

DESCUBRIMIENTO PROBATORIO – FINALIDAD: Evita sorprender a la contraparte con medios sobre los cuales no se ha permitido ejercer debidamente el contradictorio y propende por la efectividad de varios principios, ente ellos la lealtad de las partes.

DESCUBRIMIENTO PROBATORIO – OPORTUNIDAD: Flexibilidad del SPA respecto del momento y manera de su realización.

DESCUBRIMIENTO PROBATORIO - RECHAZO DE EMP POR DESCUBRIMIENTO EXTEMPORÁNEO: Análisis de los aspectos objetivos y subjetivos para su procedencia.

DESCUBRIMIENTO PROBATORIO EXTEMPORÁNEO O FLEXIBLE – REQUISITOS: La entrega extemporánea de EMP no afecta el descubrimiento, siempre que se suministren razonamientos suficientes para justificar la omisión, se obre con lealtad, se garantice el principio de contradicción y por ende estos se conozcan antes del juicio a fin de garantizar el derecho de defensa.

DESCUBRIMIENTO PROBATORIO - RECHAZO DE EMP POR DESCUBRIMIENTO EXTEMPORÁNEO: No procede.

No hay lugar al rechazo de los EMP que fueron entregados de forma extemporánea por el ente instructor, en tanto este expuso razones fundadas sobre tal demora, estableciéndose que no provino del capricho, incuria o arbitrariedad ni que se afectaron los derechos de defensa y contradicción, siendo que la defensa no fue sorprendida con los mismos, pues los conocía con anterioridad y fueron entregados en un tiempo suficiente, lo cual le permite verificar dicho material, permitiéndole preparar su teoría defensiva y enfrentar adecuadamente la audiencia preparatoria.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Ponente: Dr. Héctor Roveiro Agredo León
Proceso N° : 520016000491202000090-01
Número Interno : 34286
Delito : Concusión
Procesado : AIBP.
Decisión : Confirma
Aprobado : Acta No. 227 de 12 de noviembre de 2021

San Juan de Pasto, dieciocho de noviembre de dos mil veintiuno
(Hora: 09:30 a.m.)

I. INFORMACIÓN PRELIMINAR

Corresponde que la Sala se pronuncie sobre el recurso de apelación que ha interpuesto el defensor de AIBP en el trámite de la audiencia preparatoria, en este proceso penal que por el delito de Concusión en su contra se adelanta, mediante el cual disiente del descubrimiento probatorio aprobado a la FGN conforme al Auto de fecha 30 de agosto de 2021 emitido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pasto.

1. Los hechos

Son narrados en el escrito de acusación presentado por la Fiscalía en donde indica que AIBP es un servidor público que pertenece a la planta de personal de la entidad Migración Colombia en el cargo de oficial, con sede en esta ciudad en la calle 17 #29-70. Se informa que gran la cantidad de migrantes que acuden a dicha oficina para obtener el documento que les permita transitar el territorio nacional.

En las cercanías a esta sede de la entidad Migración, se han ubicado agencias de viaje que en la actualidad ofrecen a los extranjeros que han definido su situación, trasportarlos vía terrestre hasta su destino, para ello ofrecen buses con capacidad para 40 pasajeros que cuando tenían cupo completo iniciaban el viaje, turnándose entre las diferentes empresas el envío de automotores que tenían una frecuencia aproximada de 8 buses por semana.

Se indica en dicho escrito que BP, exigía a cada empresa el valor de 400 mil pesos, por cada bus que salía con migrantes, obteniendo semanalmente un monto de tres millones doscientos mil pesos y que conforme los elementos probatorios con que cuenta el acusador se cree que BP ha participado en aproximadamente en 40 eventos entre julio de 2019 y febrero de 2021.

2. Antecedentes procesales

- El 11 de noviembre de 2020, ante el Juzgado Tercero Penal Municipal de Pasto con Función de Control de Garantías se llevó a cabo las audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación a AIBP como autor del punible de concusión en concurso homogéneo y sucesivo, y se impuso medida de aseguramiento intramural.
- El escrito de acusación fechado el 8 de enero de 2021 fue repartido al Juzgado Tercero Penal del Circuito de esta ciudad el 15 de enero fijándose audiencia de formulación de acusación que luego de aplazamientos se realiza el 22 de junio de esa anualidad.
- Respecto de la audiencia preparatoria inicia el día 13 de agosto de este año, fecha en la cual la defensa presenta observaciones sobre el descubrimiento probatorio, solicitando el rechazo de la totalidad de la develación realizada por el ente fiscal, ante lo cual la A quo escucha a las partes e intervinientes y el día 30 del mismo mes, toma la decisión de negar la petición deprecada por la defensa es por lo que ahora se conoce de este recurso de apelación.

3. De la providencia impugnada

Recuerda la postura de las partes e intervinientes presentadas frente a la solicitud de rechazo del material con vocación probatoria por parte de la fiscalía.

Seguido a ello dejó claro que pese a que, atendiendo a que dicho material era voluminoso, se otorgó por parte de la judicatura, un plazo adicional de 10 días para que se cumpla con el

descubrimiento, no obstante, la diligencia se cumplió con posterioridad, por lo que lo cierto es que objetivamente dicho proceso se cumplió de forma extemporánea.

Después recordó la finalidad del descubrimiento con soporte legal y jurisprudencial, esto es, que la defensa o cualquier otro de los intervinientes tengan la oportunidad de conocer el contenido de un elemento material, recalcando que la misma en el caso sí se cumplió.

Refirió entonces que desde la audiencia de formulación de acusación la Fiscalía descubrió la totalidad de elementos materiales probatorios que pretendía hacer valer en el juicio oral, resaltando que frente a los testigos se dio cuenta de su identificación y ubicación, por lo que se entiende que sobre éstos últimos el proceso de descubrimiento se ha efectuado.

Retoma el hecho de que el descubrimiento de los demás elementos se hizo por fuera del término otorgado para el efecto, no obstante, se llevó a cabo el 16 de julio de 2021, esto es, aproximadamente un mes antes de llevarse a cabo la audiencia preparatoria y sin que se conozca aún fecha para adelantar juicio oral.

Seguido a ello, luego de citar otro aparte jurisprudencial, señaló que la antelación con la que se efectuó el descubrimiento en el caso corresponde a un término más que suficiente para que se prepare la estrategia defensiva, más cuando muchos de esos elementos fueron conocidos desde las audiencias preliminares, por lo que no existe mérito para decretar su rechazo.

Sumó a ello que expresó que no se observaba que la Fiscalía haya actuado con deslealtad y que de las afirmaciones aportadas por la defensa no se evidencia mayor afectación a la teoría defensiva, siendo que fue sólo el representante del Ministerio Público que argumentó la existencia de una dificultad para contratar un investigador particular dada la escasa oferta en la ciudad de Pasto, mismo que tampoco está llamado a prosperar dado que se conoce que existen varios profesionales que se dedican a ese tipo de labores. Agrega que tampoco se aludió cuáles eran las actividades que se vieron obstruidas y la importancia de las mismas.

Afirma que no se está frente a una actuación sorpresiva y que la sanción por rechazo no puede aplicarse de manera mecánica pues el proceso de descubrimiento es flexible, reiterando que la defensa se limitó a indicar que no pudo contratar un investigador particular sin especificar cómo se vulneró su derecho de defensa o cuáles eran las falencias que se podían suscitar con la falta de esa investigación.

En ese orden resolvió no atender la solicitud de rechazo de los elementos de prueba descubiertos por la Fiscalía.

3. Sustentación del recurso por la Defensa.

La representación judicial del procesado, inconforme con la decisión de primera instancia, la recurrió buscando que esta Corporación acceda a la solicitud de rechazo de los elementos materiales probatorios requeridos por la Fiscalía, como sigue:

Recordó que en audiencia de formulación de acusación solicitó que la Fiscalía haga el descubrimiento y entrega de los elementos

materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida que fueron mencionados en el acta de descubrimiento dentro de los 3 días siguientes a esa diligencia como lo establece la norma, no obstante, por pedimento de la fiscalía, la judicatura confirió una ampliación a ese plazo correspondiente a 10 días, sin que se haya cumplido con la carga dentro de ese término sino tiempo después.

Sumó que la diligencia se cumplió a través de correo electrónico, motivo por el cual a la fecha no ha sido posible entrar a revisar con suficiencia los elementos materiales, entre ellos, fotos, pues cada vez que se requiere un ingreso se solicita una contraseña o una autorización por parte del Fiscal.

Indica que sí explicó cuál era la afectación que se le había generado, pues, el investigador que trabaja para sí es una persona muy ocupada, dejando claro que lejos de estar frente a una actuación dilatoria de su parte lo que se pretende es garantizar el derecho de defensa que le asiste a su patrocinado.

4. De la Fiscalía como no recurrente

El delegado del ente acusador en el asunto se pronunció frente al recurso presentado por la defensa, solicitando la confirmación de la decisión de primera instancia, indicando que lo que se presentó fue una extemporaneidad en la entrega de los elementos materiales probatorios más no en el descubrimiento, pues el mismo se realizó desde el momento mismo de la presentación del escrito de acusación que se llevó a cabo el 8 de enero de 2021.

Indica que en la audiencia de formulación de acusación la judicatura concedió un plazo de 10 días para entregar dichos elementos a la defensa, siendo entregados vía correo electrónico el 6 de julio de 2021 y por medio físico el 16 del mismo mes y año, tanto a esa parte como al señor procurador y al despacho, por lo que cuenta con los pantallazos que dan cuenta del agotamiento de esa diligencia. Advierte que dicho material inclusive se venía entregando desde las audiencias preliminares llevadas a cabo en el mes de noviembre de 2021.

Afirma que de la entrega digital se dio copia a su asistente y al señor procurador, personas que no han presentado inconvenientes para abrir los documentos obrantes en la plataforma denominada “Google drive”, enviados el 12 de julio de 2021, siendo que en caso de haber requerido una autorización para el ingreso, como lo afirma el defensor, lo propio era agotar la gestión para que el remitente cumpla con lo de su cargo, pero que en el caso eso no se cumplió pues los documentos se cargaron de manera correcta, de ellos que los otros destinatarios hayan podido visualizarlos y descargarlos sin dificultad.

Añade que luego de sostener varias comunicaciones instando al defensor para concertar un encuentro para hacer la entrega física de los elementos, finalmente se logró, por lo que el 16 de julio de 2021 entregó un DVD de 8 GB que contenía la totalidad de los documentos enunciados o descubiertos por la Fiscalía anexos al escrito de acusación, material que se revisó en diferentes oportunidades a efectos de constatar su contenido y que permita tener acceso, con lo que alude cumplió con el descubrimiento, insistiendo en el hecho de que con la audiencia de formulación de

imputación también se hizo traslado de los mismos elementos, aclarando que a partir de ese momento se activa la defensa técnica.

Así, encuentra que no se puede predicar que existió un sorprendimiento por parte de la Fiscalía ni que se esté frente a una afectación grave a los intereses de la defensa, pues inclusive con anticipación se habían dado a conocer los elementos materiales probatorios con los que se cuenta, por lo que en el caso no aplica la institución del rechazo, insistiendo en que la entrega material se hizo con una debida antelación.

Alude además de que ha sido respetuoso de los hechos jurídicamente relevantes, pues ha mantenido el núcleo fáctico y jurídico de la imputación, por lo que la defensa tiene conocimiento de hacia donde va la teoría del caso, siendo que no existió deslealtad en la entrega de los mentados elementos, pasando a citar jurisprudencia emitida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y pronunciamientos de la Sala Penal de éste Tribunal frente a la temática objeto de controversia, a efectos de apoyar su postura, haciendo especial alusión a la exhibición extemporánea y los momentos establecidos para efectuar el descubrimiento, indicando que según tales decisiones, el rechazo no es una sanción que se pregone frente a la extemporaneidad de la entrega de los elementos materiales probatorios sino que es un tema de nula materialización de esa diligencia.

5. De la Representación Judicial de víctima como no recurrente

El Dr. Aquilino Castillo, representante de víctimas, como no recurrente, advirtió que no le acude razón al apelante cuando solicita el rechazo de la totalidad de elementos materiales

probatorios solicitados por la Fiscalía, pues la controversia del descubrimiento sólo surge respecto de tres de ellos, y eso con relación al término legal para el efecto.

Indicó que, pese a no haberse cumplido con el término pactado, no se transgredió el derecho de defensa pues se contó con tiempo suficiente para hacer el estudio de esos elementos, trayendo a colación lo dijo en la jurisprudencia del máximo órgano de cierre en materia penal y de éste Sala Penal sobre el descubrimiento tardío y la finalidad del agotamiento de esa diligencia.

Explica que en el caso no ha habido ninguna maña intención ni uso indiscriminado de la fuerza por parte de la Fiscalía, por lo que la judicatura ha tomado una decisión en criterio propio y en sentido común, indicando que, pese a que el defensor tiene derecho a apelar, existen suficientes antecedentes y que será el superior el que adopte una decisión, conminando a que se direcciona a confirmar la decisión de primera instancia.

6. Del Ministerio Público como no recurrente

El Dr. Edgar Antonio Villamarín Solarte, Procurador 144 Judicial Penal II, solicitó que se confirme la decisión recurrida, indicando que por respecto de los derechos fundamentales de las personas que intervienen en la actuación procesal y eficacia del ejercicio de la justicia, debe prevalecer el derecho sustancial, por lo que, en el caso, pese a que el obligado cumplió la carga impuesta de manera tardía se cumplió con el objeto de la norma que regula el tema de descubrimiento, esto es, garantizar la igualdad de armas y que la contraparte no sea sorprendida con información legalmente obtenida o elementos materiales probatorios con vocación de prueba.

Indica entonces que, pese a que fue por fuera del término establecido, la defensa recibió el descubrimiento probatorio, contando con tiempo suficiente hasta el desarrollo de la audiencia preparatoria para estructurar el esquema defensivo, una postura de contradicción a la hipótesis que maneja la Fiscalía, por lo que el efecto útil de la norma se cumplió.

II. PARA RESOLVER SE CONSIDERA

1. Competencia.

Esta Corporación es competente para conocer de este recurso de apelación presentado por la defensa de Andrés Iván Burbano Pinto conforme lo consagra el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004 en contra de la decisión que se profiere al inicio de la audiencia preparatoria en Auto del 30 de agosto de 2021 del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pasto.

2. El problema planteado.

El tema que en concreto debe resolver la Sala conforme el disentimiento presentado en contra de la decisión adoptada se circunscribe a determinar si el término regulado en el artículo 344 inciso primero de la Ley 906 de 2004 para dar traslado o entregar los elementos materiales probatorios puede ampliarse, como es el sustento de la decisión que se revisa, o se trata de un término improrrogable a decir del entendimiento de la defensa.

3. Del descubrimiento probatorio y el rechazo de los elementos.

No deja de ser trascendental, así lo entiende la Sala, el tema del descubrimiento probatorio en el proceso penal conforme la sistemática adversarial que impone el sistema penal acusatorio, y por demás en atención a que el sistema de enjuiciamiento que caracteriza un sistema democrático es que las decisiones se encuentren sustentadas en pruebas regular y oportunamente presentas conforme los rituales del procedimiento existente.

Evidentemente si con los medios probatorios lo perseguido es llevar el conocimiento¹ al Juez sobre lo sucedido para demostrar más allá de toda duda el evento presentado y la responsabilidad penal del acusado, aquellos se convierten en insumos necesarios para sustentar la estrategia que cada parte persigue, pero resulta que también existe interés en conocer cuales son los medios de convicción que se van a presentar para sostener la tesis contraria a la que se defiende, es donde adquiere utilidad superlativa percatarse del arsenal probatorio del antagonista, por ello el descubrimiento en la sistemática que nos rige con estas características le imprime relevancia.

El descubrimiento probatorio lo ha establecido el legislador penal de 2004 con el propósito de hacer efectivos principios como la publicidad, lealtad, debido proceso, objetividad, igualdad de armas o como en la actualidad lo denominan “equilibrio de oportunidades²”, derecho de defensa, derecho de contradicción y legalidad, y se pretende a través de esta figura procesal que el adversario conozca los elementos probatorios, información legalmente obtenida o

¹ Artículo 372 de la Ley 906 de 2004

² Dr. Carlos Andrés Guzman, profesor universitario y doctrinante.

evidencia física que en su trasegar investigativo ha recaudado y que con ella procura sustentar su teoría estimada.

Hace énfasis la Sala que para la Fiscalía es una obligación constitucional y legal; la primera deviene del artículo 250 inciso final de la Carta política que determina el *suministro* de los elementos probatorios incluidos los que sean favorables al acusado; y la segunda, encuentra su consagración en el artículo 142-2 de la ley adjetiva penal cuando establece: *Suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios y evidencia física e informaciones de que tenga noticia, incluidos los que le sean favorables al acusado.* Lo que es reiterado en el artículo 125-3 ibídem cuando señala: *En el evento de una acusación, conocer en su oportunidad todos los elementos probatorios, evidencia física e informaciones de que tenga noticia la Fiscalía General de la Nación, incluidos los que sean favorables al procesado.*

Realizar un adecuado develamiento de la aspiración probatoria permite a su adversario no ser sorprendido al momento de la audiencia de juicio oral cuando se realiza la practica demostrativa, y de la misma manera le permite realizar un análisis seguro de los medios de prueba que debe buscar su impugnación conforme las técnicas y los momentos procesales que corresponden.

En consecuencia, el descubrimiento activa el ejercicio de la defensa, es por lo que se han definido fases o estadios en los cuales legalmente deben suministrarse, exhibirse o poner a disposición por cada una de las partes, es así como el artículo 344 del CPP regula el inicio de este e indica lo siguiente:

ARTÍCULO 344. INICIO DEL DESCUBRIMIENTO. Dentro de la audiencia de formulación de acusación se cumplirá lo relacionado con el descubrimiento de la prueba. A este respecto la defensa podrá solicitar al juez de conocimiento que ordene a la Fiscalía, o a quien

corresponda, el descubrimiento de un elemento material probatorio específico y evidencia física de que tenga conocimiento, y el juez ordenará, si es pertinente, descubrir, exhibir o entregar copia según se solicite, con un plazo máximo de tres (3) días para su cumplimiento.

La Fiscalía, a su vez, podrá pedir al juez que ordene a la defensa entregarle copia de los elementos materiales de convicción, de las declaraciones juradas y demás medios probatorios que pretenda hacer valer en el juicio. Así mismo cuando la defensa piense hacer uso de la inimputabilidad en cualquiera de sus variantes entregará a la Fiscalía los exámenes periciales que le hubieren sido practicados al acusado.

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.

Itera la Sala que el adecuado descubrimiento de los elementos probatorios de las partes e intervinientes va a permitir que en post del principio de legalidad el decreto probatoria cobre su eficacia además que servirá de un control al tema de la pertinencia reclamado como argumentación para la deprecación que corresponde, al respecto la Corte Suprema de Justicia en Sala Penal en radicado 50540 del 4 de marzo de 2020, ha señalado:

“«El adecuado descubrimiento probatorio, y la solución de los conflictos que se presenten al respecto, son pasos indispensables para la enunciación, solicitud y decreto de las pruebas. Lo anterior es así, entre otras, por las siguientes razones: (i) esa información le permite a la defensa definir su estrategia, lo que incluye la selección de las pruebas que considere útiles para rebatir la hipótesis factual de la Fiscalía o para sustentar la suya, en el evento de que opte por presentar hipótesis

alternativas; (ii) además de conocer las pruebas que sirven de soporte a la teoría del caso del ente acusador, la defensa puede servirse de esa información para los fines inherentes a su función; (iii) el conocimiento suficiente que debe lograrse a través del descubrimiento probatorio, es presupuesto para analizar y, de ser el caso, rebatir, los argumentos de la Fiscalía sobre la pertinencia de las pruebas, y presentar los alegatos que eventualmente sean procedentes en torno a la conducencia y utilidad de las mismas; (iv) de esta manera, el Juez puede contar con suficientes elementos de juicio para decidir sobre la admisibilidad de los medios de conocimiento; etcétera»”.

Con este conocimiento previo y en torno al tema propuesto en el recurso de alzada, recuerda la Sala que respecto al momento que debe presentarse el descubrimiento, jurisprudencialmente se han indicado que se trata de cuatro momentos pero ellos tendientes a avizorar que se trata de una revelación que debe tomarse de manera flexible por cuanto lo esencial es lo que se ha indicado párrafos atrás, evitar el sobrecojer a su adversario procesal, así lo indica el criterio asumido por la CSJ en decisión de segunda instancia en AP3369 de 2 de diciembre de 2020 con radicado 58086 providencia en la que se itera los momentos procesales que debe ocurrir el descubrimiento de evidencias:

“La Corte tiene dicho que el proceso penal colombiano es relativamente flexible en cuanto al descubrimiento probatorio, pues no existe un único momento para realizarlo ni existe una sola manera de suministrar a la contraparte las evidencias, elementos y medios probatorios³. Aun así, la norma procesal penal establece un orden metódico y cronológico para llevarlo a cabo, según los roles que las partes cumplen en el proceso, así:

(i) En el escrito de acusación que presenta la Fiscalía ante el juez de

³ Cfr. CSJ Rad. 25920, feb. 21 de 2007; Rad. 25007, sep. 13 de 2006; Rad. 26128, mar. 11 de 2007; Rad. 28212, oct. 10 de 2007; Rad. 28656, nov. 28 de 2007; Rad. 36177, nov. 8 de 2011; AP5785-2015, rad. 46153, AP948-2018, rad. 51882 y AP-2853-2019, rad. 54635.

conocimiento, el cual debe contener el descubrimiento de las pruebas en documento anexo, y cuya copia se remite al acusado, a su defensor, al Ministerio Público y a las víctimas, según lo dispone el artículo 337 de la Ley 906 de 2004.

(ii) En el curso de la audiencia de formulación de acusación, en cuyo desarrollo las partes pueden solicitar al juez que ordene la entrega de determinado elemento de prueba que pretenda aducirse en el juicio oral (art. 344 ibidem, inc. 1 y 2).

(iii) En la audiencia preparatoria, es la defensa quien debe descubrir los elementos probatorios y evidencia física con la que cuenta (art. 356.2 ibid..).

(iv) Y, excepcionalmente, durante la audiencia de juicio oral, si alguna de las partes encuentra un elemento material probatorio y evidencia física muy significativos, debe descubrirlo y el juez decidirá si lo decreta o no como prueba sobreviniente (art. 344 ibid., inc. 4)."

Establecidos los espacios antes indicados que con claridad nuestra Alta Corporación ha detallado producto del análisis normativo de la Ley 906 de 2004, vemos que reglado la etapa que cada parte debe descubrir su sustento probatorio, la finalidad de esta figura se enfila a que exista el espacio de tiempo suficiente para el análisis de aquellos elementos tendiente a establecer o reforzar la estrategia que cada rol ha asumido al inicio del proceso penal, en otras palabras se debe garantizar el principio de contradicción así lo ha dicho la CSJ⁴ y que siempre se obre bajo la lealtad de las partes:

"Se colige sin dificultad que no existe un único momento para realizar en forma correcta el descubrimiento, ni existe una sola manera de suministrar a la contraparte las evidencias, elementos y medios probatorios. Por el contrario, el procedimiento penal colombiano es relativamente flexible en esa temática, siempre que se garantice la

⁴ CJS Sala Penal radicado 25920 del 21 de febrero de 2007

indemnidad del principio de contradicción, que las partes se desempeñen con lealtad y que las decisiones que al respecto adopte el juez, se dirijan a la efectividad del derecho sustancial y al logro de los fines constitucionales del proceso penal”.

Este marco legal y jurisprudencial permite inferir por la Sala que la aplicación de la sanción establecida en el artículo 346 del procedimiento penal no deviene de manera objetiva, habida consideración que en la parte final de la norma le imprime el aspecto subjetivo que requiere también el análisis para su procedencia y que se desprende del texto que indica: *salvo que se acredite que su descubrimiento se haya omitido por causas no imputables a la parte afectada.*

Lo anterior significa que en el procedimiento de suministro como lo consagra la norma constitucional, labor que bajo el entendimiento ofrecido por la jurisprudencia antes citada puede realizarse con la entrega física o con la indicación de la ubicación donde puede acceder a los mismos, puede presentarse dificultades, y siempre que tal demora no provenga del capricho, de la incuria, de la arbitrariedad de quien debe realizarlo, deberá darse la oportunidad para que superada aquella situación inusual se realice la entrega de los elementos indicados, pues el debido proceso probatorio del cual hace parte este traslado garantiza que ofrecidas las explicaciones que dieron lugar a la entrega tardía sean valoradas por el juez y manifieste o no la aplicación de la sanción en la norma reseñada.

Debe precisarse que no es cualquier clase de excusa o de justificación ante la entrega roncera de los elementos, es una razón que no se inmiscuya con un obrar tendiente a negar la entrega para sacar ventaja en la práctica probatoria, la causa debe estar permeada por el principio de lealtad, es por lo que las justificaciones deben ser excepcionales, claras, precisas, ponderadas.

Quiere la Sala precisar que, sucedido el descubrimiento de los elementos materiales probatorios, sea en los plazos fijados o de la forma tardía, pero con una valedera justificación anejo a ello debe permitirse un periodo, un espacio prudente a la parte contraria para que pueda analizar aquellos simientes de prueba y conforme tal adecuar su táctica.

De lo anterior se puede concluir que el descubrimiento no es una actividad procesal que opere de forma mecánica, tiene una regulación normativa pero también puede presentarse un acuerdo entre las partes para la forma y modo como debe procederse con el control del Juez de conocimiento, si bien con la enunciación en algunas ocasiones resulta suficiente para agotar el descubrimiento, hay eventos en los que se hace necesario la entrega del elemento para completar dicho descubrimiento, o como lo dice la jurisprudencia indicar la manera como puede acceder a los mismos y en estos avatares los términos pueden rebasarse lo que no implica de forma tajante la aplicación de la sanción sino entender cuál es la razón de tal tardanza, que de no tener explicaciones que permitan entender aquel actuar, procederá la figura del rechazo de los elementos a descubrir con las consecuencias que de él derivan.

4. Del caso en concreto.

En la audiencia de formulación de acusación que se realizó el día 22 de junio del año en curso, al momento del descubrimiento de los elementos probatorios⁵ el representante del ente acusador señala que se hará entrega de los elementos y ante la manifestación de la defensa de la aplicación del término del artículo 344 del código

⁵ Minuto 40:15 de la audiencia de formulación de acusación

adjetivo penal, replica la fiscalía que el término debe ser mayor en atención a lo extenso del listado de elementos, es por lo que la judicatura determina que será de 10 días⁶, decisión de la cual partes e intervinientes están de acuerdo.

Al inicio de la audiencia preparatoria el día 13 de agosto del presente año, la defensa de AIBP, solicita el rechazo de la totalidad de los elementos probatorios que en escrito de acusación y en adición que en la audiencia de formulación se realizó, por cuanto el término a su parecer vencía el 2 de julio y solo el día 9 del mismo mes y año fue contactado por el fiscal para la entrega de los elementos, la que se realiza el día 16 de julio, por lo que lo considera extemporáneo y que debe aplicarse la figura solicitada. La fiscalía en su favor alega que el término vencía el día 6 de julio y que debido a situaciones ajenas, personales, circunstancias que afectaron y que el 9 tuvo la comunicación donde acuerdan la reunión para entrega con la defensa y envió por correo el día 12 de julio, a la defensa y al procurador y lo entrega físicamente el día 16 de julio. Son elementos que desde las audiencias preliminares esta anunciando por tanto no eran desconocidos para la defensa, considera que la mora es de 4 días, y la defensa contó con un mes y un día para el análisis.

Importante resulta la intervención del agente del Ministerio Público quien aduce que no ha presentado la defensa la real afectación al debido proceso, como tampoco las dificultades presentadas en la elaboración de su estrategia, contrario a que la tardanza ha sido justificada y no ha trascurrido mayor término.

⁶ Minuto 48:12 de la audiencia de formulación de acusación

Escuchadas las partes e intervinientes, la judicatura decide negar la solicitud de la defensa ante lo cual aquella interpone el recurso de apelación que como elemento nuevo expone que no ha podido revisar el correo porque pide una contraseña y que el investigador que trabaja para la defensa es muy ocupado y que se afecta el debido proceso y la defensa técnica.

La fiscalía por su parte indicó que por dificultades personales se amplió el término, al correo lo envía el 12 de julio y la entrega física es del 16 de julio, que no hay claves para abrir el correo, que one drive pide una contraseña; que no ha engañado ni ha querido afectar los derechos de la defensa, no ha obrado con deslealtad, que no hay un detrimento medible.

Además de este recuento del inicio de la audiencia preparatoria del 13 de agosto del año que transcurre, debe indicarse que, en la audiencia de formulación de acusación, la fiscalía cuando solicitó la ampliación del término para el entrega de los elementos materiales, aduce que su asistente se encuentra en aislamiento por el virus del Covid 19, que un miembro de su esquema de escoltas ha fallecido producto de la pandemia en la que nos encontramos y que el cúmulo de trabajo le abarca varios días subsiguientes cuando los elementos que debe escanear y copiar se encuentran en la oficina.

Para la decisión que va a tomar la Sala se debe partir de esta situación real a la que hoy nos convocamos, una plaga que nos impide la movilización en la forma como era costumbre para el ser humano, que nos ha llevado a un trabajo virtual desde nuestras casas y en efecto las investigaciones se encuentran en los despachos judiciales. Unido a lo anterior, el funcionario esboza que su asistente no se encuentra laborando producto de haber adquirido

el virus, lo que permite inferir que es él quien está atendiendo la totalidad de funciones de su oficina, pero que por la virtualidad lo hace desde su casa.

Anejo a lo anterior un miembro de su esquema de seguridad ha fallecido razón por la cual debe esperar que la UNP disponga la conformación de su esquema para realizar los desplazamientos y una agenda de trabajo agitada.

Son situaciones que claramente van a cambiar la normalidad a la que estábamos acostumbrados y como lo dijo la A quo, son voluminosos los elementos materiales probatorios, tomando el escrito de acusación se cuentan 19 testimonios y 55 elementos a los que se debe agregar los indicados en la audiencia de formulación de acusación para convertirse en 21 y 57 respectivamente.

Se trata de una realidad que es diferente a la de antes de mediados de marzo de 2019, y si en circunstancias normales la interpretación del contenido del artículo 346 propendía por entender que hay eventos que causan la entrega tardía y que no debe responsabilizarse a quien tenía la carga de hacerlo, claramente en los actuales momentos en que la pandemia ha transformado los escenarios dicha situación también debe ser considerada en esta coyuntura.

El representante del ente acusador obrando con lealtad da a conocer la situación que se le presenta, una asistente que no puede ir a la oficina, tampoco puede desplazarse hasta que no le conformen su esquema de seguridad, unido a ello debe afrontar las distintas audiencias ya programadas, es por ello que solicita un término mayor en cuanto lo dijo tiene que escanear unos

documentos y copiar otros elementos, es por lo que la judicatura en comprensión a su vivencia amplía el término a 10 días, los cuales tenían vencimiento el día 7 de julio, fecha en la que no entregó los elementos indica que se comunica con la defensa el día 9 de julio se convocan para la entrega y que los envía por correo electrónico el día 12 de julio y en entrega física el 16 del mismo mes y año.

Del dicho de la defensa admite que el correo electrónico se ha enviado y reclama la contraseña para acceder a los elementos, de lo cual claramente cuando los elementos por su tamaño están en la nube, aquel dispositivo de almacenamiento exige un procedimiento en el que se obtiene en el mismo correo electrónico una contraseña que debe anotarse para acceder al contenido, actuación que debe realizar quien quiere acceder a los elementos, por tanto en el evento le corresponde a la defensa realizar tal labor.

Si entrega los elementos el día 12 de julio como lo expresó y no fue desvirtuado ni por la defensa ni por el representante del Ministerio Público a quien también dijo que los había enviado, significa que tres días después del término concedido hace entrega de los elementos, y que de manera física lo hace el 16 de julio de 2021.

Bajo este panorama, la Sala encuentra que no se ha sorprendido a la defensa con unos elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, por cuanto el descubrimiento como aspecto procesal se ha dado, la defensa conoce certeramente cuales son los testigos que va a llamar a juicio y cuales son los elementos que quiere le sean admitidos, por el develamiento realizado en el escrito de acusación, de la relación que allí obra y que se dio por hecho en la audiencia de formulación de acusación que la defensa era conocedora.

El debate se centra en si la entrega sea electrónica o físicamente de la totalidad de aquellos se realiza en un tiempo que le permite a la defensa verificar el material allegado con el propósito de enfrentar la audiencia preparatoria.

Si de conformidad con el artículo 175 inciso 3º de la Ley 906 de 2004 que establece: La audiencia preparatoria deberá realizarse por el juez de conocimiento a más tardar dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la audiencia de formulación de acusación, de donde se colige que no hay término mínimo sino máximo por tanto si la defensa contó con un mes calendario o 22 días hábiles para perfilar su estrategia se entiende un lapso adecuado.

Obsérvese que cuando la defensa hace su solicitud inicial solo se enmarca en establecer el aspecto meramente objetivo de la entrega extemporánea de los elementos, luego de la intervención del representante del Ministerio Público que hace énfasis en que no se ha evidenciado una real afectación ni al debido proceso ni al ejercicio del derecho de defensa, es que procura indicar que su investigador no puede y que 25 días no son suficientes, término que justamente es el que corresponde desde el día 7 de julio al 13 de agosto fecha de la audiencia preparatoria.

Es en la argumentación para el recurso de apelación que indica que no ha podido revisar el correo electrónico y que el investigador es muy ocupado y que como no ha podido analizar afecta el debido proceso y el derecho de defensa.

Debe decir la Sala que le asiste la razón al agente del Ministerio Público, pues evidentemente no ha dicho la defensa cual ha sido la afectación real sufrida, si aquel investigador está ocupado debe

acudir a otro, no ha dicho cuales son las dificultades que ha tenido para preparar la audiencia siguiente, se trata de elementos que por su contenido y con el norte en el delito por el cual su cliente fue acusado no ofrecen apuro en descifrar su contenido.

Si como lo ha iterado la Sala que con el descubrimiento probatorio lo que se pretende es no sorprender a la contraparte con medios que sobre los cuales no se ha permitido ejercer debidamente el contradictorio, y para el caso, desde la presentación del escrito de acusación se han señalado los elementos y testigos a llamar a juicio, el tiempo que concedió el A quo y en el que se estuvo de acuerdo dista 25 días de la audiencia preparatoria y se entregan cuando faltan 22 días sin que se advierta vulneración al derecho a ejercer una adecuada defensa, para lo cual se han esbozado razones aceptables que despojan el accionar del representante del ente fiscal de cualquier animo caprichoso o arbitrario tendiente a manguar el ejercicio de la defensa técnica.

Corolario de lo anterior, la Sala considera se han expuesto razones fundadas que impiden imputar que el representante del ente acusador ha obrado de forma resuelta a afectar a la defensa al entregar de forma extemporánea la totalidad de los elementos materiales probatorios, por tanto, no se da en forma completa los requerimientos para que se configure el rechazo de los mismos conforme lo normado en el artículo 346 del código de procedimiento penal.

Bastan las anteriores motivaciones para confirmar la decisión de primera instancia, debiendo ordenar la devolución de las diligencias para que continúe el trámite ordinario del presente proceso penal.

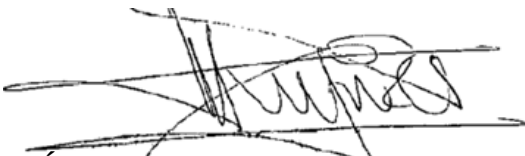
III. LA DECISIÓN

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

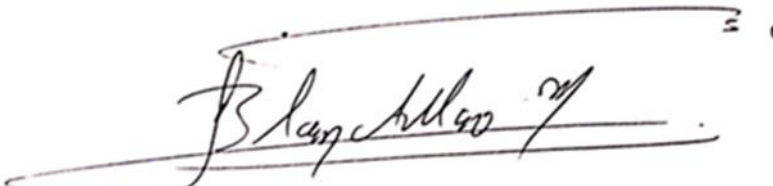
RESUELVE:

- 1°. **Confirmar** la decisión adoptada en Auto del 30 de agosto de 2021 respecto del NO rechazo de la totalidad de los elementos materiales de prueba solicitada por la defensa, por las razones expuestas en precedencia.
- 2°. **Regresar** la actuación para que continúe el trámite correspondiente por el juzgado de conocimiento.
- 3°. Esta providencia se notifica en estrados y se hace saber que contra ella no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase,

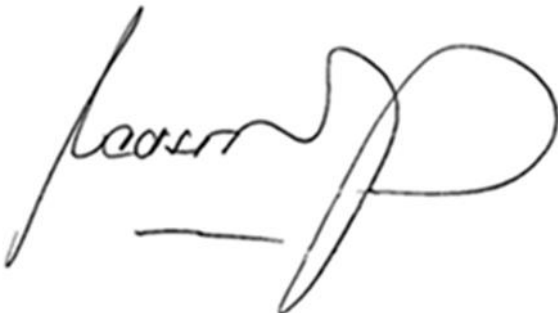


HÉCTOR ROVEIRO AGREDO LEÓN
Magistrado Ponente



BLANCA ARELLANO MORENO
Magistrada

3317



SILVIO CASTRILLÓN PAZ
Magistrado



JUAN CARLOS ÁLVAREZ LOPEZ
Secretario

REGISTRO DE PROYECTO No. 218

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

HACE CONSTAR

Que teniendo en cuenta las medidas establecidas en el Acuerdo PCSJA20-1517 del 15 de marzo de 2020, mismas que se han ampliado de manera progresiva mediante acuerdos emitidos por el Consejo Superior de la Judicatura, respecto de la pandemia generada por el virus COVID 19 y aquellas propias emanadas de la Presidencia de la Sala Penal, en manera virtual se deja constancia del registro de proyecto presentado en el asunto de la referencia.

Pasto, 28 de octubre de 2021.



JUAN CARLOS ÁLVAREZ LOPEZ

