TRIBUNAL SUPERIOR
Medellin

SALA DE DECISIÓN PENAL

APROBADO ACTA 183
(Sesión del 26 de julio de 2024)

Radicado:	05001-60-00207-2022-51053
Procesado:	Cristian David Vargas Bohórquez
Delito:	Acceso carnal violento
Asunto:	Defensa apela negativa de rechazo de pruebas de la Fiscalía por descubrimiento extemporáneo
Decisión:	Confirma
M. Ponente:	José Ignacio Sánchez Calle

Medellín, 31 de julio de 2024
(Fecha de lectura)

1. ASUNTO

La Sala resuelve el recurso de apelación que interpuso la Defensa del acusado Cristian David Vargas Bohórquez, en contra del auto proferido por el Juez Trece Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín, en el curso de la audiencia preparatoria que decretó todas las pruebas solicitadas por las partes, sin acceder a una solicitud de rechazo de una de ellas, por descubrimiento extemporáneo.

2. ACTUACION PROCESAL

2.1. El 6 de septiembre de 2023 correspondió por reparto al Juzgado Trece Penal del Circuito de esta ciudad, el conocimiento del proceso penal que por el delito de Acceso Carnal Violento se adelanta en contra de Cristian David Vargas Bohórquez.

2.2. El 2 de noviembre de 2023 se realizó la audiencia de Formulación de Acusación.

2.3. El pasado 21 de junio se realizó la audiencia preparatoria en la cual Fiscalía y Defensa realizaron sus respectivas solicitudes probatorias.

2.3.1. Concretamente y respecto a lo que ocupa la atención de esta Sala, el Fiscal solicitó el decreto como prueba documental, de un CD que contiene videos del Hotel Teka y un CD que contiene imágenes de una de las cámaras de la línea 123. Indicó que el primer CD contiene 186 videos, advirtiendo que la Fiscalía General de la Nación, ha intentado enviar los elementos materiales probatorios a la Defensa, pero ello no ha sido posible, sin embargo, considera el Fiscal que, aunque la carga del traslado va por parte del de la Fiscalía, también la Defensa tiene la carga de procurar esa gestión pues dentro de la audiencia de formulación de acusación se dejó constancia de que existían y, afirma, que por lo pesado del contenido de los CDs, para la Fiscalía fue imposible remitirlos por correo electrónico.

Solicita se decrete el informe de investigador de campo que contiene los CDs porque dentro de estos se puede observar el día 5 de junio del año 2022 en la Carrera 72 # 30, más concretamente en lo que respecta a la dirección del Hotel Teka, a donde ingresa el señor Cristian David Vargas Bohórquez con la señora Mónica Icela Monterrosa Moya y también se pueden observar su permanencia, el ingreso y la salida dentro de los horarios precisos donde se establecen los hechos jurídicamente relevantes, es decir, que se indica la presencia tanto de la víctima como del procesado en el momento de los hechos.

Señala el Fiscal que la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, en providencia del 26 de enero del año 2018, con Radicado 2017-00123 y ponencia del Magistrado Cesar Augusto Rengifo Cuello, en un tema similar frente al descubrimiento de los elementos materiales probatorios donde la Defensa debía también trasladarse ante la Fiscalía para realizarle ese descubrimiento, precisamente por lo pesado de los elementos materiales probatorios, no lo hizo allí, y el Tribunal Superior de Medellín dejó constancia que efectivamente era también deber de la Defensa hacerlo porque era claro

que la Fiscalía no había obrado con negligencia, desidia o deslealtad y quedó probado que el descubrimiento de los elementos materiales probatorios por fuera de los términos establecidos en el artículo 344 del Código de procedimiento Penal corrían también a cargo de la Defensa.

Solicita además se permita la incorporación como prueba documental del incidente de la Policía Nacional de la llamada al 123 por parte del Hotel Teka con CD del libro de anotaciones de la Policía Nacional pues, en dichas llamadas se escuchan las voces de auxilio de la ciudadanía para que se presentaran los policiales al Hotel Teka, ese 5 de junio del año 2022. En este incidente se evidencia que se solicitó el apoyo a la Policía Nacional por parte de quienes realizaron la llamada y se encontraban en el sitio, está firmado por José Fernando Arenas.

Por último, señaló el fiscal que estas pruebas serían incorporadas por el investigador Edinson Córdoba Hinestroza, policía judicial que participó en el procedimiento y del que fue decretado su testimonio.

2.3.2. Frente a estas solicitudes probatorias, la delegada del Ministerio Público consideró conducentes y pertinentes los medios probatorios que ha presentado la Fiscalía y que pretende hacer valer en juicio, son idóneos y no vulneran derechos y garantías, y sobre el informe investigador de campo que contiene respuesta a orden de Policía Judicial suscrito por Edinson Córdoba Hinestrosa, investigador criminal de la Policía Judicial y que contiene un CD con los videos del Hotel Teka y un CD con imágenes de la Cámara 123, para la Procuradora, la Fiscalía sí hizo descubrimiento de ello, advirtiendo que el defensor debía estar pendiente, obrar con diligencia y preguntarle al Fiscal qué pasaba con estas grabaciones y sin embargo no lo hizo.

2.3.3. Por su parte, el abogado defensor del acusado solicitó el rechazo de estos elementos por falta de descubrimiento, advierte que su posición es solo frente a los CDs, no frente al informe de policía judicial. Indicó que debía hacerse un recuento cronológico en virtud del cual el 2 de noviembre del año 2023, es decir, aproximadamente 8 meses al día de hoy, se evacuó la audiencia de formulación de acusación y es claro que el artículo 344 del

Código de Procedimiento Penal señala específicamente el tema relacionado con el descubrimiento probatorio, el cual se realizó el mismo día, 2 de noviembre de 2023. El 7 de junio del 2024, él como Defensa, sin tener que hacerlo, le envió al Fiscal a su correo institucional, un correo indicándole que había un inconformismo frente al descubrimiento. El delegado de la Fiscalía de forma clara señaló que creía que sí lo había descubierto, pero que iba a averiguar con el Fiscal antecesor; siendo esta la primera posibilidad a la Fiscalía General de la Nación para que verificara si había habido un descubrimiento o no.

Arguye que, sin embargo, a la fecha, 21 de junio del 2024, siendo las 9:21 de la mañana, el delegado de la Fiscalía no ha descubierto los videos de los cuales hace mención, y más sorpresivo le resulta aún el que cuando el Fiscal, al momento de compartir pantalla, permite ver la fecha de creación de la carpeta, se observa que es de junio del 2024, entonces no comprende la Defensa como es que el Fiscal afirma que han sido múltiples los intentos de descubrimiento pero ni siquiera aporta elementos que corroboren esa manifestación. Ni siquiera le enviaron a él de parte de la Fiscalía algún correo o llamada advirtiéndole de esta situación a efectos de que él se trasladara al Despacho del Fiscal a reclamar los CDs.

Hace alusión el defensor al artículo 8° del Código de Procedimiento Penal, que señala específicamente el literal i "*disponer de tiempo razonable y de medios adecuados para la preparación de la defensa. De manera excepcional, se podrán solicitar las prórrogas debidamente justificadas y necesarias para la celebración de las audiencias a las que deba conocer*" y el literal j "*solicitar, conocer y controvertir las pruebas*" preguntándose entonces cómo va él a controvertir lo que no conoce, es imposible, no habría cómo. Arguye que sería una grave afectación al derecho de defensa el decreto de esos 186 vídeos de los cuales se supo su existencia el 21 de junio del 2024, porque el Fiscal ni siquiera los anunció el 7 de junio, y mucho menos en la del 2 de noviembre del año 2023; lo mismo ocurre con la manifestación del Fiscal respecto al análisis de los videos del 123, vuelve y cuestiona el defensor pues tampoco se sabe al día de hoy cuántos eran los videos del 123, de las afueras del Hotel Teka, en la calle San Juan con la Carrera 65.

Entonces, sobre los testimonios de Edison Córdoba Hinestroza y el patrullero Jeffrey Alex Valencia Serna, no tiene oposición en que se decreten estos testigos, pero sí en el decreto de los 186 videos, de los videos del 123 y de las llamadas de las voces de auxilio, es decir, solicita se limite el testimonio de estas personas y que no se les permita pronunciarse respecto a estos elementos, en virtud del rechazo que solicita de esos documentos teniendo en cuenta su indebido descubrimiento.

2.3.4. Frente a la oposición de la Defensa, se le dio el uso de la palabra al delegado de la Fiscalía General de la Nación para que se pronunciara, aclarando el Fiscal que, con fines de realizar preparación de esta audiencia, el día de ayer 20 de junio de 2024 a las 6:53 de la mañana descargó los videos, pero ello no significa que solo contara con los vídeos desde ayer pues de ser así no los habrían anunciado desde el escrito de acusación. Sobre este argumento del abogado, se equivoca la Defensa porque el Ente Acusador cuenta con dichos videos desde las instancias de la indagación del proceso penal, pues, de lo contrario, no hubieran sido descubiertos, no estarían relacionados en el escrito de acusación.

Esos elementos fueron descubiertos desde la audiencia de acusación del día 2 de noviembre del 2023, donde se requirió además a la Defensa para que se trasladara ante el Despacho del Fiscal a retirar todos los elementos materiales probatorios. Itera que desde ese momento se ha tratado en múltiples oportunidades de cargar los elementos, que es claro que son muy pesados pues son 186 vídeos solo del Hotel Teka, más los otros elementos materiales probatorios consistentes en videos de las llamadas y las imágenes de las llamadas, más los demás elementos.

Señala que la prueba es conjunta pues el defensor arguye que no le hayan mandado esos videos por tandas, sin embargo, considera que el traslado de ese elemento de prueba debe ser total. Reitera la providencia del Tribunal Superior de Medellín, en la que frente a un tema similar de descubrimiento de los elementos materiales probatorios la Defensa debía también trasladarse ante la Fiscalía para realizarle ese descubrimiento, precisamente por lo pesado de los elementos materiales probatorios, pero no lo hizo y allí se dejó

constancia que efectivamente era también deber de la Defensa hacerlo porque la Fiscalía no había obrado con negligencia, desidia o deslealtad.

Itera que, si bien es deber de la Fiscalía descubrir todo elemento material probatorio a la Defensa, ésta también tiene el deber de gestionar la obtención de esos elementos que le fueron enunciados y descubiertos desde la acusación. Afirma las causas del descubrimiento tardío no son imputables a la Fiscalía y no se obró con negligencia, desidia o deslealtad y, de hecho, de manera excepcional se permite realizar el descubrimiento probatorio por fuera de los momentos procesales preestablecidos como idóneos y aun con posterioridad a los 3 días siguientes a la realización de la audiencia de acusación; lógicamente, la posibilidad de obrar de tal manera depende de criterios objetivos constatables y no razones caprichosas ni subjetivas.

Acota que en la providencia aludida dice el Tribunal que es menester que el Juez de Conocimiento analice cada caso en particular y determine si las causas por las cuales se efectúa un descubrimiento tardío y excepcional son atribuibles a la parte que así procede. Valorar además la real afectación del derecho de defensa, el daño que reportó para la indemnidad del juicio en atención a la utilidad que dicho material de prueba pueda generar para el esclarecimiento de los hechos, la vulneración del debido proceso, entre otras variables necesarias que deben ser analizadas en conjunto por el funcionario, en procura de obtener elementos de juicio para decidir si aplica la dura sanción procesal contenida en el artículo 346 del Código de Procedimiento Penal; además advirtió el Tribunal que en caso de que el material con vocación probatoria descubierto tardíamente supere el tamiz de admisibilidad y logre hacer parte del decreto de pruebas, se debe generar el correlativo espacio para que la Defensa pueda solicitar pruebas de refutación con las cuales contrarrestar el alcance de la evidencia de cargo.

Afirma que la Fiscalía en la audiencia de formulación de acusación, en el minuto 17:31 dejó constancia que los elementos materiales probatorios se enviarían por correo pero también que quedaban disponibles para la Defensa que, por demás insiste, también tiene la carga procesal de presentarse a recogerlos, la Fiscalía los puso a disposición del abogado defensor, son

demasiados y ha sido imposible cargarlos en sistema OneDrive no solo por la cantidad sino por la información que contienen, son pesados. Arguye que el defensor, a sabiendas de la existencia de esos elementos, guardó silencio y esperó a la llegada de la audiencia preparatoria, quizás por estrategia para alegar una falta de descubrimiento, sin embargo, insiste en que dichos elementos no le fueron ocultados, se enunciaron y descubrieron, se explicó por qué no fue posible el traslado, pero siempre estuvieron disponibles para el abogado.

Solicita de tal forma sean decretados esos elementos y que, como es claro que no es posible el envío de los mismos vía correo electrónico porque no cargan, el abogado se traslade o envíe a alguien autorizado para entregarle los mismos, garantizando la debida reserva sumarial.

2.3.5. Respecto de la oposición del defensor, la delegada del Ministerio Público considera que no se debe acceder a las peticiones de rechazo respecto de los documentos contenidos en los numerales 3 y 4 del escrito de acusación pues a la Defensa le era exigible actuar con diligencia y, ante la imposibilidad de acceder al contenido de esos CDs, si la Fiscalía no lo hizo, ha debido acudir el abogado al Despacho del Fiscal.

2.4. Decisión que se revisa. El Juez Trece Penal del Circuito de Medellín decretó todas y cada una de las pruebas solicitadas. Concretamente frente a lo que es objeto de atención de esta Sala precisó el *a quo* que el descubrimiento probatorio lo establece el legislador en la Ley 906 de 2004, con el propósito de hacer efectivos los principios de publicidad, lealtad, debido proceso, objetividad, igualdad de armas, equilibrio de oportunidades, derecho de defensa, derecho de contradicción y legalidad.

Se pretende a través de esta figura que el adversario conozca los elementos probatorios, la información legalmente obtenida y la evidencia física que en su trasegar investigativo ha recaudado una parte y con ella procura sustentar su teoría; descubrimiento regulado en el artículo 344 del Código de Procedimiento Penal, mismo que señala los momentos para su realización; hace alusión

igualmente a decisión de la Corte Suprema de Justicia AP3369 con radicado 58086.

Advierte la primera instancia que hay varios momentos para que se de ese descubrimiento probatorio, sin embargo, en el curso de un proceso se pueden presentar ciertas situaciones en que no se hace el descubrimiento dentro de esos momentos pero que requieren un análisis subjetivo en torno a su procedencia, a efectos de dilucidar si esa tardanza se dio por causas no imputables a la parte afectada. Siendo claro para el *a quo* que la entrega física de esos elementos puede presentar dificultades y que, tal como se dé, esa demora no puede ser asumida por la parte que debía descubrirlo, por incuria o por deslealtad.

En este caso la audiencia de formulación de acusación se realizó en noviembre de 2023, y en ella se verbalizó el descubrimiento probatorio, los demás elementos materiales probatorios se recibieron, considerando el *a quo* que no es afortunado por parte de la Defensa señalar que apenas el 20 de junio se subieron esos elementos porque ello sería tanto como afirmar que apenas le llegaron los videos al Fiscal, lo cual es especulativo si no se cuenta con elementos que acrediten dicha afirmación, máxime que los videos están enlistados en el escrito de acusación, lo cual permite colegir que los videos ya estaban en poder de la Fiscalía.

Frente al tema, la jurisprudencia ha sido enfática en que debe quedar claramente establecido que la parte actuó con ánimo de omitir el descubrimiento y tal situación para el Despacho no está acreditada pues se sabe de la existencia de los videos desde la acusación y, aunque el traslado de los elementos se hizo parcial, existe justificación a que no se hayan aportado los videos a la Defensa, fueron problemas técnicos que no le permitieron al Fiscal enviarle los videos al abogado, pero ello no permite considerar que se haya debido a falta de lealtad, a entorpecer u ocultar la prueba y que dicha actuación, sin duda alguna, le sea perfectamente atribuible a la Fiscalía.

Considera el *a quo* que esa solicitud de rechazo que realiza la Defensa no es procedente, pues si bien hubo un problema con los videos, también era importante que la Defensa, a sabiendas de la existencia de los mismos y ante la tardanza, buscara la forma de gestionarlos, sin embargo, nunca dijo nada y guardó silencio sobre esos videos, siendo improcedente que ahora venga a solicitar el rechazo de tales. No aceptó la solicitud de rechazo al no encontrar inconveniente en que el descubrimiento se termine de efectuar de manera excepcional dándole la oportunidad a la Defensa para que, frente a esos videos, si tiene alguna circunstancia particular, solicite pruebas, abriéndole un espacio para el efecto.

2.5. De la apelación interpuesta por la Defensa. Solicita se revoque parcialmente la decisión y se rechacen los 186 videos del Hotel Teka, las imágenes relacionadas con la cámara del 123 de la alcaldía de Medellín y las llamadas relacionadas con el incidente del 123, los cuales pretende descubrir extemporáneamente la Fiscalía General de la Nación.

Considera que la decisión impugnada vulnera garantías fundamentales, específicamente el debido proceso y el derecho de defensa pues olvida el Juez de primera instancia que el artículo 230 de la Constitución Política impone que los Jueces de la República están sometidos al imperio de la ley, es decir, prima la ley al criterio auxiliar, que es la jurisprudencia, y adicional a ese criterio auxiliar, debe ser tenido en cuenta también el contexto en particular; aunado a ello el artículo 346 del Código de Procedimiento Penal señala la sanción por incumplimiento al deber de descubrimiento y obliga al Juez a rechazar esos elementos, salvo que se acredite que el descubrimiento se haya omitido por causa no imputable a la parte afectada.

Proyectó en pantalla el defensor un correo que le fue enviado por la asistente del Fiscal el 2 de noviembre del 2023, que según él plasma el derrotero para resolver el recurso de alzada y que no fue tenido en cuenta por el *a quo*, en donde la empleada del Fiscal anota "*se allegan todos los elementos materiales probatorios enunciados en el escrito de acusación radicado 050016 1207 2000 2251053, acusado Cristian David Vargas Bordes*". Arguye que, si la Fiscalía afirmó desde el 2 de noviembre que descubrió todos los elementos enunciados

en el escrito de acusación, cómo es posible que se le invierta la carga a la Defensa de solicitar a la Fiscalía que le descubra lo que no descubrió, es un sinsentido; se le debió haber advertido que quedaban pendientes los 186 vídeos a su disposición, para reclamarlos.

Pero además señala que en el escrito de acusación se anota específicamente en el numeral 3° un CD que contiene los vídeos del Hotel Teka, un CD que contiene imágenes de la Cámara del 123 del municipio de Medellín, pero en ningún momento se advirtió que eran esa gran cantidad de 186 videos lo cual desdibuja totalmente el derecho que le asiste a la defensa, a la contracción, a la refutación.

Afirma el *a quo* que en este caso no se evidencia negligencia de parte de la Fiscalía y se cuestiona el abogado cómo no va a ser negligente un Fiscal que ni siquiera en la formulación de acusación verbaliza que son 186 videos. Para el efecto hace alusión a un auto del 21 de noviembre de 2012 de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en el que se indicó la importancia del descubrimiento: "*así el correcto y oportuno descubrimiento probatorio por parte de la Fiscalía en la audiencia de formulación de acusación y de la defensa en vista de la preparatoria, constituye una condición sine qua non para la admisibilidad de la prueba por el juez, por cuanto el artículo 346 de la Ley 906 de 2004 la impone la obligación de rechazar todos los elementos materiales probatorios y evidencia física que no sean descubiertos en la oportunidad legalmente establecida, es decir, no se pueden aducir al proceso o convertirse o practicarse durante el juicio oral. Si la fiscalía no cumple con la carga de descubrir el interregno de la acusación, por ende, se le solicita el juez de conocimiento que le de aplicación a lo determinado en la regla probatoria del 356, numeral primero, es decir, rechazo porque no cumplió el deber de hacer descubrimiento en el espacio que le corresponde a la fiscalía, que en principio no es otro que la audiencia de formulación de acusación, queda definido en el artículo 344 lo siguiente dentro de la audiencia de formulación de acusación, se cumplirá con lo relacionado con el descubrimiento de la prueba, se trata de una etapa definida y perentoria, y debe ser así para garantizar el derecho a la última palabra, a la defensa, y en esta misma fase le corresponde a la representación de víctimas, con el ánimo de que la defensa pueda hacer su descubrimiento en la audiencia preparatoria*"

Y que allí también señala la Corte: "*el concepto de rechazo de los artículos 356, Numeral primero, y 359 tienen un fin diferente, destacándose que el rechazo del*

artículo 356 es una sanción por no haberse realizado el descubrimiento probatorio en la audiencia señalada por la ley procesal, por ejemplo, para la fiscalía, el descubrimiento físico a la defensa en la audiencia de acusación, con la excepción de que trata la sentencia C-1194 de 2005. Para la defensa del descubrimiento de la Fiscalía, debe ser en la audiencia preparatoria 356, numeral segundo". Alude así mismo a otra decisión de la Corte con Radicado 36177 del 8 de noviembre del 2011.

Arguye que en este caso el Fiscal simplemente se limitó a manifestar que no fue posible el descubrimiento probatorio por el volumen o cantidad, pero no tuvo la curia de informarle de esta situación a la Defensa a efectos de que pudiera desplazarse hacia su despacho a obtener los elementos, sólo viene a informarlo en la audiencia, cercenando la posibilidad de la Defensa de refutar esos videos cuando al día de hoy no los tiene. Él como defensa no está en la obligación de hacer el trabajo de la Fiscalía.

2.5.1. La delegada del Ministerio Público como sujeto procesal no recurrente. Solicita se confirme la decisión impugnada en tanto considera que la Fiscalía dio a conocer la totalidad de la prueba de cargo a la Defensa, por lo que el defensor no puede alegar sorprendimiento respecto del contenido de las 186 imágenes, así como el CD del 123 al que hace referencia el defensor.

El Ente Acusador estuvo a disposición para que la Defensa tuviera el material probatorio, no se demostró omisión al deber de descubrimiento probatorio por parte de la Fiscalía. Reitera su solicitud de que no se acceda a la petición de rechazo que hace el defensor, porque sí fueron descubiertos y presentados en el escrito de acusación y le era exigible a la Defensa actuar con la debida diligencia y, ante la imposibilidad de acceder al contenido de los CDs, si la Fiscalía no lo hizo, la Defensa en este el sistema adversarial de partes, desde el 2 de noviembre del 2023 tuvo la oportunidad de requerir al Fiscal para ese efecto.

2.5.2. El delegado de la Fiscalía General de la Nación como sujeto procesal no recurrente. Afirma el Fiscal que él, bajo el principio de la lealtad procesal y a la Defensa, solicitó la suspensión de la audiencia precisamente

para que la Defensa pudiera obtener todos los elementos materiales probatorios.

Reitera que en la audiencia de acusación realizada el día 2 de noviembre del 2023, se dejó constancia de que la Fiscalía ponía a disposición del abogado los elementos materiales probatorios, entonces considera que a la Defensa también le era atribuible el presentarse ante la Fiscalía General de la Nación a realizar la solicitud de entrega de los elementos materiales probatorios que fueron descubiertos, pues siempre ha tenido conocimiento de los elementos con los que cuenta el Ente Acusador, luego si advierte que en el correo de traslado faltan elementos de los que se enunciaron en el escrito, no siendo posible que alegue ahora un desconocimiento parcial. Máxime si se tiene en cuenta que en la audiencia de acusación se le requirió para que se presentará ante la Fiscalía, sin embargo, el abogado esperó de pronto un error del Ente Acusador, para poder solicitar el rechazo que ahora depreca.

Por último, arguye que en la instalación de audiencia del pasado 7 de junio, el abogado guardó silencio sobre esta situación a pesar de que sabía que faltaban elementos, pero él conocía de los mismos y prefirió omitir esa manifestación. Solicita se confirme la decisión impugnada.

3. CONSIDERACIONES DE LA SALA

3.1. Competencia

Esta Sala de Decisión es competente para conocer el asunto según lo prevé el numeral primero del artículo 34 de la Ley 906 de 2004[1].

3.2. Problema jurídico

La Sala determinará si el Juez de primera instancia debía imponer la sanción rechazo al contenido de dos CDs solicitados como prueba documental por el

[1] Artículo 34. De los tribunales superiores de distrito. Las salas penales de los tribunales superiores de distrito judicial conocen:
1. **De los recursos de apelación contra los autos** y sentencias que en primera instancia profieran los **jueces del circuito** y de las sentencias proferidas por los municipales del mismo distrito.

delegado de la Fiscalía General de la Nación y de los cuales no se le ha realizado entrega a la Defensa.

3.3. Valoración y respuesta al problema jurídico

3.3.1. Pues bien, partamos de advertir que el descubrimiento probatorio es un asunto de no poca transcendencia en el sistema de enjuiciamiento penal que regula la Ley 906 de 2004, en tanto este acto materializa los principios de publicidad, lealtad y contradicción en los que el proceso se erige, y por supuesto garantiza el derecho fundamental de defensa que prevé el artículo 29 de la Constitución Política de 1991.

En el procedimiento acusatorio colombiano, el descubrimiento se puede cumplir de diversas formas: anunciando a la contraparte la existencia de información legalmente obtenida; exhibiendo el elemento material probatorio; entregando copia de la evidencia cuando físicamente ello es posible; informando dónde está la evidencia o el elemento, entre otros.

No obstante, no sucede lo mismo en lo que al momento para descubrir se trata pues, por efectos de lealtad procesal y preclusividad de las actuaciones, temporalmente sí existen límites para cumplir con ese deber de descubrimiento probatorio.

Así, la Fiscalía General de la Nación, por conducto de su delegado, debe cumplir con la carga desde la presentación del escrito que contiene la acusación[2]; lo completa con la formulación oral de la misma (artículo 344 del Código de Procedimiento Penal); y lo termina dentro de los tres días siguientes a esta actuación. Excepcionalmente lo puede complementar en la audiencia preparatoria cuando, por razones no imputables al Ente Acusador, no lo hizo oportunamente, por ejemplo, cuando la evidencia la tiene otra entidad o un particular (artículo 356 *ibídem*).

[2] Artículo 337. Contenido de la acusación y documentos anexos. El escrito de acusación deberá contener:
"(…) 5. El descubrimiento de las pruebas. Para este efecto se presentará documento anexo que deberá contener: a) Los hechos que no requieren prueba. b) La trascripción de las pruebas anticipadas que se quieran aducir al juicio, siempre y cuando su práctica no pueda repetirse en el mismo. c) El nombre, dirección y datos personales de los testigos o peritos cuya declaración se solicite en el juicio. d) Los documentos, objetos u otros elementos que quieran aducirse, junto con los respectivos testigos de acreditación. e) La indicación de los testigos o peritos de descargo indicando su nombre, dirección y datos personales. f) Los demás elementos favorables al acusado en poder de la Fiscalía. g) Las declaraciones o deposiciones.

Es importante en todo caso acotar que la Ley 906 de 2004 establece como requisitos formales de la presentación de la acusación en el numeral 5º del artículo 337, el descubrimiento de los elementos materiales probatorios, y exige que se presente un documento anexo que contenga relación de los hechos que no requieren prueba, la trascripción de las pruebas anticipadas, los testigos y sus datos correspondientes, los documentos y testigos de acreditación, si éstos son necesarios al caso; y si tuviere en su poder o conociere testigos o peritos de descargo deberá referirlos, así como los demás elementos favorables al procesado.

Un adecuado descubrimiento del material probatorio evita el sorprendimiento a la contraparte, garantizando de esta manera las condiciones para un juicio verdaderamente contradictorio, con igualdad de armas, en el que las partes cuenten con el tiempo necesario para analizar, articular o planear la estrategia a seguir, su particular teoría del caso, y, en lo que hace a la defensa, aportar las pruebas de descargo con las cuales enfrentarse a los medios de prueba ofrecidos por la Fiscalía.

3.3.2. Es importante en este punto precisar que la parte que efectúa un proceso de descubrimiento incompleto y extemporáneo se hace acreedora a la sanción procesal consistente en que dicho material probatorio no podrá ser introducido al proceso, ni convertirse en prueba, ni practicarse durante el juicio, salvo que se acredite que su descubrimiento se omitió por causas no imputables a la parte afectada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 346 del Código de Procedimiento Penal que establece:

> *"**Artículo 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."*

Para la Fiscalía, como regla general, el descubrimiento probatorio inicia desde la acusación, entendida como acto complejo, pues desde la presentación del escrito debe anunciar los elementos e información recaudados en la

investigación, plasmados en el mismo. Este proceso se concreta en la audiencia de acusación, si es que allí se descubren, exhiben y entregan en traslado a la Defensa los elementos materiales probatorios esbozados, o cuando el Ente Acusador cumple con esa obligación dentro de los tres días siguientes al desarrollo de dicha audiencia. Empero, también puede ocurrir que dicho proceso de descubrimiento probatorio se materialice en el término que el Juez de conocimiento considere razonable luego de la formulación de acusación, pues incluso en ciertos eventos y bajo circunstancias especiales, puede llegar a materializarse hasta antes de la realización del juicio oral. En todo caso, protegiendo siempre en estos casos excepcionales el derecho de defensa y contradicción.

Ha de enfatizarse en el deber de la Fiscalía de descubrir a la Defensa de manera oportuna todo el material probatorio, evitando sorprendimientos que trasgredan los principios del sistema penal acusatorio, también se itera que esa oportunidad se puede extender, de manera excepcional, hasta la audiencia preparatoria e incluso hasta la vista pública del juicio oral; siendo importante en todo caso insistir en que ello no aplica como regla general sino como una excepción y, para que esta opere es preciso que se demuestre objetiva y razonablemente que las causas de dicho descubrimiento tardío no son imputables a la parte que lo realizó, lo cual implica acreditar que esa parte no obró con negligencia, desidia, o deslealtad.

En tales casos el Juez puede autorizar al delegado de la Fiscalía a realizar un descubrimiento probatorio por fuera de los momentos procesales referidos y dar traslado a la Defensa de los elementos, aún con posterioridad a los tres días siguientes a la realización de la audiencia de acusación; valorando para el efecto la real afectación al derecho de defensa, el eventual perjuicio que el rechazo de dicho elemento genere para el proceso y para el esclarecimiento de los hechos, así como la vulneración del debido proceso. Estos son factores que deben ser analizados por el Juez en procura de obtener elementos de juicio para decidir si aplica o no la sanción procesal de rechazo.

En síntesis, se busca precaver y sancionar actuaciones sorpresivas, inapropiadas o desleales dentro del proceso de descubrimiento probatorio, y

no cualquier tipo de dificultad e inconveniente que se presente en desarrollo del mismo que, bajo criterios de razonabilidad, puedan ser superados por las partes, no solo desde una interpretación estrictamente literal de la norma. Es por ello que, en este tipo de eventos, es imperioso que la Defensa, además de alegar la ocurrencia de la circunstancia irregular, concrete en qué afecta su particular teoría del caso la extemporaneidad de su contraparte, si resultan seriamente afectadas sus posibilidades de defensa y no sólo que afirme de manera genérica y abstracta la vulneración de derechos tales como el de defensa, igualdad, contradicción y debido proceso.

Respecto de la posibilidad de efectuar un descubrimiento probatorio con posterioridad a los momentos procesales dispuestos por la ley, resulta importante traer a colación lo acotado de vieja data por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia al respecto:

> *"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 bebe excluirse esa prueba"*[3] (Negrillas y Subrayas de la Sala)."

3.3.3. Pues bien, resulta importante en todo caso que se establezca, de un lado, si la actuación que se le reprocha en el *sub examine* a la Fiscalía fue contraria o no a la lealtad que debe guiar la actuación de los sujetos procesales

[3] CSJ, SP con Radicado 25920 del 21 de febrero de 2007, MP. Javier Zapata.

e intervinientes en el proceso penal; y, del otro, si se produce un perjuicio real y efectivo a la Defensa por el descubrimiento extemporáneo de un elemento material probatorio por parte de la Fiscalía General de la Nación.

La Defensa, para lograr la trascendental sanción a su contraparte, debía acreditar con suficiencia que el Fiscal actuó con ánimo de omitir el descubrimiento, de hacerlo parcialmente, de entorpecerlo o de ocultar la prueba, y que dicha actuación sin ninguna duda le era atribuible única y exclusivamente a él. Empero, en este caso, advierte la Sala que desde la acusación la Fiscalía dio a conocer a la Defensa la totalidad de la prueba de cargos, por lo que no es aceptable que ahora arguya que ha sido sorprendida con unos elementos de los cuales desde los albores del juzgamiento supo de su existencia.

Es claro que la Fiscalía en la audiencia de acusación se comprometió a dar traslado de todos los elementos materiales probatorios y evidencia física que anunció en el escrito dentro del término establecido en el artículo 344 del Código de Procedimiento Penal, es claro también que el Fiscal en dicha audiencia advirtió que también quedaban a disposición de la Defensa en su Despacho por si podía reclamarlos en físico. En efecto ese mismo día de celebración de la audiencia de acusación, del Despacho del Fiscal se envió un correo al abogado realizando el traslado de lo que, se suponía, era la totalidad de elementos materiales probatorios enlistados en el escrito de acusación. Es decir, la Defensa tuvo más de 7 meses para verificar el contenido de ese correo y advertir que en el mismo se echaban de menos algunos de los elementos, pero no lo hizo.

Sólo hasta el 7 de junio último, previo a la instalación de la audiencia preparatoria, el defensor dio cuenta de que el descubrimiento había sido parcial porque faltaba la entrega de los CDs enlistados. En dicha oportunidad el Fiscal se mostró confundido porque creía que ese traslado ya se había surtido, pero, ante la insistencia del defensor, solicitó reprogramación para verificar tal situación, y el Despacho accedió a la misma.

Sin lograr el envío de los videos que contienen esos CDs, afirmando que había gestionado infructuosamente cargar los videos a la nube para poder enviarlos, acotó el Fiscal que el abogado sabía de la existencia de esos CDs, sabía que estaba pendiente de recibirlos pero que también sabía que estaban a su disposición en el Despacho del Fiscal para reclamarlos en físico. Enfatiza el Fiscal en que, por la carga de los videos, es imposible el envío vía correo electrónico, siendo entonces necesario que el abogado se traslade a su Despacho o gestionen una cita para hacerle entrega física de los CDs que echa de menos.

De lo anterior se colige que, si bien no se envió vía electrónica lo anunciado o hubo descubrimiento e inició desde la audiencia de formulación de acusación con la enunciación de esos CDs, es decir, la Defensa sabia de la existencia de los mismos y de que reposaban en el Despacho del Fiscal a efectos de que, de requerirlos, se acercara a reclamarlos. Luego entonces no se pueden desconocer las circunstancias del caso concreto, ni tampoco que debido a las drásticas consecuencias que entraña la aplicación de la sanción procesal consagrada en el artículo 346 del Código de Procedimiento Penal, la demostración de la omisión del deber de descubrimiento probatorio completo y oportuno por parte de la Fiscalía, no debe dejar lugar a dudas; ello significa que los elementos de convicción que ofrezca la Defensa a la Judicatura para tal fin deben demostrar el proceder negligente, descuidado o desleal del Fiscal, aunado a que deben ser contundentes, claros y que den certeza objetiva sobre este punto.

La sanción, drástica se itera, debe entenderse como castigo a la acción dolosa y malintencionada de la parte que, conociendo sus obligaciones, y sobre todo con la evidencia o el elemento material en su poder, decide ocultarlo para perjudicar a su adversario, que no es este el caso pues de un lado esos CDs se han anunciado como elemento desde las audiencias preliminares, se enlistaron en el escrito de acusación y en la formulación oral de la misma, además, el Fiscal creyó erróneamente que su antecesor había dado traslado efectivo y adecuado de los mismos, sin que pueda establecerse que esa falta en el envío de los videos haya sido adrede, de mala fe y con el propósito de ocultar información a la contraparte y, desde que el delegado del Ente

Acusador supo que no se habían enviado, ha intentado el envío por correo electrónico a la Defensa del contenido de esos CDs, sin éxito y según lo informado, por lo pesados de los videos no es posible el envío por este medio siendo imperioso que la Defensa reclame los mismos.

Pero además resulta claro para esta Sala el hecho de que el defensor conoció el contenido del elemento porque incluso sí se le dio traslado desde el mismo día de la audiencia de formulación de acusación de los informes de Policía Judicial sobre esas órdenes de trabajo al investigador de campo y los resultados de las mismas. Entonces la Defensa, por lo menos de manera sumaria, sabe qué contienen esos CDs, sabe cuál es el fin de los mismos y lo que pretende probar el Ente Acusador con su práctica, lo cual indica que tampoco se cumple el requisito de que se hubiese causado un perjuicio real y efectivo a la Defensa por ese descubrimiento extemporáneo.

Así pues, esta Sala no tiene elementos para colegir que lo acaecido se haya tratado de un actuar malicioso por parte del Ente Acusador pues, por el contrario, en nuestro ordenamiento jurídico el postulado de la buena fe tiene rango constitucional conforme lo consagra el artículo 83 de la Constitución Nacional, y que establece una presunción con efectos procesales en favor del particular cuando actúa frente al Estado y en favor del servidor público. En consecuencia, consideramos que en el *sub judice* no se demostró con suficiencia a efectos de llevar al Juez a la certeza que se requiere para imponer la sanción procesal pretendida por el censor, que haya habido una actitud desleal, perniciosa o malintencionada por parte de la Fiscalía, dirigida a ocultar, obstaculizar o simplemente a no realizar la entrega de la prueba de cargos requerida por la Defensa.

En este orden de ideas, y atendiendo a los fines del descubrimiento, no encuentra esta Sala impedimento alguno para que el mismo se efectúe de manera excepcional por fuera del estricto término de tres días establecido por el legislador, tal y como se analizara en párrafos precedentes pues por lo menos con los medios ofrecidos, no se advierte que se trate de un problema de deslealtad procesal; y tampoco indicó la Defensa en qué afecta específicamente a su teoría del caso el hecho que se realice de manera

extemporánea la entrega del material de cargos, más allá de alegar vulneración del derecho de defensa y contradicción.

Atendiendo entonces al objetivo final que debe perseguirse según los principios que gobiernan la sistemática del proceso penal, una de las finalidades es que se permita el cabal conocimiento del material de la contraparte, para ser debatido en igualdad de condiciones en el debate público, y no la inadmisión o exclusión sin que se demuestre que por culpa exclusiva de la contraparte se omitió el deber de descubrimiento probatorio oportuno.

Colofón de lo expuesto la consideración esta Sala es que le asistió razón al Juez de primera instancia al no rechazar el decreto de la prueba que permite introducir al juicio los dos CDs en consecuencia, la decisión impugnada no merece ningún reproche y por ende será confirmada.

En mérito de lo expuesto, Sala de decisión Penal del **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** la decisión proferida el 21 de junio de 2024 por medio de la cual el Juez Trece Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Medellín, negó la solicitud de rechazó de dos CDs solicitados como prueba por la Fiscalía, incoada por el defensor.

Esta providencia se notifica en estrados. Contra la misma no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los Magistrados,

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE

NELSON SARAY BOTERO

HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA

Firmado Por:

Jose Ignacio Sanchez Calle
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 014 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Hender Augusto Andrade Becerra
Magistrado
Sala Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Nelson Saray Botero
Magistrado
Sala Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **2922f85a7ae8acd0363aa58718505eb762f08d47eb4435c17cdc3309533310f3**
Documento generado en 26/07/2024 02:12:11 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica