

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Sustanciador:
Santiago Apráez Villota
Aprobado Acta No. 84.

Medellín, junio siete (7) de dos mil diecisiete (2017).

En audiencia celebrada el pasado 28 de marzo, la Juez 4º Penal del Circuito de esta ciudad denegó la solicitud de nulidad elevada por el representante de la víctima.

Contra esta determinación interpuso el recurso de apelación dicho apoderado, que fue sustentado en la misma audiencia, por lo que la Sala se apresta a desatar la alzada.

ANTECEDENTES

1. Una representante de la Fiscalía General de la Nación imputó y posteriormente acusó a Blanca Miriam David Salazar por la comisión de un concurso de delitos de fraude procesal y obtención de documento público falso, por hechos que tienen que ver con la transferencia a título de donación el 2 de junio de 2009 de un inmueble de propiedad del Sindicato Nacional de Trabajadores del Instituto de Seguros Sociales y demás entidades de la seguridad social –SINTRAISS– a favor de la Cooperativa de la Seguridad Social, representada por Luz Astrid Quintero Álvarez, para lo cual, según el escrito de acusación, aquélla se habría valido de un documento de representación falso que fue presentado ante la Notaría Octava del Círculo de Medellín, como que para ese momento quien fungía como representante del sindicato era el señor Nelson Álvarez Holguín.

2. Como apoderado de la víctima (SINTRAISS) ha venido actuando desde un principio el abogado Mario de Jesús Moreno Moreno, quien en audiencia de juicio oral celebrada el pasado 28 de marzo demandó la declaratoria de nulidad de lo actuado por violación del debido proceso a partir de la sesión de audiencia preparatoria celebrada el 31 de julio de 2015 aduciendo, aparte de señalar que en la audiencia de acusación no se le permitió su participación, que si bien quien fungía como juez en esa data le permitió enunciar los medios de prueba que pretendía hacer valer en el juicio, no fue notificado para asistir a la sesión posterior del 29 de junio de 2016 donde debía explicar la conducencia, pertinencia y utilidad de los mismos, de manera que el juez no se pronunció al respecto y dio por culminada esa etapa, instalando el juicio oral el 21 de febrero de 2017, audiencia a la que tampoco pudo asistir porque debido a un paro judicial estaba bloqueada la entrada al edificio donde se celebró sin su presencia, por lo que sólo hasta esta audiencia se había enterado que el juicio oral había iniciado con la presentación de las teorías del caso de las partes, con lo cual se habría vulnerado el derecho de la víctima a solicitar pruebas reconocido en la sentencia C-209 de la Corte Constitucional.

3. Escuchados los representantes del Ministerio Público y de la Fiscalía General de la Nación, quienes se opusieron a la solicitud de nulidad, la funcionaria de conocimiento se negó a decretarla con los siguientes argumentos:

3.1. No es cierto que en la audiencia de formulación de acusación se haya impedido la participación del apoderado de la víctima, quien viene actuando desde las audiencias preliminares, pues fue a otra persona a quien no se le reconoció personería jurídica para actuar;

3.2. Si el abogado venía actuando desde la audiencia de formulación de acusación debió hacerle saber a la representante de la Fiscalía que pretendía solicitar algunos medios de convicción y en caso de obtener una respuesta negativa debió ventilarlo precisamente en aquella audiencia, lo cual no hizo;

3.3. En la sesión de la audiencia preparatoria del 31 de julio de 2015 se le permitió al representante de la víctima enunciar los medios de prueba, pero en la posterior sesión del 29 de junio de 2016, donde explicaría la

conducencia, pertinencia y utilidad de los mismos, no compareció, observando que en la carpeta existe constancia fechada el 9 de marzo de ese mismo año de haber sido citado.

Frente a este último punto aclaró la funcionaria, de una parte, que si bien el juez que la precedió permitió al citado apoderado en la primera sesión de la audiencia preparatoria enunciar los medios de prueba, se debe recordar que en varios pronunciamientos la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia -entre los cuales cita providencias del 7 de diciembre de 2011 y 21 de noviembre de 2012- se aclara que las solicitudes probatorias de la víctima deben estar plasmadas en el escrito de acusación para preservar el principio de igualdad de armas y la estructura del sistema acusatorio; y, de otra, que ante un derecho de petición que elevó el abogado donde solicitaba explicación por no haber sido citado a las audiencias, se le indicó que en la carpeta no figuraba dirección alguna y que había sido enterado a través de sus abonados fijo y celular, por lo que no fue por omisión atribuible a la judicatura que dejó de asistir a las audiencias programadas.

4. El apoderado de la víctima interpuso los recursos de reposición y apelación frente a la decisión adoptada por la funcionaria de conocimiento.

Al confutar las razones que tuvo la juez para negar la nulidad, el censor comenzó resumiendo el contenido de los derechos reconocidos a la víctima en la sentencia C-209 de 2007 de la Corte Constitucional, aparte de señalar que el artículo 357 de la ley 906 de 2004 fue declarado exequible por esa misma alta corporación, pero condicionado a que los representantes de las víctimas pueden realizar solicitudes probatorias en la audiencia preparatoria en igualdad de condiciones a la defensa y fiscalía, sin supeditar su actuación a la del ente acusador.

Considera entonces que las sentencias de constitucionalidad tienen un mayor poder vinculante que una sentencia de casación, ello para oponerse al respaldo jurisprudencial citado por la juez para señalar el momento en que el apoderado de la víctima debe enunciar los medios probatorios que hará valer en desarrollo del juicio oral.

Luego de reconocer que la víctima fue notificada y asistió a las audiencias de imputación, acusación y a la primera sesión de la preparatoria del 31 de julio de 2015 y de admitir que se le notificó el aplazamiento de las sesiones

del 16 y 30 de septiembre de 2015, pasó a sostener que no se le notificó la programación de la audiencia celebrada el 29 de junio de 2016, en cuya acta se dejó constancia del plantón judicial adelantado por Asonal Judicial en esa fecha, para señalar a continuación " *8.º. Por obvias razones, el suscrito apoderado no afirma que asistió a la mencionada audiencia, continuación de la preparatoria, el día 29 de junio de 2016, pero en mi experiencia profesional y con fundamento en el artículo 83 de la Constitución Política manifiesto que en la época de celebración de los llamados plantones judiciales, no se permitía el ingreso de público en general a este edificio más allá de las once de la mañana* " .

A lo anterior agregó que a la víctima no se le notificó su asistencia a la audiencia del 21 de febrero de 2017, indicando que se enteró de la que se estaba celebrando por notificación que por escrito se le envió a su oficina de abogado.

Para el recurrente es cierto que en la audiencia del 31 de julio de 2015 acordó con la representante de la Fiscalía solicitar un receso para ponerse de acuerdo con las pruebas que se irían a solicitar en la preparatoria, pero ello no significa que esa reunión se hubiera efectuado; no discute la afirmación de la juez, en el sentido que se intentó citarlo en varias ocasiones, pero una cosa es que se haya intentado contactarlo y otra muy diferente es que esa labor haya sido efectiva, como efectiva fue en ocasiones anteriores y en la misma audiencia que se estaba realizando.

En cuanto la juez expresó que existían constancias de que el abogado se presentó a la Secretaría a indagar sobre el curso del proceso, responde que ello acredita su diligencia en la defensa de los derechos de la víctima, haciendo referencia además a los derechos de petición que presentó al juzgado para que certificara si aparecía dirección suya en la carpeta y si fue citado a las diversas audiencias, obteniendo respuesta en el sentido que fue citado vía telefónica, lo cual no significa que haya respondido a esas llamadas, aportando también solicitud elevada a Asonal Judicial sobre el plantón judicial e igual petición al Centro de Servicios Judiciales.

5. Escuchados los no recurrentes (la representante de la Fiscalía precisó que no ha sido negligente en el acompañamiento a la víctima y que su participación debe hacerse en la etapa legal correspondiente; mientras que el defensor apoyó la decisión adoptada por la juez), la funcionaria de

primera instancia negó la reposición y concedió el recurso de apelación ante esta instancia, que se pasa a desatar.

SE CONSIDERA

Al apoderado de la víctima le asiste interés y legitimidad para mostrar su inconformidad a través de los recursos ordinarios frente a la decisión adoptada; y si bien el saneamiento del proceso debe plantearse en una etapa anterior (audiencia de formulación de acusación, artículo 339 de la ley 906 de 2004), como se trata de un vicio del procedimiento que el abogado alega que se presentó en desarrollo del juicio oral, hay lugar a pronunciarse sobre su solicitud.

El artículo 357 de la ley 906 de 2004 establece que durante la audiencia preparatoria el juez dará la palabra a la Fiscalía y luego a la defensa para que soliciten las pruebas que requieran para sustentar su pretensión; y que, excepcionalmente, el representante del Ministerio Público puede solicitar la práctica de una prueba no pedida por los anteriores y de cuya existencia haya tenido conocimiento.

Esta norma, como se sabe, fue declarada exequible en forma condicionada por la Corte Constitucional en sentencia C-454 del 7 de junio de 2006, en el entendido que los representantes de las víctimas en el proceso penal, pueden realizar solicitudes probatorias en la audiencia preparatoria, en igualdad de condiciones que la defensa y la fiscalía.

No obstante, ante las inquietudes que existe sobre la forma cómo debe la víctima ejercer ese derecho, tema del cual se ocupó la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema en la sentencia del 7 de diciembre de 2011 citada por la funcionaria de conocimiento y reiterada en posteriores pronunciamientos, conviene que este Tribunal fije su postura al respecto.

En esa sentencia la Corte se aplicó a resolver dos aspectos sobre el derecho a probar que le asiste a la víctima, en orden a darle alcance a aquel fallo de constitucionalidad, pues lo cierto es que la Corte Constitucional no desarrolló estos temas específicos y tampoco fue el propósito de la sentencia.

De una parte, se pregunta la Corte Suprema si la víctima debe encausar su derecho a descubrir y solicitar pruebas necesariamente a través del representante del órgano de persecución penal, a lo cual responde afirmativamente; y, de otra, se interroga sobre el momento en que la víctima debe proceder al descubrimiento probatorio a través de la Fiscalía, sobre lo cual concluye que la oportunidad que el estatuto procedimental le otorga para hacerlo es en la audiencia de formulación de la acusación.

Sobre este último aspecto, esta Sala encuentra acertado el planteamiento de la Suprema, aunque debe anticipar que en nuestro sentir nada se opone a que la víctima proceda al descubrimiento de manera directa, sin necesidad de encausar esta actividad probatoria a través de la Fiscalía, como bien sostuvo en su momento la representante del ente acusador en este caso.

Se parte de reconocer que la condición de la víctima en el fondo responde a la de un acusador privado y como tal, en orden a preservar el derecho a la última palabra que tiene el procesado o su defensor, al igual que sucede con la Fiscalía, el descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física debe verificarlo en los términos del artículo 344 de la ley 906 de 2004, esto en la audiencia de formulación de acusación, etapa que se constituye en la oportunidad para que fiscalía y víctima (si así lo solicita su representante) procedan en ese orden no solo a enunciar sino a descubrir, los medios de prueba que harán valer en desarrollo del juicio oral, sin perjuicio de lo relacionado con la prueba sobreviniente de que trata el inciso último de ese artículo.

En ese sentido prevalece el derecho a la última palabra que tiene la defensa, pues a partir de ese momento esta parte, conocidos los medios de prueba de su adversario, tiene la oportunidad de elaborar su estrategia defensiva en orden a ejercer el contradictorio probatorio; y es por esta razón que el numeral 2º del artículo 356 ejusdem autoriza a la defensa a realizar el descubrimiento de sus elementos probatorios y evidencia física en la audiencia preparatoria, luego de que el funcionario de conocimiento verifique si el realizado por la fiscalía y la víctima –si es el caso– ha quedado completo; el lapso transcurrido entre la audiencia de formulación de acusación y la audiencia preparatoria, es pues el tiempo con que cuenta la defensa para recaudar sus medios de prueba, conocidos los de sus contradictores, y planear su estrategia defensiva en ese campo, desde luego sin perjuicio de que el recaudo lo haya iniciado en etapas preliminares.

Hasta aquí, entonces, resulta claro para la Sala que: *i)* quien pretenda solicitar pruebas en la preparatoria, debe haber cumplido previamente con su descubrimiento, parte esencial de la actividad probatoria; *ii)* el descubrimiento probatorio para la Fiscalía –que se inicia incluso a través del escrito de acusación– y la víctima debe realizarse en la audiencia de formulación de acusación; *iii)* el derecho de la víctima a probar, reconocido en la sentencia C-209 de 2007, no puede hacerse en cualquier momento, pues debe cumplir con las etapas que el estatuto procesal penal otorga a las partes para su aducción, descubrimiento y solicitud.

En igual sentido, la Corte Suprema reiteró esta línea de pensamiento en auto del 25 de mayo de 2015, emitido dentro del radicado 45.667, al decir que era improcedente que la víctima pueda descubrir o adicionar el descubrimiento probatorio en la audiencia preparatoria, como que tanto a ella como a la Fiscalía le corresponde descubrir en la audiencia de acusación los elementos materiales probatorios y evidencia física que harán valer en el juicio, sin que tenga la posibilidad de hacerlo posteriormente.

Y ello por una razón potísima, que deriva –se itera– de la necesidad que el procesado y su defensor tengan la oportunidad de planificar la estrategia defensiva e implementarla a partir del estudio de los medios de convicción que sustentan los cargos presentados.

Frente al primer aspecto, esto es de si la víctima debe encauzar o no su derecho a descubrir y solicitar pruebas necesariamente a través del representante del órgano de persecución penal, que es el que ofrece alguna dificultad, se parte de considerar que la víctima en desarrollo del proceso penal tiene la condición de un interviniente especial, lo cual desde luego podría ser discutido frente a lo que sucede en otras legislaciones, no en el orden interno, pues así quedó definido en numerosos fallos de las altas Cortes, en los que se reconoce únicamente la condición de partes a la Fiscalía y defensa.

No obstante, ocurre que esa condición de interviniente especial faculta a la víctima a participar de manera activa en el desarrollo del proceso con la finalidad de hacer valer sus derechos a la verdad, justicia y reparación, lo cual genera cierto tipo de tensión con lo dicho por las Cortes, especialmente en materia probatoria.

Es que además de las facultades reconocidas a las víctimas en el artículo 11 de la ley 906 de 2004, en este tema probatorio es claro para la Sala que ella se encuentra habilitada para adelantar su propia investigación y recaudar elementos materiales probatorios, evidencia física y cualquier otra información que haya obtenido.

La pregunta que surge es cómo debe ejercer su derecho a probar, frente a lo cual la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia expresó en el fallo citado por la funcionaria de conocimiento que necesariamente debe encauzar su actividad probatoria a través de la fiscalía.

Apoyada en la sentencia de constitucionalidad C-209 de 2007, la Corte recuerda que la víctima no tiene condición de parte sino de un interviniente especial, esto es *“si bien no tiene las mismas facultades del procesado ni del acusador, si está dotada de unas características especiales que la facultan a participar de manera activa en el desarrollo del proceso, lo cual es más directo en las etapas anteriores y posteriores al juicio oral, porque en éste es pasiva, dado el carácter del debate probatorio que solamente se da entre adversarios, lo cual impone la intervención exclusiva del acusador y la defensa.”*

Y tras puntualizar en su activa participación en la fase de investigación y la obligación de la Fiscalía de garantizar la presencia de la víctima para que ejerza las facultades que la ley le otorga, se ocupa de definir lo relacionado con la intervención de la víctima a partir de la audiencia de formulación de acusación, aduciendo que, entre otras facultades, le está permitido hacer observaciones sobre el escrito de acusación (lo que incluye la adecuación típica y el descubrimiento probatorio) y proponer causales de incompetencia o impedimentos o nulidades, en el entendimiento que les dio la Corte Constitucional en la mentada sentencia, para agregar enseguida que *“en el desarrollo mismo del debate oral la víctima no puede intervenir, salvo que tiene la potestad de presentar alegato final”*.

Al estudiar el sentido y alcance de la sentencia C-454 de junio 7 de 2006, que se ocupó de la constitucionalidad del artículo 357 de la ley 906 de 2004, para la Suprema la igualdad de condiciones de la víctima, la defensa y la fiscalía proclamaba en este fallo, no deja de ser un enunciado teórico que no se puede concretar en la práctica, como quiera que el estatuto procesal y las decisiones de constitucionalidad exigen que la práctica de las

pruebas en el juicio oral corresponde, de manera exclusiva y excluyente, a las partes, esto es, a la fiscalía y a la defensa.

A partir de allí sostiene la Corte que para hacer efectiva la facultad de solicitar pruebas, la situación debe valorarse desde quienes tienen la potestad para intervenir en su práctica y, por tanto, si los únicos llamados a este procedimiento son fiscalía y defensa, es a tales partes a las cuales se impone exigir la carga del descubrimiento probatorio en las instancias de ley, por lo que la víctima debe hacer causa común con la Fiscalía, siendo la única llamada a introducir pruebas y, por tanto, todo aquello que tiene que ver con las solicitudes probatorias de la víctima debe canalizarlas por el único interlocutor válido que puede allegarlas y controvertirlas en el debate oral.

Si bien no discute esta Sala lo relativo a la práctica probatoria, más por atender los fallos de constitucionalidad, que dejaron intactos los contenidos de los artículos 378, 390, 391 y 395 de la ley 906 de 2006, que por compartir su esencia, aquello que no encuentra ajustado a los derechos que se le reconocen a la víctima es que tenga necesariamente que canalizar el descubrimiento y su solicitud probatoria a través del representante de la Fiscalía, cuando nada se opone a que lo haga directamente.

Si bien es cierto que lo ideal es que fiscalía y víctima hagan causa común y que solucionen los conflictos con apego en los lineamientos constitucionales y legales que imponen al ente acusador la carga de velar por las garantías de los perjudicados y por el restablecimiento de sus derechos, pues al fin y al cabo persiguen el mismo interés, que es la condena del penalmente responsable, y que con esa finalidad canalicen las solicitudes probatorias por quien está autorizado a intervenir en su práctica, habrá situaciones en las cuales el representante del ente acusador se niegue a incluir en su solicitud algún medio de prueba que en criterio de la víctima tienda a garantizar sus derechos a la verdad, justicia y reparación.

En sentir de este Tribunal, condicionar a la víctima a hacer sus solicitudes probatorias a través del fiscal cuando éste se niega a hacerlo, va en detrimento de tales derechos, por lo que en un ejercicio de ponderación necesariamente hay que darle prelación a los mismos, que se materializan necesariamente en la facultad que le ha sido reconocida constitucionalmente a solicitar pruebas y que no puede soslayarse con el argumento de proteger los derechos a un debido proceso constitucional y

legal y los del acusado, que de manera alguna se verían afectados porque a la víctima se le permita a través de su representado enunciar, descubrir y solicitar pruebas directamente en las etapas previas al juicio oral (acusación y preparatoria).

El mayor argumento que presenta la Corte Suprema en su sentencia consiste en que el juicio se *“desdibujaría si, por citar ejemplos, se permitiera que terceros ajenos a los dos adversarios postularan teorías del caso y, de manera independiente, descubrieran, solicitaran y participaran en la práctica, en la formación de las pruebas, pues desde tal perspectiva la igualdad de los dos contrarios no existiría y no habría lugar a aplicar las reglas de un proceso como es debido, atinentes al interrogatorio y contra-interrogatorio, previstas exclusivamente para las dos partes opuestas”*.

En nuestro entender incurre en generalizaciones, especialmente en torno a la actividad probatoria, sin distinguir los distintos pasos que deben seguirse en su producción, pues lo que se ha dicho es que, atendiendo a los fallos de constitucionalidad, se reconoce que no es posible que la víctima intervenga directamente en la práctica de las pruebas, actividad reservada a fiscalía y defensa, pero que atendiendo a esos mismos pronunciamientos en donde se le abrió la compuerta para solicitar pruebas, nada se opone a que lo pueda hacer sin la venia de la fiscalía, por decirlo así, si con ello se garantiza sus derechos a la verdad, justicia y reparación, que frente a tales informalidades derivadas de la forma cómo debe materializarse el derecho a probar prevalecen por tratarse de aspectos sustanciales del proceso penal.

A manera de ejemplo se ha dicho que sería contraproducente para la fiscalía que se le impusiera la práctica de una prueba que en sentir del ente acusador niegue su teoría del caso, supuesto de probable ocurrencia, pero si bien ello es así se trata de eventos excepcionales que bien pueden ser controlados por el juez a través de la facultad que la ley le otorga para verificar la conducencia, pertinencia y utilidad de la prueba, que de pasar ese tamiz tiene que ser parte de la práctica probatoria de la Fiscalía, cuyo representante debe asumir el deber de intervenir en su realización, ya sea directamente o con el asesoramiento del apoderado de la víctima, el cual para superar esa eventualidad podría formular, a manera de ejemplo, un cuestionario previo en el interrogatorio de los testigos para ser atendido por el representante del ente acusador, lo cual no desquicia el procedimiento y por el contrario garantiza los intereses del principal afectado con el delito.

De las motivaciones de la Corte parecería deducirse que la participación directa de la víctima en el descubrimiento y la solicitud probatoria atenta contra la igualdad de armas, lo cual puede ser así desde el punto de vista cuantitativo, esto es de la participación de dos acusadores en las etapas previas a la iniciación del juicio oral, pero lo cierto es que en el orden cualitativo se trata de una participación de dos sujetos con igual interés, que busca la condena del penalmente responsable, y en esa medida esa participación aparentemente desigual continúa en la misma forma como si se canalizara la solicitud probatoria de la víctima a través del representante de la Fiscalía, pues en el fondo aquello que sucede es que la actividad probatoria de la acusación es compartida por estos dos sujetos, sólo que la voz en este último evento corresponde usualmente a la del representante de la Fiscalía General de la Nación.

En ese sentido es conveniente aclarar por la Sala que el principio de la igualdad de armas en materia probatoria no se deriva del número de sujetos procesales que puedan enunciar, descubrir o solicitar pruebas, sino del hecho de que se le garantice a la parte contraria conocer oportunamente las solicitudes probatorias de su adversario o adversarios y que, en consecuencia, se le garantice de esta manera su derecho a ejercer el contradictorio. No se trata, entonces, de un asunto de orden cuantitativo, sino cualitativo, por lo que garantizado ello el principio no se ve afectado porque, como en este caso, sean la Fiscalía y el apoderado de la víctima quienes enuncien por separado los elementos probatorios que deberán realizarse en desarrollo del juicio oral.

En resumen, entonces, para esta Sala nada se opone para que el representante de la víctima, si así lo considera, proceda al descubrimiento y solicitud de sus propias pruebas, independientemente de la actividad probatoria de la Fiscalía, siempre que lo haga en las etapas establecidas en la ley para ejercer su derecho.

En el caso sometido a estudio de la Sala aquello que se tiene es que desde la audiencia de imputación se reconoció como víctima al Sindicato Nacional de Trabajadores del ISS y demás entidades de la seguridad social – SINTRAISS– y como su representante judicial al abogado Mario de Jesús Moreno Moreno, quien ha venido actuando desde la audiencia de formulación de imputación; este profesional del derecho hizo presencia en la audiencia de formulación de acusación, no siendo cierto que quien fungía como juez en ese momento haya obstaculizado su intervención, lo cual no se extracta del registro audible de la misma, distinto a que hiciera retirar del

estrado a un integrante del sindicato que se presentó como representante legal del mismo, sin serlo ni aducir poder de delegación; y hasta donde se sabe en esa audiencia, en ningún momento este apoderado dio a conocer que contaba con elementos probatorios o evidencia física que pretendía hacer valer en el juicio oral.

Con base en lo anterior se puede sostener, entonces, que el apoderado de la víctima no enunció ni hizo ningún descubrimiento probatorio en la etapa que le correspondía hacerlo, ni siquiera a través de la representante de la Fiscalía General de la Nación. Es de extrañar que de haber tenido los documentos que en audiencia posterior enunció, así lo habría hecho saber al juez, máxime cuando en la misma audiencia de formulación de acusación el defensor procedió a anticipar el descubrimiento de su evidencia física y elementos materiales probatorios, pese a que era el único sujeto autorizado legalmente para hacerlo en la preparatoria conforme al numeral 2º del artículo 356 de la ley 906 de 2004.

Si bien por esta sola razón habría en principio que impartirle confirmación a la determinación adoptada por la funcionaria de conocimiento de negarse a decretar la nulidad de lo actuado desde la primera sesión de la audiencia preparatoria, ocurrió que en esta actuación se presentó una situación *sui generis*, que se pasa a relacionar.

En la primera sesión de la audiencia preparatoria (julio 31 de 2015), finalizado el descubrimiento probatorio de las partes, el apoderado de la víctima pidió la palabra para señalar que en la audiencia de formulación de acusación no se le dio la oportunidad de exponer las pruebas que tenía en su poder y que por ello se podría estar incurriendo en una causal de nulidad que invalidaría lo actuado.

Y lo que ocurrió fue que la Fiscal apoyó la intervención del apoderado de la víctima diciendo que era importante que se le diera la oportunidad de ejercer su derecho, pero no a través de ella, mientras que el defensor no se opuso y accedió a la pretensión de dicho apoderado, siempre que encausara el descubrimiento por intermedio de la representante de la Fiscalía; el juez, luego de varios comentarios de las partes sobre el procedimiento a seguir, le permitió finalmente que enunciara los elementos materiales a descubrir, asegurando que no había oposición de la defensa, como no la hubo; y fue cuando el apoderado de la víctima relacionó un número elevado de documentos, al cabo de lo cual el funcionario judicial decretó un breve

receso para que se los hiciera conocer al defensor, como así procedió. Nadie hasta donde se sabe se opuso a ese descubrimiento tardío, ni siquiera mediante los recursos ordinarios, de manera que en sentir de la Sala debe respetarse esa situación consolidada dentro del proceso, en cuanto se admitió por todos que el apoderado de la víctima hiciera el descubrimiento probatorio en esa primera sesión de la audiencia preparatoria.

La audiencia fue suspendida para continuarla los días 16 y 30 de septiembre, en orden a que las partes se pronunciaran acerca de la pertinencia y conducencia de las pruebas enunciadas, pero se aplazó a solicitud de la representante de la Fiscalía, fijándose nueva fecha el 16 de diciembre de 2015, data en la cual tampoco se realizó por incapacidad médica del defensor. En el acta quedó constancia que hicieron presentes el representante de la Fiscalía y el apoderado de la víctima, quienes fueron notificados que la continuación de la audiencia preparatoria se realizaría el 9 de marzo de 2015 (debió ser 2016). Por renuncia del fiscal titular, nuevamente se aplazó para el 11 de mayo de 2016, pero en esa oportunidad no hicieron presencia los representantes del Ministerio Público y la Fiscalía, y tampoco el apoderado de víctimas, por lo que el juez fijó el 29 de junio de 2016, dejando constancia en el acta que “*las partes quedan notificadas por estrados*” (fl. 166 de la carpeta), cuando debió decir que únicamente quienes se hicieron presentes (procesada y defensor).

No hay constancia que el apoderado de la víctima fuera notificado de la continuación de la audiencia preparatoria para el 29 de junio, incluso quienes lo fueron efectivamente (el Fiscal 55 Seccional y el Procurador 124 Judicial Penal) fueron citados para el 12 de junio, entendiéndose que el encargado de elaborar las citaciones invirtió los números (fls. 167, 168, 177 y 178 de la carpeta).

Lo cierto es que a la sesión del 29 de junio de 2016, que se inició 49 minutos después de la hora programada debido a un plantón judicial, no asistió el apoderado de la víctima y tampoco el representante del Ministerio Público (ver acta visible a folios 179 a 181 de la carpeta).

Una de las razones de la funcionaria judicial para negar la nulidad de lo actuado fue la existencia dentro de la carpeta de una constancia del 9 de marzo de 2016, en el sentido que el apoderado de la víctima fue citado para diferentes audiencias a los abonados celulares 3117243954 y 3117242442, y en el fijo 2517221, en los cuales se le dejó mensajes de voz y que en algunas

oportunidades apareció que el buzón se encontraba lleno; aparte de ello anotó la juez que en una constancia expedida a dicho apoderado el 9 de agosto de 2016, porque éste reclamaba que no había sido citado para las audiencias, pidiendo que se le certificara si aparecía en la carpeta registrada una dirección de notificaciones, se le respondió que no figuraba ninguna y que había sido citado a las audiencias a través de sus abonados celulares y del teléfono fijo.

La verdad es que la juez se equivocó al señalar lo anterior, por lo siguiente:

La constancia del 9 de marzo de 2016, que aparece a folio 159, únicamente se refiere al aplazamiento de la audiencia que debía realizarse en esa misma fecha y a que se había fijado como nueva fecha el 11 de mayo de 2016, atendiendo al auto precedente de la Juez Liliana María Arias Uribe, donde se consigna por el Secretario que marcó al celular 3117242442 del doctor Mario Moreno Moreno y que *“se fue a buzón de voz, dejé en el mismo el mensaje del aplazamiento y la fijación de la nueva fecha de audiencia pública.”* Y ya sabemos que la fecha que interesa en este caso es la del 29 de junio de 2016, data que fue fijada aquel 11 de mayo (fl. 166), donde el juez dejó anotado en el acta que debido a la inasistencia del representante de la Fiscalía y el apoderado de víctimas se aplazaba la continuación de la audiencia para el citado 29 y que las partes quedaban notificadas en estrados, lo cual sólo se predicaba de quienes acudieron a la cita; es más, enseguida se observan citaciones para el fiscal y el procurador, pero no aparece ninguna dirigida al apoderado de la víctima, por lo que es claro que no fue notificado de la continuación de la audiencia que se realizó en esta última data y en donde las partes tuvieron la oportunidad de explicar la conducencia y pertinencia de las pruebas.

Ahora bien, es cierto que a folio 190 de la carpeta aparece respuesta a un derecho de petición que hizo el recurrente y que allí el juez Jairo Guarín Arenas, en ese entonces titular del despacho, expresó que *“no obra la dirección cra 52 Nro. 50-25 oficina 302, edificio Suramericano de Medellín, obra los números telefónicos 2517221 (fijo) y celulares 3117243954 y 3117242442”*, lo cual llevó a confusión a la nueva funcionaria judicial cuando se basó en esa respuesta para responder al censor, pero la verdad es que sí existe dirección registrada dentro de la carpeta por parte del apoderado de la víctima, pues al inicio de la audiencia de formulación de acusación así lo consignó verbalmente en su presentación, distinto a que en el acta se hubiera registrado únicamente su número fijo.

Es de entender, entonces, que el apoderado de la víctima no fue citado a la continuación de la audiencia preparatoria, aparte que de haberse llamado a sus abonados celulares y fijo, al no obtener respuesta, la labor del juzgado consistía en agotar todos los medios posibles para hacer efectiva la comunicación al contar con la dirección de su oficina.

En esa medida considera la Sala que razón asiste al recurrente, pues al margen de considerar que el descubrimiento probatorio se realizó tardíamente, la verdad es que tanto el juez como las partes, especialmente la defensa, consintieron esta situación, lo cual llevó a su consolidación y de paso obligaba a la judicatura a permitirle en la siguiente sesión que el apoderado de la víctima explicara la conducencia y pertinencia de los elementos probatorios que pretendía hacer valer en juicio y que la juez titular de ese momento se pronunciara sobre su solicitud, lo cual, como se dejó visto, no ocurrió porque no fue enterado por ningún medio de la realización de esa sesión de la audiencia preparatoria, sin que por el hecho que el abogado estuviera atento en otras ocasiones y que asistiera a preguntar sobre el trámite del proceso, lo cual demuestra su diligencia, se pueda dar validez a la omisión del juzgado.

Se trata de una irregularidad sustancial que vicia de nulidad el trámite del proceso, por violación del debido proceso y el derecho de la víctima, pues se impidió de esa manera que ejerciera su derecho a probar.

Así las cosas, se decretará la nulidad desde la audiencia del 29 de junio de 2016, a fin de que en el orden correspondiente se le permita exponer la conducencia y pertinencia de las pruebas, sin perjuicio de que en consenso con la Fiscal sea ésta quien lo haga en su lugar, y luego que el defensor ejerza también su actividad probatoria, la funcionaria judicial entre a decidir al respecto.

La funcionaria judicial será especialmente cuidadosa en el examen probatorio que le corresponde realizar, pues aquello que observa la Sala es que se trata de llevar a juicio un sinnúmero de documentos que nada tienen que ver con el hecho atribuido a la procesada, aparte que hasta donde se conoce el apoderado de la víctima no ha explicado a través de qué testigo va a introducir dichos documentos (testigo de acreditación), pues en esto también existen reglas que deben ser estrictamente observadas por las

partes e intervinientes; igualmente, pondrá especial énfasis en la necesidad de realizar las audiencias que faltan, pues lo que observa también es que se ha dilatado numerosas veces su realización.

Por lo expuesto, esta Sala de Decisión del Tribunal Superior de Medellín,

RESUELVE:

Decretar la nulidad de lo actuado desde la sesión de la audiencia preparatoria del 29 de junio de 2016, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

Realizada la audiencia de lectura de esta providencia, regrese la actuación al juzgado de origen, para lo de su cargo.

CÚMPLASE

SANTIAGO APRÁEZ VILLOTA

Magistrado

ÓSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ

Magistrado

Con aclaración de voto

LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

Segunda instancia 05-001-60-00206-2010-46042 (032-2017).
Blanca Miriam David Salazar

Magistrado