



DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN

SALA PENAL DE DECISIÓN

Medellín, miércoles, veintisiete de octubre de dos mil veintiuno

Aprobado mediante acta número 0107 del veinte de octubre de
dos mil veintiuno

Magistrado Ponente
Ricardo De La Pava Marulanda

Por apelación interpuesta y sustentada por el delegado de la Fiscalía, conoce en segunda instancia esta Corporación la providencia proferida por el Juez Primero Penal del Circuito de Itagüí durante la audiencia preparatoria celebrada el 19 de abril de 2021 y en la cual resolvió sobre las solicitudes probatorias realizadas por las partes.

1. ANTECEDENTES

En el escrito de acusación el Fiscal 246 Seccional de Itagüí relató que:

"El día 13 de noviembre de 2020, patrulleros de la Policía Nacional, siendo las 06:50 horas, atienden caso por detonaciones con arma de fuego por lo lados de la ladrillera El Ajizal, sector "Cedros", jurisdicción del municipio de Itagüí, exactamente en la calle 76 Nro 57 305; producto de la detonación resultó lesionado JORGE IVAN VASQUEZ JURADO, y trasladado a la clínica Antioquia. Allí los uniformados son informados de las características, sitio y ubicación de quien había producido las lesiones, capturándolo por un callejón del sector "Los Cedros", identificándolo como SEBASTIÁN SALDARRIAGA SALDARRIAGA."

En diligencias preliminares realizadas el 14 de noviembre de 2020 ante el Juez Once Penal Municipal con función de control de garantías de Medellín, luego de declararse la legalidad del procedimiento de captura, la Fiscalía le formuló imputación al señor SEBASTIÁN SALDARRIAGA SALDARRIAGA por la autoría del delito de homicidio agravado en modalidad de tentativa en concurso heterogéneo con fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego, cargo que no fue aceptado por el imputado. En la misma diligencia se le impuso medida de aseguramiento preventiva en establecimiento carcelario.

El escrito de acusación fue radicado el 13 de enero de 2021 y la formulación oral se llevó a cabo el día 29 de enero siguiente en el Juzgado Primero Penal del Circuito de Itagüí. La

audiencia preparatoria se llevó a cabo el 19 de abril último, diligencia en la cual el a quo decidió sobre las solicitudes probatorias decretando todas las que fueron peticionadas por las partes, excepto los testimonios de cargos de los señores JORGE IVÁN VÁSQUEZ JURADO y MATEO VÁSQUEZ VELÁSQUEZ, el primero fue rechazado ante la falta de su oportuno descubrimiento, y el segundo inadmitido al tener el carácter de prueba de referencia inadmisibles.

2. LA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Frente a lo que es motivo de apelación, el Juez Primero Penal del Circuito de Itagüí rechazó al testimonio del señor JORGE IVÁN VÁSQUEZ JURADO argumentando que aunque resulta pertinente su declaración, pues se trata de la presunta víctima y de esa manera se podría concluir que tiene conocimiento directo y personal de lo ocurrido, el numeral 5º del artículo 337 del código de procedimiento penal regula que el descubrimiento de pruebas debe incluir el nombre, dirección y demás datos personales de los testigos o peritos cuya declaración se solicite en el juicio, y que el canon 346 ibídem establece que *"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"*.

Por ello, el juzgador, luego de haber revisado el escrito de acusación y verificar que ese testimonio no está enlistado,

le consultó al representante del ente acusador para que señalara si la falta de descubrimiento obedece a una de esas causales no imputables, puesto que si fuera así la sanción procesal no procedería, requerimiento al cual contestó el delegado Fiscal que desde los hechos jurídicamente relevantes de la acusación claramente se hizo mención de él y que en la sección de dice víctima también se especificó su nombre completo, identificación y dónde se localiza, siendo el primero que figura en el escrito de acusación y además compareció a la audiencia de formulación oral.

De conformidad con lo anterior, y bajo el entendido de que la Fiscalía argumentó considerar debidamente descubierta la prueba en vista de que señaló al testigo como víctima, el a quo estima como un sorpresimiento para la defensa que en esta etapa procesal se mencione tal circunstancia, es decir, que el hecho de que esté dentro de la cuadrícula destinada a la identificación de la víctima necesariamente deba llevar a concluir que va a ser llamado como testigo en el juicio, pues entiende que la finalidad del descubrimiento que esta relacionada con la preparación de la contraparte para las futuras diligencias, sí se afecta a través de una práctica como esta.

3. LOS MOTIVOS DEL DISENSO

El delegado de la Fiscalía impugna la decisión del a quo aduciendo que una vez estudiada la audiencia de acusación, entendida como un acto complejo y donde claramente se debe exhibir lo que se va a llevar a juicio, destaca que desde los hechos jurídicamente relevantes y dentro de la carga dinámica de la prueba,

se reconoció desde la primera audiencia a JORGE IVÁN VÁSQUEZ JURADO como víctima al haber sufrido un perjuicio, lo que quiere decir que desde el principio se está mencionando que esta persona es el afectado directo de un atentado contra su vida, por lo que solicita que no se excluya esta deponencia teniendo en cuenta que la defensa no resulta sorprendida pues, reitera, desde el inició se ofreció a este ciudadano como víctima, se mencionó en dos ocasiones dónde se localiza y acudió a la audiencia de formulación de acusación donde fue reconocido en tal calidad.

Expresa que no se están violentando los principios de lealtad, debido proceso ni de igualdad de armas, así como tampoco hay una afectación material al derecho de defensa por cuanto la defensa técnica desde un comienzo está preparada para enfrentar el dicho del señor JORGE IVÁN al haber sido anunciado claramente en la acusación como la víctima y por ello no se trata de un testigo o un hecho nuevo.

Concluye anotando que con la labor desarrollada en el escrito de acusación se cumple a cabalidad lo estipulado en el artículo 337 de la Ley 906 de 2004 y por ello solicita se revoque la decisión del juez de primera instancia y se disponga que se escuche a la víctima en el juicio oral, tal y como fue solicitado en la audiencia preparatoria.

4. LOS NO RECURRENTES

El señor defensor, expuso que el Fiscal en este estadio procesal está tratando de corregir los errores cometidos

tanto en el escrito de acusación, al no incorporar en el correspondiente anexo el nombre del testigo JORGE IVÁN VÁSQUEZ JURADO, como también en la audiencia de formulación oral al no hacer la respectiva adición, circunstancia bajo la cual depreca que se mantenga incólume la decisión de primera instancia toda vez que su contraparte ha incurrido en esas fallas en el descubrimiento probatorio inobservando asó lo regulado en el literal c del numeral 5° del artículo 337 del código de procedimiento penal.

Indica que el doctor ANTONIO LUIS GONZÁLEZ NAVARRO, en su obra "*La audiencia preparatoria en el proceso penal*", entre las páginas 328 a la 340, estudió el hecho de que la falta de descubrimiento probatorio de la Fiscalía en la audiencia de formulación de acusación conlleva al rechazo de la solicitud probatoria en la audiencia preparatoria, tesis que se encuentra fundamentada en las radicaciones 51882 de 2018 y 44238 de 2015.

Continúa señalando que nos encontramos en un sistema penal acusatorio en el cual cada una de las partes eleva sus pretensiones probatorias para que la judicatura decida sobre las mismas, siendo distinta la capacidad de los jueces funciones de control de garantías, únicos que tienen altas facultades para corregir los yerros de las partes, frente a los juzgadores de conocimiento de primera y segunda instancia que no gozan de tal autorización legal ni constitucional, razón por la cual estima que no debe ser aprobada la apelación presentada y en cambio se debe ratificar la decisión del a quo de rechazar la declaración del señor JORGE IVÁN VÁSQUEZ JURADO.

5. CONSIDERACIONES

De conformidad con el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, es competente esta Corporación para conocer, por vía de apelación, el auto proferido por el Juez Primero Penal del Circuito de Itagüí en el desarrollo de la audiencia preparatoria en punto de que rechazó el testimonio de cargos del señor JORGE IVÁN VÁSQUEZ JURADO, hecho con el cual, a juicio del recurrente, no se vulneran las garantías del debido proceso, lealtad, igualdad de armas y defensa por cuanto no se presenta un sorprendimiento ya que el referido ciudadano desde los hechos jurídicamente relevantes fue relacionado como ofendido y en la audiencia de formulación de acusación se le reconoció la calidad de víctima.

Con la finalidad de resolver el problema jurídico planteado en el disenso, se procederá a esclarecer el punto concreto de inconformidad planteado por el delegado de la Fiscalía y que versa sobre el rechazo del testimonio del señor JORGE IVÁN VÁSQUEZ JURADO bajo el argumento de que el procedimiento de descubrimiento frente a éste fue extemporáneo ya que fue revelado solo en la audiencia preparatoria sin que antes de ese momento, es decir, ni en el escrito de acusación ni en la formulación oral de la misma, se puso de presente la intención de que dicha deponencia fuera decretada como prueba a practicarse en juicio oral.

Pues bien, la Colegiatura traerá a colación el criterio expuesto por la Corte Suprema de Justicia en punto del momento procesal en el cual debe darse el descubrimiento probatorio por cada una de las partes. Al respecto, en el auto AP5785-2015, con

radicación N° 46153 del 30 de septiembre de 2015, la Alta Corporación sostuvo que:

"Sobre las fases del descubrimiento probatorio, todavía en los albores del nuevo esquema procesal penal la Corte precisó:

En cuanto a la etapa de descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física pueden darse las siguientes variantes:

a). Con la presentación del escrito de acusación que hace el fiscal ante el juez competente, dicho instrumento, de acuerdo con lo reglado por el artículo 337 de la Ley 906 de 2004, deberá contener, entre otros presupuestos, "El descubrimiento de las pruebas", que consiste que con el citado escrito se presenta otro anexo en el que constarán los hechos que no requieren prueba; la transcripción de las pruebas anticipadas que se quieran aducir en el juicio y que no se pueden recaudar en el juicio oral, el nombre, dirección y datos personales de los testigos o peritos cuya declaración se solicite en el juicio, etc.

Copia del anterior escrito el fiscal lo entregará al acusado y a su defensor, al Ministerio Público y a las víctimas.

b) Dentro de la audiencia de formulación de acusación, así mismo la defensa cuenta con la posibilidad legal de solicitar al juez de conocimiento que ordene a la fiscalía "o quien corresponda, el descubrimiento de un elemento material probatorio específico y evidencia física de que tenga conocimiento...". (Artículo 344).

c) De la misma manera, en la etapa de formulación de acusación la fiscalía podrá pedir al juez que ordene a la defensa la entrega de "copia de los elementos materiales de convicción, de las declaraciones juradas y demás medios probatorios que pretenda hacer valer en el juicio". (Artículo 344)

d) Cuando la defensa pretenda hacer uso de la inimputabilidad "en cualquiera de sus variantes" deberá entregar a la fiscalía los exámenes periciales que le hubieren practicado al acusado". (Artículo 344)

e) Ocasionalmente en el juicio oral las partes podrán descubrir los elementos materiales probatorios y evidencia física significativa que deban ser descubiertas, cuando el juez así lo decida una vez oídas las partes y considerado "el perjuicio que podría producirse al derecho de defensa y la integridad del juicio". (Artículo 344).

f) Finalmente, la etapa de descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física fenece en la audiencia preparatoria, puesto que de acuerdo con lo consagrado por el artículo 356 de la citada Ley 906 de 2004, el juez de conocimiento dispondrá: "Que la defensa descubra sus elementos materiales probatorios y evidencia física" y "Que la fiscalía y la defensa enuncien la totalidad de las pruebas que harán valer en la audiencia de juicio oral y público" (artículo 356). También en este momento procesal y a solicitud de las partes "los elementos materiales probatorios y evidencia física podrán ser exhibidos durante la audiencia con el único fin de ser conocidos y estudiados. (CSJ SC, 21 Feb 2007, Rad. 25920).

Así, lo establecido en el artículo 337 sobre el descubrimiento probatorio debe analizarse en el sentido de que la defensa pueda conocer oportunamente los testimonios, dictámenes periciales, evidencias físicas o documentos que sirven de sustento a la acusación y que pueden ser solicitados como prueba por la Fiscalía." (Subrayas fuera del texto original).

Es así como tenemos que desde la presentación del escrito de acusación, en su correspondiente anexo, la Fiscalía tiene el deber de comunicar las pruebas que pretende hacer valer en juicio, teniendo la oportunidad de adicionar, modificar o corregir el

contenido de dicho escrito solo durante la audiencia de la formulación oral de los cargos, lo que quiere decir que es hasta esa ocasión procesal que el ente acusador puede válidamente descubrir sus elementos con vocación probatoria, ello porque para la siguiente diligencia a celebrarse le corresponde a la defensa hacer lo mismo, momento para el cual no puede ser sorprendida con nuevos descubrimientos frente a los cuales no tuvo la oportunidad de desplegar labor defensiva a efectos de presentar pruebas de refutación.

No debe confundirse el descubrimiento o la comunicación formal que debe hacerse de los elementos materiales con vocación probatoria, evidencia física e información legalmente obtenida con el traslado de los mismos, pues la ley faculta para que esta última acción puede llevarse a cabo por fuera de la audiencia de la formulación de acusación (artículo 344 del código de procedimiento penal), pero en ningún momento brinda esa misma oportunidad para que se realicen revelaciones nuevas.

Así como tampoco deviene procedente el argumento expuesto por el censor según el cual no se presenta ningún sorprendimiento para la defensa por cuanto el señor JORGE IVÁN VÁSQUEZ JURADO fue mencionado en los hechos jurídicamente relevantes, individualizado en el escrito de acusación como el perjudicado con la conducta delictiva y reconocido como víctima al interior de la audiencia de formulación oral de acusación, pues de conformidad con la ley procesal vigente, son temas bien diferentes la relación clara y sucinta de la imputación fáctica, el registro de quien funge como ofendido y la relación de las pruebas que se harán valer en el juicio oral.

Y es que independientemente de que dichos ítems hagan parte del escrito de acusación, lo cierto es que de conformidad con el artículo 337 procesal penal, que describe el contenido que debe hacer parte de la acusación y cuáles son sus anexos, resulta imprescindible que se respeten todas y cada una de las condiciones allí enlistadas, debiendo estar definido, de manera clara, el descubrimiento de las pruebas -numeral 5 de la norma en mención- en un anexo que incluya los nombres, direcciones y datos personales de los testigos cuya declaración se solicite en el juicio.

En este evento, la Fiscalía debió haber indicado, bien en el escrito de acusación o en la audiencia de formulación oral, que era su intención utilizar como elemento con vocación probatoria el testimonio del señor JORGE IVÁN VÁSQUEZ JURADO, actuación que le era completamente exigible en aras de que en el juicio oral en efecto se recibiera dicha deponencia, siendo esa la única manera en la que la defensa no se hubiese visto sorprendida con dicha solicitud probatoria, pues independiente de que el referido ciudadano se hubiese "*ofrecido como víctima*", recogiendo las palabras del censor, ello de ninguna manera lo habilita para que ahora, de manera extemporánea, solicite su declaración.

Nótese que en efecto el recurrente reconoce que siempre mencionó y ofreció al señor JORGE IVÁN VÁSQUEZ JURADO como víctima de la conducta delictiva endilgada al acusado, calidad que no está en discusión en este evento pero que de ninguna manera puede asemejarse o sobreentenderse con la de un testigo pues para ello la ley estableció un acápite específico en el que debe quedar consignado el descubrimiento probatorio dentro del escrito de acusación, precisamente para evitar situaciones como la que se

presenta en este evento y en la que la defensa sufre un sorpresimiento con la petición de un testigo que no se había anunciado dentro del trámite penal como tal.

A manera de conclusión, no debe confundir el delegado de la Fiscalía la relación e individualización del señor JORGE IVÁN VÁSQUEZ JURADO como víctima dentro de esta actuación con la de un testigo pues, aunque ambos datos están contenidos en un mismo escrito, lo cierto es que cada uno tiene especificado un título diferente y concreto a efectos de darle claridad a la defensa no solo de los hechos jurídicamente relevantes sobre los cuales debe establecer su hipótesis defensiva, sino también respecto a las pruebas que deberá refutar o contradecir en el juicio oral en aras de sacar adelante su pretensión.

De conformidad con lo anterior, encuentra esta Sala de decisión que el descubrimiento realizado por la Fiscalía sobre el testimonio del señor JORGE IVÁN VÁSQUEZ JURADO resulta extemporáneo, pues tal y como viene de verse, la oportunidad legal para ello fenece en la audiencia de formulación de acusación, pudiéndose extender hasta la preparatoria pero solo en punto del traslado material de dichos elementos con vocación probatoria, dependiendo de las particularidades del caso, razón por la cual la decisión proferida por el Juez Primero Penal del Circuito de Itagüí se encuentra ajustada a derecho y en ese sentido será avalada en esta instancia.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín,
en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la providencia de naturaleza y origen conocidos.

SEGUNDO: Contra esta decisión no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RICARDO DE LA PAVA MARULANDA

Magistrado

(En permiso)

RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ

Magistrado



JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ

Magistrado