



## SALA PENAL

FICHA DE REGISTRO	
Radicación	05 360 60 990 57 2017 02611
Procesado	Yonathan Camilo Jiménez Correa
Delitos en concurso (Art. 31 C.P.)	Acceso carnal violento, agravado (Arts. 205 y 211 numeral 4°, C.P.) Suministro a menor (Art. 381, C.P.).
Apoderado de víctima	Diego Andrés Restrepo Zapata
Juzgado <i>a quo</i>	Primero (1°) Penal del Circuito de Itagüí, Antioquia.
Asunto	Apelación de auto proferido en audiencia de juicio oral en sesión de 8 de marzo de 2023 por medio del cual se rechazó la admisión de <b>prueba sobreviniente</b> .
Consecutivo	SAP-A-2023-08
Aprobado por acta virtual	Nº 97 de abril 17 de 2023
Audiencia de exposición	Martes, 18 de abril de 2023; Hora: 11:50 am
Decisión	Se revoca auto objeto de censura. En su lugar la admite la evidencia como prueba sobreviniente
Magistrado Ponente	NELSON SARAY BOTERO
Salvamento de voto	JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE

Medellín, Antioquia, dieciocho (18) de abril de dos mil veintitrés (2023)

### 1. ASUNTO

En sesión virtual de la Sala de Decisión Penal de 12 de abril de 2023, la ponencia presentada por el magistrado JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE no obtuvo la mayoría de los votos requerida para su aprobación, razón por la cual el expediente fue rotado al primer revisor, magistrado NELSON SARAY BOTERO, para la sustanciación del presente auto. No obstante, el capítulo de antecedentes que contiene la relación de actuaciones dentro del proceso penal, son un valioso aporte de la ponencia inicial, que en su mayor parte se conservan en este proveído.

La Sala Mayoritaria resuelve el recurso de apelación interpuesto por el abogado defensor del ciudadano YONATHAN CAMILO JIMÉNEZ CORREA, contra la decisión proferida en sesión de audiencia de juicio oral llevada a cabo el 8 de marzo de 2023, por medio del cual el Juez Primero Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Itagüí, Antioquia, negó la solicitud de ingreso de un elemento como **prueba sobreviniente**.

### 2. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

El 29 de agosto de 2017, el Juez Segundo Penal Municipal con funciones de control de garantías de Itagüí, Antioquia, declaró la legalidad del procedimiento en captura del ciudadano YONATHAN CAMILO JIMÉNEZ CORREA. Acto seguido, y ante este mismo funcionario, la Fiscalía General de la Nación formuló imputación en su contra por el delito de *Acceso carnal violento agravado* y *Suministro a menor*, consagrados en los artículos 205 y 211 numeral 4° y 381, respectivamente, del Código Penal, el señor JIMÉNEZ CORREA no aceptó cargos. Posteriormente se le impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento de reclusión.

El 8 de noviembre de 2017 la Fiscalía presentó escrito de acusación que por reparto correspondió al Juzgado Primero Penal del Circuito funciones de conocimiento de Itagüí, Antioquia.

El 15 de enero de 2018 se formuló acusación en los mismos términos en que fue imputado.

El 19 de septiembre de 2019 se instaló la audiencia preparatoria pero no se cumplió con el trámite de la misma toda vez que el nuevo defensor público designado para representar los intereses del ciudadano procesado, el abogado HÉCTOR FREDY GÓMEZ SÁNCHEZ, solicitó su aplazamiento en tanto apenas llegaba al proceso y no contaba con la totalidad de los elementos materiales probatorios que debía descubrirle a la Fiscalía y que eran esenciales para su teoría del caso.

El 21 de julio de 2020 se realizó la audiencia preparatoria en la que se decretó la totalidad de la prueba solicitada por la Fiscalía y, respecto de la Defensa, como sólo se indicó que se recepcionaría el *testimonio del acusado*, se accedió en tal sentido por ser un derecho que le asiste.

El 25 de noviembre de 2020 se dio inicio a la audiencia de juicio oral con la práctica de pruebas de la Fiscalía la cual culminó el 8 de marzo de 2022. En esa misma oportunidad se inició con la prueba de la Defensa, escuchando la declaración de YONATHAN CAMILO JIMÉNEZ CORREA.

### **3. DESARROLLO DEL INTERROGATORIO AL PROCESADO EN JUICIO ORAL Y PÚBLICO**

La declaración del procesado en juicio, transcurrió de la siguiente manera:

Convenciones:

D: Defensor.

P: Procesado.

J: Juez.

Desde el minuto 00:38:40 hasta el minuto 00:41:33:

«D. Me dijo usted que usted capturó en pantalla el perfil de ella en *Facebook*, ¿es cierto eso?

P. Sí señor.

D. ¿Usted tiene esa captura en su poder?

P. Sí, son las pruebas que tengo acá al lado.

D. ¿Y qué son esas pruebas que tiene al lado?...

P. Son fotos de ella, es el perfil de la información de ella, cuando cumple años, también alguna foto de ella con un novio que tenía que era como un soldado cuando estaban cumpliendo meses y fotos de ella.

D. ¿Cuándo hizo usted esas capturas en *Facebook* de esas pruebas que nos dice?

P. En el momento que fui capturado, yo no sabía de donde provenía la demanda, cuando me dijeron el nombre de ella yo procedí a buscar el *Facebook* de ella y tomé todas las capturas porque estaba totalmente inocente de que ella era menor de catorce años.

D. ¿Cuántas capturas realizó usted del perfil de esas fotos?

P. Más o menos diez y de conversaciones por ahí otras diez también.

D. Señor juez, le solicito permiso para que el procesado exhiba estos perfiles que el mismo capturó de *Facebook*.

J. Permítame doctor yo reviso la preparatoria, yo estoy aquí en el acta y no observo esa prueba decretada. Voy a revisar el audio directamente o ustedes...

D. No, lo que pasa señor Juez... como él está en su declaración de defensa material, esa prueba no se hizo porque yo solicité solamente la intervención de él, ya que él no tenía más pruebas y no sabía que él había capturado estas imágenes de *Facebook*.

J. Gracias doctor, ¿entonces están solicitando la incorporación de una prueba sobreviniente?

D. Sí señor Juez, porque en este momento me doy cuenta que existe esta prueba en *Facebook* sobre el perfil de la presunta víctima».

Luego se presenta la siguiente situación desde el minuto 00:47:41 hasta el minuto 00:48:37:

«P. Perdón, lo qué pasó es que...

J. Permítame YONATHAN si usted va agregar algo voy a darle un espacio para que lo haga, ya su abogado dio la argumentación, por vía de la defensa material le voy a dar la oportunidad para que agregue lo que tenga que agregar, pero le ruego entonces que la próxima vez primero pida el uso de la palabra, en el momento oportuno, yo ya estaba tomando la decisión, entiendo que usted no conoce al detalle el sistema procesal y por ello se lo permitiré. ¿Qué tiene para agregar señor YONATHAN?

P. Okey, pido disculpas, lo que pasa es que yo si había adjuntado las pruebas, pero mi abogado fue cambiado a medio proceso. Yo primero tuve un abogado y ya después me asignaron otro abogado, pero las pruebas ya habían sido presentadas y estaban en poder del abogado pasado; eso es todo».

#### **4. DECISIÓN SOBRE LA PETICIÓN DE PRUEBA SOBREVINIENTE EN EL JUICIO ORAL Y PÚBLICO**

En sesión de declaración del implicado, el abogado defensor, doctor HÉCTOR FREDY GÓMEZ SÁNCHEZ, solicitó el decreto como ***prueba sobreviniente*** de

unas capturas de *Facebook* de la menor presunta víctima, realizadas por el procesado después de haber sido capturado.

Al efecto consideró que es una prueba sobreviniente pues él no tenía conocimiento de la existencia de estas fotos y, es en este momento procesal, cuando se le recibe la declaración al procesado que la defensa se da cuenta de la existencia de esta prueba la cual es fundamental para su teoría del caso.

La Fiscalía se opone a la solicitud de la defensa en tanto, de conformidad con el inciso 4° del artículo 344 del Código de Procedimiento Penal, la prueba sobreviniente es una prueba extraordinaria que la Ley permite, pero con el cumplimiento de unos presupuestos bastante exigentes a efectos de habilitar su ingreso al juicio. No se trata que el defensor no la haya conocido antes, sino que no se haya podido conocer antes; pero en este caso, afirma el acusado, que él tomó esas fotos el día de su captura, es decir, la prueba sí existía desde mucho antes incluso de la audiencia preparatoria. La Fiscalía no puede cargar con la situación de que no haya habido una buena comunicación entre acusado y defensor a fin de que el primero pusiera en manos del segundo esa prueba, ello no habilita el requisito que exige la norma citada, del desconocimiento total de esa prueba.

Por otro lado, dice la norma que la prueba tiene que ser supremamente significativa, empero en ese caso se habla de algo muy genérico y la defensa tenía la carga de sustentar por qué la relevancia de la misma.

La misma norma señala además que es menester que se dé la oportunidad de contradecir esa prueba, pero el Fiscal no la conoce pues ni siquiera cumple con las exigencias para el efecto.

Con respecto de la petición de la defensa, el juez de la causa explica que, en efecto, la doctrina y la jurisprudencia han señalado que el asunto de la prueba sobreviniente es excepcional en tanto puede lesionar la garantía de contradicción, aunado a que debe existir una trascendencia elevada del medio de prueba solicitado, que se busquen alternativas para no perjudicar profundamente ese derecho a la contradicción y que efectivamente sea sobreviniente, es decir, que su descubrimiento sea posterior a los momentos en los cuales tendría que haberse puesto en conocimiento de la contraparte, solicitado y decretado; o que, a pesar de conocerse el elemento de prueba antes del juicio no resultaba evidente y obvia su solicitud.

Considera el *a quo* que **la trascendencia en este caso sí se observa** toda vez que se trata de una prueba que eventualmente podría desdibujar uno de los ingredientes de la ilicitud, que tiene que ver con la **consciencia de la edad de la persona** con la que se está sosteniendo una relación de carácter sexual. Sin embargo, no estima que se trate de una verdadera prueba sobreviniente, de un lado porque no se trata de una evidencia que se hubiese descubierto tardíamente y, del otro, porque no se puede calificar como una evidencia de aquellas que no resultaba evidente y obvia de ser solicitada pues es claro que se trata de un elemento clave que de hecho tiene relación directa con el delito; no podría considerarse que solo hasta ahora la defensa se pudo percatar de la importancia de este elemento en el curso del juicio oral, sino que es algo que saltaba a la vista por su gran importancia.

La Corte ha establecido que no es prueba sobreviniente la que por negligencia no se solicita y, en este caso, en audiencia preparatoria estuvieron el mismo abogado defensor y el procesado quien, según reclama, le fue cambiado su primer abogado defensor al que en principio le había entregado el elemento, sin embargo esta no

es justificación suficiente pues en la audiencia de decreto de pruebas él sabía de la existencia de esas fotografías, y desde mucho antes en tanto afirma las obtuvo después de haber sido capturado.

Como precedente cita las sentencias 24468 y 44238 de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en las que se habla de situaciones como esta que no constituyen prueba sobreviniente por obedecer a incuria o negligencia. En consecuencia, no se accede a la solicitud de la Defensa.

El abogado defensor interpone recurso de apelación, para lo cual explica:

«Interpongo el recurso de apelación en contra de la providencia que deniega la prueba sobreviniente la que se llegó a conocer en estos momentos por intermedio del procesado quien está ejerciendo su defensa material y está en poder de él, por lo tanto, para que el superior que le corresponda la Sala conocer de este asunto, revoque esta decisión y se allegue dichos documentos de captura del perfil de *Facebook* como prueba fundamental y de gran trascendencia para la teoría del caso de la defensa y quien la introducirá al juicio será el mismo procesado mediante su defensa material que está ejerciendo en estos momentos. Con lo cual, si no se da esta decisión se denegaría la defensa material del procesado y se atentaría contra el proceso. Por ello solicito a los honorables magistrados que les corresponda conocer de este asunto, revoquen esta decisión y se admita la introducción de dichos elementos con vocación probatoria para el juicio, para que sean tenidos en cuenta al momento de tomar la decisión final pues esta prueba estaba en poder del procesado, quien está ejerciendo su defensa material y es viable que la introduzca al proceso y, en este mismo momento se le daría el derecho de contradicción a la Fiscalía; porque de lo contrario se estarían denegando unas pruebas que son primordiales para establecer una realidad sucedida. Es por ello que interpongo este recurso de apelación para que la honorable Sala que le corresponda, revoque la decisión del señor Juez de primera instancia y se decrete dicha prueba para que sea tenida en el juicio oral».

La Fiscalía se aparta de los planteamientos del defensor en tanto el derecho de defensa hace parte del debido proceso y no puede pasar por encima de este, las etapas procesales son preclusivas y en este caso ese elemento no se deprecó en el momento procesal consagrado para ello; no se puede pretender habilitar a la defensa a ingresar pruebas cuando quiera, so pretexto de que si no se hace se viola el derecho de defensa. Es claro que para la audiencia preparatoria *el acusado* sabía con qué contaba que le pudiese servir para su defensa y, además, el abogado seguramente le preguntó por ello; entonces no puede afirmarse que estos elementos son prueba sobreviniente toda vez que esta es la inesperada, la que no se conoce o fue imposible obtener para la preparatoria.

En modo alguno se ha vulnerado en este caso el derecho de defensa y afirmar, como lo hace el abogado, que negar estos elementos lo vulneraría sería tan absurdo como admitir que bajo ese supuesto en cualquier momento del proceso se pueden ingresar pruebas, lo cual tornaría inútil la figura de la prueba sobreviniente

## 5. ARGUMENTOS DE DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala mayoritaria dará respuesta a la censura planteada.

## 6. SOBRE LA PRUEBA SOBREVINIENTE EN EL PROCESO PENAL

### 6.1 MARCO NORMATIVO DE LA PRUEBA SOBREVINIENTE

La prueba sobreviniente o ***incidente de admisibilidad excepcional de evidencia muy significativa encontrada durante el juicio***, está contemplada en el inciso último del artículo 344 de la Ley 906 de 2004, así:

«Artículo 344.- **Inicio del descubrimiento.** (...).  
(...)

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

Sin embargo, si durante el juicio alguna de las partes encuentra un elemento material probatorio y evidencia física muy significativos que debería ser descubierto, lo pondrá en conocimiento del juez quien, oídas las partes y considerado 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».

En nuestro escenario jurídico la prueba sobreviniente hizo su aparición con el decreto 2700 de 1991, en cuyo artículo 448 estableció que si *«de las pruebas practicadas en las oportunidades indicadas en el inciso anterior, surgieren otras necesarias para el esclarecimiento de los hechos deberán ser solicitadas y practicadas antes de que finalice la audiencia pública»*.

En el Art. 404 de la Ley 600 de 2000 se expresa que, si por virtud de la prueba sobreviniente surge la necesidad de modificar la calificación jurídica provisional, se deberá surtir el trámite allí previsto.

Tienen de común las disposiciones citadas que la figura de prueba sobreviniente está ligada a la práctica de las pruebas en la audiencia pública o de juicio oral, según la sistemática procesal que cada compendio normativo regula<sup>1</sup>.

### 6.2 CUESTIONES GENERALES SOBRE PRUEBA SOBREVINIENTE

Acorde con el artículo 250 numeral 4 de la Carta Fundamental<sup>2</sup>, el juzgamiento en el sistema penal acusatorio debe ser *«público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías»*.

<sup>1</sup> CSJ AP 8489-2016, rad. 48.178 de 5 diciembre 2016.

<sup>2</sup> Modificado por el artículo 2° del Acto Legislativo 03 de 2002.

La posibilidad de controvertir las pruebas constituye garantía esencial de la sistemática procesal y, por ello, debe asegurarse que, con la debida antelación la fiscalía y la defensa conozcan las evidencias y elementos materiales probatorios que la contraparte pretende hacer valer en el juicio, a efectos que puedan preparar la demostración de la teoría del caso.

El descubrimiento probatorio es parte esencial del sistema adversarial<sup>3</sup>, vinculado indisolublemente al debido proceso y al derecho a la defensa, en razón a la trascendental incidencia de dicho instituto en el desarrollo de la actividad de cada una de las partes.

Es descubrimiento probatorio es de la esencia del sistema penal acusatorio; está sustentado en los principios de igualdad, lealtad, defensa, contradicción, objetividad y legalidad<sup>4</sup>; es uno de los actos procesales más significativos para el ejercicio del derecho de defensa, en su componente de contradicción; determina el marco del debate probatorio a materializar en el juicio oral; es un proceso de doble vía y en el caso de la Fiscalía debe ser integral<sup>5</sup>; pretende evitar el sorpresimiento al opositor; hace parte del debido proceso probatorio; repercute seriamente en el derecho de defensa<sup>6</sup>; el correcto ejercicio del contradictorio depende de un adecuado descubrimiento probatorio<sup>7</sup>.

El artículo 15 de la Ley 906 de 2004 establece que «*las partes tendrán derecho a conocer y controvertir las pruebas, así como a intervenir en su formación, tanto las que sean producidas o incorporadas en el juicio oral y en el incidente de reparación integral, como las que se practiquen en forma anticipada*».

Con la finalidad de materializar la igualdad de condiciones y de oportunidades de los intervinientes en el juicio, los artículos 344, 356 y 374 del C.P.P./2004 regulan la oportunidad procesal para que la fiscalía y la defensa efectúen el descubrimiento probatorio que permita a la contraparte ejercer a cabalidad la contradicción.

El correcto y oportuno descubrimiento probatorio constituye condición *sine qua non* para la admisibilidad de la prueba porque, según el artículo 346 de la Ley 906 de 2004, el juez tiene la obligación de rechazar todas aquellas evidencias o elementos probatorios respecto de los cuales no se haya cumplido el deber de revelar información durante el procedimiento de descubrimiento. Por ende, los medios de convicción que no sean descubiertos en la oportunidad legalmente establecida, no pueden aducirse al proceso, controvertirse, ni practicarse durante el juicio oral.

### 6.3 CONDICIONES Y REQUISITOS DE LA PRUEBA SOBREVINIENTE

De la norma transcrita del Art. 344 del C.P.P., parte final, se desprende:

**Uno:** Que la postulación de la prueba sobreviniente la tienen exclusivamente «*las partes*», esto es, fiscalía (Arts. 113 a 117 C.P.P.) y defensa, que conforma una unidad con el imputado (Arts. 118 a 131 C.P.P.).

<sup>3</sup> CSJ AP, 21 noviembre 2012, rad. 39.948; CSJ AP 4150-2016, rad. 47.401 de 29 junio 2016.

<sup>4</sup> CSJ AP, 12 mayo 2008, rad. 28.847; CSJ AP 449-2022, rad. 60.433 de 16 febrero 2022.

<sup>5</sup> CSJ SP, 4 mayo 2011, rad. 33.844; CSJ AP 449-2022, rad. 60.433 de 16 febrero 2022.

<sup>6</sup> CSJ AP 1083-2015, 4 marzo 2015, rad. 44.238; CSJ AP 449-2022, rad. 60.433 de 16 febrero 2022.

<sup>7</sup> CSJ SP 757-2020, 4 marzo 2020, rad. 50.540; CSJ AP 449-2022, rad. 60.433 de 16 febrero 2022.

Quedan excluidas de dicha pretensión, los intervinientes procesales sin distinción alguna, tales como la víctima y su apoderado judicial (Arts. 132 a 137 C.P.P.) y el ministerio público (Arts. 109 a 112 C.P.P.).

**Dos:** El carácter sobreviniente de un elemento de convicción no está dado solamente por el hecho de que no se conociera con anterioridad. Se requiere, en todo caso, que objetivamente no haya sido posible advertir su existencia y recolectarlo<sup>8</sup>.

Una situación de este último jaez puede ser los resultados de exámenes médicos, físicos, químicos o de cualquier otra naturaleza que requieran tiempo en su desarrollo y análisis, en fin, situaciones donde no se tiene todavía el informe base de opinión pericial, ni el resultado del examen, ni el nombre del perito, etc.

Lo sobreviniente, entonces, es el resultado o conclusión de los exámenes practicados.

En todo caso, una vez se obtengan los resultados se pondrán en conocimiento de la contraparte y se pedirá como prueba sobreviniente al juez de conocimiento, si es del caso.

**Tres:** El elemento o evidencia solicitada, por regla general, debe ser consecuencia de la práctica de otra evidencia probatoria en desarrollo del juicio oral o que el hallazgo surja de forma posterior a la audiencia preparatoria<sup>9</sup>, pero es deber de la parte en guarda del principio de lealtad y del deber de descubrimiento general ponerlo en conocimiento del juez, de las partes y de todos los intervinientes.

Además, sobre el punto la Corte ha puntualizado lo siguiente: «*Un caso de esta naturaleza podría presentarse cuando de una prueba practicada en el juicio surja la necesidad de practicar otra; o cuando en desarrollo del juzgamiento alguna de las partes ‘encuentre’ o se entere sobre la existencia de un medio de conocimiento que antes ignoraba, **por alguna razón lógica atendible**»<sup>10</sup> (se resalta).*

Es unánime la jurisprudencia sobre el particular<sup>11</sup>, por ello se ha dicho que este instituto tiene su esplendor en el desarrollo del juicio oral<sup>12</sup>.

**Cuatro:** La oportunidad para su petición precluye o finaliza cuando se inicia la fase de alegaciones del juicio oral<sup>13</sup>.

El momento final del hallazgo es hasta el juicio oral y público (fase de alegaciones de conclusión), esto es, que se ignoraba por completo desde antes del juicio; aunque, por supuesto, puede surgir el conocimiento en desarrollo del mismo debate

<sup>8</sup> CSJ AP 132-2021, rad. 58.498 de 27 enero 2021.

<sup>9</sup> CSJ AP 3136-2014, rad. 43.433 de 11 junio 2014; CSJ AP 8489-2016, rad. 48.178 de 5 diciembre 2016.

<sup>10</sup> CSJ SP, 30 marzo 2006, rad. 24.468; CSJ AP 1083-2015, 4 marzo 2015 rad. 44.238; CSJ AP, 16 mayo 2018, rad. 52.603; CSJ AP 449-2022, rad. 60.433 de 16 febrero 2022; CSJ AP 5565-2022, rad. 62.637 de 30 noviembre 2022.

<sup>11</sup> CSJ AP 1083-2015 de 4 marzo 2015, rad. 44.238; CSJ AP 4787-2014 de 20 agosto 2014, rad. 43.749; CSJ AP, 21 noviembre 2012 rad. 39.948; CSJ AP 1092-2015 de 4 marzo 2015, rad 44.925; CSJ AP 3136-2014 de 11 junio 2014. rad. 43.433; CSJ AP 8489-2016, rad. 48.178 de 5 diciembre 2016.

<sup>12</sup> CSJ AP 1083-2015 de 4 marzo 2015, rad. 44.238; CSJ AP 8489-2016, rad. 48.178 de 5 diciembre 2016.

<sup>13</sup> CSJ AP rad. 9.274 de 27 julio 1994; CSJ AP, 25 agosto 1994; CSJ AP, 11 noviembre 1994.



oral, por ejemplo, cuando se desprende de la declaración de un testimonio, o del propio acusado, etc.

Puede surgir en el juicio porque se deriva de otra prueba allí practicada y ello no era previsible, o porque en su desarrollo alguna de estas encuentra un elemento de convicción hasta ese momento desconocido<sup>14</sup>.

En fin, como la misma expresión lo señala, es aquella evidencia que se deriva de otra, cuya viabilidad y conocimiento emerge de la práctica de otra, cuya existencia no era conocida o de la cual no resultaba posible establecer su conducencia, procedencia o necesidad<sup>15</sup>.

Las reglas sobre prueba sobreviniente atañen a la incorporación de información por fuera de los términos previstos para su solicitud, pero, en todo caso, **antes de que se cierre el debate probatorio**. Con mayor razón, ese tipo de solicitudes son improcedentes luego de la emisión de la sentencia<sup>16</sup>. En efecto, así se estableció en el artículo 448 del Decreto 2700 de 1991, en el artículo 404 de la Ley 600 de 2000, y en la misma línea, el artículo 344 de la Ley 906 de 2004 consagra la misma posibilidad, con la advertencia que una solicitud en tal sentido debe ventilarse durante el juicio oral<sup>17</sup>.

Un caso de esta naturaleza, en términos de la jurisprudencia, podría presentarse cuando de una prueba practicada en el juicio surja la necesidad de practicar otra; o cuando en desarrollo del juzgamiento alguna de las partes «*encuentre*» o se entere sobre la existencia de un medio de conocimiento que antes ignoraba<sup>18</sup>.

**Cinco:** El elemento no fue descubierto oportunamente por motivo no imputable a la parte interesada en su práctica.

**Seis:** El elemento de convicción encontrado debe ser de vital trascendencia para el debate probatorio.

**Siete:** La ausencia del nuevo elemento probatorio puede perjudicar de manera grave el derecho de defensa o la integridad del juicio<sup>19</sup>; es decir, que su admisión no comporta serio perjuicio al derecho de defensa y a la integridad del juicio<sup>20</sup>.

**Ocho:** En la petición se exige un estándar argumentativo superior al de la fase de petición de pruebas en la audiencia preparatoria, razón por la que el juicio solo por excepción se constituye en el escenario para procurar la admisión de medios de conocimiento<sup>21</sup>.

La parte que pretenda el decreto de la prueba sobreviniente tiene la carga de demostrar, primero, el carácter de sobreviniente; segundo, evidenciar la absoluta significancia o trascendencia del medio probatorio para la solución del caso, y tercero, explicar su pertinencia, conducencia y utilidad, en los términos de los artículos 357, 359 y 375 de la Ley 906 de 2004.

<sup>14</sup> CSJ AP 1083-2015, rad. 44.238 de 04-03-15.

<sup>15</sup> CSJ SP rad. 22.692 de 25 agosto 2004; CSJ AP 3290-2019, rad. 55.323 de 12 agosto 2019.

<sup>16</sup> CSJ AP 526-2023, rad. 58.336 de 1° marzo 2023.

<sup>17</sup> CSJ AP 526-2023, rad. 58.336 de 1° marzo 2023.

<sup>18</sup> CSJ SP, 30 marzo 2006, rad. 24.468.

<sup>19</sup> CSJ AP 3136-2014, rad. 43.433 de 11 junio 2014.

<sup>20</sup> CSJ AP 1083-2015, rad. 44.238 de 04-03-15.

<sup>21</sup> CSJ AP 1683-2014, rad. 41.754 de 2 abril 2014.

Lo anterior porque la prueba sobreviniente no está diseñada para habilitar un nuevo período de descubrimiento, ni para remediar las omisiones de las partes en el trabajo investigativo que deben realizar para sustentar su teoría del caso<sup>22</sup>.

**Nueve:** El juez debe escuchar a las partes y considerado 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.

#### 6.4 CONDICIONES DE ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA SOBREVINIENTE

Corresponde a las partes adelantar la actividad investigativa que estimen conveniente para obtener los elementos de conocimiento, respecto de los cuales solicitarán su admisión con el fin de probar en juicio oral su teoría del caso<sup>23</sup>.

El trámite de descubrimiento previo al juicio en las oportunidades indicadas hace parte del debido proceso probatorio y repercute en el derecho de defensa.

La consecuencia de la inobservancia del descubrimiento es el rechazo del medio solicitado, salvo los casos de «*prueba sobreviniente*», cuyo decreto excepcional en el juicio fue concebido, no para cambiar la forma en la que se preparó la incorporación y práctica de las pruebas decretadas, ni con el fin de revivir oportunidades procesales fenecidas, se estableció para no privar a las partes de ofrecer el conocimiento contenido en aquel medio que es pertinente, conducente y útil<sup>24</sup>:

El juez de conocimiento debe analizar, para efectos de determinar la admisibilidad de la prueba sobreviniente en el juicio oral, lo siguiente:

1. Que se desconozca la existencia de esa prueba con anterioridad, esto es, que la prueba se desconocía para el momento de la petición en la audiencia preparatoria. En el caso de pericias, que quizás se conocía el resultado, pero no se tenía el informe base de opinión pericial o la conclusión.

Como regla general, si el declarante, por ejemplo, se mencionó en el escrito de acusación o en la relación de pruebas de la defensa o de la víctima, no puede considerarse como prueba sobreviniente.

Una excepción a esta regla son los casos de **no disponibilidad jurídica** en virtud del derecho de no autoincriminación de los declarantes<sup>25</sup>.

2. Que a pesar de conocerse el elemento de prueba antes del juicio no resultaba evidente y obvia su solicitud.

➤ Ejemplos:

Antes del juicio uno de los autores, ya condenado anticipadamente, se ofrece voluntariamente como testigo en el otro proceso adelantado en contra de sus

<sup>22</sup> CSJ AP 132-2021, rad. 58.498 de 27 enero 2021.

<sup>23</sup> CSJ AP 1083-2015, rad. 44.238 de 4 marzo 2015.

<sup>24</sup> CSJ AP 1083-2015, rad. 44.238 de 4 marzo 2015.

<sup>25</sup> Vélez Rodríguez, Enrique. *La prueba de referencia y sus excepciones*, Editorial Inter Juris. Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico, 2010, p. 157.

compinches. No se pidió la prueba por evidente derecho a la no autoincriminación, aunque para otros es una situación de **no disponibilidad jurídica** (Art. 33 de la Carta Fundamental).

En delito cometido por adulto y adolescente, éste se allana a los cargos en audiencia preparatoria ante juez del sistema de responsabilidad penal para adolescentes (SRPA) y luego manifiesta su intención de declarar en el proceso contra el adulto; entonces la fiscalía en el proceso ordinario contra el adulto, que ya está en juicio, debe solicitar como *prueba sobreviniente* la declaración del adolescente. Es prueba sobreviniente, ya que de haberla solicitado con anterioridad quizás sería un atentado contra su derecho de no autoincriminación (Art. 33 C. Pol.), en lo que se denomina como **indisponibilidad jurídica** del declarante.

3. Determinar que el elemento probatorio es «*muy significativo*» o importante por su incidencia en la resolución del caso. No hay lugar al decreto de pruebas que, no obstante ser sobrevinientes, no son útiles, ni significativas, sino apenas reiterativas de otras ya existentes.

4. Que su admisión no comporte serio perjuicio al derecho de defensa y a la integridad del juicio.

5. Que no haya incuria, negligencia o mala fe de la parte interesada en esa prueba sobreviniente<sup>26</sup>.

6. Constatar las condiciones y requisitos de la prueba sobreviniente, ya vistos en el numeral anterior.

## 7. CUESTIONES ESENCIALES PARA LA SOLUCIÓN DEL CASO CONCRETO

A pesar que el mismo juez indicó que la prueba es fundamental pues ataca uno de los elementos de la tipicidad cual es el error, no la decretó pues debió presentarse mayor información o comunicación entre los abogados defensores. Es decir, que castiga al procesado para el decreto de una prueba en su favor por una conducta de los abogados defensores, lo cual no deja de ser un contrasentido en perspectiva del derecho de defensa material.

Veamos entonces el asunto por partes:

Uno: El implicado en ejercicio del derecho material de defensa en interrogatorio en juicio, dice que tiene prueba que corrobora que para el momento de los hechos la víctima, al parecer, en redes sociales, se hacía pasar como mayor de 14 años de edad, y que por eso «*tomé todas las capturas porque estaba totalmente inocente de que ella era menor de catorce años*».

Sencillamente lo planteado es un error de tipo

Recordemos que se presenta atipicidad subjetiva del delito por falta de dolo, cuando el agente se encuentra inmerso en un *error de tipo*. Esta figura se define como la discordancia entre la conciencia del sujeto activo y la realidad. Internamente este

---

<sup>26</sup> CSJ SP rad. 24.468 de 30-03-06; CSJ SP rad. 30.645 de 04-03-09.

error consiste en una falta de representación o en una representación falsa sobre uno o varios de los elementos que describen la conducta penal<sup>27</sup>.

El error de tipo está descrito en el numeral 10 del artículo 32 del Código Penal, de la siguiente manera:

«Se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad. Si el error fuere vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa.

(...)»

La jurisprudencia ha señalado que esta categoría jurídica:

«(...) hace referencia al desconocimiento o conocimiento defectuoso de las circunstancias objetivas del hecho que pertenecen al tipo legal, con independencia de que estas tengan carácter fáctico, de naturaleza descriptiva (cosa, cuerpo, causalidad), o normativa, de esencia comprensiva (ajenidad, documento, funcionario) (CSJ SP, 10 abril 2013, rad. 40.116).

Frente a la consecuencia del reconocimiento de un error de tipo vencible, en eventos en que la conducta no se halla prevista en la modalidad culposa, se ha establecido que el mismo conduce a la atipicidad del comportamiento»<sup>28</sup>.

Dos: El implicado entregó la información documental a su primer abogado y confió en su defensor técnico, pero el primer defensor le fue cambiado, eso dijo y no fue controvertido, es decir, el cambio no obedeció por su decisión unilateral, quizás fue por la Defensoría Pública.

Tres: El segundo defensor, según se desprende de lo sucedido en juicio, no tuvo conocimiento de esa información relevante, sino que apenas se enteró de ello en interrogatorio en juicio oral y público, lo cual no ha sido controvertido.

Cuatro: La pretensión es de tal relevancia que fue imposible desconocerla por el juez de instancia cuando afirmó que la trascendencia en este caso sí se observa toda vez que se trata de una prueba que eventualmente podría desdibujar uno de los ingredientes de la ilicitud, que tiene que ver con la **consciencia de la edad de la persona** con la que se está sosteniendo una relación de carácter sexual.

Cinco: El juez de instancia negó la prueba, no obstante su evidente trascendencia y relevancia, porque **no es sobreviniente**. Recordemos que la jurisprudencia ha expuesto: «*Un caso de esta naturaleza podría presentarse cuando de una prueba practicada en el juicio surja la necesidad de practicar otra; o cuando en desarrollo del juzgamiento alguna de las partes ‘encuentre’ o se entere sobre la existencia de*

<sup>27</sup> Jescheck, Hans y Wigend, Thomas. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Granada, España, Editorial Comares, 2014, p. 329. CSJ SP 106-2023, rad. 59.403 de 22 marzo 2023.

<sup>28</sup> CSJ AP 242-2020 de 29 enero 2020, rad. 55.753; CSJ SP 106-2023, rad. 59.403 de 22 marzo 2023.

un medio de conocimiento que antes ignoraba, **por alguna razón lógica atendible**»<sup>29</sup> (se resalta).

En el *sub lite*, la razón lógica atendible es que hubo falta de comunicación entre los abogados del implicado, y esa falta de comunicación de los abogados defensores no puede perjudicar el derecho a la prueba del implicado.

**Seis:** Finalmente, no porque una evidencia se acepte y practique como prueba, automáticamente, o por eso solo hecho, el punto queda demostrado. No. Como toda prueba está sujeta a confrontación, contradicción, y luego a valoración judicial, de manera individual y en conjunto con las demás pruebas según las reglas de la sana crítica. Existe una **fase de producción y valoración de la prueba**, así: (a) el derecho de contradecir la validez y eficacia de la prueba aportada; (b) derecho a una valoración completa y racional de la prueba<sup>30</sup>. Las **reglas del debido proceso probatorio** se deben entender como los pasos graduales de descubrimiento, enunciación, solicitud, admisión o decreto, práctica, contradicción y finalmente valoración establecidos en la ley<sup>31</sup>.

## 8. LA VERSIÓN DEL IMPLICADO EN JUICIO Y LA **PUERTA ABIERTA PARA LA PRUEBA DE REFUTACIÓN Y LA SOBREVINIENTE PARA LA CONTRAPARTE**

Es muy común la prueba sobreviniente por declaración en juicio del acusado, toda vez que cuando declara el acusado en juicio oral **«abre la puerta»** para la presentación de prueba de refutación en sentido técnico (Art. 362 C.P.P.) y la prueba sobreviniente (parte final Art. 344 C.P.P.)<sup>32</sup> para la contraparte.

Así pues, ante esta eventualidad la fiscalía puede presentar prueba de refutación en sentido técnico y prueba sobreviniente, a través de testigos que ya declararon o que todavía no lo han hecho, o sencillamente que no son testigos para demostrar, infirmar o degradar responsabilidad penal, por supuesto, aparte del ejercicio del interrogatorio cruzado.

## 9. SOBRE EL PROYECTO DERROTADO DE DESERCIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN

La Sala mayoritaria considera que el recurso de apelación fue suficiente para que el *ad quem* adquiriera competencia en sede de segunda instancia.

En efecto, se ha de aplicar el **principio de caridad**<sup>33</sup> para comprender que la prueba se refiere a la demostración de un *error de tipo*, aunque la defensa material ni la defensa técnica lo denominaron de tal forma.

<sup>29</sup> CSJ SP, 30 marzo 2006, rad. 24.468; CSJ AP 1083-2015, 4 marzo 2015 rad. 44.238; CSJ AP, 16 mayo 2018, rad. 52.603; CSJ AP 449-2022, rad. 60.433 de 16 febrero 2022; CSJ AP 5565-2022, rad. 62.637 de 30 noviembre 2022.

<sup>30</sup> Quevedo Mendoza, Efraín I. *El derecho a la prueba como garantía constitucional*, ob. cit., pp. 23-50.

<sup>31</sup> CSJ SP rad. 49.672 de 15 abril 2020.

<sup>32</sup> Decastro González, Alejandro. *La prueba de refutación, Discusiones, naturaleza y viabilidad*, Colección "Opúsculos de Litigio Estratégico Institucional", Número 5, Publicaciones Defensoría del Pueblo, Primera edición, Bogotá, 2016.

<sup>33</sup> «En la tarea de intérpretes debemos guiarnos por el llamado 'principio de caridad', que nos insta a optar por aquella interpretación que presente las ideas que estamos analizando de la mejor manera

En virtud del «**principio de caridad**», a la luz de la jurisprudencia de la Corte, se requiere que el intérprete, quien hace las veces de receptor del mensaje común, bajo una comprensión y comunicación lingüística, debe encausarse en poder desentrañar las afirmaciones correctas, en aras de un eficaz desarrollo de la comunicación establecida, dando cuenta de cada posición jurídica desde la postura más coherente y racional posible. En efecto, se trata de una forma de subsanar los yerros que pudiere tener una sustentación, en virtud de dilucidar el sentido del recurso, ejerciendo así una debida efectividad al derecho material<sup>34</sup>.

La Corte en CSJ AP, 10 marzo 2009, rad. 30.822, tomó la expresión de **principio de caridad**, de uso frecuente en argumentación, de la *Teoría de la Interacción Comunicacional* de Donald Davidson.

El concepto también fue acuñado por Normand Baillargeon en *Intellectual Self-Defense (autodefensa intelectual)*, para hacer referencia a una postura ética exigible al argumentador, consistente en comprender las razones, sobre las que diserta, de la manera más sólida posible. Carlos Pereda, prefiere denominarlo «*espíritu de rescate*»<sup>35</sup>.

Adicionalmente, el mismo juez admitió que la evidencia era relevante, pero no sobreviniente, así que el argumento de ataque era sobre dicha situación (sobreviniente) y el abogado explicó: «*la que se llegó a conocer en estos momentos por intermedio del procesado quien está ejerciendo su defensa material y está en poder de él*». Es decir, el censor explicó en términos absolutamente entendibles que esa evidencia se conoció en ese preciso instante y en esa instancia con razones que el mismo filiado ya había expuesto: se entregó la evidencia al primer abogado, pero le cambiaron de abogado.

Como se ha dicho, el actuar abogado se enteró de la evidencia porque le fue entregada al anterior abogado y no a él, lo cual es una «**razón lógica atendible**»<sup>36</sup>.

En el *sub lite*, la razón lógica atendible es que hubo falta de comunicación entre los abogados del implicado, y esa falta de comunicación de los abogados defensores no puede perjudicar, ni más faltaba, el derecho a la prueba del implicado.

La carga de sustentación está desprovista de fórmulas sacramentales o solemnidades, en cualquiera de sus modalidades, sea oral o escrita<sup>37</sup>. Al efecto, basta una exposición en la que el recurrente manifieste los argumentos fácticos, jurídicos y/o probatorios de discrepancia con la decisión judicial, pues la norma

---

posible. Si tenemos varias formas de entender un texto, debemos elegir aquella que lo favorezca y no la que lo perjudique. Esto no implica renunciar a la crítica, por el contrario, es lo que nos permite asegurarnos de que nuestras críticas estarán bien dirigidas». *En*: Bonorino, Pablo Raúl y Peña Ayazo, Jairo Iván. *Argumentación Judicial*, Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Bogotá, 2003, pp. 32-33

<sup>34</sup> CSJ AP 4242-2018, 26 septiembre 2018, rad. 52.008; CSJ AP 2519-2020, 30 septiembre 2020, rad. 52.158; CSJ SP 4795-2019, 6 noviembre 2019, rad. 55.492; CSJ AP 4713-2019, 30 octubre 2019, rad. 51.638; CSJ AP 3647-2019, 27 agosto 2019, rad. 53.939; CSJ AP 8824-2017, 6 diciembre 2017, rad. 46.028; CSJ AP, 9 septiembre 2015, rad. 46.235; CSJ SP, 26 octubre 2011, rad. 36.357; CSJ AP 2993-2021, rad. 58.380 de 21 julio 2021.

<sup>35</sup> Pereda, Carlos. *Vértigos Argumentativos. Una Ética de la Disputa*, Ed. Anthropos. Primera Edición, 1994. Cfr. CSJ AP 7265-2017, rad. 46.739 de 25 octubre 2017.

<sup>36</sup> CSJ SP, 30 marzo 2006, rad. 24.468; CSJ AP 1083-2015, 4 marzo 2015 rad. 44.238; CSJ AP, 16 mayo 2018, rad. 52.603; CSJ AP 449-2022, rad. 60.433 de 16 febrero 2022; CSJ AP 5565-2022, rad. 62.637 de 30 noviembre 2022.

<sup>37</sup> CSJ AP 442-2023, rad. 61.277 de 8 febrero 2023; CSJ SP 075-2023, rad. 52.848 de 1º marzo 2023.

procesal no impone solemnidades ni formalidades determinadas para el cumplimiento de tal obligación; basta con que el impugnante señale los fundamentos de hecho o de derecho por los cuales no comparte la providencia recurrida <sup>38</sup>.

No se precisa de argumentaciones superlativamente elaboradas, sino claras, puntuales y lógicas, de las cuales se desentrañe sin mayor dificultad el alcance de la oposición y los aspectos que abarca la misma<sup>39</sup>.

Así pues, la sustentación del recurso, en este caso, es idónea y suficiente.

Estas son las razones para la asunción del conocimiento por parte de la Sala mayoritaria y la correspondiente decisión de fondo.

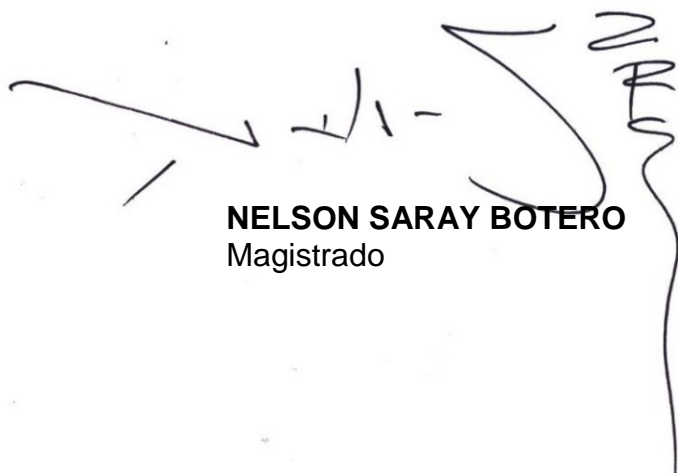
## 10. CONCLUSIÓN

Se ha de revocar el auto objeto de censura y admitir como prueba sobreviniente la evidencia solicitada en juicio por el abogado defensor.

## 11. DECISIÓN

**EL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA DE DECISIÓN PENAL, (i) REVOCA** el auto de primera instancia, en su lugar, **(ii) admite** como prueba sobreviniente la evidencia solicitada en juicio por el abogado defensor, por las razones expuestas; **(iii) contra** esta decisión que se notifica en estrados no procede ningún recurso.

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



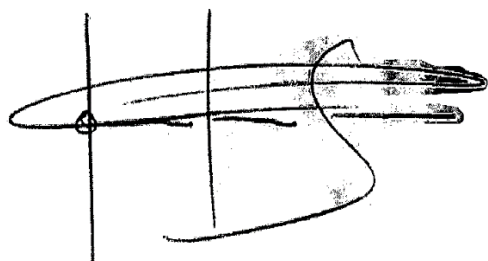
**NELSON SARAY BOTERO**  
Magistrado



**HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA**  
Magistrado

<sup>38</sup> CSJ AP 2391-2015; CSJ AP, 15 febrero 2017, rad. 49.479; CSJ SP 973-2019; CSJ SP 709-2019; CSJ SP 708-2019; CSJ AP 2862-2021, rad. 56.419 de 14 julio 2021; CSJ SP 3189-2022, rad. 60.519 de 7 septiembre 2022; CSJ SP 025-2023, rad. 56.218 de 8 febrero 2023.

<sup>39</sup> CSJ AP 2391-2015; CSJ AP 2862-2021, rad. 56.419 de 14 julio 2021; CSJ SP 3718-2022, rad. 61.092 de 26 octubre 2022; CSJ SP 025-2023, rad. 56.218 de 8 febrero 2023.

A handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping horizontal and vertical strokes, appearing to form the initials 'JISC'.

**SALVAMENTO DE VOTO POR PONENCIA DERROTADA**  
**JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE**  
Magistrado



## SALA DE DECISIÓN PENAL

*Radicado:* 05-360-60-99057-2017-02611  
*Procesado:* Yonathan Camilo Jiménez Correa  
*Delito:* Acceso carnal violento Agravado y Suministro a menor  
*Asunto:* Salvamento de voto  
*M. Ponente:* Nelson Saray Botero

De manera respetuosa con los magistrados que componen la Sala Mayoritaria expongo la razón por la que salvo el voto en la providencia por medio de la cual se decidió resolver de fondo el recurso de apelación interpuesto en contra del auto por medio del cual se negó en juicio la práctica de una prueba deprecada como sobreviniente, ello en tanto para el suscrito la alzada debía ser declarada desierta por falta de una debida y suficiente sustentación, teniendo en cuenta que no se cumplió con esta carga procesal. Al respecto es preciso indicar en primer lugar que la Corte Constitucional en Sentencia C-365 del 18 de agosto de 1994<sup>40</sup>, señaló:

*“No se desconoce la garantía constitucional de la doble instancia en lo referente a sentencias (C.N. arts. 29 y 31), por cuanto la exigencia de sustentación no implica negar el recurso o excluir toda posibilidad del mismo, como lo plantea la demanda. La norma no impide al afectado recurrir, sino que, permitiendo que lo haga, establece **una carga procesal en cabeza suya: la de señalar ante el superior los motivos que lo llevan a contradecir el fallo.***

***El apelante acude a una instancia superior con suficiente competencia para revisar lo actuado, y ante ella expone los motivos de hecho o de derecho que, según su criterio, deben conducir a que por parte del superior se enmiende lo dispuesto por la providencia apelada (...)***

*Tampoco es cierto que mediante esta exigencia se haga prevalecer el procedimiento sobre el derecho sustancial, ya que la norma acusada no conduce a la nugatoriedad o al desconocimiento de los derechos que pueda tener el apelante. Más bien se trata de que éste los haga explícitos con miras a un mejor análisis acerca del contenido de sus pretensiones y de la providencia misma; **al poner de relieve los motivos que llevan al descontento del apelante, se obliga al Juez de segunda instancia a fundar su decisión en las consideraciones de fondo a las que dé lugar el recurso (...)**” (Negritas y Subrayas del suscrito)*

Pues bien, el inciso primero del artículo 178 del Código de Procedimiento Penal<sup>41</sup>, que regula el trámite del recurso de apelación contra autos dispone:

*“Artículo 178. Trámite del recurso de apelación contra autos. Se interpondrá, **sustentará** y correrá traslado a los no impugnantes en la respectiva audiencia. **Si el recurso fuere debidamente sustentado se concederá de inmediato ante el superior en el efecto previsto en el artículo anterior.***

<sup>40</sup> M.P. Jose Gregorio Hernández Galindo.

<sup>41</sup> Modificado por el artículo 90 de la Ley 1095 de 2010.

Como se desprende sin lugar a dudas de la normatividad y jurisprudencia citadas, la sustentación del recurso de apelación -ya sea que se controvierta un auto o una sentencia- es una carga ineludible del interesado en que la segunda instancia modifique, revoque, adicione o aclare la decisión censurada. Al respecto la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, explicó:

**“3.1. Quien controvierte una decisión judicial tiene una carga argumentativa alta, pues debe exponer de manera clara las razones por las que no se comparte la providencia recurrida, indicando por qué razón se aparta de ella.**

**3.2. En ese orden de ideas se debe presentar un debate entre los fundamentos de la decisión y sus planteamientos, y la razón por la que se debe acoger la tesis propuesta, la que se opone a la decisión cuestionada, para que a partir de allí se trabe en debida forma el debate y tenga razón de ser el recurso, pues la finalidad del mismo no es otra que rebatir los asuntos allí consignados<sup>42</sup>.**  
(Negrillas del suscrito)

Así mismo, valga resaltarse la providencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia que, mediante auto del 23 de febrero de 2011, Radicado 35678, señaló:

**“La impugnación es la herramienta de carácter constitucional que tienen las partes para controvertir la legalidad de la providencia emitida. Por este motivo, el recurrente debe ser claro y coherente al expresar las razones por las cuales considera que la decisión cuestionada no se ajusta a las normas procesales o sustantivas en las que se debe fundamentar. Cualquier otra expresión o manifestación del recurrente que no esté dirigida a demostrar esta inconsistencia legal, no puede considerarse como sustento de la impugnación”.** (Negrillas del suscrito)

Considero que en este asunto el discurso del abogado defensor no contiene un verdadero objeto de disenso. No ataca la decisión para socavarla, y menos da cuenta razonadamente del porqué es desacertada; porqué debe examinarse; y/o cuáles son los errores que deben corregirse. Ello en tanto en la escasa disertación de la Defensa no se expusieron las razones o argumentos jurídicos del disentimiento.

Se limitó el censor simplemente a repetir que el procesado estaba ejerciendo su defensa material, que era él quien tenía esos documentos en su poder y que no permitir el ingreso de estos vulneraba el derecho de defensa. No explicó lo que echó de menos el *a quo* frente a la razón por la cual ese elemento le era desconocido, pues consideró negligencia tanto de la Defensa como del acusado el hecho de que este último habiendo estado presente en la audiencia de solicitud de pruebas y con la conciencia de que contaba con esos documentos no hubiese indicado nada al

---

<sup>42</sup> Radiación 36407, citado por el Auto del 19 de septiembre de 2012, radicado 38.137, M.P. Fernando A. Castro Caballero

respecto; no se fundamentó la causa de ese silencio y por qué -a más de año y medio después de la realización de la audiencia preparatoria- se esperó tantísimo tiempo para sacarlos a la luz.

Las manifestaciones de la Defensa a todas luces no cumplen ni formal ni materialmente, con las exigencias legales y jurisprudenciales mínimas para que pueda considerarse como una verdadera impugnación pues, se itera, la Defensa en modo alguno controvirtió los fundamentos de la decisión que en derecho y razonablemente tomó la primera instancia; no expuso razones fácticas ni jurídicas que cuestionaran la decisión que impugnaba; en nada se pronunció sobre lo que en su entender fue el error en la decisión tomada por el Juez *a quo*, ni atacó válidamente lo consignado por el funcionario en la decisión objeto del recurso, ni soportó de manera suficiente su inconformidad, sin que pueda la Sala, como ocurrió en el *sub examine*, en una aplicación exagerada del principio de caridad de la argumentación, suplir ese vacío argumentativo ni la actividad de las partes e intervinientes, pues era al recurrente al que le correspondía señalar los aspectos de los que disiente, presentar los argumentos fácticos y jurídicos que lo condujeron a cuestionar la determinación que pretende atacar


Lo anterior si además se tiene en cuenta que en el proyecto se destaca que la Defensa explicó “*la que se llegó a conocer en estos momentos por intermedio del procesado quien está ejerciendo su defensa material y está en poder de él*”, considerando la Sala Mayoritaria que con ello se explicó “*en términos absolutamente entendibles*” que esa evidencia se conoció solo hasta ese momento en tanto el procesado entregó la evidencia al primer abogado, pero se lo cambiaron. Con todo respeto considero que no es de recibo dicha justificación si se tiene en cuenta que el nuevo defensor público hace parte del proceso, por lo menos, desde el 19 de septiembre de 2019, fecha en la cual previo al inicio del trámite de audiencia preparatoria Héctor Fredy Gómez Sánchez fue reconocido al interior del proceso como el abogado defensor del acusado y, de inmediato solicitó el aplazamiento de esa diligencia con el fin de recolectar elementos materiales probatorios; es decir, llevaba más de tres años ejerciendo la defensa del señor Jiménez Correa, incluso desde antes de la preparatoria, entonces es ir más allá de lo razonable pensar que no se haya comunicado con su asistido a efectos de preguntarle con qué contaba para poder defenderlo dentro de su causa, y si ello efectivamente no ocurrió, se trató de una negligencia que en modo alguno puede justificar que ingrese un elemento cuando no se solicitó como era debido.

Contrario a lo ocurrido en el *sub judice*, quien pretenda que una decisión judicial se modifique, aclare o revoque está obligado a exponer los errores hecho y de derecho que allí pudieron suceder, exhibir los mejores argumentos o las razones a considerar, y formular la metodología de reparación que se propone. Es importante en todo caso resaltar que la sustentación no es un discurso libre en su configuración en tanto que “*exige una mínima formalidad en la exposición de motivos y argumentos que propugnen por la revocatoria o modificación de la providencia cuestionada*”<sup>43</sup>. Al respecto, señaló la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia que “*No es suficiente la mera exposición de argumentos que tienda a defender una determinada postura, sino que es preciso que esa argumentación esté orientada a controvertir de manera seria la decisión impugnada, señalando las razones de disenso, destacando cuáles pueden ser las falencias de la providencia y de qué manera tal decisión no resulta acertada y acorde con el ordenamiento*”<sup>44</sup>.

Se concluye pues que en la apelación es preciso que el recurrente exponga los fundamentos de la censura, de manera que deje en evidencia la equivocación del Fallador. Sin censura concreta de la ilegalidad o de desacierto de la decisión, considero que la Sala no adquirió competencia para desatar el recurso, pues el obligado insumo que debía suministrar el inconforme no fue presentado.

En dichos términos dejo consignado mi salvamento de voto.

*Fecha ut supra,*

  
**JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE**  
Magistrado

---

<sup>43</sup> En la ya mencionada Sentencia con Radicado 35678.

<sup>44</sup> Auto del 29 de marzo de 2012, Radicado 38287 de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.