

**DESCUBRIMIENTO PROBATORIO- FINALIDAD:** Busca que las partes conozcan de forma adelantada los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida de su contraparte para no ser tomadas por asalto en el juicio con la introducción sorpresiva de medios de los que no se ha permitido ejercer debidamente el contradictorio.

**DESCUBRIMIENTO PROBATORIO - DEBIDO PROCESO PROBATORIO:** Éste demanda del cumplimiento de una serie de cargas, requisitos y presupuestos en unos estadios procesales concretos, los cuales son predicables y de forzosa observancia para todos los sujetos procesales.

**DESCUBRIMIENTO PROBATORIO DE LA REPRESENTACIÓN DE VÍCTIMAS -** Las víctimas a través de sus representantes judiciales, directamente o por conducto del órgano encargado de la persecución penal, pueden realizar solicitudes probatorias en las mismas condiciones que la defensa y la fiscalía.

**DESCUBRIMIENTO PROBATORIO DE LA REPRESENTACIÓN DE VÍCTIMAS - OPORTUNIDAD:** El espacio propicio para el develamiento probatorio del interviniente especial es la audiencia de formulación de acusación como límite último y no la audiencia preparatoria.

**DECRETO DE PRUEBAS – DESCUBRIMIENTO PROBATORIO:** Uno de los requisitos de previo cumplimiento para que pueda entablarse una petición probatoria y a la postre pueda ser decretada, es que se haya cumplido con la carga de un debido descubrimiento probatorio.

**RECHAZO DE MEDIOS DE CONVICCIÓN – DESCUBRIMIENTO PROBATORIO:** El rechazo procede por indebido, ausente o incompleto perfeccionamiento del descubrimiento probatorio.

**RECHAZO DE MEDIOS DE CONVICCIÓN - DESCUBRIMIENTO PROBATORIO:** La falta de descubrimiento produciría para la fiscalía, la defensa y la representación de víctimas, el rechazo de los medios de convicción.

**RECHAZO DE MEDIOS DE CONVICCIÓN POR FALTA DE DESCUBRIMIENTO PROBATORIO DE LA REPRESENTACIÓN DE VÍCTIMAS:** Procedencia.

No procede el decreto del elemento probatorio solicitado por la representación de víctimas en la audiencia preparatoria, para que sea practicado en el juicio oral, teniendo en cuenta que no se lo descubrió ni enunció, siendo esto una carga obligatoria para este interviniente especial, de cuyo cumplimiento depende el debido proceso y el derecho de defensa y contradicción de la defensa; omisión que solo a éste le es atribuible y no a problemas relativos a la comunicación ajenos a su proceder que le pudieran excusar de esa falencia, en tanto no existe ninguna razón que haya sido comprobada en torno a que, pese al propósito del apoderado de víctimas de descubrir y enunciar tal elemento de prueba, el descubrimiento no se haya consumado por situaciones fuera de la órbita de su dominio y voluntad; lo anterior, no obstante, el mismo fue empleado en una audiencia de preclusión de la investigación celebrada antes, siendo que dicho trámite tuvo propósitos completamente distintos a los tratados en esta oportunidad.

---

***Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto***

***Sala de Decisión Penal***

Magistrado Ponente : Franco Solarte Portilla  
Asunto : Apelación auto que negó decreto de pruebas

Delito	:	Acceso carnal violento agravado y otro
Acusados	:	MAOR
Radicación	:	520016000485201603051-01 NI.26078
Aprobación	:	Acta No. 2022-001 (11 de enero de 2022)

**San Juan de Pasto, trece de enero de dos mil veintidós**

## **1. Objeto del pronunciamiento**

Resolver la apelación propuesta por la representación de víctimas en contra del auto dictado el 20 de octubre de 2021 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pasto mediante el cual no decretó una solicitud probatoria elevada por ese sujeto procesal en curso de la audiencia preparatoria.

## **2. Resumen de los hechos jurídicamente relevantes**

Según están reseñados en el escrito de acusación, el 19 de febrero de 2016, la adolescente S.J.M.T., de 14 años de edad, arribó al apartamento donde habitaba el sacerdote MAOT. El clérigo estaba a cargo de la iglesia ... de esta ciudad y era el confidente y confesor de la joven desde octubre de 2015. Al llegar al lugar, el cura arrió contra la pared a la adolescente, le empezó a tocar los senos, la cola y la espalda por encima de la ropa y la intentó tocarla también por debajo de su indumentaria y llevarla a su habitación, empero, dada la resistencia que ella opuso, el religioso paró y le dijo que no le contara a nadie. Luego, el 18 de abril y el 27 de mayo de 2016 la menor fue invitada por el sacerdote a su vivienda y en efecto aquella asistió. Ya en el sitio, en ambas oportunidades el eclesiástico procedió a tocarla, la llevó hasta su habitación, donde le quitó la ropa y la accedió carnalmente sin su consentimiento.

### **3. Síntesis de la actuación cumplida**

Por tales hechos, el ciudadano en mención fue llamado a formulación de imputación que se cumplió el 30 de mayo de 2018 ante el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Pasto. En la diligencia, la fiscalía le atribuyó un delito de acto sexual violento y dos de acceso carnal violento, aquellas conductas agravadas de conformidad con el numeral 2 del artículo 211 del Código Penal. No se solicitó la imposición de medida de aseguramiento alguna.

Tras una petición de preclusión de la investigación denegada el 15 de mayo de 2019 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pasto, con fecha 11 de julio de 2019 el instructor presentó escrito de acusación por igual componente fáctico y jurídico. La audiencia de formulación de acusación, celebrada el 11 de diciembre de 2019, fue presidida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pasto.

La audiencia preparatoria se desarrolló los días 9 de abril, 3 de mayo y 20 de octubre de 2021. En la segunda sesión, la representación de víctimas solicitó a la Judicatura que decretara como pruebas un disco compacto contentivo de un registro de audio y video sobre la conversación que víctima y victimario sostuvieron el 5 de junio de 2016 cuando ella estaba hospitalizada, documento que sería introducido por VRR. El petente arguyó que dicho medio de convicción demostraría la manipulación y la autoridad que el sacerdote ejercía sobre la menor, en particular, respecto de las condiciones sobre las cuales ella debía comportarse frente a su madre y la comunidad en general. Abonó a eso que de dicho documento la fiscalía y defensa ya tenían

conocimiento, por cuanto el mismo fue presentado en la audiencia de preclusión de la investigación que otrora había deprecado el persecutor.

El Ministerio Público se opuso merced a que dicho elemento de prueba no fue descubierto, por lo mismo por lo que se resistió la defensa, la que además dijo que esa solicitud probatoria debía ser canalizada a través de la fiscalía.

#### **4. La providencia impugnada**

El Juez singular reconoció que, aunque en el fondo la solicitud probatoria es útil para demostrar la manipulación del victimario sobre la víctima y el rol que este ostentaba en la comunidad, la cuestión diametral es que ese elemento de convicción no ha cumplido las reglas de juego en materia probatoria, mismas que son predicables y de forzosa observancia para todos los sujetos procesales. Puntualmente, destacó el *A quo* que dicho medio suasorio no fue descubierto por la representación de víctimas, siendo esa una carga que le resulta inatajable y de cuyo cumplimiento depende el debido proceso y el derecho de defensa y contradicción de la defensa. Resaltó también que, pese a que dicho interviniente especial está habilitado para elevar solicitudes probatorias propias de manera directa, sin que necesariamente lo deba hacer a través de la fiscalía, el descubrimiento probatorio le es obligatorio. Dicha falencia –subrayó- no puede ser suplida por el hecho de que el video haya sido expuesto en el trámite de una preclusión, cuando fue otro el juez que conoció de esa diligencia y que distinta es la ruta que ahora se sigue en esta causa. Así, determinó el togado que la prueba no podía ser decretada y de esa manera la inadmitió.

#### **5. La sustentación del recurso**

El abogado de víctimas insistió que la pretensa prueba ya era conocida por todos los sujetos procesales ahora intervinientes, puesto que el documento le fue presentado al persecutor justamente por la representación de víctimas y este fue luego exhibido en la solicitud de preclusión en audiencia por la misma fiscalía. Explicó que como esa petición de decaimiento de la acción penal fue denegada, las diligencias retornaron a la fiscalía para la posterior presentación del escrito de acusación. Si nos atenemos a esa situación – mencionó- el conocimiento del video fue pleno, aunque ahora no se haya descubierto en la audiencia preparatoria, por lo que no puede decirse que la solicitud probatoria sea sorpresiva. Asimismo, adujo que las víctimas pueden pedir pruebas autónomamente, que a ese interviniente especial no se le dio la oportunidad del descubrimiento probatorio y que es censurable que la fiscalía no haya peticionado ese documento en el escrito de acusación. Por lo demás, replicó que la prueba es útil para demostrar la manipulación del agente a la afectada y pertinente en relación con los hechos.

## **6. Intervención de las partes no recurrentes**

El acusador no se pronunció. El señor Procurador iteró que el medio de prueba no fue descubierto en este trámite, como inexcusablemente debía hacerse desde la acusación hasta la audiencia preparatoria. La defensa anotó que la ausencia de descubrimiento da lugar al rechazo de la solicitud, también que la defensa no puede correr con la carga que le correspondía a la representación de víctimas para introducir ese elemento de conocimiento en debida forma, que no se conoce quién es la persona con la que se introduciría la prueba y que tampoco el censor justificó la pertinencia.

## **7. Consideraciones**

### **7.1. Competencia y problema jurídico**

Establecida la competencia de este Tribunal para conocer del presente asunto, conforme el artículo 34 numeral 1º del Código de Procedimiento Penal, es del caso que se dirima si debe admitirse la única solicitud probatoria elevada por la representación de víctimas en la audiencia preparatoria, pese a que esta no fue descubierta ni enunciada, pero sí empleada en una audiencia de preclusión de la investigación celebrada antes, o si por lo contrario dicho pedimento debe ser rechazado.

### **7.2. Sobre el descubrimiento probatorio y las consecuencias de su incumplimiento**

El descubrimiento probatorio dentro de la estructura del proceso posee diametral importancia, puesto que tiene como eje que las partes conozcan de forma antelada los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida de su contraparte para no ser tomadas por asalto en el juicio con la introducción sorpresiva de medios de los que no se ha permitido ejercer debidamente el contradictorio.<sup>1</sup> Lo que busca es que los intervinientes conozcan oportunamente cuáles son los elementos de prueba sobre los que el adversario fundará su teoría del caso y de ese modo cada uno pueda erigir las estrategias propias de su rol, sin que puedan ser irrumpidos con elementos de conocimiento novedosos que luego su oponente pida para hacerlos valer en el juicio oral.

Sin repulsar que el descubrimiento probatorio comporta garantías para todos los sujetos procesales, adquiere especial trascendencia para la defensa respecto de las probanzas que pretenden aducirse en su contra. Por eso es que en la práctica el descubrimiento de la defensa deba ser posterior al que

---

<sup>1</sup> CSJ AP, 13 jun. 2012, rad. 32058

deba agotar la fiscalía, porque lo que se persigue es a la larga que el sujeto pasivo del proceso pueda “*conocer oportunamente los testimonios, dictámenes periciales, evidencias físicas o documentos que sirven de sustento a la acusación y que pueden ser solicitados como prueba por la Fiscalía*”<sup>2</sup>. En efecto, dicha información permite que la defensa pueda edificar su estrategia, verbigracia, con la selección de las pruebas para refutar la acusación o para probar su propia hipótesis factual e inclusive para rebatir las solicitudes probatorias delente persecutor, con lo que a su turno pueda deprecar la inadmisibilidad, rechazo o exclusión de las pruebas.

Ahora bien, el legislador no previó un escenario único para hacer el descubrimiento probatorio, sino que consolidó cuatro espacios. Aquí se hablará de tres de ellos. Veamos entonces que el primero se da para la fiscalía con la presentación del escrito de acusación, previsto en el artículo 337 de la Ley 906 de 2004, el que debe contener el descubrimiento de pruebas consignado en un anexo donde se incluya, entre otras cosas, “*el nombre, dirección y datos personales de los testigos o peritos cuya declaración se solicite en el juicio*”, los documentos, objetos u otros elementos que quieran aducirse, junto con los respectivos testigos de acreditación y las declaraciones o deposiciones.

El segundo momento tiene lugar en la audiencia de formulación de acusación, donde la defensa y la víctima podrán solicitar al juez que ordene a la fiscalía el descubrimiento de un elemento suasorio específico de que tengan conocimiento, caso en el cual el fallador ordenará descubrirlo, exhibirlo o entregar copia, según corresponda, en un plazo máximo de 3 días. Como allí es plausible para el órgano instructor hacer adiciones al escrito de acusación, igualmente deberá hacer el descubrimiento en caso de que no se haya hecho antes. Dicho ente podrá también pedir al juez que ordene a la defensa

---

<sup>2</sup> CSJ AP, 30 sep. 2015, rad. 46153

entregarle copia de los elementos materiales de convicción, de las declaraciones juradas y demás medios probatorios que pretenda hacer valer en el juicio, sin perjuicio de que el teatro principal para el descubrimiento de la defensa sea la preparatoria. En todo caso, el juez velará porque el descubrimiento sea lo más completo posible durante la audiencia de formulación de acusación (artículo 344).

El tercer momento se condensa en la audiencia preparatoria. Allí las partes y la víctima deben manifestar sus observaciones al procedimiento de descubrimiento de elementos probatorios, en especial, si el efectuado fuera de la sede de la audiencia de formulación de acusación ha quedado completo. Después de eso la defensa deberá descubrir los propios (artículo 356).

Esa pluralidad de momentos ha dado pie para que la jurisprudencia reconozca una relativa flexibilidad en el descubrimiento probatorio en el sentido de que, en términos generales, no se cumple en un único instante u oportunidad procesal, sino que es paulatino, aunque no desorganizado y caótico<sup>3</sup>. Esa cierta elasticidad se pregona también por las varias maneras en que el descubrimiento puede cristalizarse, las cuales dependerán del tipo de medio de convicción de que se trate. Puede acontecer que ello suceda con la entrega física de los elementos, desde luego, cuando sea racional y materialmente posible; también facilitando el acceso real a las evidencias en el lugar donde estén o dejándolas al alcance; y, *“en todo caso, informando sobre la existencia, naturaleza y ubicación de los medios cognoscitivos”*<sup>4</sup>.

Cabe sumar a lo anterior que *“el adecuado descubrimiento probatorio, y la solución de los conflictos que se presenten al respecto, son pasos*

---

<sup>3</sup> CSJ AP, 17 jul. 2019, rad. 54635.

<sup>4</sup> CSJ AP, 10 abr. 2019, rad. 54776.

*indispensables para la enunciación, solicitud y decreto de las pruebas*<sup>5</sup>. Bajo la secuencia lógica, cronológica y concatenada de los actos que se desarrollan en la audiencia preparatoria, es impensable que pueda proseguirse con la enunciación probatoria y fases subsiguientes si no ha quedado zanjado en el nivel máximo posible lo atinente al descubrimiento probatorio.

Sabiendo entonces los momentos en los que puede producirse el descubrimiento probatorio y las formas en las que se puede consolidar, su incumplimiento conlleva una sanción para el obligado: el rechazo de los medios de convicción. Justamente, esta figura se concentra en las problemáticas que se suscitan alrededor del indebido, ausente o incompleto perfeccionamiento del descubrimiento probatorio. Ello supone una consecuencia negativa para la parte que omite llevar a cabo esa carga, en el sentido de que los elementos materiales probatorios, evidencia física e información que no sean descubiertos no podrán ser incorporados al proceso, y por ello *a priori* el juez estará forzado a rechazarlos. Sin embargo, tal acontecimiento no opera de manera automática, sino bajo unas condiciones que adelante se explicitan.

Efectivamente, el artículo 346 del Código de Procedimiento Penal pregona que *“los elementos probatorios y evidencia física que en los términos de los artículos anteriores deban descubrirse y no sean descubiertos, ya sea con o sin orden específica del juez, no podrán ser aducidos al proceso ni convertirse en prueba del mismo, ni practicarse durante el juicio. El juez estará obligado a rechazarlos, salvo que se acredite que su descubrimiento se haya omitido por causas no imputables a la parte afectada”*. Por la consecuencia que ello apareja, el incumplimiento del descubrimiento probatorio castiga en sí mismo una actuación desleal de las partes, que es desobedecer el deber de

---

<sup>5</sup> CSJ AP, 27 ene. 2021, rad. 57103.

revelación de la información por afectar el derecho a la igualdad, la defensa y la contradicción de quien se ve sorprendido con la aducción de un elemento material de prueba desconocido. Empero, tal cosa procede si esa omisión acontece por una causa que no es atribuible al obligado. Veamos:

“(…) esta norma contempla una excepción a la sanción, y ocurre cuando se acredita que su incumplimiento obedece a causa no imputable a la parte obligada *verbi gracia*, cuando ante quien se debe exhibir la evidencia no acude al sitio indicado para tal fin, **o cuando la dificultad para develar el elemento probatorio o la evidencia no es imputable a quien la presenta.**”<sup>6</sup> (Negrillas fuera del texto original)

Es necesario también deponer que frente a situaciones en las que se discute un defectuoso descubrimiento probatorio, según la naturaleza que sobre esos defectos se trate, la judicatura cuenta con dos posibilidades. De un lado, está habilitada mediante las facultades propias de la adecuada dirección del proceso para adoptar los correctivos pertinentes para superar las diferencias de las partes en torno al descubrimiento probatorio; ello se da cuando se verifica que en torno a los “yerros” en el develamiento han existido problemas de comunicación ajenos al actuar doloso de las partes. De otro lado, si se verifica que se han presentado verdaderas situaciones que dan lugar al rechazo, como cuando la parte que tenía a cargo el descubrimiento incumplió realmente sus obligaciones, debe resolver la procedencia del rechazo.

Veamos:

“El hecho de que parte del descubrimiento probatorio deba hacerse por fuera de audiencia puede dar lugar a controversias, que de no ser dirigidas adecuadamente por el Juez pueden dar lugar a extensos debates que comprometan la celeridad y eficacia de la administración de justicia.

En todo caso, el Juez debe tener presente sus deberes de propiciar que el descubrimiento sea lo más completo posible, y de velar porque las audiencias transcurran con celeridad. Para tales efectos, debe considerar parámetros como los siguientes: **(i) si se hace evidente**

---

<sup>6</sup> CSJ AP, 26 oct. 2011, rad. 36788.

que han existido problemas de comunicación, ajenos al actuar doloso de las partes, que han impedido que el descubrimiento se perfeccione, debe tomar las medidas necesarias para lograr que el problema se supere, bajo el entendido de que lo deseable es que la Fiscalía y la defensa puedan presentar las pruebas que soportan sus respectivas hipótesis fácticas, salvo que se presente alguna situación que dé lugar a su inadmisión, rechazo o exclusión; (ii) si aparece demostrado que la parte que tenía a cargo el descubrimiento incumplió sus obligaciones, debe resolver sobre la procedencia del rechazo de las pruebas sobre las que recayó la omisión; y (iii) si se comprueba que la parte a quien debió hacerse el descubrimiento no quiso recibir la información, debe tomar las decisiones que pongan fin a la controversia y permitan continuar con las audiencias subsiguientes.

Como toda decisión de orden factual, el Juez tiene que considerar las evidencias que ofrecen las partes, bajo el entendido de que este tipo de asuntos deben resolverse de forma célere, lo que no se contrapone a la obligación de respetar el debido proceso en todas las fases de la actuación.

**Cuando no sea posible solucionar las diferencias suscitadas entre las partes, a través de una adecuada dirección el proceso, el Juez tiene la obligación de decidir sobre la procedencia del rechazo, o sobre la viabilidad de ordenarle a alguna de las partes un descubrimiento en particular.**

Si el Juez considera procedente ordenarle a una de las partes el descubrimiento de una evidencia en particular, esa decisión no admite recursos, por tratarse de una *orden* orientada a dinamizar la audiencia.

Sin embargo, cuando no es posible solucionar la controversia por la vía de la dirección del proceso, el Juez debe resolver sobre la procedencia del rechazo. Esta decisión admite el recurso de apelación, independientemente de su sentido (...)”<sup>7</sup> (Negritas fuera del texto original)

### **7.3. El descubrimiento probatorio es una carga que también obliga a las víctimas**

La Corte Constitucional decantó en sentencia C-454 de 2006 que las víctimas en el proceso penal a través de sus representantes judiciales también pueden realizar solicitudes probatorias en la audiencia preparatoria, ello, “**en igualdad de condiciones que la defensa y la fiscalía**”. Así, el alto Tribunal condicionó el artículo 357 de la Ley 906 de 2004 a que su lectura se hiciera conforme ese

---

<sup>7</sup> CSJ AP, 7 mar. 2018, rad. 51882.

entendimiento. A partir de dicho mandato en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra ya definido que dicho interviniente especial tiene la facultad de elevar peticiones probatorias en la audiencia preparatoria al juicio oral.

Ahora bien, siendo ello así, lo resaltado aparece diáfano en el sentido de que serán las mismas condiciones y los mismos presupuestos que licencian a las partes procesales a pedir tal o cual elemento de prueba para que sea practicado en el juicio oral los que regirán la solicitud probatoria de las víctimas. Así pues, como ya se repasó arriba, uno de los requisitos de previo cumplimiento para que pueda entablarse una petición probatoria y a la postre pueda ser decretada, es que se haya cumplido con la carga de un debido descubrimiento probatorio en las circunstancias que ya fueron precedentemente invocadas. Si esta es una regla que se exige a la fiscalía y la defensa, también es predicable para las víctimas y no puede ser de otra manera. De acuerdo con lo visto, no existe en el ordenamiento jurídico permisión alguna que releve a las víctimas de agotar esa prescripción, por lo contrario, a partir del entendimiento ordinario de la sentencia de constitucionalidad en mención, ese presupuesto procesal del descubrimiento probatorio le es vinculante si es que una petición probatoria quiere ser sacada adelante. La igualdad de condiciones supradicha conlleva también para los afectados con el delito las mismas consecuencias que la falta de descubrimiento produciría para la fiscalía y la defensa, esto es, el rechazo de los medios de convicción.

En cuanto al momento en que la representación de víctimas debe hacer dicho develamiento, tal cosa debe suceder como límite en la audiencia de formulación de acusación y no en la audiencia preparatoria. Esto obedece a que la defensa tiene la garantía de que su descubrimiento probatorio sea posterior al que se pretende aducir en su contra, porque lo que se persigue en últimas es que el sujeto pasivo del proceso pueda conocer oportuna y

primeramente los testimonios, dictámenes periciales, evidencias físicas o documentos que corran en contra suya para que con esa información pueda erigir su estrategia a través de la selección de las pruebas para refutar lo que se pregona en su contra o para probar su propia hipótesis factual. Si se permite que el descubrimiento probatorio de la representación de víctimas se haga en la audiencia preparatoria, esos propósitos quedarían en vilo, habida cuenta de que solamente hasta ese momento, en el que a la defensa le concierne hacer su descubrimiento, enunciación y solicitud probatoria, tendría conocimiento ese sujeto procesal de la existencia de otros medios demostrativos que es de esperarse, por lo general, busquen introducirse en contra suya.

De las siguientes citas se extrae que el espacio propicio para el develamiento probatorio del interviniente especial es la audiencia de formulación de acusación como límite último y no la audiencia preparatoria. Veamos:

“En ese orden, ninguna duda existe sobre la posibilidad de las víctimas de ejercer las prerrogativas inherentes al descubrimiento y postulación probatoria. Con todo, esas facultades deben ejercerse en la oportunidad y en la forma prevista en la ley en respeto al principio basilar del debido proceso en tanto los procedimientos establecidos en la ley materializan los derechos e intereses de las personas involucradas en la actuación.

(...)

Tal como se anotó en el acápite anterior, las víctimas tienen la potestad de descubrir elementos materiales probatorios y evidencia física, efectuar postulaciones probatorias y observaciones al proceso de descubrimiento; sin embargo, cada una de estas prerrogativas las deben ejercer en la etapa designada en la ley, pues así como poseen derechos también tienen cargas y obligaciones que cumplir.

**En ese orden, ese interviniente especial debe efectuar el descubrimiento probatorio, por conducto de la Fiscalía, en la audiencia de acusación en tanto el canon 344 de la Ley 906 de 2004 establece que “dentro de la audiencia de formulación de acusación se cumplirá lo relacionado con el descubrimiento de la prueba”. En consecuencia, la regla general impone el descubrimiento en la audiencia de acusación, con la excepción**

**señalada en el artículo 356-2 *ibídem*, acorde con el cual la defensa lo realiza en la audiencia preparatoria.**

**Entonces, la Fiscalía y las víctimas deben revelar los elementos materiales probatorios y evidencia física que pretenden hacer valer en el juicio en la audiencia de acusación, con mayor razón cuando la sentencia C- 454 de 2006 no precisa, como equivocadamente afirma el impugnante, que la víctima esté facultada para descubrir sus medios de convicción en la audiencia preparatoria.**

Además, como la Fiscalía y las víctimas comparten la pretensión acusatoria, deben develar con antelación los elementos incriminadores a efectos de que el acusado y su defensor tengan la oportunidad de planificar la defensa e implementarla a partir del estudio de los medios probatorios que apoyan los cargos.”<sup>8</sup>

Valga acotar, de todos modos, que en las antecedentes glosas la Corte Suprema de Justicia hace mención a que dicho descubrimiento debe hacerse por conducto de la fiscalía y no directamente, frente a lo cual esta Sala es de la tesis contraria, esto es, que en virtud de la sentencia C-454 de 2006 el descubrimiento probatorio de las víctimas puede hacerse directamente sin que inexcusablemente deba mediar la intervención de la fiscalía.

Es decir, el descubrimiento probatorio de las víctimas puede hacerse bien a través del órgano encargado de la persecución penal o directamente, pues esto último se deriva claramente de que aquella Corporación haya colegido que la representación de víctimas puede entablar solicitudes probatorias en las mismas condiciones que la defensa y la fiscalía. Ciertamente, si se acude a la sentencia de constitucionalidad evocada, el condicionamiento de la exequibilidad del artículo 357 de la Ley 906 de 2004 claramente impone comprender que las víctimas tienen también la garantía de hacer solicitudes probatorias como parte del derecho a un acceso efectivo a la justicia, sin que el alto Tribunal limitara esa prerrogativa a que se hiciera por conducto de la fiscalía, porque allí se pondría en tela de juicio el derecho a la tutela judicial

---

<sup>8</sup> CSJ AP, 20 mayo 2015, rad. 45667.

efectiva si una solicitud probatoria depende de la actuación de otro sujeto procesal. Entonces, si la petición de pruebas puede hacerse directamente por el interviniente especial, es lógico que las cargas o presupuestos predecesores a la solicitud probatoria también pueden realizarse de esa misma forma. Citemos:

“67. La naturaleza bilateral del derecho a la tutela judicial efectiva, impone que se reconozcan a la víctima garantías de acceso a la justicia similares a las que se reconocen al imputado o acusado. No pretende desconocer la Corte las especificidades del nuevo sistema en el que se asignan a la Fiscalía unas competencias que propugnan por el restablecimiento del derecho y la reparación integral de la víctima (Art. 250.6 CP), sin embargo ellas no tienen la virtualidad de desplazar a la víctima, cuando en un ejercicio soberano de su derecho de acceso a la justicia, opta por agenciar por su cuenta (a través de su representante) sus intereses dentro del proceso penal.”<sup>9</sup>

#### **7.4. El caso concreto**

Siendo turno de descender al caso concreto, tenemos que la representación de víctimas solicitó en la audiencia preparatoria que se admitiera como prueba un CD contentivo de un registro de audio y video que plasma unas conversaciones que habrían sostenido víctima y victimario, ello, para demostrar la manipulación, influencia y autoridad que el sacerdote ejercía sobre la menor.

Sobre el debido proceso de esa solicitud probatoria es verdad que en ningún momento el peticionario la descubrió y luego tampoco la enunció, siendo ello obligatorio para él, por lo que la aparición de esa pretensión demostrativa solamente vino a darse en el espacio contemplado en la audiencia preparatoria para elevar solicitudes probatorias. Así lo acepta sin rodeos el recurrente y eso puede apreciarse también de la revisión de los audios de las audiencias de formulación de acusación y preparatoria de este asunto.

---

<sup>9</sup> C-454 de 2006.

Esa omisión es una circunstancia atribuible a la propia representación de víctimas y no a problemas relativos a la comunicación ajenos al proceder de ese sujeto procesal que la pueda excusar de esa falencia. En efecto, no existe ninguna razón que haya sido comprobada en torno a que, pese al propósito del apoderado de víctimas de descubrir -y enunciar también- el elemento de prueba, tal descubrimiento no se haya consumado por situaciones fuera de la órbita de dominio y voluntad del interviniente. De hecho, lo transcurrido en las señaladas audiencias deja saber que simplemente el censor no se dispuso a siquiera intentar proceder al descubrimiento en ningún momento procesal legal. En este punto ha sugerido el apelante que en las audiencias no se le dio la oportunidad de hacer dicho descubrimiento, sin embargo, los registros de audio exponen que la representación de víctimas en ningún espacio intervino para indicar al estrado que su deseo era hacer un descubrimiento probatorio, como sí lo hizo en las solicitudes probatorias cuando participó por su propia cuenta requiriendo el uso de la palabra a la Judicatura para que se le permitiera elevar la petición probatoria en discusión.

Reprende también el recurrente como censurable el proceder del instructor cuando no incluyó en su arsenal probatorio en el escrito de acusación la prueba que hoy pretende la representación de víctimas. Como titular de la acción penal que es, la fiscalía está habilitada constitucionalmente a erigir su estrategia de persecución penal, con lo que puede discernir qué medios de convicción requiere para sacar adelante su acusación. Frente a ello, los demás sujetos procesales no están en posición de amonestar ese proceder de la fiscalía bajo juicios subjetivos de lo que ellos opinan sobre qué pruebas y cuáles no debe el acusador solicitar en la preparatoria y practicar en el juicio oral. Menos esto es posible si, como en el caso de la representación de víctimas, está autorizada a descubrir, enunciar y solicitar pruebas

directamente, si es que no coinciden exactamente sus intereses demostrativos con los de la fiscalía.

En cuanto al alegato de que el medio de convicción ya fue conocido por la fiscalía y la defensa en una pasada audiencia de preclusión de la investigación en la que se denegó la petición de sobreseimiento de la acción penal, justamente porque fue la representación de víctimas la que le presentó ese elemento de prueba al persecutor y este luego lo expuso en la audiencia, esto, para relevar o hacer innecesario el descubrimiento probatorio, tal proposición resulta inadmisibile.

Ya se vio que el debido proceso probatorio demanda del cumplimiento de una serie de cargas, requisitos y presupuestos en unos estadios procesales concretos. Precisamente, el descubrimiento probatorio de la representación de víctimas debe hacerse en la audiencia de formulación de acusación como límite y no en teatros distintos a ese. Por lo demás, la audiencia de preclusión de la investigación corresponde a un trámite que ya culminó tiempo atrás y que es absolutamente distinto a la depuración probatoria que se hace con mira al juicio oral, sin que haya forma alguna de que estos se conecten. Una fue la aducción de ese medio de convicción para que hiciera parte del debate en torno a la preclusión de la investigación y otra muy diferente es la aducción que debe hacerse para que esa *prueba* pueda ser practicada en el juicio oral. Siendo entonces los propósitos completamente distintos, aun cuando en la contienda sobre la terminación anticipada de la investigación penal se hubiere exhibido ese elemento de conocimiento, aquello se hizo en el exclusivo marco de que lo disputado era la preclusión de la investigación; ahora, lo buscado es que ese elemento de prueba permita establecer la condena del procesado y para eso debía la representación de víctimas advertir en el descubrimiento probatorio que contaba con ese medio de convicción y que este estaba

regentado a aparecer en el juicio oral. Es inviable así que se acoja la propuesta del recurrente.

Resta por decir que es también completamente problemático que se busque introducir una prueba documental al juicio oral a través del que sería testigo de acreditación (la señora VRR), cuando ese personaje tampoco fue nunca mencionado por la representación de víctimas en el conducto regular a que aquí se ha hecho referencia, luego, resultaría abiertamente sorprendente para la defensa la aparición, como pretensión probatoria de las víctimas, de dicha ciudadana.

Se confirmará entonces el no decreto de la solicitud probatoria en comento, empero, se precisará que ese efecto práctico viene dado por el rechazo de la solicitud probatoria.

## **8. Decisión**

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en Sala de Decisión Penal,

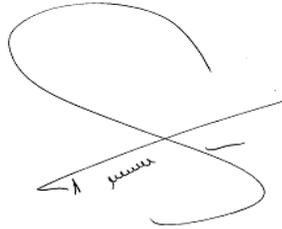
### **Resuelve**

**Primero. Confirmar** la decisión apelada, pero precisar que la negativa al decreto probatorio de la representación de víctimas deviene por su rechazo.

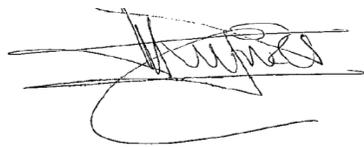
**Segundo.** Regrese en consecuencia el asunto al Juzgado de origen para lo de su competencia.

Se hace saber que contra esta decisión no procede recurso alguno.

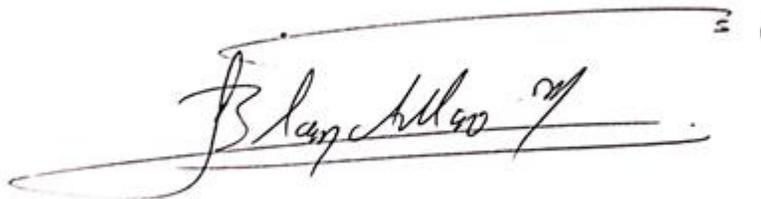
Cópiese y cúmplase,



**Franco Solarte Portilla**  
**Magistrado**



**Héctor Roveiro Agredo León**  
**Magistrado**



3557

**Blanca Lidia Arellano Moreno**  
**Magistrada**



**JUAN CARLOS ÁLVAREZ LÓPEZ**  
**Secretario**

**REGISTRO DE PROYECTO No. 236**

**EL SECRETARIO DE LA SALA PENAL, EN USO DE SUS FACULTADES  
LEGALES,**

**HACE CONSTAR**

Que teniendo en cuenta las medidas establecidas en el Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio de 2020, emitido por el Consejo Superior de la Judicatura, en el marco de la pandemia generada por el virus COVID 19, y aquellas propias emanadas de la Presidencia de la Sala Penal, de manera virtual se deja constancia del registro de proyecto presentado en el asunto de la referencia.

Pasto, 15 de diciembre de 2021.

  
**JUAN CARLOS ALVAREZ LOPEZ**  
Secretario