecho varios llamados a los operadores jurídicos, para que tengan en cuenta la fuerza vinculante de la Constitución en su actividad, como un rasgo de seguridad jurídica. Al respecto ha sostenido que:

*"...Ninguna autoridad pública puede desconocer el valor normativo y la efectividad de los derechos y garantías que la Constitución consagra en favor de las personas. Todas las autoridades, sin excepción, deben proteger y promover su cumplimiento y respeto. Si la Corte Suprema de Justicia o cualquier juez viola o pone en peligro un derecho reconocido en la Constitución a una persona, desconoce el valor normativo y el principio de efectividad que ella reconoce a las disposiciones que lo consagran y su actuación no goza de inmunidad o privilegio alguno que la haga incuestionable. Ante ninguna autoridad, por alta que sea, la Constitución abdica su valor normativo ni el estado social de derecho presta legitimidad a actuaciones tuyas que no sean las de servir a la comunidad y respetar y promover los derechos de sus miembros..."*²⁶ (Subrayas y negritas fuera de texto original).

PROCEDENCIA CONCRETA DE LA ACCIÓN

Finalmente, en este caso concreto no sobra advertir que se carece de otro mecanismo ordinario de defensa para contrarrestar los nefastos efectos de las decisiones atacadas y, de ninguna forma, se busca convertir a la acción de tutela en un tercera instancia, en los términos en establecidos por la reiterada jurisprudencia constitucional.

Cosa distinta es que, como se ha advertido a lo largo de este escrito, por las graves consecuencias que aparejaría la introducción al juicio oral de la evidencia que pretende la Fiscalía, aparece la acción de tutela, una vez agotados todos los mecanismos con que se contaba al interior del proceso, como la fórmula excepcional porque:

"...los medios ordinarios de defensa judicial no son suficientemente idóneos y eficaces para proteger los derechos presuntamente conculcados (...). En tal contexto, la acción de tutela puede en un momento determinado, desplazar el mecanismo ordinario o principal que el ordenamiento jurídico ha previsto, cuando el juez constitucional encuentre que no es idóneo, ni eficaz, circunstancia que tiene un vínculo muy cercano con la existencia de un perjuicio irremediable..."

²⁶ Idem.

²⁷ T-196 de 2008

PRUEBAS

Con el fin de establecer la vulneración de los derechos, solicito a los señores Magistrados se sirvan tener en cuenta las siguientes pruebas:

1. Poder especial para presentar la acción de tutela, en un (1) folio.
2. Copia simple del informe de investigador de campo -FPJ-11-, fechado 15 de enero de 2016, suscrito por los investigadores St. JOHN JAIME ESPAÑA LOPEZ y PT. SAMUEL ALBEIRO TRILLOS CUADROS, con el acta de inspección a lugares de la misma fecha (formato FPJ-9). En tres (3) folios y cinco (5) páginas.
3. Copia del audio de sesión de audiencia de juicio oral adelantada el 1 de abril de 2019, dentro de la cual (i) la Fiscalía solicitó la introducción del informe de Policía Judicial; (ii) la defensa se opuso y solicitó exclusión por ilegalidad; (iii) el Juez decidió denegar la exclusión; y (iv) la defensa interpuso y sustentó recurso de apelación contra la decisión. En un (1) CD marca "Princo".
4. Copia del acta de audiencia y de la decisión de segunda instancia emitida por el Tribunal Superior de Antioquia, en sala de decisión penal, fechada 13 de mayo de 2019. En trece (13) folios.
5. Copia del acta de las sesiones de audiencia preparatoria adelantadas los días 27 y 28 de junio de 2017, dentro de la cual la defensa solicitó rechazo y exclusión de evidencias de la Fiscalía y el Juzgado de conocimiento decidió sobre las solicitudes. En cinco (5) folios y diez (10) páginas.
6. Copia de decisión de segunda instancia emitida por el Tribunal Superior de Antioquia, en sala de decisión penal, fechada 19 de febrero de 2018. En trece (13) folios.
7. Copia del audio de sesión de audiencia de juicio oral adelantada el 29 de octubre de 2018, dentro de la cual (i) la Fiscalía solicitó la introducción de una memoria USB que contenía los audios de interceptación copiados del computador del Fiscal, un acta de inspección del 16 de octubre de 2018, cadena de custodia de esa USB y un correo electrónico del 8 de agosto de 2018; (ii) la defensa se opuso y solicitó rechazo por no descubrimiento de ese contenedor recientemente obtenido; (iii) el Juez decidió denegar el rechazo; y (iv) la defensa interpuso y sustentó recurso de apelación contra la decisión. En un (1) CD marca "Princo".
8. Copia de la decisión de segunda instancia emitida por el Tribunal Superior de Antioquia, en sala de decisión penal, fechada 18 de diciembre de 2018, mediante la cual se confirmó la decisión de primera instancia del 29 de octubre de 2018, que negó el RECHAZO del uso de la USB, extraída del computador del Fiscal el 16 de octubre de 2018, y los documentos anexos a dicha inspección. En doce (12) folios.
9. Copia del escrito de acusación, en cincuenta y cinco (55) folios.
10. Copia de los documentos correspondientes a la controversia sobre el descubrimiento probatorio, discriminados así:

Documento	Fecha	No. Folios
Acta de descubrimiento probatorio de Fiscalía a defensa. En el último folio se hizo constar que estaba <u>pendiente</u> descubrir los CCs de las respectivas interceptaciones.	20 de septiembre de 2016	8
Memorial con el que la defensa requirió a la Fiscalía que se completara el descubrimiento probatorio. En el folio 2 se hizo solicitud expresa para que se descubrieran los anexos del informe de investigador de campo fechado 15 de enero de 2016, y al final -último folio- se pidió autorización expresa para que la defensa pudiera acudir a obtener copia espejo a almacén de evidencias.	28 de septiembre de 2016	3
Acta de descubrimiento probatorio de la Fiscalía a la defensa. En el folio 2 se dejó constancia que faltaba la entrega de todos los anexos del informe de investigador de campo fechado 15 de enero de 2016, y al final -último folio- se dejó constancia sobre la orden que el Fiscal le había dado a su Policía Judicial para que entregaran los elementos pendientes; además, se manifestó que iba a emitirse nueva orden a investigador.	3 de octubre de 2016	3
Memorial con el que la defensa requirió a la Fiscalía que se completara el descubrimiento probatorio. En el folio 3 se hizo constar que "...en realidad no se le ha entregado..." los anexos del informe de investigador de campo fechado 15 de enero de 2016, y al final -último folio- se pidió autorización expresa para que la defensa pudiera acudir a obtener copia espejo a almacén de evidencias.	31 de octubre de 2016	5
Comunicación dirigida al Juez de Conocimiento en la que se le informó sobre el descubrimiento probatorio incompleto. Se remitió vía correo electrónico (folio 2).	1 de noviembre de 2016	2
Memorial con el que la defensa requirió a la Fiscalía, <u>por cuarta vez</u> , que se completara el descubrimiento probatorio. En el folio 3 se hizo constar que no se entendía "...cómo hasta ahora no han sido entregados..." los anexos del informe de investigador de campo fechado 15 de enero de 2016. En el folio 4 se hizo constar idéntica situación, explicando que se había entregado otra información, pero no la requerida. Y en el folio 6 se insistió sobre la necesidad de que se autorizara expresamente para que la defensa pudiera acudir a obtener copia espejo a almacén de evidencias.	16 de noviembre de 2016	10
Comunicación dirigida al Juez de Conocimiento en la que se le informó sobre el descubrimiento probatorio incompleto. Se remitió vía correo electrónico.	18 de noviembre de 2016	1
Acta de descubrimiento probatorio de Fiscalía a defensa. Se entregó "...un Cd con 45 audios y un archivo Word con la transcripción de dichos audios, relacionados en el informe de campo PPJ11 del 16 de enero de 2016...". Ese mismo día el Fiscal le entregó a la defensa el "...Oficio 80..." a través del cual "mató" a su Policía Judicial para que entregara las evidencias que tuvieran bajo su custodia.	24 de noviembre de 2016	2
Solicitud de información que el investigador de la defensa efectuó, con fundamento en la autorización dada por el Fiscal, en la que puntualmente pidió "folio 2" entregar <u>copia espejo</u> de los audios de interceptaciones.	29 de noviembre de 2016 (fecha 25 de noviembre de 2016)	3
Respuesta a derecho de petición que hizo el investigador ESPANA LÓPEZ, en la que informó que la evidencia no la tenía él, ni su equipo de trabajo, sino que reposaba en la carpeta del Fiscal del caso.	14 de diciembre de 2016	2
Total Folios:		40

PETICIÓN FINAL

Con fundamento en los anteriores hechos, así como las consideraciones indicadas, solicito a los señores Magistrados, en su calidad de máxima autoridad para la protección de los derechos y garantías fundamentales, disponer y ordenar a favor de mi cliente amparar los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa, ordenando la exclusión de la evidencia obtenida ilegalmente, conforme a las razones expuestas en la parte motiva del presente escrito.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Fundamento esta acción en el artículo 86 de la Constitución Política de 1991, sus decretos reglamentarios 2591 de 1991 y 306 de 1992, y demás normas complementarias.

COMPETENCIA

Es su señoría competente por la naturaleza constitucional del asunto y por tener jurisdicción en el lugar donde acaece la vulneración o la amenaza a los derechos fundamentales invocados, conforme las previsiones del artículo 37 del Decreto 2751 de 1992.

JURAMENTO

Manifiesto señores Magistrados, bajo la gravedad del juramento, que no he interpuesto otra acción de tutela por los mismos hechos y derechos aquí relacionados, ni contra la misma autoridad.

ANEXOS

1. Una copia de la acción de tutela para el archivo del Despacho.
2. Los documentos relacionados en el acápite de pruebas.

Atentamente,



MARLON FERNANDO DÍAZ ORTEGA

CC. No. 79.655.924 de Bogotá D.C.

TP. No. 98.932 del C.S. de la Judicatura

Apoderado especial del señor **EDUARDO OTOYA ROJAS**