

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**  
**PEREIRA - RISARALDA**  
**SALA DE DECISIÓN PENAL**  
**DESPACHO NO. 003**

M.P. JULIÁN RIVERA LOAIZA<sup>1</sup>

Pereira, Risaralda, diciembre catorce (14) de dos mil veintitrés (2023).  
Acta No. 1399  
Hora: 9:40 AM

Radicación	660016000036-2009-01399-01
Procesado	Broher Hernández Trejos
Delito	Actos Sexuales con menor de 14 años
Juzgado de conocimiento	Juzgado 4° Penal del Circuito de Pereira
Asunto a decidir	Recurso de apelación contra auto interlocutorio del 21 de abril de 2016. Pruebas descubrimiento probatorio

### I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Resolver el recurso de apelación presentado por el Dr. Héctor Javier Rendon Mora, defensor del procesado BROHER HERNANDEZ TREJOS, contra el auto interlocutorio proferido por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito con funciones de Conocimiento de Pereira, el 21 de abril de 2016, dentro del proceso adelantado en contra del mencionado procesado, por el delito de ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS.

### II. HECHOS Y ANTECEDENTES:

#### A. Hechos jurídicamente relevantes:

Del escrito de acusación presentado por la Fiscalía se extrae que:

*“María Ildori Gómez, en calidad de abuela, denunció que ella vive en la casa 31 del Barrio Byron Gaviria y el denunciando en la casa 33 del mismo barrio, que para el año*

---

<sup>1</sup> Nombrado en propiedad ante esta Corporación mediante Acuerdo No. 1544 del 18 de febrero de 2021 por la H. Corte Suprema de Justicia, tomando posesión del cargo el nueve (09) de abril de dos mil veintiuno (2021) mediante Acta No. 094, dentro de los términos establecidos por la Ley.

*2008 en su casa vivía la menor L.L.E.G y en su momento contaba con 8 años de edad, y en su momento el señor BROHER tiene una hija que para ese momento contaba con 5 años de edad y las dos menores solían jugar en el andén y en varias ocasiones EVELYN ingresaba a la casa de Broher a jugar con su hija. El día 31 de diciembre de 2008, su nieta le dijo “mami don Broher me apretó los senos y mi vagina. Que igualmente lo hacía con su hija y la había tocado delante ella y agregó que el indiciado le dijo que no fuera a decir nada a su mamá porque le hacía un escándalo. A los quince días, es decir, en enero de 2009, la víctima le dijo a su abuela que si no le veía barriguita porque ella estaba embarazada y cuando le preguntó que cómo así, la menor le contestó que el señor Broher la montaba a ella y a su hija sobre él, concretamente sobre su pene y les decía que cabalgaran en el caballo.*

*El 26 de marzo de 2009, examinada la menor por el médico legista en su conclusión adujo “se trata de menor enviada por la autoridad quien al momento del examen sexológico forense presenta: GENITALES EXTERNOS FEMENINOS, HIMEN ANULAR NO ELASTICO CON DESGARRO A LAS 6 MANECILLAS DEL RELOJ EN PROCESO DE CICATRIZACIÓN, FLUJO VAGINAL ABUNDANTE MUCUPURULENTO, LOS HALLAZGOS ANTERIORES SON COMPATIBLES CON MANIPULACION GENITAL O INTENTO DE PENETRACIÓN VAGINAL, AL IGUAL QUE LA SECRECIÓN ES SUGESTIVA DE CONTAMINACION VENEREA O VAGINITIS.*

*(...)”*

#### ***B. Actos procesales:***

El 10 de junio de 2015, ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con funciones de Control de Garantías de Pereira, la fiscalía le formuló imputación al señor BROHER HERNÁNDEZ TREJOS, por el delito de ACTO SEXUAL CON MENOR DE CATORCE AÑOS, cargos que no fueron aceptados por el procesado.

El conocimiento del asunto le correspondió al Juzgado Cuarto Penal del Circuito con funciones de Conocimiento de Pereira, autoridad ante quien se realizó la audiencia de formulación de acusación el 20 de enero de 2016, la audiencia preparatoria se inició el 21 de abril de 2016 de febrero de 2015, en esta diligencia la Juez negó solicitud de rechazo elevada por la defensa respecto de los EMP descubiertos por la fiscalía.

### **III. PROVIDENCIA APELADA**

La Juez Cuarta Penal del Circuito con funciones de Conocimiento de Pereira, Risaralda, en audiencia celebrada el 21 de abril de 2016, resolvió no acceder a la solicitud elevada por la defensa del procesado de rechazo de los EMP y evidencia física descubiertos por la Fiscalía, al considerar que no existió ocultamiento de pruebas por parte del ente acusador.

Contra esta decisión la defensa del procesado, interpuso el recurso de apelación.

#### **IV. DEL RECURSO DE APELACIÓN**

Indicó la defensa de la procesada que la Ley 906 de 2004, es una norma de carácter procedimental, y la Corte Suprema de Justicia en abundantes pronunciamientos refiriéndose al debido proceso ha señalado que este debe garantizarse, en consecuencia, estima la decisión de primer grado debe ser revocada

Sostiene que la ley 906 trae una seria de pasos de obligatorio cumplimiento, en concreto cita el artículo 344, indicando que este establece un plazo máximo de tres días que no fue cumplido por la fiscalía ya que se negó en ese plazo entregar los EMP.

Que la fiscalía estaba en la obligación de entregarlos dentro de ese plazo máximo, que la defensa no podía vulnerar los derechos de su prohijado, compareciendo a la fiscalía después de este plazo, para que le hicieran el descubrimiento, su deber es velar porque se cumplan los plazos establecidos por el legislador.

Sostiene que la fiscalía al negarse a realizar el descubrimiento probatorio al procesado al estar ausente el defensor por estar fuera de la ciudad, vulnera los derechos de defensa y contradicción del procesado, toda vez que la defensa no pudo de manera legal elaborar un esquema debe darse aplicación a lo dispuesto en el artículo 346 ya que la norma es clara en indicar que el Juez está obligado a rechazar esos elementos.

El representante de la Fiscalía como no recurrente, refiere que es el comportamiento del defensor el que vulnera los derechos del procesado, ya que no ejerce debidamente la defensa de su prohijado, ya que sabía que para poder ejercer los derechos de defensa y contradicción requería conocer los EMP, pero decidió guardar silencio solo para solicitar el rechazo, comportamiento que estima que además es desleal.

Solicita a la Sala se confirme la decisión del A-quo.

El representante de víctimas como no recurrente, estima le asiste razón al delegado de la fiscalía en consecuencia solicita a la Sala mantenga la decisión de la primera instancia.

#### **IV. ACLARACION INICIAL**

Es necesario indicar que quien actúa como magistrado ponente de esta decisión fue nombrado por la Honorable Corte Suprema de Justicia en propiedad, en el Despacho 003 de la Sala, mediante Acuerdo No. 1544 del 18 de febrero de 2021, tomando posesión del cargo el nueve (9) de abril de dos mil veintiuno (2021) mediante Acta No. 094, recibiendo a esa fecha, un aproximado de cuatrocientos (400) procesos penales en conocimiento y ciento veinte (120) cuadernos de tutela de segunda instancia vencidos, dentro de los que se encontraba el presente asunto.

La razón por la que se adopta esta decisión obedece a la gran cantidad de procesos de Ley 906 de 2004 (con persona privada de la libertad), próximos a prescribir que debían fallarse de manera inmediata, solicitudes de libertad, como también asuntos Constitucionales que demandaron en su momento, mayor prioridad, de acuerdo al gran cumulo de asuntos que se encontraban en el Despacho al posesionarse el suscrito.

Al momento de recibir el Despacho 003 fue necesario organizar el inventario de asuntos, pues el que había no obedecía a criterios que permitieran conocer la realidad del estado de la oficina, a lo que se suma que al atraso de varios años se sumaba que la mayoría de expedientes en materia penal no contaban con los registros orales de las audiencias respectivas, por lo que el Despacho tuvo que comenzar a requerir el envío de tales registros, lo que ha sido difícil y dispendioso, ya que muchos de esos registros corresponden a audiencias realizadas años atrás. A esto debe agregarse que muchos casos con personas privadas de la libertad estaban cerca de la prescripción de la acción penal, por lo que hubo que enfocar todos los esfuerzos en la atención de tales asuntos, en particular casos en los que las víctimas son menores de edad y los delitos imputados correspondían al título de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales. Y, como muchos asuntos penales que ingresaron desde el inicio de la pandemia correspondían a expedientes electrónicos, la organización del inventario conllevó la necesaria organización de estos asuntos y su revisión para saber su estado y si los mismos contaban con toda la información requerida para entrar a resolverlos con la decisión pertinente.

También hay que agregar que al anterior trabajo se sumó la actividad orientada a escanear los expedientes físicos para digitalizarlos y contar con los mismos en versión electrónica, lo que conllevó un trabajo de varios meses que tuvo que asumir el Despacho 003.

Lo anotado hizo que se prolongaran los tiempos para tomar las decisiones pertinentes en la mayoría de los asuntos, dado su mayor o menor complejidad, el volumen de la prueba, los intereses jurídicos involucrados y la naturaleza de los asuntos.

Debido a ello, y atendiendo a la congestión judicial que presenta el Despacho 003, se procede, en la fecha, a emitir una decisión sobre el asunto, en los siguientes términos.

## **V. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

### ***A. Competencia:***

Esta Sala es competente para resolver sobre la controversia suscita de conformidad con el artículo 34 de la ley 906 de 2004.

Es importante aclarar que si bien en el presente asunto se decretaron la totalidad de pruebas del ente acusador y de la defensa, y en principio el auto que admite pruebas no es susceptible

del recuso vertical de apelación, este será procedente cuando previamente se haya realizado solicitud de exclusión y rechazó como ocurrió en este caso, en el que se discute acerca del perfeccionamiento del descubrimiento probatorio de la fiscalía, lo que podría eventualmente generar el rechazo de las pruebas.

Respecto a la procedencia del recurso de apelación entratándose del decreto probatorio, reiteró la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia:

*“De modo que la jurisprudencia ha decantado que será improcedente la apelación que se dirija a cuestionar un decreto probatorio; no obstante, cuando dicha admisión tenga como precedente una petición de exclusión por violación de garantías fundamentales o de rechazo derivado de un indebido descubrimiento probatorio, el recurso de alzada es procedente.”<sup>2</sup>*

### ***B. Problema jurídico***

Corresponde a la Sala establecer si debe aplicarse en este evento la sanción establecida en el artículo 346 de la Ley 906 de 2004, ante la no materialización del descubrimiento de los EMP de la fiscalía.

### ***C. Del descubrimiento probatorio y las consecuencias de su incumplimiento***

Como quiera que el asunto que hoy nos concita tiene relación con la presunta falta de descubrimiento oportuno por parte de la Fiscalía, para soportar la decisión que ha de adoptarse profundizaremos en este tema.

El descubrimiento probatorio es un acto procesal, regulado en los artículos 344, 346, 356 y 374 del C.P.P, mediante el cual la fiscalía y la defensa tiene la obligación de dar a conocer a su contraparte los elementos materiales probatorios o evidencia física con los que pretenden soportar probatoriamente en el juicio oral su respectiva teoría del caso, en expresión de los principios de lealtad e igualdad de armas imperantes en un sistema adversarial.

Esta revelación de EMP, tiene momentos de inicio diferentes para cada uno de los sujetos procesales, para la Fiscalía tiene inició con el escrito de acusación, ya que, en ese mismo momento, deberá enlistar en documento anexo: i) los hechos que no requieren prueba, ii) la transcripción de las pruebas anticipadas, iii) la relación de los testigos y sus datos correspondientes, iv) los documentos y testigos de acreditación, v) los elementos favorables

---

<sup>2</sup>Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, AP441-2023

al procesado. Lista que puede adicionar en la audiencia de formulación de acusación antes que eleve la misma.

El descubrimiento de la fiscalía, únicamente se entenderá perfeccionado cuando materializa la obligación que le asiste de mostrar, exhibir o entregar a la defensa, copias del material probatorio anunciado, hecho que puede tener lugar dentro de la misma audiencia de formulación de acusación o dentro de los tres días siguientes, término establecido en el artículo 344 de la Ley 906 de 2004.

La defensa por su parte realiza su descubrimiento probatorio al inicio de la audiencia preparatoria haciendo referencia a todos y cada uno de los EMP y evidencia física que pretende practicar e incorporar en la vista pública.

Jurisprudencialmente de antaño se ha decantado que la solicitud de suministro de un medio probatorio es un acto de parte<sup>3</sup>, erigiéndose en consecuencia como carga de los sujetos procesales el solicitar a su oponente los elementos probatorios que desea le sean trasladados, ya que al no hacerlo se entiende que no tiene interés en que le sean entregados.

De esta forma, si la Fiscalía y la defensa no efectúan el descubrimiento como lo prevé la normatividad procesal penal y el desarrollo jurisprudencial la consecuencia al tenor de lo dispuesto en el artículo 346 de la Ley 906 de 2004, es su rechazo, pero si se cumple en debida forma, además en la audiencia preparatoria se realiza correctamente le enunciación y solicitud probatoria indicando con suficiencia la pertinencia y admisibilidad de la prueba, y permitida la controversia probatoria, la consecuencia será el decreto como prueba de parte y consecuente práctica en la audiencia del juicio oral.

No obstante lo anterior, debe la Sala señalar que en atención al carácter progresivo de la investigación y del proceso mismo, debe entenderse que el descubrimiento probatorio contemplado en nuestra normatividad procesal es de cierta forma flexible, característica que

---

<sup>3</sup> Sala de Casación Penal Corte Suprema de Justicia Auto del 19 de octubre de 2011 radicado 35.186: "... De la misma forma, debe advertirse que, tal como lo concluye el Tribunal y atrás quedó reseñado, la solicitud de descubrimiento en cuanto suministro, es un acto de parte, tanto para la Fiscalía, como para la Defensa, por manera que, el acto opera en virtud del requerimiento de acuerdo con la necesidad y la estrategia de cada uno.

En esa medida, el Juez se limita, de un lado, a enfatizarle a las partes el deber de descubrir los elementos de prueba ofrecidos y, de otro, a vigilar y constatar que el suministro o acceso a los medios probatorios, en los términos precisados por la Corte<sup>3</sup>, se cumpla en debida forma.

En este sentido, no resulta apropiada la argumentación del apoderado del enjuiciado, según la cual, si bien no solicitó el suministro de algunos registros, el Tribunal estaba en la obligación de hacerlo en aras de garantizar la igualdad de armas y otros supuestos teóricos del principio acusatorio, pues, por el contrario, de procederse de la manera sugerida por el impugnante se resquebrajarían, si el Juez tuviese que indicarle a la defensa o a la Fiscalía cómo definir su estrategia, que para el caso que ocupa la atención, sería obligar a la Fiscalía a descubrir un material probatorio, respecto del cual la contraparte, esto es, la defensa, no demostró interés alguno en acceder al mismo en la oportunidad pertinente.

8. De esta manera, fue acertada la conclusión del Tribunal conforme a la cual, si durante el período que transcurre entre la formulación de la acusación y la celebración de la audiencia preparatoria, la defensa no manifiesta interés en el descubrimiento probatorio específico que después reclama, mal puede el Juzgador forzar a la Fiscalía a que lo haga.

Adicionalmente resulta oportuno recalcar, que en el sub examine la audiencia preparatoria se aplazó en múltiples oportunidades con el propósito de que se cumpliera en debida forma el descubrimiento probatorio, hasta que la defensa declaró explícitamente su plena satisfacción.

posibilita, que los sujetos procesales por fuera de estos momentos, incluso en el juicio oral - entrantándose de la prueba sobreviniente y de refutación-, siempre y cuando se trate de elementos no conocidos con antelación puedan realizar descubrimiento probatorio, revelación que está condicionada a que su opositor conozca estos elementos y dentro de un espacio razonable pueda ejercer los derechos de defensa, confrontación, contradicción y se garantice el derecho a la prueba

Ahora, debe considerarse que la finalidad de la audiencia preparatoria es precisamente preparar el debate del juicio oral realizando una depuración probatoria<sup>4</sup> encaminada a determinar lo que será objeto de debate y concretar las pruebas que se practicaran en el juicio oral en procura de demostrar los hechos controvertidos, para ello y en aras garantizar a las partes la oportunidad de solicitar medios de prueba que pretendan hacer valer en el juicio oral, se ha dispuesto en los artículos 356 y 357 de la Ley 906 de 2004, fases probatorias, que deberán ser cumplidas de manera consecutiva, en las que los sujetos procesales en contienda tiene la obligación de desplegar una adecuada y eficiente labor en aras de que el funcionario de conocimiento realice un decreto probatorio que favorezca sus intereses y poder de esta manera sacar adelante su teoría del caso .

Así, para lograr esa finalidad, la audiencia preparatoria tiene previstas fases o etapas probatorias, consecutivas: i) observaciones al descubrimiento probatorio realizado por la fiscalía y descubrimiento de las pruebas de la defensa; ii) enunciación probatoria; iii) estipulaciones o acuerdos probatorios; iv) solicitudes probatorias etapa en la que la fiscalía y la defensa argumentan la pertinencia y utilidad de cada una de las pruebas que pretende le sean decretadas, finalizada la intervención, el Juez nuevamente les dará la palabra para que se pronuncien respecto a la solicitud probatoria de la contraparte; v) escuchadas las intervenciones de las partes el Juez de conocimiento emitirá providencia interlocutoria resolviendo las pretensiones probatorias.

Centrándonos en el quid de asunto, debe señalar la Sala que la primera fase de la audiencia preparatoria es precisamente la oportunidad para que el Funcionario de conocimiento verifique con la defensa el correcto, oportuno y completo descubrimiento probatorio por parte de la Fiscalía, etapa en la que la defensa podrá poner en conocimiento del funcionario de conocimiento si la fiscalía entregó todos y cada uno de los elementos materiales probatorios descubiertos en el escrito de acusación y audiencia de formulación de acusación o si por el contrario esta entrega tuvo inconvenientes y el descubrimiento no se perfeccionó.

En este último evento, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia desde emitida el 7 de marzo de 2018, dentro del radicado N° 51882, puntualizó que en principio el Juez debe analizar si las falencias en el perfeccionamiento del descubrimiento obedecen a problemas de comunicación entre las partes o a la intención de ocultar o impedir se complete el descubrimiento, debiendo como director del debate promover espacios y si es del caso,

---

<sup>4</sup> Auto del 18 de junio de 2014. C.S.J. Rad. No. 43.554 M.P. Dr. Eugenio Fernández Carlier

emitir ordenes tendientes a que el descubrimiento se perfeccione debidamente antes de continuar con las demás etapas que componen la audiencia preparatoria, garantizando en todo caso el derecho a la prueba de los sujetos procesales.

Para resolver el problema jurídico planteado, considera la Sala importante resaltar que el artículo 344 de la Ley 906 de 2004 consagra el término legal de (3) tres días, para que los EMP descubiertos por la fiscalía sean entregados de manera oportuna a la defensa, en procura de que este extremo procesal cuente con el tiempo necesario para que en expresión del principio de igualdad de oportunidades, estudie suficientemente los EMP con que cuenta la fiscalía y de esta manera plantee su estrategia defensiva en aras de controvertir las pruebas del ente acusador o tomar las decisiones que estime más convenientes para los intereses de su defendido, precisamente por esto, se espera del profesional del derecho que representa los derechos de un procesado una actitud activa tendiente a que le sea entregado todos los EMP descubiertos por el ente acusador.

El incumplimiento de este término o las falencias en el mismo sin importar el tiempo transcurrido, no genera per se la sanción establecida en el artículo 346 de nuestra norma procedimental, debiendo analizar el funcionario de conocimiento cada evento en particular, ya que esta sanción está encaminada a castigar el ánimo de ocultamiento de la prueba y la deslealtad con la contraparte, la que como indicamos también tiene el deber de reclamar el descubrimiento, y en ningún caso puede prevalecer el formalismo sobre la finalidad que tiene el acto de entrega material del descubrimiento probatorio, ya que aplicar la norma sin ponderar lo acontecido podría llevar a conductas premeditadas pasivas e incluso evitativas, para aprovecharse de los yerros que pueda cometer su contradictor y posteriormente solicitar el rechazo de los EMP de la fiscalía, como si esta sanción operase de manera automática.

Esta problemática no ha sido ajena a los pronunciamientos de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, corporación que desde hace ya varios lustros reconoce que cuando la entrega de los EMP por parte de la Fiscalía a la defensa sea por fuera de los estrados judiciales puede tener varias controversias e inconvenientes, y que es deber del Juez de Conocimiento velar porque el descubrimiento del material probatorio sea completo y por la celeridad de las audiencias, debiendo auscultar el funcionario de conocimiento si estas falencias obedecen a problemas en la comunicación de las partes o inconvenientes no intencionales o si por el contrario tienen la intención de ocultar o impedir se complete el descubrimiento.

En palabras de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia: ***“...el rechazo no opera por mera formalidad, sino que debe probarse la mala fe o incuria voluntaria, en este caso, del acusador.”***<sup>5</sup>

En esa labor, el funcionario de conocimiento como director de la audiencia, podrá conminar a las partes e incluso impartir ordenes tendientes a que se materialice la entrega de los EMP descubiertos, para esto deberá auscultar si la parte en este evento la Fiscalía que tenía el deber de completar el descubrimiento a través de la entrega de las copias de los EMP, cumplió con esta

---

<sup>5</sup> AP330-2020

carga o si fue la defensa quien no realizó la actividad tendiente a recibirlas, en el evento que se compruebe que la falencia está en quien tenía la carga de entregar se estudiara lo concerniente al rechazo de lo contrario previa disposición, colaboración y lealtad de las partes deberá disponerse la efectiva entrega decretando el aplazamiento de la diligencia para que la defensa pueda analizar y plantear adecuadamente su oposición a las pruebas del ente acusador.

Respecto a esta temática indicó nuestro máximo órgano de cierre:

*“Valga señalar que de acuerdo con el numeral 1° del artículo 356 del C.P.P. el rechazo de una prueba se impone como sanción a la parte que incumplió con el deber de descubrirla, sin embargo, ha precisado esta Corporación que como quiera que en la audiencia preparatoria pueden evidenciarse dificultades en el descubrimiento de los medios de conocimiento, el juez, como director del proceso está llamado a garantizar los principios de celeridad y eficacia de la administración de justicia, propiciando que las partes cumplan con ese deber, sólo de no ser subsanada tal deficiencia, aun con la intervención del juez, debe adoptarse una decisión sobre el rechazo de la prueba y sólo en ese caso se habilitan los recursos de reposición y apelación. Al respecto indicó esta Corporación:*

*«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.”*

Teniendo en cuenta los anteriores parámetros veamos lo acontecido en el presente asunto.

#### **D) El caso concreto**

Para resolver el problema jurídico, es necesario hacer referencia a lo acontecido en la audiencia preparatoria que se adelantó el 21 de abril de 2016.

Al inicio de la audiencia preparatoria cuando la defensa es indagada acerca en la audiencia de formulación de acusación la Juez ordenó la entrega de los EMP dentro de los tres días siguientes, pero la fiscalía se negó a entregárselos al procesado quien hizo presencia en el despacho pero no se le permitió aduciendo el fiscal que el único que tenía esa facultad era el defensor quien para ese momento se encontraba fuera de la ciudad, en consecuencia considera que debe darse aplicación a lo dispuesto en el artículo 346 de la Ley 906 de 2004.

El juez corre traslado a la fiscalía de la observación realizada por la defensa, indicando este delegado que el asunto se adelanta en la Fiscalía 22 Seccional, él se desempeña como titular de ese despacho desde el 8 de febrero y desde ese momento ni la defensa ni el procesado han solicitado la entrega de los EMP, los que deben ser entregados por la Fiscalía pero estima que el defensor debió acudir nuevamente al fiscalía para subsanar esa irregularidad y reclamar los elementos, que no existe negligencia o interés de la fiscalía de omitir un mandato legal, le llama

la atención el silencio de la defensa durante todo este tiempo cuando podía acudir a la fiscalía, en consecuencia solicita se despache de manera desfavorable el pedimento de la fiscalía.

La funcionaria de primer grado, decide negar la solicitud de rechazo elevada por la defensa al estimar en síntesis que la defensa en procura de los intereses del procesado podía comunicarse con la fiscalía para exponer el inconveniente o autorizar debidamente a otra persona para que se le realizara la entrega. Además, estima que no se evidencia la intención de la fiscalía de ocultar estos elementos.

La defensa interpone el recurso de apelación, sustentando su inconformidad en síntesis en que la sanción establecida en el artículo 346 es de obligatoria aplicación de la funcionaria de conocimiento, que precisamente en el ejercicio del derecho de defensa debe propender por el respeto del debido proceso de su prohijado ante el incumplimiento de la fiscalía.

Para resolver la inconformidad del togado recurrente, es necesario recordar que el descubrimiento de la fiscalía inicia con el escrito de acusación y se perfecciona con la entrega de la totalidad de los EMP a su oponente en la audiencia de formulación de acusación o con posterioridad dentro de los tres días siguientes a la celebración de la misma, traslado, que tiene como finalidad que la defensa conozca con suficiente antelación con que cuenta la fiscalía y de esta forma pueda plantear su estrategia defensiva y los EMP que requerirá en la audiencia preparatoria.

No obstante, este término de tres días, no debe ser entendido como improrrogable y tampoco la sanción establecida en el artículo 346 del C.P.P. como automática, cuando no se verifica este traslado dentro de este término, ya que conforme lo ha precisado la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia la solicitud de suministro de un medio probatorio es un acto de parte, siendo en consecuencia carga de los sujetos procesales el solicitar a su oponente, en esta caso a la fiscalía los elementos probatorios que desea le sean trasladados, ya que al no hacerlo se entiende que no tiene interés en que le sean entregados.

En este evento, de la revisión de los registros es posible establecer que efectivamente, la defensa en la audiencia de formulación de acusación efectuada el 20 de enero de 2016, solicitó el traslado de todos y cada uno de los EMP, pedimento al que se mostró totalmente dispuesto el representante de la fiscalía, para este efecto aduce la defensa, que en atención a que se encontraba por fuera de la ciudad el procesado acudió a reclamar estos elementos pero no le fue permitido bajo el argumento que esta facultad era exclusiva del defensor, tesis que sin duda desconoce el derecho de defensa material del señor Broher Hernández, sin embargo este impase per se no puede ser considerado como una conducta de ocultamiento o evitativa de la fiscalía para que la defensa no tuviera acceso a los elementos materiales probatorios que previamente había descubierto.

Es importante tener en cuenta que entre la audiencia de formulación de acusación y el inicio de la audiencia preparatoria transcurrieron aproximadamente 3 meses, sin que la defensa cuando menos intentara contactar al fiscal que en ese momento dirigía el despacho fiscal o al que lo replazó días después, para darle a conocer el inconveniente y deprecar la entrega de los

elementos materiales probatorios, para conocer cabalmente su contenido y poder de esta manera estructurar su estrategia defensiva, al no hacerlo desconoce que el perfeccionamiento del descubrimiento o entrega material de los EMP, exige no únicamente la disposición de la fiscalía para facilitar o trasladar estos elementos sino una actitud activa de la defensa para su consecución, ya que el no hacerlo puede ser entendido como que no está interesado en conocerlos, por ello es necesario advertir que la sanción establecida en el artículo 346 de la Ley 906 de 2004, no opera de manera automática como parece entenderlo el defensor recurrente, sino en aquellos casos en que el ente acusador incurre en conductas de las que sea posible evidenciar la intención de ocultar que la defensa conozca los elementos materiales probatorios, evento en el que si es posible inferir una flagrante vulneración de los derechos de defensa, debido proceso y contradicción del procesado, pero no sucede lo mismo cuando en asuntos como este se aprovecha lo que fue una actitud desafortunada del funcionario de la fiscalía, para pretender la aplicación automática de la sanción prevista en nuestra norma procedimental.

El pedimento del togado recurrente, no tiene eco en esta instancia, ya que desconoce precisamente que, como defensor del procesado, tenía el deber profesional de deprecar de manera efectiva estos elementos en procura de poder establecer la estrategia defensiva más efectiva para los intereses de su patrocinado.

Es necesario recordar, que no puede prevalecer el formalismo sobre la finalidad que tiene el acto de perfeccionamiento a través de la entrega material de los EMP descubiertos, ya que aplicar la norma de manera exegética puede propiciar conductas desleales y premeditadas por parte de algunos profesionales con la única finalidad de aprovecharse de los yerros u olvidos que pueda cometer su contradictor y solicitar el rechazo de los EMP, discusión que podría haber zanjado el Juez de Conocimiento ordenando la entrega de estos dos elementos y fijando nueva fecha para la realización de la audiencia preparatoria.

No obstante lo anterior, pese a no haberse propiciado por parte del funcionario de primer grado un espacio para que se completara el descubrimiento (entrega), y en el entendido que el rechazo no opera de manera automática, sino que está encaminado a sancionar conductas de ocultamiento de las pruebas, situación que no se evidencia en el presente asunto, no es dable rechazar estos elementos.

No es posible afirmar que ante la no entrega de los EMP, la defensa está siendo sorprendida afectándose con estos sus derechos y garantías, por cuanto que la defensa conocía desde la formulación de acusación, incluso desde la presentación del escrito con que EMP contaba al fiscalía para soportar su teoría del caso y pese a no conocer exactamente su contenido, podía a partir de esta información, plantear la estrategia defensiva de su prohijado, y si estimaba la necesidad imperante de auscultar su contenido tenía el deber profesional de propender porque le fueran entregados, pero no sustraerse de ejercitar conducta en este sentido con la clara y única finalidad de solicitar el rechazo como expresión de una incorrecta interpretación de la normatividad.

En conclusión, la Sala, al evidenciar que la fiscalía no incurrió en conducta de ocultamiento de los EMP u omisión tendiente a perjudicar a la defensa técnica y material, concuerda con la

Auto interlocutorio de segunda instancia  
Radicación: 66001 6000 036 2009 01399 01  
Procesado: Broher Hernández Trejos  
Delito: Acto Sexual con menor de Catorce años  
**Decisión:** Confirma auto que niega rechazo pruebas fiscalía  
M.P. Julián Rivera Loaiza

funcionaria de primer grado, en que no existe en este asunto lugar a aplicar la sanción de rechazo de estos elementos por falta de descubrimiento, y en consecuencia se CONFIRMARÁ la decisión objeto de inconformidad.

Notifíquese el contenido del presente proveído a través de los medios virtuales dispuestos para tal fin, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo el artículo 8° de la Ley 2213 de 2022.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia por autoridad de la Constitución y la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** el auto interlocutorio proferido por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito con funciones de Conocimiento de Pereira, el 21 de abril de 2016, dentro del proceso adelantado en contra del señor BROHER HERNÁNDEZ ANGELA MARIA ARANGO SALDARRIAGA, por el delito de HOMICIDIO, en lo que fue objeto de apelación, conforme las consideraciones antecedentes.

**SEGUNDO:** Notificar esta providencia a las partes y demás intervinientes por el medio más expedito. Dichas comunicaciones se harán en la medida de lo posible, mediante la remisión de copias de la misma vía correo electrónico, tal y cual como lo regula el artículo 8° de la Ley 2213 de 2022.

**TERCERO:** A través de la Secretaría de la Sala Penal, remítase la carpeta al Juzgado de origen para lo pertinente.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE:**

(Firma electrónica)  
**JULIÁN RIVERA LOAIZA**  
Magistrado Ponente

(Firma electrónica)  
**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**  
Magistrado

(En ausencia justificada)  
**CARLOS ALBERTO PAZ ZÚÑIGA**  
Magistrado

**WILSON FREDY LÓPEZ**  
Secretario

**Firmado Por:**

**Julian Rivera Loaiza  
Magistrado  
Sala 003 Penal  
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda**

**Manuel Antonio Yarzagaray Bandera  
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional  
Sala 1 Penal  
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda**

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

Código de verificación: **cf282fbd69c0808a1708910e3486c76067c72befe3c4ab8c9f214817bb9d6913**

Documento generado en 15/12/2023 08:48:15 AM

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