

Magistrado Ponente: JOSÉ DE JESÚS CUMPLIDO MONTIEL

Número de Radicación: 13-468-6001119-2019-00094 INT: G 13 0011 de 2020.

Tipo de decisión: Confirma auto

Fecha de la decisión: 15 de julio de 2020.

Clase y/o subclase de proceso: ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS.

NULIDAD/ Ha sido decantado por la Sala, la característica invalidatoria que tiene el instituto de la nulidad, igualmente su propiedad residual: y aplicación excepcional, así como su propósito de subsanar irregularidades de carácter sustancial, lo que fuerza concluir, que no cualquier irregularidad trae como consecuencia la anulación, --entonces aquellos vicios deben haber ocasionado una grave vulneración a los intereses de los sujetos procesales, en el sistema de Ley 600/2000 o de las partes o intervinientes en el sistema de Ley 906/04, para ostentar la entidad necesaria para aplicarla.

DESCUBRIMIENTO PROBATORIO/ Momentos procesales.

PRUEBA SOBREVINIENTE/ El artículo 344 del Código de Procedimiento Penal prevé la posibilidad excepcional de decretar una prueba sobreviniente. Su pertinencia radica en la información que ella suministre al proceso y cuya ausencia puede perjudicar de manera grave el derecho a la defensa o la integridad del juicio.

FUENTE FORMAL/ Artículo 337, 344 y 356 del Código de Procedimiento Penal.

FUENTE JURISPRUDENCIAL/ CSJ SP, 26 sep. 2018, Rad. 51293; CSJ SP, 21 Feb. 2007, Rad. 25920; CSJ SP, Rad. 43749 de 2014; CSJ Sala Especial de Primera Instancia, radicado 00002; CSJ AP2421-2014 Rad. 43841 reiterada entre otras, en AP5911-2015, Rad. 46109, AP3787-2018; Rad. 53364.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR



TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
SALA PENAL

Cartagena de Indias, D. T. y C, quince [15] de julio dos
mil veinte [2020].

JOSÉ DE JESÚS CUMPLIDO MONTIEL
MAGISTRADO PONENTE

RAD. No	: 13-468-6001119-2019-00094
RAD. INT. No	: G 13 N° 0011 de 2020.
PROCEDENCIA	: JUZGADO PRIMERO PROMISCOUO DEL CIRCUITO DE MOMPÓS
PROCESADO	: FAUSTINO HERNÁNDEZ GUZMÁN
MOTIVO	: APELACIÓN AUTO INTERLOCUTORIO – LEY 906 DE 2004
DELITO	: ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS
APROBADO ACTA N°	: 119

1. MOTIVO DE PRONUNCIAMIENTO

Corresponde a la Sala Pronunciarse sobre el recurso de apelación interpuesto por la defensa de **FAUSTINO HERNÁNDEZ GUZMÁN**, contra el auto proferido el día 9 de junio de 2020 por el Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Mompós (Bolívar), a través del cual no accedió a decretar la nulidad de la audiencia preparatoria.

2. HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

Los hechos jurídicamente relevantes extraídos del escrito de acusación son los siguientes:

2.1. El día 29 de marzo del año 2019, el hijo mayor de la señora MILENA PEINADO DÍAZ, le prestó el celular a su hermana menor M.A.A.P. para que se conectara al Facebook, sin embargo, ésta dejó la sesión iniciada, por lo que sus familiares se percataron de que la menor era accedida carnalmente por el señor FAUSTINO HERNÁNDEZ



GUZMÁN, quien se desempeña como empleado de un juzgado Promiscuo Municipal de Mompós.

3. ANTECEDENTES PROCESALES PERTINENTES

3.1. Previa orden de captura, en audiencia preliminar celebrada ante el Juzgado Primero Promiscuo Municipal con funciones de control de Garantías de Magangué (Bolívar) el día 28 de mayo de 2019, se impartió legalidad al procedimiento de captura en flagrancia del señor FAUSTINO HERNÁNDEZ GUZMÁN. La Fiscalía le formuló imputación por el delito de **Acceso Carnal Abusivo con menor de catorce años (Art. 208 C.P.)**. El imputado no aceptó los cargos.

Por petición de la Fiscalía, a Hernández Guzmán le fue impuesta medida de aseguramiento privativa de la libertad en centro carcelario.

3.2. Una vez radicado el escrito de acusación, le correspondió el conocimiento del asunto al Juez Segundo Penal del Circuito de Mompós, funcionario judicial que se declaró impedido para conocer de la actuación con fundamento en la causal 5ª del Artículo 56 del Código de Procedimiento Penal del 2004.

3.3. Mediante proveído del 4 de octubre de 2019, el Juez Primero Promiscuo del Circuito de Mompós, aceptó el impedimento manifestado por su homologó y procedió a programar fecha para evacuar la audiencia de formulación de acusación, la cual se realizó el día 18 de noviembre de 2019, endilgándosele al acusado por parte del ente acusador la conducta punible de **ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS AGRAVADO (ART. 208, 211.4 C.P.)**. En el desarrollo de ésta diligencia, las partes e intervinientes no



invocaron causal de incompetencia, impedimento, recusaciones y/o nulidades.

3.4. La audiencia preparatoria se desarrolló el día 25 de febrero hogaño, escenario donde la fiscalía manifestó tener unos medios de convicción que debían ser descubiertos, estos son, un dictamen pericial suscrito por la Dra. Luz Marina Velazco del Instituto Nacional de Medicina Legal de Sucre, consistente en un hallazgo de fluidos corporales encontrados en la menor M.A.A.P., y una solicitud que será elevada ante el Juez de control de garantías para realizar examen médico forense de cotejo de fluidos corporales y genéticos del procesado. El Juez de conocimiento aceptó la solicitud de descubrimiento realizada por el ente acusador. **Contra ésta decisión el defensor del señor Faustino Hernández Guzmán, no interpuso recurso alguno.**

Continuando con el trámite pertinente, las partes enunciaron y solicitaron las pruebas que pretendían hacer valer en el juicio oral, no realizaron estipulaciones probatorias. El funcionario judicial de primer grado decretó todos los medios probatorios solicitados por las partes.

3.5. Instalada la audiencia de juicio oral el día 3 de junio de la presente anualidad, el nuevo defensor del procesado elevó solicitud de nulidad de la audiencia preparatoria. La diligencia fue suspendida para la adopción de la decisión.

3.6. El día 9 de junio de 2020, el juez de la causa negó la petición nulitante. Contra ésta decisión, el defensor interpuso recurso de apelación.



3.7. Finalmente, por reparto correspondió a ésta Sala desatar el recurso impetrado.

4. DE LA SOLICITUD DE NULIDAD

El defensor del procesado **FAUSTINO HERNÁNDEZ GUZMÁN**, solicitó la nulidad de la audiencia preparatoria por la presunta vulneración del debido proceso probatorio. El peticionario fundamenta su petición en los artículos 29, 93 y 228 de la Constitución Política; 3°, 457 y siguientes de la ley 906 de 2004; y el artículo 2° del Código Penal.

Arguye el censor que en la audiencia preparatoria, se vulneró el artículo 356 de la ley 906 de 2004, toda vez que al inicio de la misma, se le otorgó la palabra a la fiscalía “*para prorrogar el período probatorio*”, violentándose así el debido proceso probatorio, ya que el artículo que regula el desarrollo de esa diligencia, no contempla la oportunidad para un nuevo descubrimiento por parte del ente acusador.

Sostiene que si la fiscalía había encontrado nuevos elementos materiales probatorios, debía hacer uso de la prueba sobreviniente en el juicio oral; sin embargo, dicho instituto tampoco se ajustaba a ello, por cuanto en la carpeta reposa un dictamen pericial de fecha 2 de abril de 2019, suscrito por el Dr. Argemiro Martínez García, en donde se indicaba, que “*se toman muestras de frotis vaginal para investigar semen y espermatozoides*”, siendo entonces de conocimiento del ente acusador en la audiencia de acusación, que esa valoración pericial se encontraba pendiente de practicar, debiéndola descubrir en aquella



oportunidad y no esperar la audiencia preparatoria para invocarla como “prueba sobreviniente”.

Por lo dicho, sostiene que lo sucedido en la audiencia preparatoria fue una irregularidad trascendental para el debido proceso probatorio, el cual solo se subsana con la declaratoria de la nulidad.

Apoyándose en la decisión de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, AP-4150-2016, manifiesta que la prueba sobreviniente únicamente surge con posterioridad a la audiencia preparatoria, y ella no está diseñada para habilitar un nuevo período probatorio, ni remendar las omisiones de las partes en el trabajo investigativo.

Por lo sintetizado, solicita la nulidad de la audiencia preparatoria, resaltando que no se puede tener por convalidada esa irregularidad, por cuanto es la primera vez que interviene como defensor y la afectación a un derecho fundamental es insubsanable.

5. LA PROVIDENCIA RECURRIDA

El Juez, luego de hacer un recuento de la petición concreta realizada por el defensor, y del desarrollo de la audiencia preparatoria, afirmó que el descubrimiento de un medio probatorio que surgió en el lapso de la audiencia de acusación y la audiencia preparatoria por parte de la fiscalía, no provino de un acto de mala fe, ya que su actuar se debió a circunstancias y hechos que se escaparon a su órbita, por cuanto desconocía que las muestras de fluidos tomadas en la víctima habían arrojado resultados positivos para semen humano, situación que le fue puesta en conocimiento del ente acusador el 27 de



diciembre de 2019, fecha en la cual ya se había realizado la audiencia de acusación, quedando así demostrado que su procedencia se debió a circunstancias ajenas a su voluntad.

Bajo ese sentido, manifestó que para el juzgado quedó claro que la evidencia era desconocida para la fiscalía al momento de formular la acusación, siendo razonable y justificado el descubrimiento en la audiencia preparatoria.

Siguiendo esa línea de pensamiento, advirtió que no se vulneró el derecho a la defensa, ya que el defensor tuvo la oportunidad para contradecir lo resuelto por el despacho frente a la aceptación del medio probatorio, sin que se interpusiera recurso alguno contra esa decisión.

Por lo expuesto, el Juez Primero Promiscuo del Circuito de Mompós, negó la solicitud de nulidad presentada por el defensor.

6. DEL RECURSO DE APELACIÓN

El defensor inicia su intervención solicitando se tengan en cuenta los mismos argumentos fácticos y jurídicos empleados en la solicitud de nulidad. Seguido a ello, manifestó que la fiscalía en la audiencia preparatoria empleó el sustento jurídico de la prueba sobreviniente para realizar el descubrimiento, siendo que ese no era la oportunidad procesal permitida para ello. Amén de que, al momento de realizarse la valoración médico legal a la menor víctima, la fiscalía tuvo conocimiento de que se había tomado por Medicina Legal una muestra de fluidos corporales, la cual estaba siendo sometida a estudio. Por tanto afirma que, se evidencia una actuación negligente en no



descubrir en la audiencia de acusación ese medio que se encontraba pendiente.

Citando la decisión Rad.49183 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, señaló que cuando el medio probatorio aparece en el interregno de la audiencia de acusación y preparatoria, ella debe ser sorpresiva, y en el presente caso, la fiscalía sabía que se estaba practicando esa evidencia, por lo que era deber indicarlo en la audiencia de acusación y no presentarla en la audiencia preparatoria, pues el requisito *sin qua non* es que el medio debe ser desconocido, y en el presente caso, era conocido por parte del ente acusador. Por tanto, arguye que la decisión que permitió el descubrimiento no se adecuaba a la realidad fáctica y probatoria.

Por último expresa que, con la decisión que permitió el descubrimiento de un medio de conocimiento por parte en la fiscalía en la audiencia preparatoria, se *“contaminó el debido proceso probatorio, porque ese elemento material no tiene justificación alguna para introducirse, porque los requisitos que se exigen no los cumple, ni como sobreviniente porque no es la fase procesal, ni como prueba que apareció en el interregno de la acusación y la preparatoria, porque ese elemento material que vino de Sincelejo, tiene estirpe, familia en el informe pericial de medicina legal (...) que está en el escrito de acusación”*.

Por lo anterior, solicita la revocatoria de la decisión recurrida y en su defecto se decrete la nulidad de la audiencia preparatoria, inclusive desde que las partes realizan las observaciones orientadas a establecer si el descubrimiento probatorio efectuado por fuera de la sede de acusación ha sido completo.



7. DE LOS NO RECURRENTES

7.1. El delegado de la **Fiscalía General de la Nación** como No recurrente, manifestó que la sustentación realizada por el defensor en ningún momento atacó o puso en conocimiento el disenso de su inconformismo frente a la decisión de primera instancia, sino que se argumentaron nuevamente los fundamentos de la solicitud de nulidad. Por ello, indica que no se sustentó en debida forma la impugnación presentada.

7.2. La representante del **Ministerio Público**, *contrario sensu* a lo dicho por la fiscalía, solicita la concesión del recurso de apelación, pues en su criterio, esté fue sustentado en debida forma. Seguido a ello, expuso que en la audiencia preparatoria lo que existió fue un descubrimiento probatorio tardío que de manera alguna vulneran los derechos fundamentales, ya que la “enunciación” de esa evidencia física, no implicaba su admisión como prueba dentro del presente asunto, sino que se sujetaba a la carga que tenía la fiscalía al momento de realizar los juicios de pertinencia y conducencia, la cual fue cumplida, sin que se transgrediera el debido proceso probatorio.

7.3. El **representante de víctimas**, expone que el recurso de apelación no fue sustentado en debida forma, ya que se realizó una repetición de lo dicho en la solicitud nulitante.

8. CONSIDERACIONES

8.1. Competencia.

Según lo preceptuado en el artículo 34 de la Ley 906/2004, es la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena, la competente para



conocer de las apelaciones contra los autos proferidos por los Jueces Penales del Circuito de Mompós (Bolívar).

La competencia de este Tribunal, opera en virtud del principio de limitación inherente a los medios de impugnación, siendo restringido a los aspectos impugnados y a los que inescindiblemente le estén vinculados.

8.2. Cuestión preliminar

Como preámbulo al estudio del planteamiento expuesto por el Defensor como recurrente, ésta Sala de entrada advierte que no es acertada la solicitud de tener como complemento de la argumentación del recurso, lo dicho en la petición de nulidad, toda vez que ello resulta contrario al instituto de la impugnación, en donde se impone como carga a quién no conforme con la decisión, el deber de exponer bajo argumentos serios, fundados y adecuados, las razones por las cuales se confuta la decisión recurrida y las bondades de la tesis que se propone, pues es de ésta forma, que se limita la competencia del *ad quem*, quién no goza de libertad para decidir, ya que ésta no es una nueva oportunidad para emitir un juicio fáctico y jurídico sobre el asunto (CSJ SP. Rad. 39417).

Por otro lado, y conforme a lo expresado por el Representante de Víctimas y Fiscalía como no recurrentes, referente a una ausencia de motivación en la sustentación del recurso, ésta Sala, una vez analizada la fundamentación de la impugnación, avizora que los argumentos presentados son suficientes y claros para que se extraigan de ellos los presupuestos mínimos que posibilitan analizar la alzada, pues el discurso presentado cuestiona la decisión de no tener por transgredido



el debido proceso probatorio en la audiencia preparatoria, ante un descubrimiento extemporáneo realizado por la fiscalía en esa etapa procesal (*adecuada al objeto de controversia*) y propone las razones por las que se debe acoger la tesis propuesta. Por lo brevemente expuesto, se procederá al análisis de la impugnación presentada.

Dicho lo anterior, le corresponde a la Sala resolver el siguiente problema Jurídico:

- (i) *¿Determinar si se transgredieron las garantías procesales del señor FAUSTINO HERNÁNDEZ GUZMÁN, al permitirse el descubrimiento de una evidencia física por parte de la fiscalía en la audiencia preparatoria?*

La Sala *prima facie* de absolver el asunto que centra su atención, abordara los siguientes tópicos: (i) *Del instituto de la nulidad; y (ii) Del Descubrimiento Probatorio*; para luego de ello proceder a resolver el caso concreto.

8.2.1. Del instituto de la nulidad

El instituto de la nulidad tiene una naturaleza invalidatoria residual y su aplicación es excepcional, además su propósito es el de subsanar irregularidades de carácter sustancial, lo que fuerza concluir, que no cualquier irregularidad trae como consecuencia la anulación, pues para tal efectos deben entonces aquellos vicios haber ocasionado una grave vulneración a los intereses de los sujetos procesales, en el sistema de Ley 600/00, o de las partes o intervinientes en el sistema de Ley 906/04, para ostentar la entidad necesaria para aplicar dicho remedio extremo.



De esta forma, quién alegue una causal de nulidad, debe tener en cuenta que ésta materia se rige entre otras por el principio de taxatividad¹ y para la prosperidad de cualquier causal, el peticionario deberá demostrar su transcendencia y que de lo actuado se afectaron las bases estructurales del proceso o algún derecho fundamental de la parte o interviniente.

Dicho de otra forma, la causal que busca la nulidad de la actuación, debe ajustarse a ciertos parámetros que permitan evidenciar de manera objetiva el carácter serio y vinculante del reproche, que se logra acatando los principios que orientan la institución de las nulidades, los cuales, pese a no estar previstos en una norma del Código de Procedimiento Penal que rige éste asunto, siguen siendo criterios de inexcusable observancia, tal como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal².

Tales axiomas se concretan en los siguientes postulados:

La nulidad sólo procede por los motivos expresamente previstos en la ley (***principio de taxatividad***); quien alega un vicio enervante debe especificar la causal que invoca y señalar los fundamentos de hecho y de derecho en los que se apoya (***principio de acreditación***); no puede deprecarla en su beneficio el sujeto procesal que con su conducta haya dado lugar a la configuración del yerro invalidante, salvo el caso de ausencia de defensa técnica (***principio de protección***); aunque se configure la irregularidad, ella puede convalidarse con el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado, a condición de

¹ Tal axioma está contemplado en la Ley 906 de 2004, artículo 458. Y de acuerdo con la misma normatividad las circunstancias enervantes son: la nulidad derivada de la prueba ilícita y cláusula de exclusión (artículos 23 y 455 ib.); la nulidad por incompetencia del juez (artículo 456 ib.); y la nulidad por violación a garantías fundamentales: derecho a la defensa y debido proceso, en aspectos sustanciales (artículo 457 ib.).

² Tales axiomas, sonCfr. SP 18 nov. 2008, rad. 30539; SP 18 mar. 2009, rad. 30710, y AP939-2015, 25 feb. 2015, rad. 43458, entre otras.



ser observadas las garantías fundamentales (***principio de convalidación***); no procede la invalidación cuando el acto tachado de irregular ha cumplido el propósito para el cual estaba destinado, siempre que no se viole el derecho de defensa (***principio de instrumentalidad***); quien alegue la rescisión tiene la obligación indeclinable de demostrar no sólo la ocurrencia de la incorrección, sino que ésta afecta de manera real y cierta las bases fundamentales del debido proceso o las garantías constitucionales (***principio de trascendencia***) y, además, que para enmendar el agravio no existe remedio procesal distinto a la declaratoria de nulidad (***principio de residualidad***)³.

8.2.2. Del Descubrimiento Probatorio

Tal como lo ha decantado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, la fase de descubrimiento probatorio depende del rol que desempeñen los contrincantes en el proceso. De esta manera, siempre el Estado por intermedio de la Fiscalía, es la llamada a descubrir en primera medida los elementos de prueba que pretenda utilizar para derribar la presunción de inocencia del procesado. La oportunidad de descubrimiento probatorio por parte de la Fiscalía está expresamente consagrada en la presentación del Escrito de Acusación y su correspondiente Formulación de Acusación. El artículo 337 del Código de Procedimiento Penal regula que el Escrito deberá contener entre otros presupuestos “*El descubrimiento de las pruebas*”, el cual entregara al acusado y a su defensor, al Ministerio Público y a las Víctimas.

³ CSJ SP, 26 sep. 2018, Rad. 51293



Dentro de la audiencia de Formulación de Acusación, la Defensa puede solicitar ante el juez de conocimiento para que se ordene a la fiscalía el descubrimiento de un elemento material probatorio específico y evidencia física de que tenga conocimiento.

De la misma manera, el fiscal podrá pedir al juez, que se ordene a la defensa la entrega de *“copia de los elementos materiales de convicción, de las declaraciones juradas y demás medios probatorios que pretenda hacer valer en el juicio”*.

En la etapa de acusación si la defensa desea hacer uso de la inimputabilidad *“en cualquiera de sus variantes”* deberá hacer entrega a la fiscalía de los exámenes periciales que le hubieren practicado al acusado (Art. 344).

Finalmente, el escenario del descubrimiento fenece en la audiencia preparatoria, puesto que de conformidad con lo normado en el artículo 356 de la ley 906/2004, el juez de conocimiento dispondrá para *“que la defensa descubra sus elementos materiales probatorios y evidencia físicas”* y *“que la fiscalía y la defensa enuncien la totalidad de las pruebas que pretendan hacer valer en el juicio oral y público”*. También en este momento procesal y a solicitud de las partes *“los elementos materiales probatorios y evidencia física podrán ser exhibidos durante la audiencia con el único fin de ser conocidos y estudiados”*⁴

⁴CSJ SP, 21 Feb. 2007, Rad. 25920



8.3. Caso concreto

De cara analizar la censura planteada por el defensor, la Sala advierte que se realizó un desafortunado manejo sobre el concepto de prueba sobreviniente en la audiencia preparatoria por parte del *a quo*, toda vez que de conformidad con el artículo 344 inciso 4° de la ley 906 de 2004, aquella surge de forma excepcional en el juicio oral. Al respecto, indica la norma referida que, *“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 considerando 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”*.

De la norma citada, se deduce de forma lógica, que la **prueba sobreviniente emerge únicamente en el juicio oral** y que su pertinencia radica en la información que ella suministre al proceso, teniendo por finalidad introducir materia distinta y buscar soportar o infirmar la teoría del caso de las partes, pues su no incorporación acarrearía un grave perjuicio en la decisión que debe adoptarse, o generaría un daño a la garantía de defensas.

Puntualizado lo anterior, para la Sala, fulge nítido que en la audiencia preparatoria al admitirse como evidencia física el dictamen pericial que emerja del cotejo que surja entre los fluidos corporales hallados en la menor víctima con la información genética del acusado, **no es prueba sobreviniente**, ya que en éste escenario previo al juicio oral, no se puede hablar de prueba, sino de medio de convicción con

⁵ CSJ SP, Rad. 43749 de 2014.



vocación probatoria. En tal medida, se tiene que las evidencias físicas que emanen a favor de la fiscalía en el interregno de la audiencia de formulación de acusación y preparatoria, no pierden la calidad de medios suasorios, los cuales pueden ser descubiertos al inicio de la diligencia preparatoria, siempre y cuando se demuestre que no eran conocidos con anterioridad y no existe negligencia, incuria o mala fe por parte de quien la ofrece, ello de acuerdo a lo establecido por el artículo 346 de la ley 906 de 2004 (*“...salvo que se acredite que su descubrimiento se haya omitido por causas no imputables a la parte afectada.”*).

En efecto, y conforme a lo indicado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 49183, *“Es evidente que el develamiento de nuevos medios de conocimiento que puede hacer la Fiscalía en la segunda audiencia, no es complementario, adicional, ni en forma alguna está previsto para subsanar su olvido o descuido; la naturaleza es eminentemente excepcional y procede sólo cuando se dan ciertas especiales condiciones⁶, puesto que el mismo Artículo 356 en su numeral primero -al disponer el control al descubrimiento probatorio realizado fuera de la sede de la audiencia- establece que en caso de no haberse realizado de forma completa, procede el rechazo⁷.*

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

⁶ Cfr. CSJ AP8489- 5 de diciembre de 2016 – Rad. 48.178

⁷ El rechazo como sanción está consagrado normativamente en el artículo 346 del Procedimiento Penal, aunque es en el canon 356 el que consagra el acto procesal en que procede su aplicación.



Bajo este orden lógico procesal, se tiene que las discusiones que surjan del descubrimiento extemporáneo por parte de la fiscalía en la audiencia preparatoria, deberá ser analizada por el juez de conocimiento bajo dos criterios: (i) *objetivo*, y (ii) *subjetivo*. El primero de ellos, orientado a constatar si ese medio de convicción emergió de forma sorpresiva en el interregno de la audiencia de acusación y preparatoria; y segundo –subjetivo–, determinar si el actuar de la parte que pretende el decreto probatorio, resulta inmaculado de incuria, malicia o negligencia.

Si los dos criterios determinados se sacian plenamente, resulta procedente su descubrimiento y la posterior continuación de la audiencia preparatoria, sin perjuicio, de que la parte contra la cual se aduce, en virtud del derecho de defensa, artículo 8 literal i) de la ley 906 de 2004, solicite la suspensión o aplazamiento de la diligencia, en aras de disponer de un tiempo razonable para preparar la controversia en torno a ese medio del cual no tenía conocimiento. Ora precisar, que si la fiscalía no cumple con los parámetros señalados, acarrearía la sanción establecida en el artículo 346 *ibídem*, consistente en el rechazó por descubrimiento tardío o extemporáneo.

Reseñado lo anterior, en el caso de la especie, la Sala indica que se ha de confirmar la decisión apelada, por cuanto el debate que se plantea en ésta oportunidad por el defensor, se sustrae a controvertir lo ocurrido en la audiencia preparatoria, con la finalidad de establecer si la fiscalía al momento de descubrir un elemento probatorio en esa etapa procesal, vulneró los derechos del debido proceso probatorio, planteamiento éste que de conformidad con lo ya expuesto, se avizora que carece de respaldo normativo, por cuanto, en casos excepcionales, como el que aquí aconteció, era perfectamente viable permitir ese



descubrimiento, pero no bajo el amparo de la prueba sobreviniente, como erradamente lo interpretó el *a quo*, sino como un descubrimiento tardío no imputable a la fiscalía.

En tal medida, si bien, resultó desafortunada la disposición del juez de primera instancia para fundamentar en el inciso 4° del artículo 344 del C.P.P. la orden del descubrimiento probatorio por parte de la fiscalía en la audiencia preparatoria, dicho infortunio no trascendió en una vulneración de los derechos fundamentales del procesado, puesto que, como se ha visto, en casos excepcionales es posible que se descubra un medio suasorio obtenido en el interregno de la audiencia de acusación y preparatoria, cuando aquél surge de forma sorpresiva y su obtención no es atribuible por negligencia, impericia o malicia al órgano acusador.

De lo dicho, es nítido sostener que el recurrente intenta prolongar una discusión que ya en su momento fue resuelta de manera adversa por el *a quo*, al considerar que por las circunstancias esbozadas por la fiscalía, sí era viable acceder al descubrimiento probatorio en la audiencia preparatoria, decisión que a la postre no fue recurrida por quién fungía como defensor del señor Faustino Hernández Guzmán. Ahora, sobra precisar que aunque ese acto de descubrimiento probatorio fue realizado al iniciar la audiencia preparatoria, el Defensor y el procesado, lograron conocer la finalidad del mismo, pudiendo hacer uso de su derecho a solicitar un tiempo prudencial para preparar su estrategia defensiva frente a ese medio de convicción, solicitar el aplazamiento de la diligencia o presentar solicitud de inadmisión, rechazó o exclusión, e incluso recurrir el auto que admitió esa evidencia física. Así las cosas, es evidente que la censura planteada busca controvertir una actuación que ya hizo tránsito a cosa



juzgada, soslayando así el “*principio de preclusividad de los actos procesales fundado en el carácter progresivo del proceso penal (antecedente-consecuente), conforme el cual no es viable retrotraer la actuación a ciclos o estadios culminados, a no ser que se hayan configurado transgresión o desconocimiento de garantías fundamentales, en cuyo caso es preciso el decreto de nulidad*”⁸, situación que aquí no se verifica, de acuerdo con lo que se ha explicado.

Referente al punto anterior, pertinente resulta traer a colación una postura jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en la cual ha indicado que:

«....al inicio del debate probatorio ya debe estar superada cualquier discusión en torno de su práctica, porque precisamente para ello se diseñó la audiencia preparatoria, escenario en que se resuelven todos los debates vinculados con dicha temática, a través de un auto que habrá de contener la clase de prueba a practicarse en el juicio, la forma de su incorporación, el orden de su presentación, aquello que se excluye del debate, etcétera; proveído susceptible de los recursos correspondientes, pero que una vez en firme, deja zanjada toda la discusión al respecto».⁹ (Negrillas de la Sala).

Aunado a lo anterior, se tiene que cuando se presenta un descubrimiento probatorio tardío o extemporáneo, dicha circunstancia no da lugar a invalidar la actuación, siempre que, en todo caso, se haya realizado con suficiente antelación al inicio del debate

⁸ CSJ. Sala Especial de Primera Instancia, radicado 00002.

⁹ CSJ AP2421-2014 Rad. 43841 reiterada entre otras, en AP5911-2015, Rad. 46109, AP3787-2018; Rad. 53364



probatorio¹⁰. Y es que, ello no es de otra manera, ya que la finalidad del descubrimiento es que la defensa logre conocer a tiempo, o sea previo a la audiencia pública de juicio oral, todos los medios suasorios en poder de la fiscalía que irían a soportar su teoría del caso, a fin de que el procesado y su abogado enfoquen sus intereses para ejercer el derecho de defensa en su componente de contradicción.

Bajo esta perspectiva, ninguna afectación real se produjo por el descubrimiento tardío de un medio de convicción por parte de la fiscalía, por lo que el *a quo* no erró al permitir dicho acto en la audiencia preparatoria, luego del cual, el reproche deviene infundado.

Por último, se debe indicar que el argumento orientado a demostrar la falta del principio de convalidación como presupuesto para sacar adelante la nulidad presentada, por cuanto el defensor que actualmente representa los intereses del procesado no fue el mismo que participó en la audiencia preparatoria; dicho planteamiento carece de sentido jurídico procesal, toda vez que es criterio sostenido de vieja data, que la defensa técnica es una sola, independientemente del número de abogados que puedan intervenir en la actuación penal. Entonces, sino se cuestionó aquella decisión a través de los recursos ordinarios, existió un consentimiento tácito por parte de la defensa técnica en la irregularidad denunciada, la cual, como se ha indicado, no se configuró en el caso de marras.

¹⁰ AP-6140-2014. “La finalidad del trámite de descubrimiento probatorio es que las partes lleguen al juicio oral con pleno conocimiento de los medios cognoscitivos de la contraparte, con una estrategia ofensiva o defensiva debidamente preparada con plenas garantías de sus derechos. Debe tenerse en cuenta que la irregularidad expuesta por el recurrente, en este evento, resulta inane, en la medida en que aquella no produjo un resultado real y concretamente adverso o lesivo para el ejercicio de los derechos de la Fiscalía, la cual tuvo acceso a los medios de prueba de la defensa, pudiendo preparar su estrategia acusadora con suficiente antelación, ya que el juicio oral se retomó el 11 de agosto del año en curso, casi tres meses después, lo que representa un tiempo prudencial para el análisis y planeación de la teoría del caso.



TRIBUNAL SUPERIOR
TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
SALA PENAL

Procesado: FAUSTINO HERNÁNDEZ GUZMAN
Procesado: FAUSTINO HERNÁNDEZ GUZMAN
Asunto: SOLICITUD DE NULIDAD
Asunto: SOLICITUD DE NULIDAD
Radicado: 13-468-6001119-2019-00094
Radicado: 13-468-6001119-2019-00094
Radicado interno: Grupo 13-0011 De 2020.
Radicado interno: Grupo 13-0011 De 2020.

Por lo brevemente expuesto; y ante la no concurrencia del supuesto de hecho señalado por el recurrente como causal nultante, la Sala confirmará la decisión de primera instancia.

84. En razón y mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Cartagena, en Sala de Decisión Penal,

9. RESUELVE E.

PRIMERO. CONFIRMAR, el auto interlocutorio proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Mompós (Bolívar) el día 9 de junio de 2020, por los términos aquí indicados.

SEGUNDO. REMITIR el expediente al Juzgado de origen, por intermedio de la Secretaría; para la continuación del trámite correspondiente.

TERCERO. REGISTRAR por intermedio de la Secretaría, de la Sala Penal de este Tribunal lo resuelto en la presente providencia en el sistema de Justicia XXI.

CUARTO. La presente decisión queda notificada en estrados y contra ella no proceden recursos.

COMUNIQUESE Y CÚMPLASE,
COMUNIQUESE Y CÚMPLASE,

JOSÉ DE JESÚS CUMPLIDO MONTIEL
JOSÉ DE JESÚS CUMPLIDO MONTIEL
MAGISTRADO PONENTE.
MAGISTRADO PONENTE.

REPUBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR
REPUBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR

TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
SALA PENAL

Procesado: FAUSTINO HERNÁNDEZ GUZMAN
Procesado: FAUSTINO HERNÁNDEZ GUZMAN
Radicado: 3468-6001-001-2019-00094
Radicado: 3468-6001-001-2019-00094
Radicado interno: Grupo 13- 0011 De 2020.



FRANCISCO ANTONIO PASCUALES HERNÁNDEZ
FRANCISCO ANTONIO PASCUALES HERNÁNDEZ
MAGISTRADO
MAGISTRADO



PATRICIA HELENA CORRALES HERNÁNDEZ
PATRICIA HELENA CORRALES HERNÁNDEZ
MAGISTRADA
MAGISTRADA

LEONARDO DE JESÚS LARIOS NAVARRO
LEONARDO DE JESUS LARIOS NAVARRO
Secretario