

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado ponente

AP644-2017

Radicación No. 49.183

(Aprobado acta N°. 25)

Bogotá, D. C., primero (1°) de febrero de dos mil diecisiete (2017).

## 1. VISTOS

Resuelve la Corte el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía en contra de la decisión de 28 de septiembre de 2016, emitida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Valledupar, por la cual rechazó un testimonio en curso de la audiencia preparatoria adelantada en contra de Sol Piedad Martínez Cotes, enjuiciada por prevaricato por omisión.

## 2. ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES.

El 29 de enero de 2016, en audiencia en que se declaró en contumacia a la indiciada Sol Piedad Martínez Cotes, la Fiscalía General de la Nación le comunicó al defensor que la investigaba por el delito de prevaricato por omisión, generado en que, presuntamente, como Fiscal 17 Seccional de Valledupar,<sup>1</sup> actuó elusivamente en relación con el deber de resolver la situación jurídica del sindicado William Corredor Gómez, implicado en un homicidio culposo desde el 11 de octubre de 2002; quien rindió indagatoria el 5 de febrero de 2008, pero concluyó el trámite por preclusión fundada en la

prescripción de la acción penal, declarada el 1 de septiembre de 2011; ello a pesar de varias solicitudes de la defensa y el Ministerio Público, para que la fiscal profiriera la resolución omitida.

Presentado en tiempo el escrito de acusación se surtió la audiencia respectiva el 22 de junio de 2016 y la preparatoria el 28 de septiembre siguiente, fecha en que se profirió la providencia cuestionada.

### 3. DECISIÓN APELADA

En el auto que decretó pruebas el a-quo aplicó la sanción de rechazo al testimonio de la asistente de fiscalía Luisa Fernanda Rivero Marshall, en razón a que el Ente Acusador no descubrió dicho medio de conocimiento en el escrito de acusación ni en la primera audiencia realizada, como era su deber; y además, porque en el curso de su petición no acreditó en forma alguna que tal medio le hubiera sido desconocido en esos estadios y, siendo la declarante la asistente de la Fiscalía que lideraba la acusada para el momento de los hechos, era lógico que su conocimiento de los mismos se avizorara necesario, por tanto, aplicó la sanción descrita en el artículo 346 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004).

Notificada la decisión anterior, la Fiscalía interpuso recurso de apelación en contra de la negativa a decretar dicho testimonio. Los demás asistentes, se pronunciaron conformes con la providencia.

### 4. EL RECURSO Y SU TRÁMITE

#### 4.1. Sustento de la apelación.

El Fiscal adujo que el trámite de la sanción que se aplicó para negar la testimonial de Luisa Fernanda Rivero Marshall fue inapropiado porque el defensor pidió exclusión del medio, pero, explica que desde hace mucho tiempo la Corte tiene dicho que el momento del descubrimiento de la prueba no es uno sólo sino varios, decisión que se ha venido repitiendo.

Agrega que lo dicho por la Corte frente al tema, es que debe garantizarse el principio de contradicción, y en este caso, el defensor, una vez decretada la prueba, bien puede entrevistar a la testigo a efectos de preparar su contrainterrogatorio en el juicio oral, que es donde tiene su expresión máxima el derecho mencionado.

El funcionario investigador leyó el artículo 359 del Código de Procedimiento Penal y sostuvo que la testimonial de Luisa Fernanda Rivero Marshall no encaja en ninguna de las causales previstas en el artículo 376 ídem sobre inadmisibilidad de un medio de prueba, por consiguiente, el Tribunal no podía desestimarlos.

En cuanto a la sanción del artículo 346 del Estatuto Adjetivo, estima que está dispuesta para elementos probatorios y evidencia física que no se descubran, por tanto, debe referirse a un medio de los descritos en el artículo 275 que reseña cuáles son los elementos materiales de prueba, no siendo uno de ellos la declaración inadmitida. Terminó aduciendo que la decisión debe revocarse.

#### 4.2. No recurrentes

El Ministerio Público y defensor solicitan a la Corte confirmar la determinación adoptada por el a quo.

### 5. CONSIDERACIONES

1.- De conformidad con lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 906 de

2004, la Corte es competente para desatar la alzada interpuesta por el Ente Acusador, contra la providencia de la Sala Penal del Tribunal Superior de Valledupar que negó el testimonio de Luisa Fernanda Rivero Marshall.

2.- Analizada la decisión cuestionada y los motivos de disenso, el asunto que debe resolverse se concreta en establecer si fue acertada la determinación del a quo cuando rechazó un testimonio en la audiencia preparatoria, en razón a que el Fiscal no lo mencionó en el escrito de acusación ni en la audiencia de formulación de la misma, como tampoco adujo motivos que acreditaran que no lo conocía antes de esos momentos procesales.

3.- El Descubrimiento probatorio.

3.1. Desde la entrada en vigor de la Ley 906 de 2004, se han suscitado múltiples decisiones de esta Corporación en las que se ha conformado una línea jurisprudencial en relación con este vital aspecto del debido proceso probatorio.

Así, desde la CSJ AP de 21 de febrero de 2007 Rad. 25920 se dijo, en relación con el descubrimiento probatorio, que comienza con la presentación del escrito de acusación (Artículo 337 numeral 5)<sup>2</sup>, continúa en la audiencia de formulación oral de aquella (canon 344)<sup>3</sup>, sigue en la preparatoria (precepto 356 numerales 1 y 2)<sup>4</sup> y excepcionalmente puede llegar hasta el juicio oral, con la prueba denominada sobreviniente (norma 344).

Sin duda alguna, el descubrimiento, como garantía fundamental dentro del proceso adversarial integrante del debido proceso probatorio, surge como obligatorio para la Fiscalía, con el anexo al escrito de acusación. Dice la pauta legal:

«Artículo 337.- El escrito de acusación deberá contener:

5. El descubrimiento de las pruebas. Para este efecto se presentará documento anexo que deberá contener: (...)»

Y, a continuación, la disposición enlista siete elementos que hacen parte de ese anexo, entre los que están los hechos que no requieren prueba, la transcripción de las pruebas anticipadas, los nombres y direcciones de testigos y peritos, los documentos y el nombre de los testigos de descargo, así como otros elementos favorables al acusado, y, finalmente, las declaraciones o deposiciones. Cumple el Ente Acusador aportando el anexo dispuesto en la regla transcrita, pues claramente copia del mismo se entregará -principalmente- a la defensa.

Ya en la audiencia de formulación de acusación vuelve a darse un momento para que la Fiscalía realice descubrimiento probatorio puesto que puede -entre otras cosas- según lo dispone el artículo 339 de la Ley 906 de 2004, adicionar el escrito de acusación.

También en sede de la citada vista, la defensa realiza petición el revelamiento probatorio de lo enunciado en el listado adjunto presentado por la Fiscalía y es imperativo para el funcionario judicial velar porque sea completo.

Llegando a la vista preparatoria, se entiende que la defensa está al tanto la totalidad de medios de conocimiento con que cuenta la Fiscalía, por ello, a su inicio, la ley dispone que el juez pregunte si hay observaciones al trámite realizado por fuera de la sede de la audiencia, y de no haber manifestaciones al respecto, se continúa con el descubrimiento a cargo de la defensa, empero, puede ocurrir que en el interregno transcurrido entre la acusación y la preparatoria, hubiere surgido un medio cognoscitivo relevante para la indemnidad del juicio, que no era conocido antes y no pudo hallarse con una juiciosa investigación, es decir, que no se conoció sin negligencia, incuria o mala fe del acusador, en cuyo caso debe descubrirse en la misma audiencia, a su inicio y

continuar con el trámite.

Es evidente que el develamiento de nuevos medios de conocimiento que puede hacer la Fiscalía en la segunda audiencia, no es complementario, adicional, ni en forma alguna está previsto para subsanar su olvido o descuido; la naturaleza es eminentemente excepcional y procede sólo cuando se dan ciertas especiales condiciones<sup>5</sup>, puesto que el mismo Artículo 356 en su numeral primero -al disponer el control al descubrimiento probatorio realizado fuera de la sede de la audiencia- establece que en caso de no haberse realizado de forma completa, procede el rechazo<sup>6</sup>.

De suerte que si el acusador obtiene un medio de prueba que quiere hacer valer en el juicio, pero no fue descubierto sin su incuria o malicia, deberá exponer las razones que acrediten el cumplimiento de las reglas que permiten su excepcional descubrimiento y si el juzgador las encuentra demostradas, ordena el develamiento al inicio de la vista preparatoria y se continúa con el curso de la misma.

El último episodio en que se puede presentar es en curso de la audiencia de juicio oral, con la “prueba sobreviniente”, pero la naturaleza del instituto también es excepcional, de forma que tampoco está prevista para subsanar defectos u omisiones del quehacer de las partes.

En conclusión, si bien es cierto existen diversos momentos en que se prevé descubrimiento, cada uno de ellos tiene su propio rigor, sin que exista la posibilidad de hacer descubrimientos voluntariamente escalonados, pues ello conduciría al quebrantamiento del deber de lealtad que redundaría en la afectación de otros derechos fundamentales, sobre todo, cuando quien incurre en una práctica de ese talante, es el Órgano Acusador que, de paso, ha contado con todos los medios y el tiempo suficientes para hacer una investigación exhaustiva.

3.2. En el caso concreto, habrá de confirmarse la decisión cuestionada, con fundamento

en los siguientes razonamientos:

La Fiscalía presentó el escrito de acusación y acudió a la vista respectiva, pero en ninguno de los dos eventos incluyó, dentro de sus testigos, a Luisa Fernanda Rivero Marshall.

En desarrollo de la audiencia preparatoria, el magistrado pidió a las partes que se pronunciaran frente al descubrimiento probatorio y tanto acusador como defensa afirmaron que fue completo<sup>7</sup>.

Inmediatamente el togado confirió el uso de la palabra al defensor para que realizara su descubrimiento, lo cual se surtió seguidamente. Después se hizo la enunciación de pruebas y es allí cuando al enlistar sus testigos, el Ente Investigador incluyó por primera vez a Luisa Fernanda Rivero Marshall; más adelante, en la sustentación de las peticiones probatorias, también expuso razones de pertinencia, utilidad y necesidad de la declaración de quien fuera la asistente de la Fiscalía 17 Seccional de Valledupar, para el tiempo en que la acusada lideraba ese despacho judicial.

En el traslado dispuesto en el artículo 359 de la Ley 906 de 2004, para que las partes soliciten exclusión, inadmisión o rechazo de los medios pedidos por su contraparte, la defensa reclamó la aplicación de la sanción prevista en el artículo 346 ídem, con fundamento en que el Fiscal no descubrió en forma oportuna la testimonial de Rivero Marshall, argumento acogido por la magistratura en la decisión confutada.

Pues bien, revisado el escrito de acusación (folios 31 a 25 de la carpeta) se encuentra que, en el capítulo de testigos del anexo, se incluyeron cuatro nombres, ninguno de los cuáles es el de la mencionada asistente judicial. Similar situación se percibe al escuchar el audio de la formulación de acusación en el que tampoco se adiciona la testigo Luisa Fernanda Rivero Marshall.

Lo expuesto, aunado a que en la preparatoria el Ente Acusador no esbozó razones por las cuales debería aceptarse un descubrimiento tardío, permite concluir que la sanción dispuesta en el canon 346 fue legal y adecuadamente aplicada por el a quo.

La misma está prevista para la violación al deber de descubrimiento, pues debe recordarse que éste forma parte del debido proceso probatorio, definido por esta judicatura, así: (CSJ AP de 28 de nov. De 2007 - Rad. 28656)

«A diferencia de lo anterior, el debido proceso probatorio atañe al conjunto de requisitos y formalidades previstas en la ley para la formación, validez y eficacia de la prueba, dado que ésta, en el nuevo sistema puesto en marcha con la Ley 906 de 2004, debe sujetarse a principios basales, como son los de legalidad, publicidad, oralidad, contradicción, inmediación y concentración, so pena de desnaturalizar el respectivo acto probatorio, ocasionando la nulidad del mismo cuando efectivamente el desacato de aquellos se traduce en irrespeto de las garantías de alguna de las partes».

En consecuencia, si se omite el descubrimiento de un medio de prueba, es imposible para el juzgador decretar su práctica en el juicio oral, pues con tal omisión se ha afectan principios como publicidad, lealtad, defensa, entre otros, por lo que le asistió razón jurídica al a quo cuando rechazó la citada declaración.

Ahora, en respuesta al argumento del apelante, lo primero que se advierte es que el mismo luce confuso, en la medida en que mencionó indiscriminadamente tres institutos distintos que constituyen el nomen iuris del artículo 359, vale decir, exclusión, rechazo e inadmisión y a partir de ahí, estructuró su discurso, refiriéndose a uno u otro sin respetar las diferencias existentes entre ellos.

Para mayor claridad, es oportuno afirmar que la exclusión es la consecuencia de declarar ilícito o ilegal un medio de prueba, evento que tiene su génesis en el precepto 29 Superior, el cual es desarrollado por el 23 del Código de Procedimiento Penal aplicable.

El rechazo, en cambio, es una sanción normativamente prevista en el canon 346, exclusivamente aplicable a la omisión del de descubrimiento probatorio.

Por otro lado, la inadmisión es la consecuencia de hallar que el medio de prueba solicitado, siendo pertinente, está incurso en una de las causales del artículo 376 ídem, es decir, que es repetitivo, o puede llevar más confusión que claridad, o del mismo se deriva un perjuicio indebido.

Si bien, es una sola la disposición –Art. 359 del C.P.P.- que instituye la oportunidad procesal dentro de la audiencia preparatoria para efectuar una solicitud en contra de la petición probatoria de la contraparte, la causal debe desarrollarse con fundamento en las reglas que le son propias, sin que sea posible que se entremezclen en su análisis, como lo hizo el Ente Acusador en su alegato sustentatorio, donde enmarañó argumentos de rechazo, inadmisión y exclusión indiscriminadamente.

Otro aspecto que denota confusión en la exposición argumentativa, consiste en que el Fiscal estima que la sanción por ausencia de descubrimiento probatorio está diseñada en la ley, sólo para elementos materiales de prueba o evidencia física, según la descripción que de ellos hace el artículo 275 de la Ley 906 de 2004.

Ciertamente el canon 346 no restringe la sanción únicamente para tales eventos, puesto que establece:

«Art.- 346.- Los elementos probatorios y evidencias física que en los términos de los artículos anteriores deban descubrirse y no sean descubiertos, ya sea con o sin orden

específica del juez no podrán ser aducidos al proceso, ni convertirse en prueba del mismo, ni practicarse durante el juicio. El juez está obligado a rechazarlos, salvo que se acredite que su descubrimiento se haya omitido por causas no imputables a la parte afectada».

(Subrayas fuera del texto)

Disposición que interpretada sistemáticamente, a la luz del precepto 337 numeral 5º idem, no deja duda que están incluidos dentro del descubrimiento, aparte de los llamados elementos materiales de prueba y evidencia física, los demás que integran el escrito anexo a la acusación, vale decir, la relación de hechos que no requieren prueba, la transcripción de las pruebas anticipadas, nombres y direcciones de testigos de cargo y de descargo, entre otros; de suerte que la sanción está consagrada para la omisión de cualquier medio de conocimiento que se quiera hacer valer en el juicio oral y que debía revelarse en la oportunidad correspondiente.

Ahora, es cierto que cuando se emplea la expresión “elementos probatorios” y “evidencia física” parecería que se limita a los descritos en el artículo 275 del Ordenamiento adjetivo aplicable, de no ser porque esa interpretación restrictiva riñe con la maximización de las garantías procesales, principio básico dentro del sistema adversarial, pues como se ha iterado, la Fiscalía cuenta con todo el tiempo y los medios necesarios para hacer una investigación cabal, en tanto que la defensa sólo puede equilibrar las cargas, con el respeto absoluto a las garantías que se le reconocen, entre ellas, que el Acusador le descubra todos los medios de conocimiento que pretende hacer valer en su contra.

En conclusión, la decisión cuestionada debe ser confirmada al estar conforme a derecho.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL,

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR integralmente la decisión cuestionada, con fundamento en lo expuesto.

SEGUNDO. ORDENAR la devolución de la carpeta al Tribunal de origen.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese y cúmplase,

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

- 1 La procesada se posesionó como Fiscal 17 Seccional de Valledupar el 10 de junio de 2008 y permaneció en el cargo hasta el 12 de mayo de 2010.
- 2 En este evento es la Fiscalía la que debe cumplir con el descubrimiento de todos los medios de conocimiento que quiere hacer valer en el juicio oral.
- 3 En esta audiencia la Fiscalía puede descubrir un nuevo medio de conocimiento y la defensa tiene derecho a solicitar que la Fiscalía le descubra, exhiba o entregue copia de los elementos materiales de prueba enlistados en el anexo.
- 4 Normativamente, en relación con el descubrimiento lo primero que se hace es el control al realizado por la Fiscalía en favor de la defensa fuera de la sede de la audiencia y después, se surte el descubrimiento a cargo de la defensa en favor de la Fiscalía.
- 5 Cfr. CSJ AP8489- 5 de diciembre de 2016 – Rad. 48.178
- 6 El rechazo como sanción está consagrado normativamente en el artículo 346 del Procedimiento Penal, aunque es en el canon 356 el que consagra el acto procesal en que procede su aplicación.,
- 7 Cfr. 6'12'' audio del 28 de septiembre de 2016, (Audiencia Preparatoria)