



SALA PENAL

Radicación: 05001 60 00207 2018 00704
Acusado: EDWIN ANTONIO ARANGO OSORIO
Delitos: ACCESO CARNAL VIOLENTO AGRAVADO EN CONCURSO HOMOGENEO, EN CONCURSO HETEROGENEO CON ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS EN CONCURSO HOMOGONEO Y SUCESIVO, AGRAVADO.
Motivo: APELACIÓN AUTO QUE NO RECHAZÓ LAS PRUEBA DE LA FISCALIA POR DESCUBRIMIENTO INOPORTUNO
Decisión: CONFIRMA
MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL DELGADO ORTÍZ
Tema: Rechazo de pruebas – Descubrimiento probatorio
Auto Nro.: 45
Aprobado por acta Nro.: 103

Medellín, veinticinco (25) de mayo de dos mil veintidós

ASUNTO POR TRATAR

Corresponde a la Sala desatar el recurso de apelación interpuesto por el defensor, en contra del auto emitido el dieciocho (18) de abril del año que transcurre, por el Juez Veintiocho Penal del Circuito de Medellín, por medio del cual no rechazó las pruebas solicitadas por el delegado de la Fiscalía.

ANTECEDENTES FÁCTICOS

En los hechos jurídicamente relevantes consignados en el escrito de acusación, se indica que, presuntamente, **EDWIN ANTONIO ARANGO OSORIO**, de 42 años de edad, en calidad de padrastro de la menor M. B. F., con fines libidinosos y de manera crónica, realizó actos erótico-sexuales en el cuerpo de la niña, consistentes en manipular con sus dedos y manos la vulva y senos de aquella y que habrían tenido ocurrencia en el barrio Robledo de esta ciudad, desde

PROCESO: 05001 60 00207 2018 00704
DELITO: ACCESO CARNAL VIOLENTO AGRAVADO, Y
ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS AGRAVADOS
OBJETO: Apelación auto admite pruebas
DECISIÓN: CONFIRMA

que la niña contaba con ocho años de edad y hasta los diez años (años 2009 y 2011 y que se materializaron, se afirma, cuando la madre de M.B.F. no se encontraba en el hogar que conformó con el procesado, con quien también procreó un hijo, quien era enviado por su padre a hacer mandados.

Se consigna igualmente, que **EDWIN ANTONIO ARANGO OSORIO** de manera violenta y frecuente, al parecer accedió carnalmente con su pene, vía vaginal, a la menor M.B.F., cuando ésta tenía entre 10 y 17 años, es decir, desde el año 2011 hasta el mes de abril de 2018, también en el barrio Robledo de esta ciudad, cuando la menor estaba en la casa sin la presencia de la madre, y el hermano era enviado a hacer mandados.

Se plasma, que la modalidad delictiva utilizada por el procesado, para la ejecución de ambas conductas punibles, fue valerse que de manera permanente y por el lapso indicado, hizo parte del grupo familiar conformado por él, su hijastra y su hijo, en tanto su compañera sentimental salía a laborar desde las 6:00 a.m. hasta las 2:00 de la tarde, aproximadamente, y en algunas oportunidades los días festivos también concurría a laborar y este aprovechaba cuando su hijo menor no se encontraba en la casa. Se afirma que cuando decidió acceder carnalmente a M.B.F. utilizó la fuerza física porque la tomaba de sus manos con fuerza y se la llevaba para el cuarto, allí introducía su pene por el introito vaginal de la menor, hechos ocurridos en múltiples oportunidades hasta el mes de abril de 2018.

PROCESO: 05001 60 00207 2018 00704
DELITO: ACCESO CARNAL VIOLENTO AGRAVADO, Y
ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS AGRAVADOS
OBJETO: Apelación auto admite pruebas
DECISIÓN: CONFIRMA

Se indica que frente a la conducta punible de actos erótico sexuales, unas veces aprovechaba que la niña salía en toalla para manipularla en su vulva, además de decirle que eso era normal, pero que no le contara a su mamá; en otras oportunidades los tocamientos eran por fuera de la ropa y en otras lamía su vagina.

Se acota que los hechos fueron revelados por la menor finalizando el mes de abril de 2018 a su profesora y psicóloga de la Institución Educativa Las Margaritas donde estudiaba, ya que una de sus compañeritas, notó que M. de manera constante lloraba y por ello, M.B.F. tomó la decisión de contar todo lo que le hizo su padrastro.

ACTUACIÓN PROCESAL

Con ocasión de tales hechos, el trece (13) de septiembre de dos mil veintiuno, ante la Juez Séptima Penal Municipal con funciones de control de garantías de Medellín, se legalizó la captura de **EDWIN ANTONIO ARANGO OSORIO** precedida de orden judicial y se le formuló imputación, comunicándole la delegada de la Fiscalía que estaba siendo investigado como presunto responsable del delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado, en concurso con acceso carnal violento con menor de edad agravado, en concurso homogéneo y heterogéneo (artículos 209, 211 numerales 4 y 5, 205, 212 y 31 del Código Penal), sin que aceptara su responsabilidad por tales conductas.

Acto seguido, a petición de la delegada de la fiscalía, se le impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario.

La delegada de la fiscalía presentó escrito de acusación adiado el siete (7) de diciembre de dos mil veintiuno, en contra de **EDWIN ANTONIO ARANGO OSORIO**, por un concurso homogéneo de acceso carnal violento agravado en concurso heterogéneo con actos sexuales con menor de catorce años agravados, a su vez en concurso homogéneo, asunto que correspondió por reparto a la Juez Veintiocho Penal del Circuito de Medellín, ante quien se realizó la audiencia de formulación de acusación el diecisiete (17) de febrero de dos mil veintidós.

La audiencia preparatoria se adelantó el dieciocho (18) de abril hogaño, en la cual el Juez Veintiocho Penal del Circuito de Medellín, decretó todas las pruebas solicitadas por la defensa y el delegado de la fiscalía, presentándose por el defensor los recursos de reposición y en subsidio de apelación contra la decisión de no rechazar las pruebas solicitadas por el delegado fiscal.

Al momento de pronunciarse sobre la petición probatoria de la fiscalía, el defensor indicó que solicitaba el rechazo de las pruebas peticionadas por la fiscalía, con fundamento en el artículo 346 del C.P.P., en tanto para el 17 de febrero de 2022 cuando se adelantó la audiencia de formulación de acusación, se acordó que el descubrimiento se haría en el término que establece la norma, a su correo electrónico.

Afirmó que, en audiencia del 4 de abril siguiente, el fiscal, por lealtad, adujo que no se dio el descubrimiento probatorio por su antecesora y solicitó un espacio para realizarlo. Se hizo en esa fecha en horas de la mañana por remisión del asistente de la fiscalía.

Aseveró que se debe dar aplicación al artículo 346 del C.P.P., como quiera que, ante ese descubrimiento inoportuno, no se garantizó el debido proceso y el derecho de defensa consagrado en el artículo 29 de la C.N., además, conforme a las sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia con radicados 49.183 de 2017 y la sentencia del 24 de julio de 2012 aprobada por acta 271, que establece la obligación de la fiscalía de cumplir con esa carga probatoria.

El delegado de la fiscalía indicó que, en la audiencia anterior, el defensor debió dejar consignada esa situación, pero consintió en que se pospusiera la audiencia para que se le diera traslado de los elementos materiales probatorios, por lo que no hubo un descubrimiento tardío, ya que aceptó y era la oportunidad para que presentara las objeciones frente al descubrimiento.

Anotó que tiene certeza que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en pronunciamientos posteriores a los citados por el defensor, ha establecido que cuando hay un inconveniente con el traslado de los elementos materiales probatorios, es deber del defensor reclamarlos al fiscal y si no lo hace, ahí si hay un descubrimiento tardío.

PROCESO: 05001 60 00207 2018 00704
DELITO: ACCESO CARNAL VIOLENTO AGRAVADO, Y
ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS AGRAVADOS
OBJETO: Apelación auto admite pruebas
DECISIÓN: CONFIRMA

Adicionalmente, acotó, que al inicio de la audiencia, cuando se le indagó al defensor si se había hecho el descubrimiento, dijo que así era, solo que fue el 4 de abril de 2022, y no manifestó ninguna inconformidad, por lo que apela al principio de preclusión de las formas, esto es, que en su momento debía demostrarse e indicarse esa inconformidad ante el juez y no lo hizo, por ello no hay lugar a acceder a su petición, teniendo en cuenta que tuvo tiempo suficiente para presentar la contra prueba y no solicitó un lapso adicional para ello.

DECISIÓN OBJETO DE APELACIÓN

El Juez Veintiocho Penal del Circuito de Medellín, indicó que no accedía a la solicitud de exclusión presentada por el defensor por lo siguiente:

Refirió que efectivamente la audiencia de acusación se realizó el 17 de febrero de 2022, con la fiscal delegada y en el acápite 4 del acta se plasmó que la fiscalía haría entrega de los medios de convicción a la defensa, a través del correo electrónico, entendiéndose que lo sería dentro del término de 3 días.

Anunció que el punto a definir, es cómo se hace el descubrimiento, y en sentencia 25.920 de 2007, se indica que no solo es entregando, sino dejando a disposición, permitiendo que la parte tenga acceso a la información, por lo que queda satisfecho por parte de la fiscalía, cuando no solo se relaciona, sino que se deja a disposición, con la posibilidad que la parte contraria, a través de su

abogado, pueda acercarse al despacho y tenga la posibilidad de observarla, estudiarla e incluso acceder a las copias.

Estimó que dicha situación se ha modificado en la práctica con ocasión a la pandemia y es recurrente que el descubrimiento se realice por correo electrónico, entonces, se debe determinar, si ante el envío de manera tardía, debe aplicarse la sanción de exclusión, frente a lo cual considera que se debe ser laxo, ya que en el caso hay una situación procesal y es que son tres los fiscales que han intervenido en el proceso: María del Socorro Pineda López, de quien se dijo por la Dra. Elsa Soraya Ospina que se había pensionado, y el doctor Arger Enrique Londoño.

Aunado a ello, refirió, es contradictorio que el defensor al inicio de la audiencia, haya dicho que no tenía observaciones frente al descubrimiento probatorio y solo aclaró que fue el 4 de abril, cuando no era el escenario para solicitar la sanción del artículo 346 del C.P.P., por lo que el despacho queda desubicado en punto a la pretensión, ya que lo hizo al momento de pronunciarse sobre las solicitudes probatorias de la fiscalía.

Indicó que, si bien en principio se puede analizar el asunto desde los derechos fundamentales y las cargas de los sujetos procesales y el principio de que el procesado no tiene por qué sufrir las culpas del Estado, en el caso específico esa línea tiene que tener un matiz y rebajarse en punto a la manifestación de lealtad procesal, porque el descubrimiento se hizo conforme a la sentencia referida.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

El defensor interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación indicando que solicitó la sanción consagrada en el artículo 346 del C.P.P., que conlleva el rechazo y no la exclusión como lo expresó el A quo.

Anota que la petición es porque el descubrimiento se hizo el cuatro de abril y no en el término de tres días como se indicó en la audiencia de acusación, por lo que se debe decretar el rechazo ante el descubrimiento inoportuno, resaltando que la fiscalía es un órgano del nivel nacional, y como carga procesal, no puede atribuirle el cambio de fiscales al procesado, porque el ente acusador tiene delegados y son estos quienes deben cubrir esa carga procesal, para no violentar los derechos al debido proceso y defensa, consagrado en el artículo 29 de la C.N.

Expresa que si bien el artículo 346 establece que el juez estará obligado a rechazarlos salvo que se acredite que el descubrimiento se haya omitido por causas no imputables a la parte afectada, para el caso no se presenta una situación de fuerza mayor o caso fortuito, para subsanar esa situación.

Afirma que en lo jurídico y lo fáctico la norma es clara y expresa, y si para el 12 de febrero conoció la Dra. Elsa Soraya, era ella quien tenía que hacer el descubrimiento, ni siquiera puede atribuírsele a un subalterno pues las obligaciones procesales y

PROCESO: 05001 60 00207 2018 00704
DELITO: ACCESO CARNAL VIOLENTO AGRAVADO, Y
ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS AGRAVADOS
OBJETO: Apelación auto admite pruebas
DECISIÓN: CONFIRMA

contractuales recaen sobre el fiscal, y no frente a terceros que puedan coadyuvar las actuaciones de la parte.

Insiste en que en virtud de ello ha de promoverse el rechazo como sanción por el descubrimiento inoportuno, aclarando que el 4 de abril al inicio de la diligencia dejó claro a la instalación, que no se estaba descubriendo de manera oportuna.

De otro lado, refiere que, al inicio de esta audiencia, manifestó la circunstancia del descubrimiento inoportuno, y entiende que el momento para pronunciarse en es la oposición a las solicitudes probatorias, por lo que esperó tal oportunidad para ello.

PRONUNCIAMIENTO DE LOS NO RECURRENTES

DELEGADO DE LA FISCALÍA

Afirma que entendió en la audiencia anterior, que el defensor estaba conforme con la situación de no haberle dado traslado en los tres días y que se hiciera luego, por lo que se fijó nueva fecha.

Anota que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en las providencias con radicado 25.920, 36177 de 2011 y SP 179 del 18 de enero de 2017, ha dejado claro que el descubrimiento no se trata de una entrega mano a mano de los elementos materiales, sino que la fiscalía no se oponga y tenga la disposición que la defensa o la contraparte reclame esos elementos cognoscitivos, es decir, que ninguna parte le oculte a la otra algún elemento para evitar sorprender a la contraparte.

PROCESO: 05001 60 00207 2018 00704
DELITO: ACCESO CARNAL VIOLENTO AGRAVADO, Y
ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS AGRAVADOS
OBJETO: Apelación auto admite pruebas
DECISIÓN: CONFIRMA

Expone que tenía el defensor la carga de probar que la fiscalía no puso a su disposición los elementos materiales probatorios, es decir, que haya solicitado ello y se le niegue, pero el abogado no se presentó a la fiscalía ni envió requerimiento alguno, por el contrario en la audiencia de inicios de abril, asintió en que se le hiciera de manera inmediata, por lo que no le asiste razón para solicitar el rechazo, resaltando además, los derechos de la víctima, que en este caso, es menor de edad, presunta víctima de un delito sexual.

REPRESENTANTE DE VÍCTIMAS

Argumenta que en la última audiencia que tuvieron, efectivamente la defensa señaló que no se le habían entregado los elementos materiales probatorias, pero nunca rechazó la posibilidad de aplazamiento de la audiencia en la que se le allegaron.

DELEGADO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Expresa que advierte acertada la posición del juez de primera instancia, porque estima que si bien existe una carga procesal y unos términos que son perentorios por parte del ente acusador para el traslado y descubrimiento probatorio, en el caso en particular no se advierte la intención ilegal o desleal de ocultar ese descubrimiento o no hacerlo oportunamente, sino que hubo dificultades ante el cambio de funcionario, así la responsabilidad sea institucional y no personal, o de orden logístico, que pueden llevar a estas situaciones.

Indica que esto no excluye una actitud absolutamente pasiva por la defensa, de que haga por lo menos un requerimiento para que advierta que de manera oportuna no se ha efectuado el traslado, y solo procedería ese rechazo como sanción extrema, cuando la falta de descubrimiento o el descubrimiento inoportuno, implica un acto de deslealtad por quien no lo haga o busque ocultarlo para obtener un propósito no muy noble dentro del proceso penal y no es el caso, por lo que no se debe dar aplicación exegética a la norma.

AUTO QUE RESUELVE EL RECURSO DE REPOSICIÓN

El A quo se mantuvo en el sentido de la decisión recurrida, indicando que sigue en el entendimiento que el descubrimiento se hizo conforme la sentencia por él referida, cuando dice que se satisface el requisito cuando la fiscalía, facilitando a la defensa el acceso real a las evidencias, elementos y medios de prueba, en el lugar donde se encuentren o dejándolos a su alcance si fuera el caso, de modo que pueda conocerlos a cabalidad, estudiarlos en la medida de lo racional y derivar sus propias conclusiones de cara a los fines de la función defensiva.

SE CONSIDERA PARA DECIDIR

Tiene competencia la Sala, a las voces de lo dispuesto por el artículo 34-1 de la Ley 906 de 2004, para desatar el recurso de apelación interpuesto en forma subsidiaria por el defensor contra el auto por medio del cual el A quo no accedió a rechazar las

solicitudes probatorias de la fiscalía, conforme lo dispuesto por el artículo 346 del Código de Procedimiento Penal.

Lo primero que debe manifestar la Sala es que si bien podría pensarse que se está atacando la decisión mediante la cual se admitió un medio probatorio y, en principio podría indicarse que la misma no es susceptible de recurso de apelación, es lo cierto que en este caso no se trata de una simple petición de inadmisibilidad por cuestiones de impertinencia o inutilidad, sino que es una solicitud de rechazo que hace el profesional del Derecho al advertir una probable vulneración de sus garantías fundamentales, ya que alega violación al debido proceso ocurrida por falta de descubrimiento probatorio y, por esta concreta razón, sí procede la alzada frente a la admisibilidad probatoria¹.

De esta manera, de conformidad con el planteamiento del recurrente, el problema jurídico a resolver consiste en determinar si se deben rechazar las solicitudes probatorias de la fiscalía, en la medida que el representante del ente acusador no realizó el descubrimiento de tal evidencia en el término establecido en el artículo 344 de la Ley 906 de 2004.

Precisamos, antes de dar respuesta concreta a la pretensión del recurrente, fijar algunas bases conceptuales sobre el concepto de descubrimiento probatorio que regula la ley 906 de 2004.

¹ Apartados 7.1.4. y 7.1.5. de la decisión radicada 51882 AP948-2018 C.S.J. Sala de Casación Penal, M.P. Patricia Salazar Cuellar.

El momento procesal para el descubrimiento probatorio por parte de la Fiscalía, se encuentra consagrado en el artículo 344 de la Ley 906 de 2004, que por su pertinencia se transcribe:

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

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

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

Ahora bien, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la providencia con radicado 51421 del 29 de agosto de 2018, manifestó que el descubrimiento probatorio no se realiza única y exclusivamente en un solo momento, pues existen cuatro oportunidades en que se puede surtir el mismo, de forma metódica y cronológica, esto es: (i) con la presentación por parte del fiscal, del escrito de acusación ante el juez de conocimiento; (ii) en la audiencia de formulación de acusación; (iii) en la audiencia preparatoria, y (iv) excepcionalmente en el juicio oral, conforme lo prevé el artículo 344 de la Ley 906 de 2004. (CSJ, AP, 8 nov. 2011, rad. 36177, CSJ SP179-2017, rad. 48216, entre otras).

En la misma providencia se indicó que ello de modo alguno significa que la audiencia preparatoria se constituya en una nueva oportunidad para que la Fiscalía General de la Nación enuncie y descubra elementos materiales probatorios y evidencia física **no enunciados en la audiencia de formulación de acusación**, pues ello indudablemente sorprendería a su adversario, en detrimento de los principios de contradicción, defensa y lealtad que inspiran el sistema penal acusatorio, resultando obligatorio su rechazo **a menos que se acredite que el descubrimiento fue omitido por causas no imputables a la parte afectada**, tal y como lo preceptúa el artículo 346 de la Ley 906 de 2004².

Importa para estos efectos, recordar que, sobre el marco jurídico conceptual del descubrimiento probatorio, la Sala de casación penal de la H. Corte Suprema de justicia, en la sentencia radicada bajo el número 25.920 del 21 de febrero de 2007, dijo lo siguiente:

1.3 Marco jurídico conceptual relativo al proceso de descubrimiento probatorio

1.3.1 Es de la esencia del sistema acusatorio colombiano, el descubrimiento probatorio, que consiste en que la Fiscalía y la defensa suministren, exhiban o pongan a disposición de la contraparte todas las evidencias y elementos probatorios de que dispongan; y anuncien todas las pruebas cuya práctica solicitarán para ser llevadas a cabo en el juicio oral, para respaldar su teoría del caso.

El descubrimiento probatorio participa en modo significativo del talante adversarial de los sistemas acusatorios, entre ellos el

² 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 está obligado a rechazarlos, salvo que se acredite que su descubrimiento se haya omitido por causas no imputables a la parte afectada.

colombiano, cuya caracterización de proceso de partes no es absoluta, según lo ha difundido prolijamente en la jurisprudencia y la doctrina.

(...)

“Para garantizar plenamente este derecho, en el caso de formular acusación la Fiscalía General de la Nación deberá, por conducto del juez de conocimiento, suministrar todos los elementos probatorios e informes de que tenga noticia, incluidos los que sean favorables al procesado.”

(...)

1.3.3 Es preciso tener en cuenta que la defensa no está obligada a presentar prueba de descargo ni contraprueba (numeral 8º, artículo 125 de la Ley 906 de 2004). Sin embargo, cuando el defensor pretenda hacer valer pruebas en el juicio, queda sujeto a la obligación del descubrimiento íntegro y oportuno de las mismas.

1.3.4 El descubrimiento probatorio por parte de la Fiscalía es un deber de stirpe Constitucional. El último inciso del artículo 250 de la Carta, modificado por el artículo 2º del Acto Legislativo 03 de 2002, que introdujo el sistema acusatorio, expresa:

“En el evento de presentarse escrito de acusación, el Fiscal General o sus delegados deberán **suministrar**, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticia incluidos los que le sean favorables al procesado.”
(se subraya)

El Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, como anotó, en desarrollo de la norma Superior, en los artículos 15 (principio de contradicción) y 142 (deberes de la Fiscalía), establece la misma obligación: suministrar todos los elementos probatorios, incluidos los favorables al procesado.

De otro lado, como se verá, tres son los momentos procesales básicos –pero no los únicos– que se relacionan primordialmente con el descubrimiento probatorio: **i) cuando el Fiscal remite al Juez el escrito de acusación con sus anexos, al cual pueden acceder los intervinientes (artículo 337 ibídem); ii) dentro de audiencia de formulación de acusación (artículo 344 ibídem); y iii) en desarrollo de la audiencia preparatoria (artículos 356 y 357 ibídem).**

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

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

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

iii) Si ocurriere que durante el juicio alguna de las partes encuentra un elemento material probatorio y evidencia física "muy significativo que debiera ser descubierto", tiene el deber de ponerlo en conocimiento del Juez, quien "oídas las partes y considerando el perjuicio que podría producirse al derecho de defensa y la integridad del juicio, decidirá si es excepcionalmente admisible o si debe excluirse esa prueba" (inciso final del artículo 344 *ibídem*).

1.3.5 En cumplimiento de su deber funcional, la Fiscalía está obligada anunciar desde el escrito de acusación, con una lista bien detallada, todas las pruebas que pretenda hacer valer en el juicio oral (artículo 337, numeral 5), el cual deberá contener: una relación de los hechos, las pruebas anticipadas –si las hubiere, los datos para la localización de los testigos de cargo y de descargo, los datos para la ubicación de los peritos, los documentos que pretenda aducir con los respectivos testigos de acreditación; y además, los elementos que pudieren resultar favorables al acusado.

Para dar a conocer el descubrimiento probatorio, el numeral 5° del artículo 337 del Código de Procedimiento Penal, dispone que la Fiscalía entregue copia del escrito de acusación con destino al acusado, al Ministerio Público y a las víctimas, con fines únicos de información.

En condiciones normales, es de esperarse que la defensa realmente acceda al escrito de acusación y sus anexos antes de realizarse la audiencia de formulación de acusación (artículo 338 *ibídem*), lo cual implica una conducta diligente del Fiscal, de la defensa y del Juez de conocimiento.

1.3.6 El principal momento procesal donde se lleva a cabo el descubrimiento probatorio tiene lugar en la audiencia de formulación de acusación (artículo 344 *ibídem*); donde las partes deben colaborar decididamente para que el descubrimiento se verifique en forma garantista y correcta. En todo caso, corresponde al Juez velar por la vigencia de las garantías fundamentales de cada uno de los intervinientes, desplegando en pleno sus facultades como director y responsable de la marcha del juicio en condiciones constitucionales y legales.

El artículo 344 (inicio del descubrimiento) de la Ley 906 de 2004, estipula que en la audiencia de formulación de acusación "la defensa podrá solicitar al juez de conocimiento que ordene a la

fiscalía, o a quien corresponda, el descubrimiento de **un** elemento material probatorio específico y evidencia física de que tenga conocimiento." (Se destaca)

En la Sentencia C-1194 de 2005 (22 de noviembre)³, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada del artículo 344 de la Ley 906 de 2004, sólo por el cargo formulado en su contra, bajo el entendido que siempre la Fiscalía tiene el deber constitucional de **suministrar** todas las evidencias y elementos probatorios de que disponga; que la partícula **un**, contenida en dicho precepto, no se entiende como un restrictor de cantidad, sino a la manera de un cuantificador indefinido; y que, por tanto, la facultad de solicitar el descubrimiento de elementos y evidencias específicas no es una limitante contra las facultades de la defensa, sino un agregado o un plus, para que pueda conseguir, si fuere el caso, otros elementos y evidencias en poder de la Fiscalía, o de otra persona o entidad.

En la audiencia de formulación de acusación, la Fiscalía, a su vez, podrá pedir al Juez que ordene a la defensa entregarle copia de los elementos materiales de convicción, de las declaraciones juradas y demás medios probatorios que pretenda hacer valer en juicio (inciso 2° del artículo 344, Ley 906 de 2004).

Y es diáfano el mismo precepto al consignar como obligación para el Juez la consistente en velar porque el descubrimiento sea lo más completo posible durante la audiencia de formulación de acusación. Esta norma es realmente trascendente, en tanto permite colegir que el Juez en ningún caso puede asumir una postura pasiva, ya que con independencia de la preparación o destreza de las partes, y por exigencia del principio de imparcialidad (artículo 5° ibídem), los jueces se orientan por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia; y porque en la actuación procesal los funcionarios judiciales harán prevalecer el derecho sustancial para lograr eficacia en el ejercicio de la justicia (artículo 10 ibídem).

1.3.7 El correcto y completo descubrimiento probatorio condiciona la admisibilidad de la prueba, pues, como lo dispone el artículo 346 de la Ley 906 de 2004, el Juez tiene la obligación de rechazar todas aquellas evidencias o elementos probatorios sobre los cuales se haya incumplido el deber de revelar información durante el procedimiento de descubrimiento. Por tanto, las evidencias, medios y elementos no descubiertos no podrán aducirse al proceso ni convertirse en prueba dentro del mismo, ni practicarse durante el juicio oral.

La anterior sanción tiene una salvedad, que podría operar cuando se acredite que el descubrimiento fue omitido por causas no imputables a la parte afectada.

³ En esta Sentencia, la Corte Constitucional hace un estudio completo del descubrimiento probatorio, como garantía del principio de igualdad de armas, con énfasis en el derecho comparado.

1.3.8 La audiencia preparatoria es otro de los momentos esenciales para el descubrimiento probatorio, que había iniciado propiamente en la audiencia de acusación.

En la audiencia preparatoria (artículos 356, 357, 358 *ibídem*), el Juez vuelve a cumplir un papel trascendental frente al proceso de descubrimiento probatorio, pues el funcionario judicial debe intervenir proactivamente para garantizar un adecuado descubrimiento; y en particular: i) **concederá a las partes la oportunidad de manifestar sus observaciones al respecto, “en especial, si el efectuado fuera de la sede de la audiencia de formulación de acusación ha quedado incompleto”**; ii) ordenará a la defensa descubrir sus elementos materiales probatorios y evidencia física; iii) dispondrá que la Fiscalía y la defensa enuncien la totalidad de las pruebas que harán valer en la audiencia del juicio oral; iv) concederá un término para que la Fiscalía y la defensa expresen si harán estipulaciones probatorias; v), a solicitud de la partes, podrá disponer que se exhiban los elementos materiales probatorios y la evidencia física durante la audiencia preparatoria, con el único fin de ser conocidos y estudiados; y, vi) en todo caso, rechazará los descubrimientos incompletos.

Es claro, entonces, que no es obligatorio para el Juez ordenar la exhibición, en la audiencia preparatoria, de los elementos materiales probatorios y la evidencia física; pues corresponde a la parte interesada solicitar al funcionario judicial que ordene a la otra tal exhibición. **De ahí que, bajo ciertas circunstancias, un descubrimiento probatorio podría reputarse completo con la enunciación o puesta a disposición real y efectiva de los medios probatorios**; pero aún sin la exhibición de las evidencias y los elementos materiales probatorios, bien porque la contraparte ya los conoce, ya cuenta con ellos, **o no hace manifiesto algún interés especial**.

De otro lado, por la necesidad de garantizar la prevalencia del derecho sustancial, aún si la contraparte guarda silencio, el Juez podrá ordenar la exhibición, si llegare a colegir que tal medida coadyuva a la estructuración de un juicio justo; pues el Juez de conocimiento, es, como el que más, también Juez de garantías.

1.3.9 Se ha venido destacando la palabra “**suministrar**” que forma parte de la redacción de los textos constitucional y legal, en el sentido que, en el proceso de descubrimiento, es deber de la Fiscalía suministrar a la defensa todas las evidencias y elementos probatorios de que disponga.

El verbo suministrar no puede entenderse necesaria y únicamente como entregar físicamente, o dar, o poner en las manos del otro todas las evidencias ni todos los elementos materiales probatorios. Tal interpretación a menudo desbordaría los límites de lo razonable, conduciría a extremos indeseados, a complejidades extremas, a malversación de recursos o dilatación del juzgamiento, siendo todos estos resultados hipotéticos incompatibles con los fines constitucionales del proceso penal.

Suministrar, en el Diccionario de la Lengua Española,⁴ significa "Proveer a alguien de algo que necesita". Y en el mismo Diccionario, el vocablo proveer tiene varias acepciones; entre ellas, una que se relaciona con el tema que se viene tratando: "Preparar, reunir lo necesario para un fin. Suministrar o facilitar lo necesario o conveniente para un fin".

En ese orden de ideas, la Fiscalía cumple el deber de suministrar las evidencias y elementos probatorios de varias maneras, entre ellas:

i) Imprescindiblemente y en todos los casos, "descubriéndolos", esto es, **informando a la defensa, en las oportunidades procesales antedichas, con plena lealtad y con sujeción al principio de objetividad, sobre la existencia, naturaleza y ubicación** de todos y cada uno de los elementos probatorios y evidencias; máxime si la Fiscalía va a utilizarlos para sustentar la acusación y si podrían generar efectos favorables para el acusado.

ii) Entregándolos físicamente cuando ello sea racional y materialmente posible, como con resultados de un informe pericial o policial, la copia de algunos documentos o algunos elementos o muestras de los mismos.

iii) Facilitando a la defensa el acceso real a las evidencias, elementos y medios probatorios en el lugar donde se encuentren, o dejándolos a su alcance, si fuere el caso, de modo que pueda conocerlos a cabalidad, estudiarlos, obtenerlos en la medida de lo racionalmente posible y derivar sus propias conclusiones, de cara a los fines de la gestión defensiva.

Corresponde al Juez, una vez más, velar porque el suministro, así entendido, sea oportuno y lo más completo posible, pues se trata de facilitar a la defensa el acceso real a los medios que utilizará la Fiscalía en contra del acusado."- negrilla del despacho-

Y, en sentencia del 22 de julio de 2009, M. P. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ, radicación 31.614, se reafirmó lo siguiente por parte de la alta corporación:

"Al igual que el acto público de formulación de acusación, **la audiencia preparatoria, regulada en los artículos 356 y ss. de la Ley 906 de 2004, es otro de los momentos esenciales para el descubrimiento probatorio**, que había iniciado propiamente en el primero.

Allí el juez el Juez vuelve a cumplir un papel trascendental frente al proceso de descubrimiento, pues, tiene el deber de intervenir activa

⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. Editorial Espasa Calpe. Madrid. 2001.

y eficazmente para garantizar que se lleve a cabo de modo adecuado, para lo cual concederá a las partes la oportunidad de manifestar sus observaciones al respecto, "en especial, si el efectuado fuera de la sede de la audiencia de formulación de acusación ha quedado incompleto"; y ordenará a la defensa descubrir sus elementos materiales probatorios y evidencia física.

(...)

Cumplidos debidamente los anteriores pasos, tiénese, entonces, que el correcto y completo descubrimiento probatorio condiciona la admisibilidad de la prueba, pues, como lo dispone el artículo 346 de la Ley 906 de 2004, el juez tiene la obligación de rechazar todas aquellas evidencias o elementos probatorios sobre los cuales se haya incumplido el deber de revelar información durante dicho procedimiento. Por tanto, las evidencias, medios y elementos no descubiertos, o descubiertos parcialmente, no podrán aducirse al proceso ni convertirse en prueba dentro del mismo, ni practicarse durante el juicio oral." – negrilla del despacho-

Se realizan estas largas citas de cara a reafirmar la importancia que tiene el descubrimiento probatorio en el procedimiento de corte adversarial que regula la ley 906 de 2004 y lo exigente que en los términos de la Sala de casación resulta que las partes cumplan cabalmente con las cargas que les son impuestas por el legislador, tanto que en la última de las sentencias preceptúa que si se incumple con aquellas el juez tiene la obligación de rechazar todas las evidencias o elementos materiales probatorios sobre los cuales se haya incumplido el deber de revelar información durante dicho procedimiento, ello por supuesto apoyada la exigencia en lo dispuesto por el artículo 346 del código acusatorio penal.

Ahora bien, descendiendo al caso objeto de estudio, tenemos que en efecto en el escrito de acusación presentado por la Fiscal 90 Seccional CAIVAS, enlistó los elementos cognoscitivos para soportar la formulación de acusación y se consignó, en el acta del 17 de febrero de 2022, que la fiscalía haría entrega de los

medios de convicción a la defensa, a través del correo electrónico, incluyendo los videos.

Se indicó por las partes, que en diligencia del cuatro (4) de abril de 2022, cuando el despacho se disponía a realizar la audiencia preparatoria el delegado fiscal anunció, por lealtad procesal, que no había efectuado el descubrimiento por lo que se reprogramó la diligencia. Frente a ello asintió el defensor y ese día se le remitió el descubrimiento probatorio.

En el expediente digital, obra constancia secretarial en la que se indica: *“Le informo señor juez que el defensor y la fiscalía, antes de dar inicio a la grabación de la audiencia del 4 de abril, solicitan aplazamiento de la misma a efectos de descubrir correctamente los elementos materiales probatorios y evidencia física. De mutuo acuerdo con todas las partes acordamos realizar la audiencia el próximo para (sic) el 18 de abril a las 09:00 de la mañana”*.

De otro lado, en la audiencia preparatoria que se surtió el dieciocho (18) de abril hogaño, cuando el despacho se disponía a dar trámite al numeral primero del artículo 356 del C.P.P., el defensor dejó constancia que el descubrimiento se había efectuado el cuatro (4) de abril de 2022 de manera completa y solo cuando se le solicitó que se pronunciara respecto a las solicitudes probatorias de la fiscalía deprecó el rechazo de su totalidad, por haberse efectuado de manera tardía, esto es, por fuera del término de tres días que establece el artículo 344 del C.P.P.

Lo primero que debemos indicar, es que las solicitudes probatorias del delegado fiscal esbozadas en la audiencia

preparatoria no hacían referencia a ningún elemento cognoscitivo diferente a los que fueron enlistados en el escrito de acusación, por ello, al margen de que ciertamente no se remitieran al correo electrónico del defensor dentro del término de tres días siguientes a la audiencia de formulación de acusación, el defensor conocía que aquellos existían y que respecto a ellos se realizaría la petición probatoria.

De esta manera, encuentra la Sala, que, el defensor conocía, por lo menos por su enunciación, cuáles son los elementos materiales probatorios con que pretende soportar la teoría del caso la fiscalía y si bien aquel se realizó superado el término legal, lo que se puede constatar es que, en nuestro criterio, hubo aquiescencia del defensor cuando en la sesión del cuatro de abril, conforme la constancia secretarial dejada, se aplazó la preparatoria para llevar a cabo adecuadamente el descubrimiento y este, en efecto, se realizó.

Es decir, no puede indicarse que se sorprende al defensor y que por ello se vulneran los derechos de defensa y contradicción, cuando desde la audiencia de formulación conocía cuáles eran los elementos de convicción que la fiscalía pretendía hacer valer y, atendiendo las razones expuestas por el delegado, se aplazó la preparatoria y le fueron enviados aquellos elementos que echaba de menos.

Por ello, insistimos, si no fueron recibidos por el defensor en el correo electrónico en el término indicado, es lo cierto que la fiscalía cumplió con la obligación de descubrirlos el 4 de abril de 2022, y en el momento procesal estatuido en el numeral primero

del artículo 356 del C.P.P. el defensor no realizó ninguna observación respecto al procedimiento de descubrimiento probatorio, por el contrario, indicó que se había efectuado de manera completa el 4 de abril de 2022; además, insistimos, conforme a la constancia que obra en la actuación, no se opuso a la reprogramación de la audiencia a fin de que el fiscal realizara el descubrimiento, lo que indica, en nuestro criterio, que aceptó ese descubrimiento tardío.

Y es que, en realidad, en el caso que se analiza, la fiscalía no ha desconocido su deber de descubrimiento, porque en realidad se materializó, aunque de manera tardía, el cuatro de abril de dos mil veintidós, sin que pueda pasarse por alto, que tal y como lo analizó el A quo, ese despacho estuvo a cargo de tres fiscales diferentes, lo que pudo incidir en esa situación, ya que el delegado actual asumió el caso previo a realizarse la audiencia preparatoria.

Si ello es así, no procede la sanción de rechazo de las solicitudes probatorias de la fiscalía que contempla el artículo 346 de la Ley 906 de 2004 lo que permite concluir que el auto objeto del recurso debe ser confirmado.

Por lo expuesto, la Sala de decisión penal del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto del dieciocho (18) de abril del año que transcurre, emitido por el Juez

PROCESO: 05001 60 00207 2018 00704
DELITO: ACCESO CARNAL VIOLENTO AGRAVADO, Y
ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS AGRAVADOS
OBJETO: Apelación auto admite pruebas
DECISIÓN: CONFIRMA

Veintiocho Penal del Circuito de Medellín, por medio del cual no rechazó las pruebas solicitadas por el delegado de la Fiscalía por descubrimiento inoportuno.

SEGUNDO: REMÍTASE entonces la actuación al Juzgado de conocimiento para que continúe con el trámite del proceso.


TERCERO: Contra esta decisión no procede ningún recurso.

CUARTO: Esta decisión se notifica en este estrado judicial y su lectura ha sido delegada al magistrado ponente.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE



RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ
Magistrado



JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ
Magistrado



MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS
Magistrado