

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL

Radicado: 05001 60 00206 2011 34220
Delito: Hurto Agravado –Delito continuado-
Procesado: Gildardo de Jesús Chavarría
Chavarría
Asunto: Exclusión elementos materiales
probatorios por no descubrimiento
Decisión: Se revoca decisión
Magistrado Ponente: Pío Nicolás Jaramillo Marín
Aprobado Acta N°052

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

Sala de Decisión Penal

Medellín, veinticinco de mayo de dos mil dieciséis.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la Delegada Fiscal 82 Seccional, en contra de la decisión del señor Juez Veintiuno Penal del Circuito de Medellín, emitida el 26 de febrero de 2016 en sede de la audiencia preparatoria del juicio oral, mediante la cual se decretó el rechazo de los elementos materiales probatorios que “no fueron descubiertos” a la Defensa antes de dicha audiencia, atendiendo a petición que en tal sentido ésta efectuó.

ANTECEDENTES RELEVANTES:

En el presente asunto, luego de haberse llevado a efecto la audiencia de formulación de imputación que tuvo lugar el 5 de mayo de 2014¹, fue presentado por la Fiscalía 82 Delegada ante Jueces Penales del Circuito el respectivo escrito de acusación².

Asignada como fuera la competencia al Juzgado 21 Penal del Circuito de la ciudad, agotó la audiencia de formulación de acusación el 27 de febrero de 2015, misma en la cual la Fiscalía manifiesta que haría llegar a la dirección proporcionada por el señor defensor, dentro de los 3 días siguientes a la culminación del acto, los elementos materiales probatorios con que cuenta.

Luego de innumerables intentos fallidos para agotar la audiencia preparatoria por causas atribuibles en su mayor parte a la Fiscalía Delegada, casi un año después logró realizar el Despacho la audiencia preparatoria el 26 de febrero de 2016, pues el día 28 del mes anterior había afectuado un último intento, pero el apoderado de la defensa solicitó también aplazamiento **con el argumento de que la misión de trabajo aún no le había reportado resultados**, y por su parte el Fiscal 82 Seccional asignado para esa fecha, precisó que apenas le habían sido entregadas las diligencias y por tanto no conocía el caso.

¹ Folio 41 fte.

² Folios 42 fte. ss.

Instalada finalmente la audiencia preparatoria el 26 de febrero de 2016, cuando el Juez se apresta a dar trámite a las **observaciones frente al proceso de descubrimiento probatorio** agotado por las partes, como primera etapa de la audiencia, el señor Defensor solicita se excluyan todos los elementos de prueba que debió descubrirle la Fiscalía, -no precisa cuáles eran ellos acorde con el escrito de acusación-, dentro del término de 3 días siguientes a la culminación de la audiencia de acusación, por cuanto tal descubrimiento no se hizo pese a que personalmente acudió a la Oficina de la Delegada Fiscal 82 Seccional, -lo que aconteció según lo anotó, con posterioridad a la sesión de audiencia agotada el 28 de enero de 2016-, con resultados negativos, pues luego de hacer las verificaciones de rigor constató que ni a su oficina ni a la Defensoría Pública fueron remitidos los mismos. Acotó que **sólo en la misma audiencia preparatoria que en el momento se llevaba a efecto, le fueron descubiertos tales elementos.**

Frente a la petición, la Delegada Fiscal sostuvo que tal omisión no le podía ser atribuible a ella, toda vez que desconocía que su antecesor no había materializado la entrega de los elementos a la Defensa; que los mismos se hallaban en su oficina pero que durante un tiempo la fotocopiadora de la institución presentó desperfectos, una vez reparada la misma los elementos fueron copiados pero la Defensa no acudió a reclamarlos, habiendo sido esa la única información que recibió sobre la forma como serían descubiertos los elementos; aunado a ello informa haber padecido un accidente que la mantuvo alejada de su actividad laboral, y ha enfrentado serias dificultades para que le sean transcritas sus incapacidades producto además de una enfermedad que padece.

La Defensa insiste haber acudido a las oficinas de la Delegada Fiscal a reclamar los elementos materiales probatorios que no le fueron descubiertos, tampoco en esta oportunidad específica cuáles, y que de hecho se le informó que los mismos serían remitidos a su oficina, sin que ello hubiese sucedido.

El Juez, luego de verificar las reglas establecidas en sesiones de audiencia anteriores para la entrega material de los elementos probatorios descubiertos por la Fiscalía en audiencia de formulación de acusación, y en aplicación literal de las preceptivas legales contenidas en los artículo 346 y 356 de la Ley 906 de 2004, **rechazó el descubrimiento probatorio** atendiendo a la petición del apoderado de la Defensa, dejando en claro que como la Fiscalía no cumplió con la carga de hacer entrega de tales elementos, **y dicho acto sólo se agotó en la audiencia preparatoria**, los elementos no pueden ser utilizados ni aducidos en juicio oral. Tampoco en esta oportunidad el Juez requirió o especificó a cuáles elementos materiales probatorios en concreto, se refería.

Inconforme con la decisión, la Delegada Fiscal 82 Seccional, interpone los recursos de reposición y en subsidio el de apelación, sustentando la decisión en los siguientes aspectos: i) Considera que el Juez al decidir, no está sancionando a la Fiscalía sino a ella como titular de la misma, habiendo omitido en su decisión, que ante su propio Despacho acreditó haber sufrido serios quebrantos de salud, y haber padecido un accidente que le generó una fractura y posteriormente una infección que prolongó su incapacidad. Además padece actualmente fibromialgia, y padeció un accidente cerebrovascular en desarrollo de una

audiencia. ii) El Juez no puede privar a la Fiscalía para aducir los elementos probatorios, -no especifica tampoco a cuáles se refiere-, porque está dejando a la entidad sin un caso y a las víctimas sin justicia. iii) La Fiscalía Seccional 82 le fue entregada por su antecesor en forma anómala, pues aún no se ha culminado con la entrega total de los procesos. En la última oportunidad ni siquiera le fue entregada la misma por quien realizó su reemplazo, pues hizo dejación anticipada del cargo por cuanto no estaba recibiendo salario por el encargo. iv) En el presente proceso no le fueron entregados todos los elementos cuando recibió el Despacho que ahora regenta. De hecho, así lo había reportado al señor Juez.

Si hubiese tenido la totalidad de los elementos los habría entregado antes a la Defensa, **pero sólo pudo hacerlo en ese preciso acto**, para lo cual fotocopió todos los cuadernos que constituyen los elementos por trasladar. Precisa que insistentemente preguntó a su Asistente cuando tuvo los elementos a su alcance si la Defensa había acudido por éstos, pero fue informada de que no lo había hecho pese a que dicho profesional fue llamado para el efecto. En todo caso considera que la decisión que adopte el Juez debe atender también a los derechos de las víctimas.

La Defensa, como sujeto procesal no recurrente, depreca ante el Juez no reponer la decisión de rechazo de los elementos, toda vez que la Fiscal no sustentó en debida forma el recurso, pues ésta se limitó a decir que estaba enferma e incapacitada y que por tanto no pudo hacer entrega de los mismos. La esencia del recurso es informar en qué falla el Juez cuando toma la decisión, y la Fiscalía no lo hizo.

Precisa que el Despacho Fiscal sólo quedó acéfalo 4 días, y en la pasada audiencia del 28 de febrero, **la misma Defensa solicitó aplazamiento para que la Fiscalía subsanara el error de no descubrimiento**, y acudió luego de ello ante su Despacho para que se le hiciese entrega de los elementos, sin que ello haya sucedido. No obstante, quedó su titular de remitirlos a la dirección que para el efecto proporcionó, sin que lo haya hecho. Tampoco se hizo la remisión de éstos ante la Defensoría Pública. La Fiscalía no cumplió con lo ordenado en el artículo 344 del C. de P. Penal, y por ello es válida la decisión de rechazo de los elementos.

Solicita, entonces, al Juez de instancia no reponer la decisión, y al *Ad quem*, declarar desierto el recurso.

El Juez decide no reponer la decisión, en la medida en que auscultados los registros de audiencias, constató que la Fiscalía fijó una regla para la entrega de los elementos probatorios a la Defensa, sin haber cumplido la carga que le es propia pese a que el apoderado de la misma acudió a su Despacho con resultados negativos.

Precisa que el artículo 346 del C. de P. Penal, obliga, ni si quiera faculta, al Juez a rechazar los elementos que no fueron descubiertos, siendo eso lo que ocurrió en el presente caso. La decisión no devino como consecuencia del capricho del Juez, dijo, sino que la misma se ajusta a derecho y por ello se mantiene en firme lo decidido.

En consecuencia, el Juez de instancia decide conceder el recurso de apelación, pues pese la petición de la Defensa de que el mismo sea declarado desierto, considera debe garantizar el derecho a la doble instancia como garantía fundamental de la parte impugnante.

Estando ya en esta Corporación la actuación para que fuese desatada la alzada, la Delegada Fiscal aporta un nuevo escrito cuyo asunto titula “Sustentación recurso de apelación”, al cual anexa algunas constancias con las que pretende probar sus argumentos, sin que la Sala pueda examinar el mismo dada su extemporaneidad.

CONSIDERACIONES:

Resolverá la Sala de Decisión el recurso de apelación interpuesto en este proceso en forma subsidiaria por la Delegada Fiscal 82 Seccional, toda vez que, contrario a lo expresado por el apoderado de la Defensa, la recurrente si atacó la decisión del Juez respecto a no haber tenido en consideración al momento de decidir, las adversidades relacionadas con los quebrantos de salud que personalmente enfrentó, y la carencia de recursos logísticos, así como los contratiempos surgidos por la falta de empalme entre ésta y los funcionarios fiscales a cuyo cargo estuvo reemplazar sus incapacidades laborales, entrañando dichos argumentos la razón de ser por la cual no puede atribuírsele reproche por la no entrega material oportuna, de los “elementos probatorios” a que se hizo referencia de manera genérica en la petición y la decisión génesis de la alzada.

El problema jurídico que se plantea a la Sala, consiste en determinar si se ajusta o no a derecho, la decisión adoptada por el señor Juez de Conocimiento, de rechazar algunos o en su totalidad los elementos materiales probatorios descubiertos formalmente por la Fiscalía en audiencia de formulación de acusación, por haber materializado tardíamente su entrega a la Defensa. No obstante, al resolver tal planteamiento, tendrá en cuenta la Sala, con la censura que al caso viene, el momento procesal en que adoptó la decisión el Juez de instancia.

Dio por sentado el Despacho de instancia que por no haberse efectuado el descubrimiento probatorio mediante la entrega de los elementos materiales, -se desconoce cuáles de ellos porque ninguna de los sujetos procesales lo especificó-, en los términos indicados en el artículo 344 del Código de Procedimiento Penal, los mismos tenían que ser rechazados atendiendo al mandato contenido en el artículo 346 *ibidem*, norma que consagra una sanción procesal con efectos sustanciales y, por tanto, coligió el Juez, dichos elementos no pueden ser aducidos o incorporados en juicio oral.

No obstante, evidencia la Sala de la verificación del registro de la audiencia preparatoria del juicio oral, que el Juez emitió un pronunciamiento precipitado sobre el rechazo probatorio en comento, si se tiene en cuenta que la diligencia apenas sí se iniciaba y, por tanto, la Fiscalía, y menos aún la misma Defensa, habían formulado su petición probatoria.

Es criterio de la Sala, atendiendo a la dinámica propia de la audiencia que nos conscita, y con base en el

precedente jurisprudencial que oportunamente se citará, que necesario se hace agotar hasta el final las etapas constitutivas de la audiencia preparatoria antes de que el Juez efectúe cualquier pronunciamiento, en tanto es una vez culminada la solicitud de pruebas de las partes, que aquél debe decidir de fondo sobre su admisión o no, lo que hará previo agotamiento de las argumentaciones propias de la conducencia, pertinencia y utilidad, **y de las solicitudes efectuadas durante el decurso de la audiencia** en torno a su exclusión, rechazo o inadmisión.

Sin embargo, se constata en este caso, que pese a que apenas se agotaba la primera etapa de la audiencia preparatoria, esto es, en momentos en que se realizaban las observaciones por parte de la Defensa sobre el proceso de descubrimiento probatorio efectuado por la Fiscalía, el Juez entra a decidir abruptamente, rompiendo el normal transcurrir de la audiencia, sobre la primera petición que en torno a ese tema hizo lacónicamente el señor Defensor, quien limitó su observación a indicar que como no le fueron dados en traslado “los elementos materiales probatorios” sin especificar cuáles, pese a que acudió ante la Delegada Fiscal 82 Seccional por ellos, debían rechazarse los mismos.

A ello sumado, el Juez hizo el anticipado pronunciamiento sin mayores exigencias de especificación frente a cuáles elementos en particular hizo su observación el defensor, y puntualmente qué afectación en concreto evidenció a sus derechos, teniendo en cuenta que en todo caso en la misma audiencia se efectuó la entrega material de elementos por parte de la Fiscalía, fuera de que con antelación el Defensor solicitó

aplazamiento de la diligencia, no por manifestación de falencia de los elementos para soportar su teoría de caso, como lo afirmó en el recurso, **sino porque la misión de trabajo que se estaba realizando en su nombre, aún no había sido culminada.**

Todo lo anterior para concluir, en sana lógica, que el Juez se pronunció precipitadamente frente a una inexistente petición probatoria, pues no había aún objeto sobre el cual realizar tal pronunciamiento si se tiene en cuenta la incipiente etapa de la diligencia en que fue tomada la decisión, y la falta de soporte argumentativo para pedir y decidir. Con ello, obvió el *A quo* no sólo el objeto de la audiencia sino su propia dinámica, en tanto es claro que para realizar tal pronunciamiento, ha debido esperar el agotamiento de las peticiones probatorias, determinando con ello, entre otros aspectos, si se veían comprometidos o no en dicha petición los elementos que total o parcialmente, no fueron en principio entregados a la Defensa, pues téngase en cuenta que no se torna necesaria la exclusión de un determinado elemento si el mismo no se va a erigir como prueba en el juicio oral, sino que únicamente será utilizado para los demás fines establecidos en la ley, esto es, impugnar credibilidad, refrescar memoria, o el que cumple la función de base pericial, etc., de lo cual emerge necesario el estudio previo y minucioso de las pruebas pedidas, y la afectación o no que conlleve la omisión de descubrimiento oportuno de los elementos, pues, huelga anotar, no siempre el descubrimiento probatorio tardío implica la vulneración de garantías procesales de la contraparte, siendo ello indicativo de que cada caso debe ser analizado en forma concreta, para determinar si hubo afectación de tales garantías, tal cual lo exige el precedente jurisprudencial.

La Corte Suprema de Justicia, en un caso de **descubrimiento probatorio tardío** por parte del apoderado de la defensa, de cara a la aplicación de la sanción procesal a que se contrae el artículo 346 del C. de P. Penal³, dejó sentado:

“La citada norma establece como consecuencia de la falta de descubrimiento, el rechazo de los elementos materiales probatorios y evidencia física, es decir, que no podrán ser aducidos en juicio aquellos medios cognoscitivos que *«deban descubrirse y no sean descubiertos»*, contrario a **lo acontecido en el presente asunto, en el que finalmente sí se concretó la entrega material de los medios de prueba y con ella su pleno descubrimiento, aunque de manera extemporánea, por lo que en estricto sentido no se configuró el supuesto de hecho que exige la norma.**

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

Debe tenerse en cuenta que la irregularidad expuesta por el recurrente, en este evento, **resulta inane, en la medida en que aquella no produjo un resultado real y concretamente adverso o lesivo para el ejercicio de los derechos de la Fiscalía, la cual tuvo acceso a los medios de prueba de la defensa, pudiendo preparar su estrategia acusadora con suficiente antelación, ya que el juicio oral se retomó el**

³ **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.

11 de agosto del año en curso, casi tres meses después, lo que representa un tiempo prudencial para el análisis y planeación de la teoría del caso.⁴

En efecto, frente a las etapas de la audiencia preparatoria, que estrictamente deben agotarse antes de adoptar cualquier decisión respecto de los aspectos relacionados con las peticiones, rechazos o exclusiones probatorias, pedagógicamente ha explicado la Corte Suprema de Justicia⁵:

“Sistemáticamente, entonces, es posible advertir en la audiencia preparatoria, para lo que compete exclusivamente al campo probatorio, una serie ordenada y consecutiva de pasos, que así pueden delimitarse:

1. PRONUNCIAMIENTO ACERCA DEL DESCUBRIMIENTO PROBATORIO PREVIO. Dado que en curso de la audiencia de formulación de acusación, el juez, por solicitud de la defensa, pudo imponer a la fiscalía la obligación de darle a conocer, dentro de los tres días siguientes a la culminación de la diligencia, uno, varios o todos los elementos materiales probatorios, evidencia física o informes relacionados en el escrito de acusación (...)

2. DESCUBRIMIENTO. Esa obligación de descubrimiento que para la fiscalía operó en curso de la audiencia de formulación de acusación, surge para la defensa, en respeto del principio de igualdad de armas, al comienzo de la audiencia preparatoria, pero no para que, como sucedió en la diligencia examinada, se ocupe el defensor de señalar cuáles serán las pruebas que hará valer en el juicio- ya que ello ocurre en un momento subsecuente como se verá más adelante-, sino con el específico propósito de poner en conocimiento de las otras partes e intervinientes, sus “elementos materiales probatorios y evidencia física” (...)

⁴ AP6140-2014. Radicación n° 44452. Aprobado Acta No. 334 del 8 de octubre de 2014.

⁵ Rad. 27608 de 2007. Mag. Ponente Sigifredo Espinosa Pérez. Pueden consultarse las siguientes decisiones de la misma Corporación: *Rad.36562 de junio 13 de 2012*

3. ENUNCIACIÓN. Cuando ya las partes conocen los elementos materiales probatorios y evidencia física de su contraparte, dan a conocer, conforme su particular teoría del caso, evidentemente planteada también con base en lo que se sabe ha recogido ésta, cuáles serán las pruebas que aducirán en el juicio-vale decir, las que allí se practicarán, por lo general de carácter testimonial, y los elementos materiales probatorios y evidencia física a aportar-, sin establecer respecto de ello ningún tipo de argumentación de conducencia o pertinencia, sencillamente porque el objeto de la enunciación no es otro distinto a permitir el conocimiento de la contraparte, que faculte la etapa siguiente de estipulaciones probatorias.

4. ESTIPULACIONES PROBATORIAS. Cuando ya las partes conocen qué es lo pretendido introducir en el juicio como prueba por su contraparte, conforme lo ocurrido en el momento de la enunciación, es factible llegar a acuerdos respecto de los hechos y la forma de probarlos, con el claro cometido de evitar juicios farragosos con una práctica probatoria inane o reiterativa que atenta contra los principios de eficiencia y celeridad propios de la sistemática acusatoria. (...)

5. SOLICITUD Y CONTROVERSIA PROBATORIAS. Ya decantado, por ocasión de las estipulaciones probatorias, qué de todo lo enunciado anteriormente, efectivamente habrá de llevarse al juicio para soportar la teoría del caso de las partes, estas tienen la obligación de solicitar al juez de conocimiento su aducción-artículo 357 de la Ley 906 de 2004-, con mención expresa de su pertinencia-artículo 375 ibídem- **Es este el momento procesal en el cual se refiere por el solicitante lo relativo a la admisibilidad, conducencia y pertinencia de cada uno de los medios pretendidos introducir en el debate oral, en razón a que a través de su argumentación-que se entiende carga procesal de quien invoca la prueba-se faculta la controversia y contradicción de las otras partes e intervinientes.**

En efecto, el artículo 359 del C. de P.P., expresamente postula “Las partes y el Ministerio Público podrán solicitar al juez la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba que, de conformidad con las reglas establecidas en este código, resulten inadmisibles, impertinentes, inútiles, repetitivos o encaminados a probar hechos notorios o que por otro motivo no requieran prueba”. Esta facultad, inserta profundamente en el derecho de defensa y su correlato de contradicción, sólo puede ser ejercida, no apenas porque así lo consagre el legislador dentro del derrotero antecedente consecuente consagrado en la Ley 906 de 2004, sino porque la lógica probatoria así lo impone, luego de que se ha hecho la postulación argumental de quien solicita la práctica del medio suasorio y, huelga anotar, previo al pronunciamiento del juez de conocimiento aceptando o negando su práctica, en el entendido, como se anotó al inicio, de que la decisión resuelve la controversia planteada por los contrarios.

Por ello, la norma citada-art. 359-, **luego de significar la posibilidad de que las partes controvertan la solicitud probatoria de la contraparte, establece para el juez los factores que deben regular su decisión de admisión o inadmisión, significando finalmente que contra la inadmisión, rechazo o exclusión, proceden los recursos ordinarios.**

6. TRÁMITE DE LOS RECURSOS En primer término, es necesario relevar que la interposición de los recursos ordinarios de reposición y apelación demandan de legitimidad o interés a cargo de quien postula el medio impugnatorio. **Ello, en el caso concreto, para destacar que necesariamente la parte recurrente debe haber manifestado en el momento procesal adecuado su inconformidad o conformidad con el elemento aceptado o excluido por el juez de conocimiento.** En otras palabras, si durante el momento de la solicitud y controversia probatorias, la parte que solicitó la prueba argumentó acerca de su conducencia, pertinencia y admisibilidad, y ello no fue objeto de contradicción por la contraparte, haciendo al Tribunal la solicitud que regula el inicio del artículo 359 atrás relacionado, mal puede después, cuando el funcionario decretó su práctica, impugnarse la decisión. **Y, desde luego, asoma completamente impropio e irregular que el medio impugnatorio se utilice para facultar la**

controversia entre las partes respecto de las solicitudes probatorias, cuando lo ocurrido es que se obvió este momento procesal, entre otras razones, porque con ello se priva a los interesados de uno de los mecanismos de controversia por antonomasia, dentro de la sistemática acusatoria, operando apenas por el camino residual la posibilidad de desvirtuar los argumentos planteados por el solicitante”.

Del último acápite transcrito se colige, además, que como al momento de las observaciones al descubrimiento probatorio la Defensa puso de manifiesto haberse presentado irregularidad frente al mismo, ésta quedó habilitada para que frente a ese tema interpusiese los recursos de rigor, luego de que el Juez, agotadas las peticiones probatorias y las solicitudes de exclusión, rechazo o inadmisión, adoptase decisión frente a sus peticiones; ello, claro está, siempre que la misma le hubiese generado un agravio en concreto, ocurriendo lo propio con la Fiscalía. De no ser así, en términos procesales, tampoco los recursos procederían.

También la Alta Corporación, mediante decisión con Radicado 36562 del 13 de junio de 2012, Mag. Ponente José Leónidas Bustos Martínez, precisó:

“Así, en torno a los elementos de convicción a utilizarse en el juicio, debe quedar claro que en la audiencia preparatoria, luego de que se culmina el descubrimiento⁶ (356.1.2), el juez que la preside, debe dar curso a los siguientes pasos:

⁶ Al cual también están obligados tanto el representante de víctimas como del Ministerio Público, en caso de tener pretensiones probatorias, según lo indicó esta Corporación en auto de segunda instancia de 7 de diciembre de 2011, radicado 37596.

1) La enunciación de lo que cada parte solicitará (356.3), a fin de que antes de que cada una eleve su petición formal, ya sepa lo que será objeto de petición por la otra, **en el entendido de que no todo lo descubierto tiene necesariamente que ser solicitado.**

2. La concreción de las solicitudes probatorias con la fundamentación de su pertinencia (357).

3. La posibilidad de que cada contendiente pueda pronunciarse sobre las peticiones del otro, siendo procedente en este estadio la realización de estipulaciones **probatorias y la solicitud de inadmisión, rechazo o exclusión de los medios de convicción impetrados.** Y,

4. **Finalmente debe emitirse un pronunciamiento (decreto), decisión en la cual el juez, además de indicar cuál será la prueba a practicarse en el juicio, se ocupa de resolver las peticiones formuladas hasta ese momento procesal por las partes e intervinientes**⁷, de señalar el orden en que habrán de practicarse (362); y antes de concluir la audiencia preparatoria procederá a la fijación de la fecha en que habrá de celebrarse el juicio oral”.

Ya esta misma Corporación, aunque rechazando el recurso, se ha pronunciado sobre la improcedencia de adoptar la decisión de rechazo cuando apenas sí se inicia la audiencia preparatoria, en tanto ésta debe ser agotada hasta el final cuando conjuntamente se deben avacuar por parte del juez, todas las peticiones efectuadas por las las partes:

“Pero en este caso la audiencia preparatoria que apenas iniciaba, terminó tomando un curso muy particular, cuando el Juez, opta por darle respuesta a las pretensiones de los abogados de manera anticipada, pues en el escenario en que se hallaban se les concede la palabra para que ofrezcan sus “observaciones

⁷ Sentencias C-454 de 2006 y C-209 de 2007.

sobre el descubrimiento probatorio”, pues nada lógico se presenta que pretendan una sanción respecto a las pruebas que todavía no se han solicitado.

La consecuencia de la sanción que se pide aplicar no es otra que el rechazo de la prueba y no se puede rechazar lo que no se ha pedido. De contera, el juez no podía anticipar una decisión de la nada, ni siquiera para anunciar que no aplicaría la mentada sanción, porque en otras palabras ello significa que está admitiendo pruebas que no han sido solicitadas.

Definir la imposición o no de una sanción de rechazo de pruebas, depende de que la prueba haya sido pedida, por ende se anticipa indebidamente una decisión cuando so pretexto de reclamar por la aplicación de la sanción prevista en el art.346 del C.P.P, se desatiende el fondo del asunto y se deja sin desarrollar la audiencia preparatoria, dispuesta precisamente para que las partes hagan los pronunciamientos debidos, acorde con el estadio procesal en que se encuentran.⁸

Así, se evidencia del precedente jurisprudencial transcrito, como se advirtió, que resulta precipitado resolver en la primera etapa de la audiencia preparatoria las peticiones efectuadas por las partes respecto del proceso de descubrimiento probatorio, si se tiene en cuenta además de lo ya indicado, que no todo lo descubierto se erige como prueba, fuera de que el momento oportuno para decidir sobre si se excluyen o no los elementos, es cuando se decide sobre la admisibilidad o no de la prueba, lo que también dependerá, atendiendo al principio de trascendencia, si existió o no vulneración de las garantías procesales invocadas por la parte opositora. Así lo dejó sentado la Corte Suprema de Justicia, cuando adujo:

“1.3.11 Se colige sin dificultad que no existe un único momento para realizar en forma correcta el *descubrimiento*; ni existe una sola manera de *suministrar* a la contraparte las evidencias, elementos y medios probatorios. Por el contrario, el procedimiento

⁸ Radicado 2015 00014, acta 045 del 27 de marzo de 2015. Magistrada Ponente Dra. Maritza del Socorro Ortiz Castro.

penal colombiano es relativamente flexible en esa temática, siempre que se garantice la indemnidad del principio de contradicción, que las partes se desempeñen con lealtad y que las decisiones que al respecto adopte el Juez, se dirijan a la efectividad del derecho sustancial y al logro de los fines constitucionales del proceso penal.

1.3.12 El *descubrimiento probatorio* es un aspecto sustancial de la actuación, que se enraíza en el debido proceso y que toca en sus cimientos el derecho a la defensa. Por ello, si un descubrimiento defectuoso o incompleto conlleva vulneración de garantías fundamentales, podría generar nulidad de lo actuado, en los términos del artículo 457 de la Ley 906 de 2004.

Igual que en los distintos eventos, la declaratoria de nulidad originada en el *proceso de descubrimiento*, bien sea a solicitud de parte o de manera oficiosa, se rige por el principio de trascendencia, de suerte que no cualquier suceso irregular tiene la virtualidad de invalidar lo actuado; sino que esa medida extrema podrá tomarse únicamente cuando quiera que el Juez verifique la vulneración cierta de las garantías fundamentales, o cuando la parte que alega lo demuestre”.⁹

En este orden de ideas, en el entendido de que la audiencia preparatoria debe desarrollarse hasta el final, debiendo adoptarse frente a las peticiones probatorias, la decisión que corresponda con base en la normativa y el precedente jurisprudencial pertinentes y la situación fáctica que el asunto plantee, ha de revocarse la decisión del Juez de Instancia, para que se continúe con la diligencia con sujeción plena a la dinámica que la regula, adoptándose en su etapa oportuna las decisiones que definan todas peticiones que las partes formulen, lo que se hará teniendo en consideración, entre otros, los aspectos ya

⁹ C.S.J Cas. Penal, Sent. Rad. 25920 de 2007.

puntualizados.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE:

REVOCAR la decisión de origen, fecha y contenido indicados y, en su defecto, **ORDENAR** se continúe con la audiencia preparatoria hasta el final, debiendo adoptarse en su momento oportuno, frente a las peticiones efectuadas por las partes las decisiones que correspondan, lo que se hará con el sustento fáctico, probatorio, jurídico y jurisprudencial pertinentes. Ello, de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva.

Esta decisión queda notificada por estrados y contra ella no procede recurso alguno.

DÉJESE COPIA Y CÚMPLASE.

PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN

Magistrado

MARITZA DEL SOCORRO ORTIZ CASTRO

Magistrada

CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO

Magistrado.