

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL**

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

Magistrada Ponente

AP2574-2015

Radicado No. 45667

Aprobado Acta No. 175

Bogotá D.C., veinte (20) mayo de dos mil quince (2015).

VISTOS

Se pronuncia la Sala sobre el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de víctimas contra la decisión del 26 de febrero de 2015 por cuyo medio la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali denegó su pretensión de incorporar nueve elementos materiales probatorios no descubiertos por la Fiscalía.

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. El 8 de julio de 2011 *Francisco José Sintura Varela*, en representación de *José Ulloa Urdinola*, denunció a los

doctores *Henry Cadena Franco*, Magistrado del Tribunal Superior de Cali, y *ELSA AMPARO URIBE SÁNCHEZ*, Jueza Octava de Familia de esa ciudad, por la presunta comisión de los delitos de prevaricato por acción y por omisión con ocasión de las determinaciones adoptadas dentro del proceso No. 2007-00621-00 de declaratoria de indignidad adelantado a instancias de *María del Carmen Pérez Cobas* representante de *Blanca Macarena Ulloa Pérez* en contra *Ulloa Urdinola*. En particular cuestiona las determinaciones en torno a la medida cautelar, su levantamiento y la caución ordenada respecto del Fideicomiso ADM 070 Ingenio Providencia en Alianza Fiduciaria S.A..

2. El 22 de mayo de 2014, ante el Juzgado Diecisiete Penal Municipal de Cali, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior imputó a la doctora *ELSA AMPARO URIBE SÁNCHEZ* la comisión de los delitos de prevaricato por acción en concurso homogéneo¹ y prevaricato por omisión.

3. El 16 de julio siguiente se radicó escrito de acusación por los aludidos delitos; la audiencia se realizó el 25 de septiembre de 2014 ante el Tribunal Superior de Cali y la vista preparatoria se inició el 26 de febrero de 2015.

En esta última el apoderado de víctimas manifestó tener observaciones al proceso de descubrimiento

¹ Se censuran las determinaciones que adoptó en los autos del: 1. 3 septiembre de 2007; 2. 30 de junio de 2009; 3. 8 de octubre y de 2010 y 12 de mayo de 2011; 4. 14 de septiembre de 2011; 5. 4 de febrero de 2011 y 6. 8 de junio de 2011.

probatorio de la Fiscalía en tanto omitió descubrir nueve documentos de importancia para materializar los derechos de verdad, justicia y reparación de su representado². En consecuencia, solicitó autorización para trasladarlos al ente acusador para que los incorpore a la actuación.

La defensa se opuso a dicha pretensión por cuanto la etapa de descubrimiento para la Fiscalía y las víctimas precluyó en la audiencia de acusación.

4. La Colegiatura de primera instancia negó la petición, decisión contra la que el apoderado de víctimas interpuso reposición y en subsidio apelación, siendo denegada la primera y concedida la segunda ante esta Corporación.

PROVIDENCIA IMPUGNADA

La Sala Penal del Tribunal Superior de Cali considera que la petición del apoderado de víctimas se identifica más con la adición extemporánea al descubrimiento probatorio que con las observaciones al mismo. Y aunque la víctima tiene derechos reconocidos por la jurisprudencia en materia

² Los documentos que el peticionario pretende incorporar reposan en la investigación No. 760016000199-2011-01464 de la Fiscalía y son: 1. Entrevista de *Álvaro Pío Palau*; 2. Entrevista de *Juan Antonio Ulloa Urdinola*; 3. Entrevista de *Ramiro Bejarano Guzmán*; 4. Entrevista *Hernán Fabio López Blanco*. 5. Entrevista de *Álvaro Córdoba*; 6. Interrogatorio de *ELSA AMPARO URIBE SÁNCHEZ*. 7 y 8. Conceptos jurídicos de *Hernán Fabio López Blanco* y *Ramiro Bejarano Guzmán*; 9. Solicitud del abogado *Edgardo Villamil Portilla* a la Sala de Familia del Tribunal Superior de Cali para que ejerza control de legalidad sobre el proceso de indignidad seguido en el Juzgado Octavo de Familia.

probatoria, deben ejercerse en la forma y oportunidad establecida en el debido proceso.

En ese orden, afirma, la víctima puede descubrir y solicitar pruebas con apego al rigor procesal y jurídico, siendo la oportunidad pertinente la audiencia de formulación de acusación. En el caso examinado, desde esa diligencia se le reconoció como interviniente especial, no obstante lo cual no efectuó descubrimiento probatorio ni la Fiscalía incluyó los elementos que ahora pretende incorporar.

Precisa que el descubrimiento probatorio es un acto complejo y sucesivo que no se realiza en un solo momento sino en varias etapas; sin embargo, añade, ello no significa que pueda hacerse de manera desordenada y arbitraria.

Por demás, colige, las observaciones hacen relación con la entrega de la información descubierta por parte de la Fiscalía, lo cual no comporta habilitar una nueva oportunidad para suplir omisiones específicas en el descubrimiento.

LA IMPUGNACIÓN

El apoderado de víctimas refiere que la Corte Constitucional tiene establecido que en la audiencia preparatoria las víctimas pueden hacer el descubrimiento y solicitud probatoria. Como esa es la etapa en la que se encuentra el proceso, su pretensión resulta viable, con

mayor razón cuando esa tesis ha sido avalada por esta Corporación³.

Lo que se discute, agrega, es si las víctimas pueden hacer observaciones al proceso de descubrimiento probatorio de la Fiscalía. A ello limitó su intervención, pues sólo ha señalado que esa entidad no descubrió la totalidad de elementos materiales probatorios y omitió algunos importantes para los intereses de su representado. Por ello considera que el descubrimiento de los nueve elementos con vocación probatoria no sorprende a la defensa en tanto los conoce porque hacen parte de la denuncia descubierta por la Fiscalía.

ARGUMENTOS DE LOS NO RECURRENTE

La **Fiscalía** reconoce no haber descubierto los elementos materiales probatorios señalados por el apoderado de víctimas; así mismo confirma que reposan en su carpeta. Sin embargo, opina, si el apoderado de víctimas los requiere, tiene la oportunidad de hacer sus solicitudes probatorias pero no como observaciones al proceso de descubrimiento del ente acusador.

El defensor pide mantener la decisión dada la extemporaneidad del descubrimiento probatorio del apoderado de víctimas, con mayor razón cuando no es cierto que la defensa, material y técnica, conozca los citados

³ El apoderado de víctimas cita equivocadamente la sentencia C-456 de 2007; sin embargo, la decisión correcta es la C- 454 del 7 de junio de 2006.

documentos por cuanto la Fiscalía sólo descubrió la denuncia sin anexos ni soportes probatorios.

En el estado procesal actual, afirma, la víctima sólo puede hacer observaciones y no nuevos descubrimientos probatorios porque ello desquicia la estructura procesal en tanto existirían dos acusadores con la consecuente afectación del principio de igualdad de armas. En ese orden, el apoderado de víctimas debió develar esos elementos o solicitar a la Fiscalía que lo hiciera en la audiencia de acusación; como no lo hizo, no está habilitado para hacerlo en la diligencia preparatoria.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Corte es competente para conocer este asunto, de conformidad con lo establecido en el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 906 de 2004, por tratarse de un auto proferido en primera instancia por un Tribunal Superior.

En orden a definir la impugnación propuesta, la Sala abordará el estudio de los siguientes tópicos derivados de la argumentación expuesta por el recurrente: i) el descubrimiento probatorio y ii) del caso concreto.

i) Sobre el descubrimiento probatorio

Acorde con el artículo 250-4⁴ Superior, el juzgamiento en el sistema penal acusatorio debe ser “*público, oral, con*

⁴ Modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo 03 de 2002.

inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías”.

La posibilidad de controvertir las pruebas constituye garantía esencial de la sistemática procesal nacional y, por ello, debe asegurarse que, con la debida antelación la Fiscalía y la defensa conozcan las evidencias y elementos materiales probatorios que la contraparte pretende hacer valer en el juicio, a efectos de que puedan preparar la demostración de la teoría del caso.

En ese contexto, el descubrimiento probatorio está vinculado indisolublemente al debido proceso y al derecho a la defensa, en razón a la trascendental incidencia de dicho instituto en el desarrollo de la actividad de cada una de las partes. Al respecto, la Sala ha señalado:

Lo anterior implica que, como lo ha indicado la jurisprudencia de la Corte, el descubrimiento probatorio constituye parte de la esencia del sistema adversarial consagrado en nuestro ordenamiento jurídico, y por tal motivo la fiscalía y la defensa deben suministrar, exhibir o poner a disposición todos los elementos materiales probatorios y evidencia física que posean como resultado de sus averiguaciones y que pretendan sean decretadas como pruebas y practicadas en el juicio oral en sustento de sus argumentaciones, permitiendo de esa manera que la contraparte conozca oportunamente cuáles son los instrumentos de prueba sobre los cuales el adversario fundará su teoría del caso y, de ese modo, elaborar las distintas estrategias propias de la labor encomendada en procura del éxito

de sus pretensiones” (CSJ AP 21 noviembre 2012, Rad. No. 39948) (subrayas fuera de texto).

Así mismo, el artículo 15 de la Ley 906 de 2004 establece que *“las partes tendrán derecho a conocer y controvertir las pruebas así como a intervenir en su formación, tanto las que sean producidas o incorporadas en el juicio oral y en el incidente de reparación integral, como las que se practiquen en forma anticipada”*.

Con la finalidad de materializar la igualdad de condiciones y de oportunidades de los intervinientes en el juicio, los artículos 344, 356 y 374 del citado estatuto regulan la oportunidad procesal para que la Fiscalía y la defensa efectúen el descubrimiento probatorio que permita a la contraparte ejercer a cabalidad la contradicción.

En tal sentido, el correcto y oportuno descubrimiento probatorio constituye condición *sine qua non* para la admisibilidad de la prueba porque, según el artículo 346 *ibídem*, el juez tiene la obligación de rechazar todas aquellas evidencias o elementos probatorios respecto de los cuales no se haya cumplido el deber de revelar información durante el procedimiento de descubrimiento. Por ende, los medios de convicción que no sean descubiertos en la oportunidad legalmente establecida, no pueden aducirse al proceso, controvertirse, ni practicarse durante el juicio oral.

Las facultades de las víctimas en materia de descubrimiento probatorio (art. 344), observaciones al mismo (art. 356), postulación probatoria (art. 357), solicitud de exhibición de elementos materiales de prueba (art. 358), exclusión, rechazo o inadmisibilidad de medios de pruebas (art. 359), entre otros, omitidas en la Ley 906 de 2004, han sido reconocidas por la Corte Constitucional en diferentes pronunciamientos, por manera que actualmente cuentan con la posibilidad de intervenir a través de la Fiscalía en cada una de estas etapas, con lo cual se garantiza su acceso efectivo a la administración de justicia.

Así, la sentencia C- 209 de 2007 declaró la exequibilidad condicionada del artículo 344 de la Ley 906 de 2004 bajo el entendido de que la víctima también puede solicitar el descubrimiento de elementos materiales probatorios o evidencia física. Igual determinación adoptó respecto de los artículos 356, 358 y 359 *ibídem* sobre las observaciones al descubrimiento, la solicitud de exhibición de elementos materiales de prueba y la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de medios de pruebas.

Por su parte el fallo C-454 de 2006 declaró la constitucionalidad condicionada del artículo 357 en el entendido que los representante de las víctimas pueden hacer solicitudes probatoria en igualdad de condiciones que la defensa y la Fiscalía.

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

Ahora, la Sala ha precisado que la intervención de las víctimas en punto del descubrimiento y solicitud probatoria debe concretarse a través de la Fiscalía para preservar el principio de igualdad de armas y la estructura adversarial del sistema acusatorio:

“Esa alusión a la igualdad de condiciones de la víctima, la defensa y la Fiscalía, en el campo probatorio, no deja de ser un enunciado teórico que no se puede concretar en la práctica, pues el estatuto procesal y las decisiones de constitucionalidad exigen que la práctica de las pruebas en el juicio oral corresponde, de manera exclusiva y excluyente, a las partes, esto es, a la Fiscalía y a la defensa.

De tal manera que para hacer efectiva la facultad de solicitar pruebas, la situación debe valorarse desde quienes tienen la potestad para intervenir en su práctica. Por tanto, si los llamados a ese procedimiento son exclusivamente Fiscalía y defensa, es a tales partes a las cuales se impone exigir la carga del descubrimiento probatorio en las instancias de ley.

En ese contexto, indefectiblemente, en el tema tratado la víctima tiene la carga de hacer causa común con la Fiscalía, en el entendido de que esta es la titular de la acción penal, la dueña de la acusación (acto que garantiza los derechos de la víctima) y la única llamada a introducir las pruebas. Por tanto, las solicitudes probatorias de la víctima deben ser canalizadas por medio del único interlocutor válido que puede allegarlas y controvertirlas en el debate oral.

Y como el ente acusador está obligado a hacer descubrimiento probatorio, se entiende que en ese acto tiene la obligación de incluir las pruebas que la víctima pretende solicitar. Por eso, dentro de las instancias legales respectivas, hay que propiciar los momentos para facilitar a la víctima se informe y entregue a la Fiscalía los elementos probatorios que desea hacer valer, con lo cual la acusación hará los respectivos descubrimiento y solicitud.

El procedimiento señalado en modo alguno va en detrimento de los derechos de la víctima, reconocidos constitucional y legalmente y desarrollados por la Corte Constitucional. Lo que sucede, incluso desde las razones del último Tribunal, es que las garantías del perjudicado con el delito se impone desarrollarlas sin permitir el resquebrajamiento del sistema de enjuiciamiento criminal concretado a partir del debate realizado por dos contrarios frente a un juzgador imparcial, estructura que necesariamente impide la participación de un tercero. (...).

No debe dejarse de lado que, independientemente de sus derechos y de la obligación de la administración de justicia de garantizárselos, constitucional y legalmente la víctima no es “parte”, sino “interviniente” procesal y permitirle la participación absoluta en el juicio, sin límites, equiparándola a la defensa y a

la Fiscalía, comportaría desnaturalizar su carácter para convertirla en “parte”.

Desde un criterio de ponderación se tiene, entonces, que en el desarrollo del juicio se impone garantizar la participación efectiva de la víctima en aras de la protección de sus derechos, pero igual deben protegerse los derechos a un debido proceso constitucional y legal y los del acusado, contexto dentro del cual la solución propuesta surge justa, en tanto hace efectiva la potestad del perjudicado de solicitar pruebas, sólo que por intermedio del adversario habilitado para introducirlas, lo cual, a su vez, garantiza no solamente el respeto al esquema de enjuiciamiento criminal, sino que el acusado se defenderá de un solo oponente”. (CJS AP 7 diciembre 2011, Rad. No. 37596).

ii) Del caso concreto

El apoderado de víctimas manifiesta en la audiencia preparatoria a título de “*observación*” que la Fiscalía omitió descubrir nueve elementos materiales probatorios de vital importancia para sus intereses. En razón a ello solicita autorización para trasladarlos al ente acusador con el propósito de que los incorpore a la actuación.

Pues bien, la Corte ratificará la decisión impugnada por cuanto la pretensión del apoderado de víctimas no se enmarca dentro del concepto de observación sino que apareja un descubrimiento probatorio tardío, improcedente en el estadio procesal actual.

En efecto, las observaciones hacen referencia a las advertencias, glosas o reparos efectuados por las partes e intervinientes al suministro de la información y documentación que soporta la acusación, esto es, a los elementos materiales probatorios y evidencia física ya descubiertos, especialmente los que lo han sido fuera de la sede de la audiencia. No incluye, por tanto, la adición de nuevos medios probatorios porque precisamente se trata de hacer comentarios o reproches a la forma como han sido exhibidos o entregados los que ya fueron revelados, con el propósito de que el proceso de descubrimiento sea completo, de manera que si existen falencias el juez ordene su complemento.

No se olvide que el descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física se encuentra sometido a un orden metódico y cronológico, en aras de garantizar, entre otros, los principios de igualdad, contradicción y lealtad.

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

En ese orden, ese interviniente especial debe efectuar el descubrimiento probatorio, por conducto de la Fiscalía, en la audiencia de acusación en tanto el canon 344 de la Ley 906 de 2004 establece que “dentro de la audiencia de formulación de acusación se cumplirá lo relacionado con el descubrimiento de la prueba”. En consecuencia, la regla general impone el descubrimiento en la audiencia de acusación, con la excepción señalada en el artículo 356-2 *ibídem*, acorde con el cual la defensa lo realiza en la audiencia preparatoria.

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

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

En consecuencia, la pretensión de adicionar el descubrimiento de la Fiscalía, arropándolo con la apariencia de “observaciones”, es absolutamente improcedente porque

se orienta a subsanar la omisión del recurrente de revelar, por conducto de la Fiscalía, sus medios probatorios en la audiencia de acusación. En otras palabras, no está habilitado para utilizar la etapa de las observaciones para subsanar su falencia, so pena de vulnerar la estructura del sistema procesal adversarial y el debido proceso que le es propio.

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

RESUELVE

1. CONFIRMAR la decisión impugnada, contenida en el auto del 26 de febrero de 2015 proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali, por lo expuesto.

2. DEVOLVER la actuación al Tribunal de origen para lo de su cargo.

Esta determinación queda notificada en estrados y contra ella no procede recurso alguno.

Notifíquese y Cúmplase.

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria