



SALA PENAL

FICHA DE REGISTRO	
Radicación	05 001 60 00 206 2021 08720
Acusado	Diego Fernando Arenas Giraldo
Víctimas	Ana Sofía Mesa Escobar (9 años) Sara Cristina Mesa Escobar (12 y 13 años al momento de los hechos) Hijastras del acusado
Hechos	Años 2019, 2020 y 2021
Delitos en concurso (Art. 31 CP)	Art. 205. Acceso carnal violento, agravado por el Art. 211 numerales 4, 5 y 6 Art. 168. Secuestro simple agravado por el Art. 170 numeral 1. Art. 208 del CP. Actos sexuales con menor de 14 años, agravado por el Art. 211 numeral 5 (padrastra de la víctima)
Juzgado <i>a quo</i>	Sexto (6°) Penal del Circuito de Medellín
Asunto	Apelación de auto proferido en audiencia preparatoria
Consecutivo	SAP-A-2022-006
Aprobado por Acta	Nº 053 de 9 de marzo de 2022
Audiencia de exposición	Viernes 11 de marzo de 2022; hora: 2:00 p.m
Tema	Sanción rechazo del art. 346 CPP y la prueba sobreviniente del art. 344, parte final, del CPP
Decisión	No hay recurso de apelación contra órdenes.
Magistrado Ponente	NELSON SARAY BOTERO
Salvamento Voto	SANTIAGO APRÁEZ VILLOTA

Medellín, Antioquia, once de marzo de dos mil veintidós (2022)

1. ASUNTO

En sesión de **audiencia preparatoria** ante el señor Juez Sexto Penal del Circuito de Medellín, Antioquia, la abogada defensora del implicado, doctora SANDRA MILENA TAPIAS HERNÁNDEZ, solicitó la **exclusión** de una prueba pericial pedida por la Fiscalía al considerar que no fue descubierta conforme lo exige el Art. 356 numeral 3º, esto es, *“que la fiscalía y la defensa enuncien la totalidad de las pruebas que harán valer en la audiencia del juicio oral y público”*.

2. SOLICITUD DE PRUEBA POR PARTE DE LA FISCALÍA

La Fiscal 114 Seccional, doctora MARIA CECILIA ARROYAVE HENAO, al momento de las solicitudes probatorias, requirió, entre otras, como prueba

testimonial, la declaración de un perito quien realizará la prueba de cotejo entre el hijo de una de las víctimas y el procesado.

Adujo que aún no tiene el nombre del perito quien realizará el cotejo, pero que ya se tomó la muestra tanto a la víctima como al acusado, por lo que una vez se rinda el dictamen dará traslado a la defensa.

Así hizo su solicitud probatoria:

“(50:05) como quiera señor juez que se pretende obtener información detallada acerca de los resultados de la prueba de ADN que está pendiente y se anunció desde antes, desde el escrito de acusación, aún la Fiscalía no tiene información, conoce que ya se le tomó la muestra a la víctima SARA CRISTINA, fruto del embarazo de SARA CRISTINA y al acusado y que está en Medicina Legal en proceso de estudio para determinar ADN, **aún no tengo entonces el perito que realice ese estudio de ADN** entonces la Fiscalía anuncia que por tratarse de un dictamen pericial la Fiscalía entregará información inmediatamente reciba el informe del Instituto de Medicina legal y Ciencias Forenses, al efecto, dará traslado a la defensa y entregará información al despacho en punto a determinar cuál es el perito que va a avalar ese resultado de cotejo de ADN que permita determinar que fruto del embarazo de SARA CRISTINA, como espera la Fiscalía en su teoría del caso pertenece como padre biológico al hoy acusado.

Posteriormente, entonces, la Fiscalía entregará esa base de opinión pericial y allí estará **contenido el nombre del perito** que va a venir a sostener esa base de opinión pericial y lo que respecta al resultado de la búsqueda selectiva en base de datos, será también tema que posteriormente la Fiscalía entonces acreditará con la autorización del despacho de **que se maneje como prueba sobreviniente.**

En esos términos la Fiscalía concluye sus argumentos en punto de pertinencia. (52:19) Se resalta.

3. SOLICITUD DE EXCLUSIÓN (“SANCIÓN RECHAZO”) DE PRUEBA POR PARTE DE LA DEFENSA

La abogada del implicado, doctora SANDRA MILENA TAPIAS HERNANDEZ, se opone al decreto del testimonio del perito, con quien se incorporará la base de opinión pericial, al considerar que la prueba no fue enunciada, ni descubierta por la Fiscalía, conforme lo exige el Art. 356 numeral 3º: *“que la fiscalía y la defensa enuncien la totalidad de las pruebas que harán valer en la audiencia del juicio oral y público”*.

Textualmente refirió la abogada defensora:

“(01:00:20) Su señoría dentro del proceso que se debe observar para hacer la enunciación, descubrimiento y posteriormente las solicitudes probatorias esta defensa advierte **que la solicitud de la prueba del cotejo de ADN no fue ni descubierta por las razones que advirtió la Fiscalía, pero, sin embargo, tampoco fue enunciada**

solamente se vino a enunciar en las solicitudes probatorias y considera esta defensora el proceso penal tiene etapas preclusivas y atendiendo al orden de los establecido en el artículo 356 numeral 3° que advierte “*que la fiscalía y la defensa enuncien la totalidad de las pruebas que harán valer en la audiencia del juicio oral y público*” la Fiscalía omitió esta enunciación, y expresa el Art. 376 detalla otro contexto, y considera esta defensa que no se puede hacer una solicitud probatoria sin haberse enunciado, por eso la costumbre judicial en algunas ocasiones cambia la dinámica y ofrece la posibilidad de que en la enunciación se hagan las solicitudes probatorias y esta situación, su señoría, también está decantada por la Corte, en el entendido de que se configura pues ese incumplimiento del requisito o del paso que establece el artículo del descubrimiento que incluye pues esa prueba que se puede practicar en juicio omisión que a juicio de esta defensa afecta el debido proceso probatorio y no se puede justificar que fue adicionado en no sé si en la acusación o qué, pero en la audiencia preparatoria, ni se enunció y tampoco se descubrió, esto pues, no hace viable que se decrete esta prueba, pues se desequilibra un proceso que se caracteriza por la igualdad de armas, al punto que en decisión de la SPTSM de julio 16 de 2015 Rad. 2013-41627 decretó la nulidad (no se entiende) al juez que llevó al no descubrimiento por parte de la defensa.

Finalmente, advirtió como invalido acudir al tenor literal del numeral 2° del art 356 de la norma procesal, pues en idéntico sentido se dispone en el artículo 344 *ibidem* [sobre **prueba sobreviniente**, se aclara] que determina el descubrimiento con carga a la Fiscalía y que siempre incluye los testimonios que se solicitaran en el juicio oral.

Aquí está la argumentación para oponerme que se decrete esa prueba en este juicio su señoría” (01:03:28).

La señora Fiscal Seccional, doctora MARIA CECILIA ARROYAVE HENAO, aclaró que en la audiencia de acusación anunció que quedaron unos elementos materiales probatorios pendientes; además, informó que hizo un listado del 1 al 6 en la parte final del escrito y en el numeral 3° quedó pendiente la toma para análisis de ADN.

La defensa conoció que la Fiscalía insistió a las víctimas para que acudieran a medicina legal a esa toma de muestras y que finalmente se hicieron.

No es un tema que sorprenda a la defensa o que desequilibre esa igualdad de armas, pues es de su conocimiento que los resultados están pendientes.

Es cierto que la Fiscalía no tiene las conclusiones del perito, del cotejo de ADN y no puede aportar ni siquiera el nombre del médico, pero cuando llegue el informe se arrimará esa información.

Es un asunto que queda pendiente, pero la Fiscalía lo anunciará, sin que ello signifique sorprendimiento alguno a la contraparte.

El apoderado de víctimas, doctor, ALVARO ENRIQUE LEDESMA RENTERIA, solicitó se rechace la solicitud de la defensa, pues como lo indicó la delegada

Fiscal en el escrito de acusación se anunció que quedaba pendiente la toma de muestras ante el Instituto de Medicina Legal y hasta el momento no se ha allegado el resultado, de ahí ningún sorpresimiento se hace a la defensa.

4. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El despacho decretó todas las pruebas solicitadas tanto por la Fiscalía, como por la defensa.

Aclaró que la prueba se viene anunciando desde la audiencia de formulación de acusación, pero no ha sido posible exhibir materialmente el informe pericial, por razones no atribuibles a la Fiscalía.

Se translitera la decisión:

“(min. 16:59) con respecto a la solicitud de practicar un medio de prueba pericial relacionado con cotejo de ADN para acreditar paternidad y el cual se utilizará el Art. 415 y es que se ponga de presente el informe de base de opinión pericial a la defensa cinco (5) días antes de la declaración del perito.

En este caso es donde se ha presentado una discusión, es cierto que, la señora Fiscal ***lo ha descubierto en el escrito de acusación, ha indicado que estaba pendiente de sus resultados y así lo ha informado en varias audiencias.***

Es también cierto que, en el momento de la enunciación probatoria no se hizo alusión ni al nombre del perito, ni al informe base de opinión pericial, eso para mí como juez plantea una dificultad en torno a garantizar el debido proceso probatorio para la Fiscalía y para la defensa, miren un caso que involucra en este asunto menores de edad, una de ellas, en lo que corresponde a esta naturaleza de delitos.

Como se estableció entonces, en la sentencia que les hice referencia al inicio de la argumentación, si la Fiscalía ha venido indicando que el resultado del cotejo de ADN no había podido ser puesto a disposición de la defensa; es decir, no ha podido ser exhibido materialmente a la defensa, no conoce el nombre del perito que va a realizar este cotejo, lo cierto es que en este caso aún no se ha cumplido todo el derrotero de un completo descubrimiento que garantice esa contradicción, pero también hay que decirlo no ha sido una situación atribuible a culpa o a negligencia de la parte que es la Fiscalía ***lo viene enunciando desde el escrito de acusación.***

En ese sentido, como una medida de dirección del proceso, en este caso y conforme al Art. 344 se le dará aplicación en el momento oportuno a lo que corresponde a su inciso final, esto es que *“si alguna de las partes encuentra evidencia o elemento probatorio muy significativos que deba ser descubierto lo pondrá en conocimiento del juez quien oirá a las partes y considerado el perjuicio que podría producirse el derecho de defensa y la integridad del juicio, decidirá si*

es excepcionalmente admisible o si debe excluirse esa prueba” [sobre **prueba sobreviniente**, se agrega por la Sala].

No es adecuado que, como juez, en este momento me anticipe a una decisión de rechazo o de exclusión del medio de conocimiento, pues se ha informado incluso en la misma solicitud que “no conoce el nombre del perito, no se ha hecho el cotejo, solamente se ha tomado la muestra”; es decir, continúa el acto investigativo pendiente.

En ese sentido, entonces, la decisión frente a ese medio de prueba no puede ser de rechazo o exclusión; y, para garantizar el debido proceso a las partes en este caso, se resolverá una vez el mismo sea obtenido y se haga la solicitud correspondiente. (min. 20:47).

5. RECURSO DE APELACIÓN

La abogada defensora, SANDRA MILENA TAPIAS HERNANDEZ interpone recurso de reposición, en subsidio apelación, para lo cual expone lo siguiente:

(25:35) toda vez que esta defensa considera muy respetuosamente que usted debería pronunciarse sobre la solicitud en el punto de la omisión en la que incurre la Fiscalía para enunciar el elemento material probatorio, porque si bien no cuenta con el mismo debió de haber observado los requisitos de que trata el Art. 375 numeral 3°, su señoría, atendiendo a que esto si bien se advierte por parte de la Fiscalía que se adicionó la audiencia de acusación, el Art. 344 y usted lo señaló y es claro en advertir que se debe garantizar porque **el descubrimiento debe ser lo más completo posible** y la Fiscalía en su argumentación reconoció que era su obligación enunciarlo como pendiente y no lo hizo su señoría, entonces, con todo respeto yo considero que **usted no puede diferir la audiencia** en este sentido deberá resolver sobre la objeción, toda vez, pues que, al presentarse un recurso de alzada tendría que solicitarle a esta defensa a los Honorables Magistrados que se pronuncien en el sentido de que usted no va a pronunciarse sobre mi solicitud, porque no se puede diferir la audiencia su señoría. Es mi argumento. (27:19)

Los demás intervinientes en traslado como no recurrentes, solicitaron confirmar la decisión de primer grado.

El *iudex a quo*, no repone la decisión exponiendo las siguientes consideraciones:

(38:16) Bien, frente a este evento en particular la defensa tiene como controversia de la decisión que no se puede diferir esa decisión con posterioridad a esta audiencia y que se debe responder con los que corresponde con el rechazo.

(38:32) Lo primero a precisar es que en este asunto el medio de prueba al que hizo referencia la Fiscalía en su solicitud probatoria manifestó que se trataba de un medio de conocimiento pendiente que hasta el momento se han hecho las tomas de las muestras; y, en el escrito de acusación desde el momento del escrito y la acusación y

en los avances de audiencia preparatoria y los varios aplazamientos que ha tenido esto, se ha informado que aún estaba pendiente de su obtención y del conocimiento del nombre del perito.

Esto significa y se ha indicado en el auto que no se ha descubierto plenamente y así lo ha informado la Fiscalía; y, en la solicitud se ha advertido de esa manera se ha indicado que proceder con un rechazo de un medio en esas condiciones afectaría un debido proceso, toda vez que la misma parte está indicando que hasta el momento no le ha sido posible la obtención del resultado del cotejo de ADN y el conocimiento del nombre del perito; y ha avisado que pretende acogerse a los postulados del Art. 415 del CPP.

Decretarlo sin que se le garantice a la defensa el conocimiento pleno de este elemento que está informado desde el escrito de acusación no solo es atentar si la defensa, sino también anticipar la pertinencia o no de un medio de prueba que apenas está en actos investigativos, por eso para la integridad del juicio se hizo referencia en el auto objeto del recurso el art. 344 que habilita excepcionalmente ese descubrimiento si en audiencia de juicio se obtiene lo será entonces la solicitud, la correspondiente decisión.

Se advierte que, en este caso ni está en poder de la Fiscalía, ni está en poder de la defensa, **en ese sentido entonces si se obtiene con posterioridad la audiencia preparatoria y según lo planteen las partes los postulados del Art. 344** en el sentido entonces la decisión referente a no rechazar ese medio que está pendiente y así se ha avisado y no decretarlo, porque no se ha garantizado plenamente a la defensa su conocimiento y tampoco tiene conocimiento la Fiscalía, porque ha indicado que no se ha obtenido es la razón de no poner en riesgo el debido proceso de ambas partes y el derecho que también tienen las víctimas en este caso.

En ese sentido, no hay lugar a reponer la decisión y se concederá entonces el recurso de apelación (42:30)

El *iudex a quo* remitió las diligencias para resolver el recurso de alzada impetrado por la defensa.

6. ENTRE LA SANCIÓN RECHAZO Y LA PRUEBA SOBREVINIENTE

6.1 MARCO NORMATIVO

En esta audiencia se plantearon las situaciones de la sanción rechazo del artículo 346 del CPP y la prueba sobreviniente según la parte final del canon 344 del CPP.

Expresan las normas en comentario:

SANCIÓN RECHAZO	PRUEBA SOBREVINIENTE
Artículo 346. Sanciones por el incumplimiento del deber de	Artículo 344.- Inicio del descubrimiento. (...).

<p>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.</p>	<p>El juez velará porque el descubrimiento sea lo más completo posible durante la audiencia de formulación de acusación.</p> <p>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.</p>
---	---

6.2 SOBRE LA SANCIÓN RECHAZO

Los artículos 344, 346, 356 y 374 de la Ley 906 de 2004 regulan la oportunidad para que la Fiscalía y la defensa efectúen el descubrimiento probatorio y establecen como sanción por el incumplimiento de esta obligación, el rechazo de la evidencia que pretenda aducirse¹.

Es evidente que la norma mencionada está en consonancia con los artículos 357 y 359 *ibidem* que determinan, respectivamente, frente a las solicitudes probatorias, las reglas de pertinencia y la posibilidad de exclusión, rechazo e inadmisibilidad de los medios de convicción².

Las desavenencias en torno al descubrimiento deben ser superadas por el juez a través de sus labores de dirección³.

si no se cumple con el descubrimiento general, con o sin orden específica del juez, el elemento material probatorio o la evidencia física, entonces:

(i) No puede ser aducido al proceso; aducir, según el Diccionario de la Real Academia, es tanto como “traer, llevar, enviar”⁴.

(ii) No puede convertirse en prueba.

(iii) No puede practicarse en el juicio⁵.

Lo relevante es que el medio probatorio sea conocido por la contraparte. Es lo que se puede denominar como “**principio del conocimiento**”.

No se afecta en modo alguno el contradictorio ni constituye un sorprendimiento o limitación de controversia cuando ese elemento **final y efectivamente se conoció** por la otra parte⁶.

¹ CSJ AP 132-2021, rad. 58.498 de 27 enero 2021.

² CSJ AP 1403-2019, rad. 54.776 de 10 abril 2019.

³ CSJ AP, 8 marzo 2018, rad. 51.882; CSJ SP 2908-2021, rad. 52.858 de 7 julio 2021.

⁴ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. En: <http://lema.rae.es/drae/?val=aducir>

⁵ CSJ SP rad. 31.614 de 22-07-09; CSJ AP rad. 33.364 de 09-12-10.

⁶ CSJ AP 6140-2014, rad. 44.452 de 8 octubre 2014.

La finalidad del trámite del descubrimiento probatorio es que las partes lleguen al juicio oral con pleno y total **conocimiento** de los medios cognoscitivos de la contraparte, con una estrategia ofensiva o defensiva debidamente preparada con plenas garantías de sus derechos⁷.

El objetivo del descubrimiento es que se conozca por la contraparte el elemento material probatorio, la evidencia física o la información legalmente obtenida.

La **finalidad no es lograr la exclusión de la prueba**. El objetivo del instituto es el de evitar la “*emboscada probatoria*”. El rechazo es una sanción por el incumplimiento no justificado⁸.

En el *sub lite*, se aclaró que la fiscalía siempre anunció el trámite de toma de muestras para cotejo y que está pendiente del resultado, esto es, de la pericia de medicina legal sobre comparación de ADN de víctima y procesado, pero todavía materialmente no se tiene la base de opinión pericial.

Bajo ese entendido, el señor juez de la causa optó por la medida de la prueba sobreviniente

6.3 SOBRE LA PRUEBA SOBREVINIENTE

La postulación de la prueba sobreviniente la tienen exclusivamente “**las partes**”, esto es, fiscalía (Arts. 113-117 CPP) y defensa, que conforma una unidad con el imputado (Arts. 118-131 CPP).

Quedan excluidas de dicha pretensión, los intervinientes procesales sin distinción alguna, tales como la víctima y su apoderado judicial (Arts. 132-137 CPP) y el ministerio público (Arts. 109-112 CPP).

El carácter sobreviniente de un elemento de convicción no está dado solamente por el hecho de que no se conociera con anterioridad. Se requiere, en todo caso, que objetivamente no haya sido posible advertir su existencia y recolectarlo⁹.

Una situación de este último jaez pueden ser los resultados de exámenes médicos, físicos, químicos o de cualquier otra naturaleza que requieran tiempo en su desarrollo y análisis, en fin, situaciones donde no se tiene todavía el informe base de opinión pericial, ni el resultado del examen, ni el nombre del perito, etc.

Lo sobreviniente, entonces, es el resultado de los exámenes realizados.

En todo caso, una vez se obtengan los resultados se pondrán en conocimiento de la contraparte y se pedirá como prueba sobreviniente al juez de conocimiento.

La oportunidad para su petición precluye o finaliza cuando se inicia la fase de alegaciones del juicio oral¹⁰.

⁷ CSJ AP 6140-2014, rad. 44.452 de 8 octubre 2014.

⁸ Art. 346 CPP, CSJ SP rad. 31.614 de 22-07-09.

⁹ CSJ AP 132-2021, rad. 58.498 de 27 enero 2021.

¹⁰ CSJ AP rad. 9.274 de 27 julio 1994; CSJ AP, 25 agosto 1994; CSJ AP, 11 noviembre 1994.

El juez debe escuchar a 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.

7. LA DECISIÓN JUDICIAL EN ESTE ASUNTO FUE UNA ORDEN Y NO UN AUTO

Esto resolvió el juez de instancia:

En ese sentido, entonces, la decisión frente a ese medio de prueba no puede ser de rechazo o exclusión; y, para garantizar el debido proceso a las partes en este caso, se resolverá una vez el mismo sea obtenido y se haga la solicitud correspondiente. (min. 20:47).

Sobre el asunto la misma impugnante dijo:

(25:35) esta defensa considera muy respetuosamente que usted debería pronunciarse

(...) usted no va a pronunciarse sobre mi solicitud, porque no se puede diferir la audiencia su señoría. (27:19)

Así pues, no hay un auto de admisión, o de inadmisión, o de rechazo o de exclusión, de un determinado medio probatorio.

El juez entonces consideró que la prueba se trataría sobre **sobreviniente** cuando la fiscalía descubra el informe base de opinión pericial, el resultado y el nombre del perito, entre otros aspectos.

Si todo ocurre antes de las alegaciones de conclusión, se ha de decidir de fondo el asunto, con posibilidad para la contraparte, en caso de admitirse la prueba sobreviniente, para presentar prueba de refutación sobreviniente.

En efecto, lo que dictó el señor juez fue una **orden**.

Establece el Art. 161 del CPP

Artículo 161. **Clases.** Las providencias judiciales son:

(...).

3. Ordenes, si se limitan a disponer cualquier otro trámite de los que la ley establece para dar curso a la actuación o evitar el entorpecimiento de la misma. Serán verbales, de cumplimiento inmediato y de ellas se dejará un registro.

El artículo 161 del CPP/2004 indica que las providencias judiciales son (i) sentencias, (ii) autos y (iii) órdenes.

De la sola lectura, si se quiere desprevenida de la norma transcrita, queda claro que las órdenes a que se refiere el numeral 3º son aquellas proferidas:

1. Por los jueces de la República, y según el parágrafo, las proferidas por los fiscales.
2. Con la finalidad de dar curso a la actuación o de evitar el entorpecimiento de la misma.
3. Son verbales.
4. Son de cumplimiento inmediato.
5. De las órdenes se debe dejar un registro¹¹.

No todas las manifestaciones del juez, como director del proceso, son susceptibles de recursos, pues ello depende del asunto que resuelven¹².

Se ha entendido que las decisiones susceptibles de recursos son los autos que tengan como finalidad resolver algún incidente o aspecto sustancial objeto de controversia, sin que dicha posibilidad de impugnación se extienda a las *órdenes*, en atención a que éstas se limitan a disponer cualquier otro trámite de los que la ley establece para dar curso a la actuación o evitar el entorpecimiento de la misma (artículo 161, numeral 3°, C.P.P.)¹³.

Por su carácter y el propósito que se persigue con ellas, las órdenes son de cumplimiento inmediato y no admiten recurso alguno.

Entonces, como se emitió una orden no hay decisión sobre la cual la Sala deba emitir algún pronunciamiento de fondo, razón por la cual se abstendrá de conocer, contra dicha decisión procede el recurso de reposición, y, finalmente, se devolverá en forma inmediata la actuación al despacho de origen.

8. CONCLUSIÓN

Por las razones expuestas, la Sala se abstiene de conocer del recurso de apelación contra una orden, en consecuencia, se devolverá la actuación al despacho de origen. Contra esta decisión procede el recurso de reposición.

9. DECISIÓN

LA SALA DE DECISIÓN PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, (i) SE ABSTIENE de conocer del recurso de apelación contra una orden, por las razones expuestas; **(ii)** contra esta decisión procede el recurso de reposición; **(iii)** se devolverá la actuación al despacho de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

¹¹ CSJ SP 134-2016, rad. 46.806 de 20-01-16; CSJ AP 1324-2019, rad. 54.383 de 10 abril 2019.

¹² CSJ STP 12194-2020, rad. 113.398 de 3 noviembre 2020.

¹³ CSJ STP 12194-2020, rad. 113.398 de 3 noviembre 2020.

FICHA DE REGISTRO	
Radicación	05 001 60 00 206 2021 08720
Acusado	Diego Fernando Arenas Giraldo
Víctimas	Ana Sofía Mesa Escobar (9 años) Sara Cristina Mesa Escobar (12 y 13 años al momento de los hechos) Hijastras del acusado
Hechos	Años 2019, 2020 y 2021



NELSON SARAY BOTERO
Magistrado



HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA
Magistrado



SALVAMENTO DE VOTO
SANTIAGO APRÁEZ VILLOTA
Magistrado

Salvamento de voto

Con mi acostumbrado respeto por la decisión de la mayoría, brevemente expongo la razón por la cual considero que la Sala debió decretar la nulidad de la determinación adoptada por el funcionario de conocimiento.

En la oportunidad que tiene establecido el estatuto procesal penal para decidir sobre el rechazo de una prueba (audiencia preparatoria), la defensa solicitó al juez pronunciarse sobre una solicitada por la Fiscalía, pero este omitió un pronunciamiento de fondo, alegando que lo haría en una instancia posterior, lo cual no consulta el procedimiento establecido y vulnera el debido proceso, ya que no existe otro espacio procesal para resolver sobre la admisión o rechazo de una prueba que fue descubierta en la acusación, por lo que la Sala debió entrar a remediar de fondo esa situación con independencia que la decisión del juez correspondiera por su naturaleza a una orden.

Al margen de lo anterior, tengo por decir que lo cierto es que la prueba fue anunciada por la representante de la Fiscalía desde la audiencia de formulación de acusación, pero debido al trámite que debe surtirse en Medicina Legal no se conoce el nombre del perito y los resultados del dictamen, por lo que no se puede sostener que la defensa haya sido sorprendida con un descubrimiento tardío y que ello obedezca a causa imputable a la fiscalía.

La prueba fue anunciada en la acusación y en mi sentir, entonces, fue oportunamente descubierta, solo que debido a situación no imputable a la representante del ente acusador no se cuenta con el informe base de la opinión pericial, para lo cual tengo que señalar que el artículo 415 de la ley 906 de 2004 contempla la posibilidad de que el juez ordene que el mismo sea puesto en conocimiento de *“las demás partes al menos con cinco (5) días de anticipación a la celebración de la audiencia pública...”*

Me extraña que se diga que su admisión o rechazo seguiría los cauces de la *prueba sobreviniente* en los términos del artículo 344, ignorando que desde la acusación se tiene conocimiento de su existencia, por lo que no se cumple con uno de los requisitos esenciales de esta clase de pruebas.

Aquello que debió hacer el juez es decretar la prueba testimonial solicitada, de considerar su conducencia, pertinencia y utilidad,

imponiéndole a la Fiscal la obligación de informar a tiempo el nombre del perito oficial y ordenándole que, con cinco (5) días de anticipación al menos a la audiencia de juicio oral, pusiera en conocimiento de las demás partes e intervinientes el contenido del informe pericial para que pudieran ejercer el contradictorio, otorgando desde luego un tiempo razonable para ello.

En fin, no convencí a la mayoría de decretar esa nulidad para que el juez se pronunciara sobre la admisión o rechazo del testimonio, nulidad que en mi sentir prevalece sobre la abstención adoptada, por lo que ello me lleva a salvar el voto.

A handwritten signature in black ink, consisting of several fluid, overlapping loops and a long horizontal stroke extending to the left.

Santiago Apráez Villota

Magistrado

Fecha ut supra.