



SALA PENAL

Medellín, veintiséis (26) de enero de dos mil dieciocho (2018)

Aprobado en la fecha, acta N°: 006

Radicado: 05 001 60 00000 2017-00123

Auto de Segunda Instancia N°: 009

Procesado: Hans Deyson Varela Marín y otros

M. Ponente: Cesar Augusto Rengifo Cuello

Lectura: 2 de febrero de 2018. Hora: 08:30 a.m.

Procede esta Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el delegado de la Fiscalía contra la decisión proferida en audiencia preparatoria por el Juez Quinto Penal del Circuito Especializado de Medellín, en audiencia pública realizada el 3 de enero de 2018, mediante la cual inadmitió varias pruebas solicitadas por el delegado del ente persecutor.

ANTECEDENTES

1°.- Ante la Juez Quinto Penal del Circuito de Medellín con funciones de Conocimiento se adelanta la etapa de juicio en el proceso que se sigue en contra de HANS DEYSON CARELA MARÍN, DIDIER JAIR ESTRADA CASTAÑO y DANIEL STIVEN DAVID ARRUBLA, por la conducta punible de secuestro extorsivo agravado y hurto calificado agravado.

2°.- En el trámite de la audiencia preparatoria el fiscal solicita el decreto de las siguientes pruebas documentales: Formato Único de Noticia Criminal; Entrevista de Jhon David Yois, Gladis Elena Zapata García, Kevin Michael Q., Astrid Carolina Álvarez, Juan Carlos Echeverri G., Faber Antonio Quintana; Informe ejecutivo con intendente Óscar Arias Rodríguez y el patrullero Cenet

Melo Salas; Informe de Captura en Flagrancia con intendente Óscar A. R.; Acta de derechos del capturado, acta de incautación de elementos con pt. Jorge Andrés Jiménez; Solicitud de análisis de evidencia física y 14 CD, confrontación dactiloscópica, tarjeta decadactilar, arraigo familiar del procesado Hans, acta de consentimiento informado, solicitud antecedentes judiciales, respuesta oficio antecedentes, arraigo David Steven, acta derechos del capturado, acta consentimiento informado, solicitud de análisis de EMP y evidencia física con pt. Julián Andrés Morales Herrera; Acta de inventario de vehículo, acta de incautación de elementos, confrontación decadactilar, tarjeta dactiloscópica de David Steven, Acta de derecho del capturado, confrontación decadactilar, acta consentimiento informado, arraigo familiar, acta incautación elementos, para Didier Yair Estrada, con pt. Cenen Melo Salas; Informe de investigador de laboratorio sobre automotor con Rubén Darío Buitrago; Declaración jurada de la víctima, de Fabio Augusto Legarda; oficio sanidad del Ejército Nacional; Informe investigador de campo con intendente Didier Salazar Hernández; 14 CD que contienen videos de las cámaras de seguridad y del día de los hechos, ubicadas en el centro comercial Río del Sur, y en el edificio Montpelier en donde fue liberada la víctima. Finalmente informa el delegado que se encuentran pendiente de obtener algunas respuestas que también pretenden ser usadas en el juicio.

3º.- El defensor Juan Carlos Restrepo Ángel manifiesta que en la audiencia de formulación de acusación adelantada en este caso, el fiscal que en dicha oportunidad actuó no hizo alusión a la existencia de los mencionados CD.

4º.- Continuando con las observaciones al proceso de descubrimiento probatorio, el letrado Emérito Córdoba Buenaños indica que en vista pública de acusación el delegado aseveró que el ente persecutor no contaba con los referidos CD, y en general no se le descubrió ningún EMP, no obstante que han pasado casi siete meses desde la audiencia inicial de acusación y en dicha sede se ordenó realizar el traslado de los elementos en el término de tres días, lo cual incumplió su contraparte. Por medio de una acción de tutela logró obtener los videos del edificio Montpelier. Afirma que visitó constantemente los despachos fiscales en donde se ha llevado el proceso y no logró acceder al material probatorio de cargo. Por medio de un escrito solicitó a la dirección de vigilancia y control le certificara la fecha de ingreso a

la dependencia fiscal a solicitar dicha información. Cuenta con los respectivos derechos de petición que ha elevado en este caso. Sin embargo, hasta la fecha no ha obtenido las constancias sobre su ingreso a los Despachos de los delegados 6 y 19 que llevaban el proceso.

5º.- Frente a estas observaciones el fiscal que en esta oportunidad acude en remplazo de la titular del Despacho, informa que en el acta levantada en la audiencia de acusación consta que el traslado de los elementos se realizaría dentro de los tres días siguientes a la realización de la vista pública; que los defensores se presentarían a la Fiscalía a requerir dicho material, empero, según la titular de este caso, así como el Fiscal 6º y la Fiscal Segunda Especializada, los togados no se hicieron presentes para obtener los elementos.

En relación con la acción de tutela fallada a favor de uno de los defensores, en la constancia dejada por la Fiscal Segunda Especializada, Dra. Lina María Gallo, se deja saber que se puso a disposición del letrado todo el material de cargo, sin embargo este manifestó que solo requería los CD; igualmente quedó consignado que a la abogada Marlene Yesenia Moreno se le pusieron de presente los elementos para que seleccionara cuáles era los que necesitaba para la teoría del caso de la defensa adelantada por la oficina del Dr. Juan Carlos Restrepo Ángel en este caso, indicando la letrada que solo requería los CD con los videos que se encontraban en el almacén de evidencias, en cuya copia fue necesario casi todo un día en compañía de una investigadora de la FGN, sin embargo no firma la constancia de recibido por que el doctor Juan Carlos Restrepo no se lo permitió, pese a que tuvo a su disposición todas las carpetas del caso.

Con relación a lo afirmado por el defensor Emérito Córdoba, manifiesta que en el expediente no existe constancia de que se hubiera presentado al Despacho, o realizado el requerimiento al que alude en su intervención. Al margen de lo anterior, y para ahondar en garantías, pone a disposición en esta sede los elementos que puedan requerir los defensores, haciendo eco de la lealtad con que deben actuar los sujetos procesales.

6º.- El a quo solicita a los defensores que suministren elementos para demostrar que en realidad se presentaron a los despachos fiscales de los delegados que tuvieron a su cargo el proceso.

7º.- El defensor Juan Carlos Restrepo Ángel manifiesta que tiene el derecho de petición y lo exhibe. Además indica que solo fue después de cuatro meses y tras el fallo de tutela a su favor que la Fiscalía puso el material de conocimiento a su disposición.

8º.- El defensor Emérito Córdoba sostiene que se presentó en varias oportunidades a los despachos de los señores fiscales, con el Fiscal Sexto dialogó durante más de una hora, y la excusa para no suministrarle los EMP por parte de este delegado fue que no los tenía, que no tenía las copias, y a pesar de ofrecer sacarlas a su cargo sus esfuerzos fueron infructuosos. Posteriormente el proceso pasó a la Fiscalía Diecinueve, con cuyo secretario habló en dos ocasiones, quien argumentó que la fiscal no había ordenado el traslado, y cuando tuvo la oportunidad de dialogar con la funcionaria, esta le manifestó que pensaba que su antecesor le había hecho el descubrimiento y traslado de los elementos, reconociendo la delegada que ya se encontraban vencidos los términos para el efecto. Otras veces regresó a dicho despacho y el secretario se negó a realizar el traslado de los elementos aduciendo que la delegada se encontraba en audiencia.

El 8 de agosto de 2017 se trasladó junto al padre del procesado Hans Deyson hasta el palacio de justicia de la ciudad, piso 21, en donde se encuentra el despacho fiscal y no pudo acceder al material. Cuenta con constancia firmada por el referido ciudadano. El 2 de octubre de la misma anualidad, elevó derecho de petición al jefe de seguridad del palacio de justicia, al jefe de vigilancia de los despachos fiscales ubicados en dicha sede judicial, y al jefe de sistemas de la FGN, para que certificaran cuantas veces había ingresado con destino a la Fiscalía 19, 159 delegada ante el Gaula y 6, a solicitar el traslado del material de cargo, pero no obtuvo respuesta. Reiteró la petición el 7 de noviembre, con idénticos resultados, y en esa misma calenda dirigió derecho de petición a la administración del edificio Montpelier con el objetivo de obtener los videos de dicha unidad residencial, le respondieron que solo

suministraban esta información con autorización del investigador líder del caso, perteneciente al Gaula, o por orden del fiscal.

El doctor Juan Carlos aclara que no recibió los otros EMP, porque con la tutela solo pidió los CD que no eran prueba de la FGN.

9º.- El a quo desestima las solicitudes probatorias de prueba documental elevada por la Fiscalía, indicando que ni estas, ni los EMP y evidencia física que tampoco fueron entregados en traslado, podrán ser utilizados en fase de juicio para refrescar memoria o impugnar la credibilidad de cada uno de los testigos que se decretan como prueba a la Fiscalía. Se rechazan igualmente los dictámenes periciales que se pretendían practicar con el sub intendente de la Sijin Meval de la policía, Rubén Darío Buitrago García, y el experto en dactiloscopia, intendente Idian Salazar Hernández, por falta de descubrimiento de la base de opinión pericial o el informe en el cual se plasma el dictamen o experticia. Lo mismo que el testimonio del patrullero Julián Andrés Morales, con el que se pretendía introducir CD, y lo referente a las llamadas e incautaciones realizadas, pues tampoco se corrió traslado a la defensa.

En criterio del funcionario la Fiscalía incumplió el deber de descubrimiento probatorio, de ello dan cuenta los elementos suministrados por los defensores en esta vista pública. Uno muy diciente, es el término de más de quince días que precisamente concedió el letrado a su contraparte para que le permitiera acceder al material de cargo, con resultados negativos. De igual forma, la respuesta que entrega la señora Fiscal Lina Gallo frente a la acción de tutela impetrada por el otro togado para que se le realizara el descubrimiento probatorio, indicando la funcionaria que los elementos se encontraban a disposición de los profesionales del derecho, pero de manera tardía, extemporánea, ya que con dicha acción solo se perseguía la entrega de la copia de los CD que se encontraban en poder del ente investigador, los cuales habían sido solicitados desde la audiencia de acusación. En dicha sede el delegado que actuó en la vista pública manifestó que si los CD no se encontraban relacionados en el escrito acusatorio, era porque la Fiscalía no pretendía utilizarlos como prueba, o porque simplemente no los tenía. Se niega así la introducción de los CD deprecados como prueba documental de cargo.

10°.- El delegado fiscal interpone recurso de apelación, indicando que desde la audiencia de formulación de acusación se hizo alusión a que el ente persecutor contaba con tres días para el traslado de los EMP. Asevera además que en la referida vista pública, también se realiza el descubrimiento de cada uno de los elementos materiales probatorios y la evidencia física, y que este se puede efectuar de diferentes formas, en primer lugar enunciándolos, tal como se hizo en este caso; en segundo orden mediante su exhibición, y finalmente entregándolos a la contraparte. En esta primera audiencia se enunciaron cada uno de los elementos cuyo decreto se niega por la judicatura, no se le ocultó ningún medio de conocimiento a la defensa, todos fueron puestos a su disposición. Lo que versa dentro del proceso es que los letrados no se presentaron a la Fiscalía a solicitar la entrega del material probatorio.

Trae a colación extractos de la sentencia proferida por la Sala de Casación Penal dentro del radicado 25920, M.P. Javier Zapata Ortiz, para significar que según las enseñanzas del alto tribunal, tres son los momentos procesales básicos que se relacionan con el descubrimiento probatorio, pero no los únicos. Esencialmente este se surte dentro de los tres días posteriores a la celebración de la audiencia de acusación, tal cual lo dispuesto por el legislador, siendo claro que en este concreto caso se cumplió con la exhibición de los elementos materiales con vocación probatoria.

Retomando el tema de los momentos procesales para realizar el descubrimiento probatorio, señala que en primer lugar este se da cuando el fiscal remite al juez de conocimiento el escrito de acusación y sus anexos, al cual pueden acceder las partes e intervinientes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 337 del C.P.P. El segundo, dentro de la audiencia de formulación de acusación, canon 344 *ibídem*; y por último, en desarrollo de la audiencia preparatoria del juicio oral, art. 356, 357 *eiusdem*.

Este es uno de los casos en los que desde el inicio se puso a disposición de la defensa el material probatorio de cargo, y si bien a través de una acción de tutela impetrada por uno de los letrados se puso los elementos a su disposición, no obra dentro del proceso y para el caso del otro defensor, doctor Emérito Córdoba, constancia alguna de que se haya presentado a

solicitar el material. Presenta este togado unos derechos de petición en los que no se logra observar cuál fue la persona que los recibió. En ningún momento se ha obrado con deslealtad procesal por parte de la Fiscalía. Si bien existen unos términos procesales para realizar el descubrimiento probatorio, estos se pueden subsanar poniendo de presente cada uno de estos elementos, cuya existencia no se ha ocultado, han sido enunciados como una forma de descubrir los mismos, aunque no han sido entregados por las causas explicadas. Estas son las razones por las que solicita que se revoque la decisión apelada y en su lugar se decreten las pruebas inadmitidas.

Como sujetos procesales no recurrentes se pronuncian:

11º.- El defensor JUAN CARLOS RESTREPO ÁNGEL, manifiesta que no serían tres los momentos para que la Fiscalía realice el traslado de los EMP a la Defensa. Se la sorprendería si en sede de la audiencia preparatoria se efectúa este, pues en dicha sede, a su vez la defensa está obligada a presentar el material de descargo. La Ley es clara y directa sobre el particular; así, el artículo 344 del C.P.P. indica que las pruebas deben ser “expuestas” a su contraparte durante los tres días siguientes a la audiencia de formulación de acusación. Afirma que se presentó a la Fiscalía para obtener acceso al material de conocimiento en su poder, y en vista que no encontraron a la persona que debía realizar el traslado este no pudo realizarse. Pasados veinte días elevó derecho de petición, esto es, el 14 de julio de 2017, y, finalmente, como el ente persecutor guardó silencio se vio en la necesidad de interponer una acción de tutela para que se le diera traslado de uno de los elementos que su contraparte no pretendía utilizar en juicio, que no iba a exponer por considerar que no era necesaria. De esta manera se está violando el debido proceso. Estas son las razones por las que solicita se confirme la decisión de primera instancia.

5.- Defensor EMÉRITO CÓRDOBA PERDOMO BAENA, aduce que el a quo aplicó el imperativo contenido en el artículo 346 del C.P.P., teniendo en cuenta el incumplimiento del deber de descubrimiento probatorio en cabeza de la Fiscalía, emanado del canon 344 ibíd. Equivocadamente considera el delegado que son tres las instancias procesales para realizar el

descubrimiento probatorio. Hace alusión a la sentencia C-1194 del 22 de noviembre de 2005, como soporte jurisprudencial de su disertación, en la cual el alto tribunal explica claramente que el traslado de los EMP a la defensa debe realizarse dentro los tres días siguientes a la realización de la audiencia de acusación.

Asevera que se presentó al Despacho del fiscal Sexto Especializado a solicitar la información, lo mismo hizo en varias oportunidades ante la oficina de la Fiscal Diecinueve; si el secretario de esta última dependencia le manifestó al impugnante que no fue así, falta a la verdad. Incluso allegó constancia sobre su calidad de defensor en este proceso a la secretaría de la Fiscalía Diecinueve, con el fin de obtener el aludido material probatorio. Elevó un segundo derecho de petición sin obtener respuesta. Realizó otro intento de acceder al material de cargo en las instalaciones del edificio Montpelier. Lo anterior para significar que la defensa ha hecho todo lo posible para tener acceso a las pruebas en poder de la Fiscalía, por ende, no puede, luego de siete meses, afirmar ahora el delegado que no se presentó ante la entidad. Sería un adefesio jurídico que luego de tantos meses el ente persecutor tratara de sorprender a la defensa entregándole una documentación en plena audiencia preparatoria.

A pesar de la tutela fallada a favor de su compañero, la Fiscalía no tuvo la precaución de aprovechar dicha oportunidad para subsanar la falencia criticada. Tampoco puede decirse que las pruebas vinieran anexas a la acusación, pues ello constituiría un factor de contaminación del juez. Estas son las razones para deprecar que se confirme la decisión apelada.

CONSIDERACIONES EN ORDEN A PROVEER

Al tenor de lo regulado en el numeral 1° del artículo 33.1 de la Ley 906 de 2004, esta Magistratura es competente para decidir el recurso de alzada.

Acorde al problema jurídico planteado a la Sala en esta oportunidad, es menester indicar que en la etapa de juzgamiento penal le corresponde al juez de conocimiento ponderar las diferentes solicitudes probatorias atendiendo a

los requisitos esenciales que deben cumplir para su decreto, como pertinencia y admisibilidad, así como las reglas para su práctica acorde a la naturaleza del elemento solicitado y los principios que rigen en materia de pruebas: publicidad, inmediación, contradicción, concentración etc.

En el caso bajo examen, como ya se avizó en los antecedentes de esta decisión, de las pruebas solicitadas por las partes el a-quo inadmitió varios medios probatorios deprecados por la Fiscalía, por considerar que no se realizó su descubrimiento oportuno, y que por tanto es merecedor de la sanción prevista en el artículo 346 del C.P.P.

Frente a ello se pronunciará la Sala.

En efecto, frente al tema del descubrimiento probatorio es menester indicar que éste es un asunto de no poca transcendencia en el sistema de enjuiciamiento penal con tendencia acusatoria adoptado tras la expedición del acto legislativo 03 de 2002, ya que gracias a dicha actividad se materializan caros principios de estirpe democrática que hacen parte del debido proceso, y que como tal, gobiernan las actuaciones dentro del ámbito procesal penal, particularmente lo referido al tema probatorio; de esta naturaleza participan el derecho de defensa y contradicción, además de los principios de igualdad, legalidad, defensa, lealtad procesal, imparcialidad, los cuales se concretan cuando el material probatorio se descubre de forma completa y adecuada, esto es dentro del término procesal oportuno, actividad que en palabras de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se debe desarrollar de manera metódica y cronológica.¹

*Por ello, es necesario que el descubrimiento probatorio que lleven a cabo las partes se efectúe de la manera más completa y oportuna posible; sin embargo, pueden existir **causas excepcionales** para que dicha actividad se realice por fuera del término procesal legal que consagra el legislador para el efecto en el artículo 344 del Estatuto Procedimental Penal; este sería el caso, por ejemplo, de una prueba sobreviniente cuyo decreto y práctica, como es sabido, es excepcionalmente admisible en sede del juicio oral.*

¹ CSJ, SP. Auto del 8 de octubre de 2014, radicado AP6140-2014, 44.452, M.P. Eugenio Fernández Carlier.

Es incuestionable que un descubrimiento adecuado de la ristra probatoria evita el sorpresimiento de la contraparte, garantizando de esta manera las condiciones para un juicio verdaderamente contradictorio, con igualdad de armas, en el que las partes cuenten con el tiempo necesario para analizar, articular o planear la estrategia a seguir, su particular teoría del caso, y, en lo que hace a la defensa, aportar las pruebas de descargo con las cuales enfrentarse a los medios de prueba ofrecidos por la Fiscalía. De esta manera se materializa el brocardo de la igualdad de las partes ante la justicia.

Dicha institución constituye un logro paulatinamente gestado dentro de las modernas sociedades democráticas. Aplicado a los enjuiciamientos criminales de corte demoliberal permite un juicio transparente, en el que los extremos jurídicos en tensión a pesar de obrar con vehemencia en la defensa de los intereses que su rol plantea, actúen con toda lealtad, y solo sea la fuerza de las pruebas, no su ausencia por factores endógenos a una discusión civilizada, honesta y transparente, la que incida en la decisión que finalmente deba adoptar la judicatura tras el debate oral.

Tal postura ideológica en tratándose del sistema procedimental penal al que se circunscribe nuestro estado, excluye añejas prácticas propias de sistemas penales de corte autoritario, antidemocrático, cuyos creadores y aplicadores judiciales, veían en el descubrimiento completo y oportuno de los medios de prueba a la defensa una clara desventaja para una “virtuosa” administración de justicia, pues se tenía la errada concepción de que el material probatorio debía ser celosamente guardado por la parte acusadora, de lo contrario se pondría sobre aviso al procesado y esta circunstancia se concebía nociva para los intereses del ente investigador, y, en últimas, de la sociedad. A lo sumo el recaudo probatorio en contra del procesado sería conocido en las últimas instancias del proceso, lo que indudablemente comportaba un obstáculo que en la mayoría de los casos era insalvable e impedía una verdadera defensa.

Por fortuna la anterior visión ha sido superada y en la actualidad existe consenso en cuanto a que, por el contrario, al permitirse mediante un descubrimiento probatorio oportuno y completo que las partes tengan un conocimiento efectivo de la información legalmente obtenida, los medios de

conocimiento y los diversos elementos probatorios con los que su antagonista jurídico pretende sacar adelante su teoría del caso, dicha actividad reviste de garantías al juicio penal de corte democrático, legitima la decisión que finalmente adopta el juez del conocimiento la cual se consigna en la respectiva sentencia penal, y se dirige a cumplir con el imperativo legal de establecer la verdad y lograr la eficacia de la justicia.

Sobre el particular resultan ilustrativas las reflexiones que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha plasmado en su jurisprudencia ordinaria. Ha dicho el alto tribunal:

“Precisa la Sala que el descubrimiento probatorio constituye parte de la esencia del sistema adversarial consagrado en nuestro ordenamiento jurídico, y por tal motivo la fiscalía y la defensa deben suministrar, exhibir o poner a disposición todos los elementos materiales probatorios y evidencia física que posean como resultado de sus averiguaciones y que pretendan sean decretadas como pruebas y practicadas en el juicio oral en sustento de sus argumentaciones, permitiendo de esa manera que la contraparte conozca oportunamente cuáles son los instrumentos de prueba sobre los que el adversario fundará su teoría del caso y, de ese modo, elaborar las distintas estrategias propias de la labor encomendada en procura del éxito de sus pretensiones.

Es claro, entonces, que el descubrimiento de la prueba en el sistema acusatorio está vinculado indisolublemente al debido proceso, en razón a la trascendental incidencia de dicho instituto frente al desarrollo de la actividad de cada una de las partes.

No puede perderse de vista que, según lo ha precisado la jurisprudencia de la Sala, «el correcto y completo descubrimiento probatorio condiciona la admisibilidad de la prueba, pues, como lo dispone el artículo 346 de la Ley 906 de 2004, el juez tiene la obligación de rechazar todas aquellas evidencias o elementos probatorios sobre los cuales se haya incumplido el deber de revelar información durante el procedimiento de descubrimiento. Por tanto, las evidencias, medios y elementos no descubiertos no podrán aducirse al proceso ni controvertirse dentro del mismo, ni practicarse durante el juicio oral»².

Y es que, el descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física se encuentra sometido a un orden metódico y cronológico, en aras de garantizar, entre otros, los principios de igualdad, contradicción y lealtad, y en ese sentido, el artículo 346 de la Ley 906 de 2004, fija al juez la obligación de rechazar los elementos probatorios y evidencia física respecto de los cuales no se haya cumplido de manera correcta y completa el trámite de descubrimiento probatorio. En términos del mencionado artículo se indica:

“Art. 346. Sanciones por el incumplimiento del deber de revelación de información durante el procedimiento de descubrimiento. Los elementos probatorios y evidencia física que en los términos de los artículos anteriores deban descubrirse y no sean descubiertos, ya sea con o sin orden específica del juez, no podrán ser aducidos al proceso ni convertirse en prueba del mismo, ni practicarse durante el juicio. El juez estará obligado a rechazarlos, salvo que se acredite que su descubrimiento se haya omitido por causas no imputables a la parte afectada.”

² Cf. CSJ. AP. 21 Feb. 2007, rad. 25.920 y CSJ AP. 21 Nov. 2012, rad. 39948.

Visto así, es incuestionable que el descubrimiento probatorio constituye una actividad trascendental para el correcto desarrollo del juicio penal; particularmente le permite a la defensa enterarse de cuáles elementos pretende aducir en contra del acusado la Fiscalía para que de esta manera pueda reunir la prueba de refutación, garantizando verdaderas posibilidades de defensa, incluso podrá hacer uso de los elementos recaudados por el ente investigador que le resulten favorables a sus intereses. Las anteriores aseveraciones se encuentran en consonancia con el principio de comunidad de la prueba, el cual indica que una vez practicada esta pertenece al proceso, y como tal puede ser usada por cualquiera de las partes para sacar adelante su particular teoría del caso.

Como puede observarse, la actividad bajo análisis es vital, resulta de suma importancia para llevar el conocimiento de los hechos al juez; en consecuencia no puede calificarse como oportuno y completo aquel que se efectúe ocultando la existencia de elementos, haciendo más difícil para la contraparte el acceder a dicho material, o simplemente, impidiendo por cualquier medio su conocimiento efectivo.

Sobre el fin que se persigue con el descubrimiento probatorio, particularmente de la prueba de cargo, enseña la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia:

“... En correcto sentido, el descubrimiento probatorio busca que la defensa, o cualquiera otro de los intervinientes, pueda conocer el contenido de un elemento material probatorio, evidencia física, informe, entrevista o, en fin, de un medio suasorio que pueda interesar a su teoría del caso, para que eventualmente lo pueda introducir a la audiencia de juicio oral.”³

Ahora bien, Al tenor de lo dispuesto en el artículo 250.9 de la Carta Superior, la Fiscalía se encuentra en la obligación de realizar el descubrimiento probatorio de los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida durante la investigación.

En lo atinente al inicio del descubrimiento probatorio tenemos que el artículo 344 del Código de Procedimiento Penal, dispone:

³ CSJ. SP. Auto del 25 de agosto del 2010, radicado 34.392, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

“Artículo 344. Inicio del descubrimiento. Dentro de la audiencia de formulación de acusación se cumplirá lo relacionado con el descubrimiento de la prueba. A este respecto la defensa podrá solicitar al juez de conocimiento que ordene a la Fiscalía, o a quien corresponda, el descubrimiento de un elemento material probatorio específico y evidencia física de que tenga conocimiento, y el juez ordenará, si es pertinente, descubrir, exhibir o entregar copia según se solicite, con un plazo máximo de tres (3) días para su cumplimiento.

La Fiscalía, a su vez, podrá pedir al juez que ordene a la defensa entregarle copia de los elementos materiales de convicción, de las declaraciones juradas y demás medios probatorios que pretenda hacer valer en el juicio. Así mismo cuando la defensa piense hacer uso de la inimputabilidad en cualquiera de sus variantes entregará a la Fiscalía los exámenes periciales que le hubieren sido practicados al acusado.

El juez velará porque el descubrimiento sea lo más completo posible durante la audiencia de formulación de acusación.

Sin embargo, si durante el juicio alguna de las partes encuentra un elemento material probatorio y evidencia física muy significativos que debería ser descubierto, lo pondrá en conocimiento del juez quien, oídas las partes y considerado el perjuicio que podría producirse al derecho de defensa y la integridad del juicio, decidirá si es excepcionalmente admisible o si debe excluirse esa prueba.”

Por su parte el canon 346 ibídem señala sanciones por el incumplimiento del deber de revelación de información durante el referido procedimiento de descubrimiento. Señala la norma en cita:

“Artículo 346. Sanciones por el incumplimiento del deber de revelación de información durante el procedimiento de descubrimiento. Los elementos probatorios y evidencia física que en los términos de los artículos anteriores deban descubrirse y no sean descubiertos, ya sea con o sin orden específica del juez, no podrán ser aducidos al proceso ni convertirse en prueba del mismo, ni practicarse durante el juicio. El juez estará obligado a rechazarlos, salvo que se acredite que su descubrimiento se haya omitido por causas no imputables a la parte afectada.”

Finalmente y para lo que interesa en esta oportunidad a la Sala, es pertinente señalar que el artículo 356 del Estatuto Procedimental Penal dispone que en audiencia preparatoria del juicio oral las partes puedan:

“(…)

1. Que las partes manifiesten sus observaciones pertinentes al procedimiento de descubrimiento de elementos probatorios, en especial, si el efectuado fuera de la sede de la audiencia de formulación de acusación ha quedado completo. Si no lo estuviere, el juez lo rechazará.

(…)”

Acorde al plexo normativo aludido en cuartillas anteriores, es claro que si una parte pretende hacer valer en juicio determinados elementos materiales con vocación probatoria, evidencia física e información legalmente obtenida, necesariamente debe darlos a conocer a la otra, pero además, este proceso debe agotarse en la oportunidad procesal contemplada por el legislador para tal efecto.

De esta forma, la parte que efectúa un proceso de descubrimiento incompleto y extemporáneo se hace acreedora a la respectiva sanción procesal, que consiste en que dicho material no podrá ser aducido al proceso, ni convertirse en prueba del mismo, ni practicarse durante el juicio, salvo que se acredite que su descubrimiento se omitió por causas no imputables a la parte afectada, de conformidad con lo dispuesto en el canon 346 del C. P.P.

Siguiendo con los momentos procesales para efectuar el descubrimiento probatorio, es claro que para el ente acusador y, como regla general, este inicia desde la acusación, entendida como acto complejo, pues desde la presentación del respectivo escrito debe anunciar los elementos e información recaudados en la investigación, los cuales se plasman en escrito anexo. Dicho proceso se complementa y concreta finalmente en la audiencia de acusación, si es que allí se descubren, exhiben y entregan en traslado a la defensa dicho material, o cuando la Fiscalía cumple con la obligación de poner a disposición los elementos a su contraparte dentro de los tres días siguientes al desarrollo de la aludida vista pública; también puede ocurrir que dicho proceso de descubrimiento probatorio se materialice finalmente en el término que el juez de conocimiento considere razonable a partir de dicha audiencia, incluso en ciertos eventos y bajo ciertas circunstancias especiales, puede llegar a materializarse hasta antes de la realización del juicio oral. En todo caso, protegiendo siempre en estos casos excepcionales el derecho de defensa y contradicción.

No cabe duda que la acusación es el resultado del desarrollo del proceso investigativo que sirve de base a la Fiscalía para obtener el recaudo probatorio necesario antes de llevar a una persona a juicio. El convencimiento, la certidumbre necesaria sobre la materialidad del delito y la responsabilidad que cabe atribuirle al individuo investigado.

Es su deber entonces descubrir todo el material probatorio a la defensa, pero además, se itera, de manera oportuna, evitando así sorprendimientos indeseados, que de convertirse en asuntos cotidianos, pugnaría con principios de la sistemática acusatoria. Como bien se analizó, esta oportunidad se extiende de manera excepcional hasta la audiencia preparatoria e incluso a la vista pública del juicio oral; no obstante, se insiste, lo anterior no aplica como regla general sino como excepción, y para que esta opere se requiere demostrar que las causas de dicho descubrimiento tardío no son imputables a la parte que lo realiza. Ello implica demostrar que no se obró con negligencia, desidia, o deslealtad.

Comprobado lo anterior el ente investigador podrá realizar un descubrimiento probatorio por fuera de los momentos procesales preestablecidos como idóneos, pero además poner a disposición de la defensa el material de cargo, aún con posterioridad a los tres días siguientes a la realización de la audiencia de acusación. Lógicamente, la posibilidad de obrar de tal manera depende de criterios objetivos, constatables, y no de razones caprichosas y subjetivas.

Bajo este panorama es menester entonces que el juez de conocimiento analice el caso particular y determine si las causales por las cuales se efectúa un descubrimiento tardío y excepcional, son o no atribuibles a la parte que así procede, para el sub examine, a la Fiscalía, valorando además la real afectación del derecho de defensa, el daño que reporta para la indemnidad del juicio en atención a la utilidad que dicho material pueda generar para el esclarecimiento de los hechos, la vulneración del debido proceso, entre otras variables que necesariamente deben ser analizadas en conjunto por el funcionario en procura de obtener elementos de juicio para decidir si aplica la dura sanción procesal contenida en el art. 346 del C.P.P.

Huelga señalar que en caso de que el material con vocación probatoria descubierto tardíamente supere el tamiz de admisibilidad y se logre hacer parte del decreto de pruebas, debe generarse el correlativo espacio para que la defensa pueda solicitar pruebas de refutación con las cuales contrarrestar el alcance de la evidencia de cargo así decretada, so pena de vulnerar el derecho de defensa y contradicción.

Lo que se busca en definitiva es precaver y sancionar actuaciones sorprendidas, inapropiadas o desleales dentro del proceso de descubrimiento probatorio, y no cualquier tipo de dificultades e inconvenientes que se presenten en desarrollo del mismo, y que bajo criterios de razonabilidad, pueden ser superados por las partes.

Desde la lógica de lo razonable y no simplemente desde la interpretación literal o exegética de la normatividad, lo indicado entonces, es que el funcionario analice desde dicha óptica las causas que llevaron a un descubrimiento excepcional y tardío del material probatorio, de lo contrario, en no pocas oportunidades gran parte de este sería inadmitido en juicio. Es menester entonces que en este tipo de eventos la defensa además de alegar el acaecimiento de la circunstancia irregular, concrete en qué afecta su particular teoría del caso la omisión de su contraparte, si realmente resulta seriamente afectada sus posibilidades de defensa, y no sólo se limite a aseverar de manera genérica y abstracta la vulneración de derechos tales como el de defensa, igualdad, contradicción y debido proceso.

Respecto de la posibilidad de efectuar un descubrimiento probatorio con posterioridad a los momentos procesales dispuestas por la Ley 906 de 2004, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha dicho⁴:

*“Y se dice que las anteriores fases procesales no son las únicas aptas para el descubrimiento probatorio, toda vez que, por excepción, el Juez tiene la facultad de autorizar un descubrimiento posterior, **preservando siempre la garantía de contradicción y con el tiempo que razonablemente estime necesario**. Tal eventualidad se presenta, por ejemplo, en los siguientes casos:*

i) Cuando se acredita que la falta de descubrimiento obedeció a causas no imputables a la parte que quiere hacer valer la prueba (artículo 346 ibídem).

ii) En el evento en que una persona o entidad diferente a la Fiscalía es la que tiene físicamente o dispone de la evidencia o elemento probatorio; tal el caso de los organismos que cumplen funciones de policía judicial (entre ellos: Procuraduría General de la Nación, Superintendencias y Contraloría General de la República); el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses y oficinas de peritos.

iii) Si ocurriere que durante el juicio alguna de las partes encuentra un elemento material probatorio y evidencia física “muy significativo que debiera ser descubierto”, tiene el deber de ponerlo en conocimiento del Juez, quien “oídas las partes y considerando el perjuicio que podría producirse al derecho de defensa y la integridad del juicio, decidirá si es excepcionalmente admisible o si

⁴ CSJ, SP. Decisión del 21 de febrero de 2007, proceso radicado. Nro. 25.920, M. P. Dr. Javier Zapata.

bebe excluirse esa prueba” (inciso final del artículo 344 ibídem). (Negrillas de la Sala de Decisión).”

Como puede colegirse del análisis hasta este punto agotado por la Sala, no toda omisión al deber de descubrimiento conduce indefectiblemente a que se inadmita el elemento material probatorio descubierto o puesto a disposición de la contraparte de manera extemporánea. Sin embargo, si analizado el caso concreto el funcionario concluye que no existen causas que justifiquen dicha omisión, es imperativo la aplicación de la drástica sanción contenida en el artículo 346, tantas veces citado. En el caso de la defensa, nótese cómo dentro del modelo de enjuiciamiento criminal con tendencia acusatoria, esta estructura su estrategia defensiva, teniendo como punto de referencia el descubrimiento probatorio que realiza el ente persecutor desde la audiencia de acusación.

De acuerdo a las glosas expuestas más arriba, resulta imperativo que la Sala se aplique en determinar si la actuación criticada a la Fiscalía fue contraria o no a la lealtad procesal y transparencia que debe guiar la actuación de los sujetos procesales e intervinientes en el proceso penal. Debe quedar claramente establecido si la parte actuó con ánimo de omitir el descubrimiento, hacerlo parcialmente, entorpecerlo u ocultar la prueba, y que dicha actuación, sin resquicio de duda, le sea perfectamente atribuible, pues no puede olvidarse la drástica sanción procesal que conlleva la omisión de tal deber, la que incluso puede en un determinado evento, echar por tierra la particular teoría del caso que defiende la parte.

Descendiendo al caso sub examine encuentra la Sala que desde la acusación –entendida como acto complejo- la Fiscalía dio a conocer la totalidad de la prueba de cargo a la defensa, por lo que ésta no puede alegar válidamente que ha sido sorprendida con unos elementos de los cuales desconocía su existencia. Posteriormente, dentro de los tres días siguientes a la audiencia de acusación, el ente acusador estuvo en disposición para que su contraparte, la que huelga decir está compuesta en este caso por varios togados, obtuviera la totalidad del material probatorio. Por el contrario afirman los togados que no ha sido posible el traslado de dicho material de cargo, y ello se debe a causas imputables a la Fiscalía.

Ahora bien, acorde al análisis agotado en cuartillas anteriores de este proveído, no pueden pretender los letrados que la judicatura desconozca las particulares circunstancias que rodearon el proceso de descubrimiento probatorio adelantado en este caso. Tampoco, que debido a las drásticas consecuencias que entraña la aplicación de la sanción procesal consagrada en el artículo 346 del C.P.P., la demostración de la omisión del deber de descubrimiento probatorio completo y oportuno por parte de la Fiscalía, no debe dejar lugar a dudas. Lo anterior significa que los elementos de convicción ofrecidos en sede de la audiencia preparatoria a la judicatura para demostrar tal proceder negligente, descuidado o desleal de la contraparte, deben ser contundentes, claros y ofrecer una certeza objetiva sobre este punto.

Contrario al criterio que sobre el particular expuso el a quo en la decisión confutada, para la Sala resulta arriesgado asegurar que los elementos ofrecidos por los togados para demostrar la omisión en que incurrió su contraparte, dan cuenta de manera inequívoca de dicho proceder. Son varios los reparos que pueden formularse en cuanto a lo alegado por estos.

En primer lugar, sostienen los señores defensores que tras presentarse infructuosamente ante la Fiscalía para tener acceso a la ristra probatoria de cargo, interpusieron derechos de petición tras el objetivo común, en algunos casos, según se desprende de sus exposiciones, luego de transcurridos varios meses de la audiencia de acusación, frente a lo cual el delegado fiscal, luego de tener los documentos a la vista, manifiesta que no se logra identificar el servidor que los recibió. Sobre este punto vale decir que es sabido que entidades públicas como la Fiscalía, precisamente para precaver este tipo de situaciones, manejan una taquilla o ventanilla única en las que se radican este tipo de documentos, y luego de otear el expediente no se observa dicha documentación con sello de la aludida dependencia que despeje cualquier duda sobre el particular; pero además, en los respectivos registros de audio no se escucha que esto haya sido lo que ocurrió en este concreto caso.

Similares observaciones caben en relación con los derechos de petición que afirma uno de los abogados presentó ante la dirección de vigilancia del edificio de la justicia en la ciudad, y su par de la Fiscalías ubicadas en el piso 21 de

dicha sede judicial, y de sistemas de la misma entidad. En general no expone el togado que tenga constancias o haya radicado en taquillas, o dependencias oficiales tales documentos, u obtenido de estas constancias o medios que en últimas certifiquen que se hicieron presentes en donde alegan que lo hicieron para acceder a los medios de prueba.

Mucho menos señalan los abogados de la defensa que ante el supuesto silencio de la entidad, hayan agotado vías administrativas o judiciales, por ejemplo, impetrado acciones constitucionales para lograr acceder a todo el material de prueba en poder de la Fiscalía, y no solo a una parte de este, agotando de esta manera los distintos medios de defensa judicial, dado la imperiosa necesidad de superar el impase que aseveran se les venía presentando, tal como se estila en este tipo de situaciones dada la evidente vulneración de garantías fundamentales. Obvio es decirlo, no pretende decir la Sala que este sea un requisito que se deba cumplir en estos casos, pero sin lugar constituiría un valioso elemento de juicio objetivo en esta instancia.

En cuanto a la tutela fallada a favor de uno de los defensores, meses después de la realización de la audiencia de acusación, llama la atención que solo se reclamara por medio de esta el acceso a uno de los elementos, y no a la totalidad del material probatorio que pretende utilizar el ente persecutor en este caso, además de la reticencia a recibir los elementos en esta oportunidad, tal como dejó constancia la funcionaria que llevaba el caso, pues si este era el fin último perseguido mediante una actividad defensiva activa y oportuna, precisamente se estaría obteniendo el anhelado traslado.

En segundo lugar y siguiendo la hilatura expositiva propuesta por la Sala, vale señalar que otra de las constancias a que alude uno de los defensores proviene de quien tiene interés en las resultas del proceso, particularmente de sacar adelante la teoría defensiva en procura de la absolución de su hijo, un aspecto que no puede pasar inadvertido para la judicatura.

Por último, en lo que hace a los CD con grabaciones de video del centro comercial Río del Sur y del edificio Montpelier, encuentra la Sala que tampoco se le sorprende a los defensores con la existencia de dicho material fílmico, pues de este se habló en la audiencia inicial de acusación, según lo

manifestado por el propio a quo en audiencia preparatoria; pero además y como punto central para decidir su inclusión en el decreto probatorio, la particularidad ocurrida en este caso en donde en vista del error del despacho ante la no grabación de la audiencia de acusación, se repitió su formulación oral antes del inicio de la audiencia preparatoria, y allí claramente la Fiscalía depreca a la judicatura el decreto de dichos elementos.

En conclusión, la calidad de los elementos ofrecidos por los defensores para demostrar que se presentaron ante los señores fiscales para obtener el traslado de la prueba de cargo, nos pone en una situación en donde en contraposición a esto son varios los funcionarios del ente persecutor que niegan que los aludidos profesionales se hayan presentado en sus dependencias para el anunciado fin.

En tal estado, es evidente para la Sala que no se ha demostrado con la suficiencia, la certeza que se requiere, se insiste, para imponer la sanción procesal adoptada por el a quo, una actitud desleal, pernicioso o malintencionada por parte de la Fiscalía, dirigida a ocultar, obstaculizar o simplemente a no realizar la entrega de la prueba de descargo pedida por la defensa.

En este orden de ideas y atendiendo a los fines del descubrimiento dentro del procesamiento criminal con tendencia acusatoria, no encuentra esta Corporación óbice para que el mismo se termine de efectuar de manera excepcional por fuera del estricto término de tres días determinado por el legislador, tal y como se analizara en partes anteriores de esta decisión, manteniéndose la indemnidad del proceso, pues tampoco indicaron los togados en qué afecta específicamente su particular teoría del caso el hecho que se realice de manera excepcional la entrega de la totalidad del material de descargo, más allá de alegar vulneración del derecho de defensa, igualdad y contradicción.

Y es que otros son los caminos que reclama la sistemática penal con tendencia acusatoria adoptada en nuestro medio para resolver situaciones como la que es objeto de análisis por parte de la Sala en esta oportunidad, en

donde, por lo menos con los medios ofrecidos por la defensa, no se advierte que se trate de un problema de deslealtad procesal.

Así las cosas, y atendiendo al objetivo final que debe perseguirse según los principios que gobiernan la sistemática procedimental penal en nuestro medio, una de las finalidades es que se permita el cabal conocimiento del material de la contraparte, para ser debatido en igualdad de condiciones en el debate público, y no la inadmisión o exclusión, vale decir, sin que se demuestre que por culpa exclusiva de la contraparte se omitió el deber de descubrimiento probatorio. Como complemento de lo hasta este punto analizado, dígase que podemos afirmar que dejar al ente persecutor sin toda la prueba documental, y sin la posibilidad de practicar varios peritajes, sin haberse demostrado que el traslado probatorio no se efectuó por causas enteramente atribuibles a esta, indiscutiblemente generaría un grave perjuicio a la indemnidad del juicio.

Bajo este panorama, para esta Sala lo procedente en este caso será permitir el decreto del material documental y pericial solicitado por la Fiscalía, sobre estas últimas cabe señalar que de la base de opinión pericial puede correrse traslado hasta cinco días antes de la realización del juicio, art. 415 del C.P.P., otro aspecto por el cual procede su admisión.

Eso sí, se requiere que el juez del conocimiento abra un espacio correlativo para que la defensa pueda analizar dichos elementos y realizar las peticiones probatorias y observaciones que considere pertinentes, esto es, podrá realizar la Fiscalía el descubrimiento de los mencionados elementos probatorios en la audiencia preparatoria, garantizándose en todo caso por parte de la judicatura los espacios necesarios para que la defensa pueda recolectar la prueba de descargo, de esta forma se evita cualquier tipo de sorprendimiento y desequilibrio entre las partes. Los anteriores argumentos son más que suficientes para despachar favorablemente la alzada y en consecuencia revocar la decisión apelada en los términos analizados líneas más arriba.

En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero: *REVOCAR* la decisión apelada en este caso para que en su lugar se practique la prueba documental, las pericias y el testimonio negados por el a quo a la Fiscalía, acorde a lo analizado en la parte considerativa de esta decisión.

Segundo: Esta decisión se notifica en estrados y contra la misma no procede ningún recurso.

Tercero: Una vez leída esta decisión se ordena el envío inmediato de la carpeta al juez de instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO

LUÍS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE

**RELEVANTE
SALA DE DECISIÓN PENAL**

M. PONENTE	: CESAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO
ACTA DE APROBACIÓN	: 06/26 DE ENERO DE 2018
RADICADO	: 05 001 60 00000 2017 00123
CLASE DE ACTUACIÓN	: APELACIÓN
TIPO DE PROVIDENCIA	: AUTO INTERLOCUTORIO
FECHA	: 26 DE ENERO DE 2018
DECISIÓN	: REVOCA
DELITOS	: SECUESTRO EXTORSIVO AGRAVADO Y OTRO

DESCRIPTOR

- DESCUBRIMIENTO PROBATORIO COMO EXPRESIÓN DEL DEBIDO PROCESO / DESCUBRIMIENTO PROBATORIO TARDIO. PROCEDENCIA EXCEPCIONAL / CONCEPCIÓN NEGATIVA DEL DESCUBRIMIENTO PROBATORIO / MOMENTOS ESENCIALES DEL DESCUBRIMIENTO PROBATORIO. CONSAGRACIÓN LEGAL / SANCIONES AL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE DESCUBRIMIENTO PROBATORIO. CONSAGRACIÓN LEGAL / OBSERVACIONES AL DESCUBRIMIENTO DE MATERIAL DE CARGO / VARIABLES QUE DEBEN ANALIZARSE PREVIO A APLICAR LA SANCIÓN PROCEDIMENTAL DEL ART. 346 DEL C.P.P. /

RESTRICTOR

- Gracias al descubrimiento probatorio se materializan caros principios que hacen parte del debido proceso, y como tal, gobiernan las actuaciones dentro del ámbito procesal penal, en especial lo relacionado con el tema probatorio. Materializa el derecho de defensa, contradicción, legalidad, lealtad, etc. Tal actividad debe realizarse de manera metódica y cronológica.

-Por fuera de los términos establecidos en el canon 344 del C.P.P., se puede realizar el descubrimiento de medios de prueba, por ejemplo en los casos de prueba sobreviniente, sin que ello implique afectación del debido proceso o violación de garantías fundamentales.

-El Descubrimiento probatorio hace parte esencial del sistema de enjuiciamiento adversarial adoptado en nuestro medio, en el que actualmente se encuentra superada la tesis que gobernó por mucho tiempo en el mundo penal y que consideraba una desventaja para la administración de justicia descubrir a la defensa de manera oportuna y completa el material de conocimiento.

-De acuerdo al contenido del art. 344 del C.P.P. la formulación de la acusación marca el punto de partida del descubrimiento probatorio, significando además que este puede proceder de manera excepcional en el juicio oral.

-A veces del art. 346 del C.P.P. el juez está en la obligación de rechazar los elementos con vocación probatoria que debiendo ser descubiertos no lo hayan sido. No pueden ser aducidos, practicados, ni convertirse en prueba.

-Dispone el canon 356 del C.P.P. que al inicio de la audiencia de formulación de acusación, las partes pueden formular observaciones al proceso de descubrimiento de elementos probatorios.

- Le corresponde al funcionario valorar si el tardío descubrimiento probatorio obedece a criterios objetivos, valorando entre otros, aspectos tales como si en verdad se genera la real afectación del derecho de defensa, el daño que reporta para la indemnidad del juicio el no contar con el elemento, la vulneración del debido proceso, etc.