El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

|  |  |
| --- | --- |
| Radicación: | 664006000064 2016 00461 01 |
| Acusado: | José Nedy Hurtado Hurtado |
| Delito: | Homicidio en grado de tentativa. |
| Asunto:  | Apelación auto.  |
| Procede: | Juzgado Promiscuo del Circuito de la Virginia.  |
| Decisión: | Confirma auto recurrido. |

**TEMAS: DESCUBRIMIENTO PROBATORIO / NATURALEZA Y OBJETO / SE CUMPLE RELACIONANDO LA PRUEBA EN EL ESCRITO DE ACUSACIÓN / AUTO QUE DECRETA PRUEBAS NO ES APELABLE / SÍ LO ES EL QUE RESUELVE SOLICITUD DE RECHAZO PROBATORIO.**

¿Faltó la Fiscalía a sus deberes de descubrimiento probatorio, al no contestarle a la Defensa un derecho de petición en el que le solicitaban que informaran el domicilio en donde podía ser ubicada la victima CARLOS ANDRÉS MURILLO, lo que implicaba que ante tal incumplimiento, la práctica de dicha prueba testimonial de cargo debía ser objeto de la sanción procesal del rechazo probatorio consagrada en el artículo 346 C.P.P.?

… la figura denominada el descubrimiento probatorio, el cual de conformidad con los postulados que rigen el debido proceso probatorio, reclama a todas las partes e intervineintes que deben darle a conocer a su opositor los medios de prueba con los que pretenden estructurar su teoría del caso, desarrollada en el Juicio Oral. Lo anterior, con la finalidad de evitar actos que afecten los principios de lealtad procesal y contradicción. (…)

… pese a los reprochables mutismos de la Jueza de primer nivel, no le asiste razón al recurrente en la tesis de su discrepancia, porque no nos encontramos en presencia de un ocultamiento probatorio por parte del Ente Acusador, pues la prueba testimonial objeto de discordia se encontraba consignada dentro del escrito de acusación presentado por la Fiscalía, descubrimiento que se perfeccionó en el momento procesal destinado para tal fin, esto es la audiencia de formulación de acusación, diligencia que en el presente asunto tuvo ocurrencia el 5 de abril de 2018, en la cual y al mismo tiempo se dio el traslado de todos los emp que poseía la Fiscalía, entre ellos, las dos entrevistas realizadas a la víctima…

… la apelación se interpuso en contra de un auto que ordenó la práctica de una prueba, que sería común para las partes, como lo es el testimonio de la víctima CARLOS ANDRÉS MURILLO, lo cual daría pie para considerar que se está en presencia de una providencia inapelable, si partimos de la base consistente en que acorde con la línea jurisprudencial trazada por la Corte, las providencias que ordenan la práctica de pruebas no son susceptibles de alzada.

Pero, si analizamos más a fondo lo que en verdad busca y pretende el apelante con la alzada, vemos que la respuesta sería afirmativa, ya que la tesis de su inconformidad tiene relación con una hipótesis de rechazo probatorio y no de admisión de una prueba, evento este que si sería susceptible del recurso de alzada…

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**Magistrado Ponente:**

 **MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**AUTO INTERLOCUTORIO DE 2ª INSTANCIA**

Aprobado Acta No. 964 del 31 de octubre de 2018.H: 01:10 p.m.

Pereira, primero (01) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)

Hora: 09:07 a.m.

**VISTOS:**

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a resolver el recurso de apelación interpuesto en contra de una decisión proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de la Virginia, en el devenir de la audiencia preparatoria celebrada el 8 de octubre de 2018, en la cual no se accedió a la solicitud deprecada por la Defensa para que se rechazara por indebido descubrimiento un elemento material probatorio *(emp)* aportado por el Ente Acusador, dentro de la causa que se sigue al ciudadano **JOSÉ NEDY HURTADO HURTADO**, por incurrir en la presunta comisión del delito de Homicidio en grado de tentativa.

**ANTECEDENTES:**

Los hechos génesis del presente proceso, tuvieron su origen el 9 de julio de 2016 en barrio Tangarife I del municipio de la Virginia, y acorde con lo consignado en el escrito de acusación, se dice que a eso de las 09:10 horas ingresó una llamada a la línea de emergencia 123 de la Policía Nacional, mediante la cual un ciudadano informó que en un sector del barrio Tangarife I se encontraba lesionada una persona de sexo masculino, quien había sido herida con arma cortopunzante. Tal situación originó el desplazamiento inmediato de la patrulla policial hacia el sitio aludido por el informante, y al arribar a la calle 21 con carrera 7 del citado barrio, observaron una persona, posteriormente identificada como CARLOS ANDRÉS MURILLO MURILLO, quien presentaba varias heridas ocasionada con arma blanca, a quien auxiliaron trasladándolo hasta las instalaciones del hospital San Pedro y San Pablo de esa localidad, en donde le brindaron la correspondiente asistencia medica al lesionado, el cual presentaba varias heridas: una en el cuello, región infra mastoidea izquierda, otra más en el antebrazo izquierdo, otra en cara dorsal del tórax posterior, otra a nivel paravertebral derecho y una última en el glúteo derecho.

Como consecuencia de las heridas infligidas en la humanidad de CARLOS ANDRÉS MURILLO, se le dictaminó una incapacidad médico-legal definitiva de 60 días, con secuelas de deformidad física y perturbación funcional de los miembros inferior y superior izquierdo y de los órganos del sistema nervioso central.

En lo que tiene que ver con lo acontecido, la víctima, CARLOS ANDRÉS MURILLO, en su convalecencia, le dijo a la Policía Judicial que es un habitante de calle y que el día de los hechos se encontraba durmiendo en un andén del barrio Tangarife I, cuando sintió que era golpeado, motivo por el cual se despertó y pudo observar que eran tres personas quienes lo estaban agrediendo sin mediar palabra, y que uno de ellos extrajo un arma cortopunzante con la que lo acuchillo repetidamente.

**SINOPSIS DE LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1) Las audiencias concentradas de legalización de captura, formulación de imputación y solicitud de imposición de medida de aseguramiento se efectuaron ante el Juzgado Promiscuo Municipal de la Virginia el día 20 de octubre de 2017, en contra del señor JOSÉ NEDY HURTADO HURTADO, a quien, después de impartírsele legalidad a su aprehensión, se le endilgaron cargos por incurrir en la presunta comisión del delito de homicidio en grado de tentativa, cargos que no fueron aceptados por el indiciado. Finalmente, en lo que tiene que ver con la medida de aseguramiento la Fiscalía solicitó imponer la detención preventiva en establecimiento de reclusión, sobre la cual y por solicitud de la Defensa el Despacho sustituyó por detención en lugar de residencia.

2) El 18 de diciembre de 2017 el Ente Acusador radicó escrito de acusación en contra del presunto responsable, ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de la Virginia. Quien asumió el conocimiento de la actuación, realizando la audiencia de formulación de acusación el 5 de abril de 2018, diligencia en la cual se acusó JOSÉ NEDY HURTADO HURTADO como autor a título de dolo del delito de homicidio en grado de tentativa.

3) La audiencia preparatoria tuvo ocurrencia ante el mismo Juzgado de conocimiento el 8 de octubre del 2018, vista pública en la que la Defensa deprecó el rechazo de una prueba, petición esta que no fue atendida por el Juzgado *A quo*, decisión que a su vez suscitó para que la Defensa se alzara.

**EL AUTO OPUGNADO:**

Como se dijo anteriormente se trata de la decisión tomada por el Juzgado Promiscuo del Circuito de la Virginia, en desarrollo de la audiencia preparatoria celebrada el 8 de octubre del 2018, en la cual se admitieron todas las pruebas solicitadas por las partes, sin atender de manera clara y previa la petición que presentó la Defensa, encaminada a que fuera rechazada la solicitud deprecada por la Fiscalía en el sentido que se oyera el testimonio de CARLOS ANDRÉS MURRILLO MURILLO, víctima dentro de las presentes diligencias, en atención a que pese que ese *emp* fue descubierto en sede de formulación de acusación, de forma posterior la Defensa radicó un derecho de petición ante la Fiscalía para que le diera a conocer una dirección donde localizar a la víctima, solicitud que no obtuvo respuesta, por lo cual adujo el recurrente que ese ese *emp* antes mencionado no fue descubierto en debida forma, por lo que el mismo debía ser objeto de la sanción de que trata el artículo 346 del C.P.P., no obstante.

Es de anotar que el recurrente aclaró que debía rechazar el testimonio de la víctima, pero solo como prueba de la Fiscalía y no de la Defensa (prueba que fue solicitada por este último en la misma audiencia como prueba *común*).

Ante la petición de la Defensa, la Jueza *A quo*, inicialmente adujo que para poder tomar una decisión de fondo debía conocer primero la conducencia y la pertinencia de todos los elementos probatorios aducidos por cada parte, para después manifestar que admitía en su totalidad todos los elementos de prueba solicitados por la Defensa y la Fiscalía, toda vez que a su arbitrio son útiles, pertinentes y necesarios. Y ante un segundo requerimiento deprecado por la Defensa para que se pronunciara de fondo frente a la solicitud de rechazo esbozada por esté, *la A quo* sostuvo que para ese Despacho era fundamental que la víctima concurriera para ser interrogado y contrainterrogado, haciendo claridad que no se puede desconocer que el testigo es un habitante de calle, del cual se desconoce su ubicación, situación que no genera certeza de la asistencia del mismo al Juicio Oral.

En consecuencia, la *A quo* decretó como prueba común del Ente Acusador y la Defensa el testimonio de la víctima.

**LA ALZADA:**

La Defensa, como recurrente señaló que en atención a los dos requerimientos antes mencionados, en aras a que la Juez de primer nivel se pronunciara frente a la solicitud de rechazo probatorio deprecada por esté en los términos anteriormente formulados, y en vista de que la falladora no respondió en forma clara y concreta a lo pedido, la Defensa discrepó de la decisión del despacho de aceptar como *emp* común de la Fiscalía y la Defensa la prueba testimonial del señor Carlos Andrés Murillo Murillo, en su calidad de víctima dentro de las presentes diligencias, para lo cual justificó su solicitud en la tesis consistente en que si bien en la audiencia de formulación de acusación celebrada el 5 de abril de 2018, la Fiscalía al momento de realizar su descubrimiento probatorio enunció como prueba testimonial la del señor Murillo Murillo, empero en fecha posterior a la audiencia de acusación radicó una petición ante la Fiscalía, mediante oficio del 13 de junio del año 2018, encaminada a conocer información para localizar al testigo y entrevistarlo, con la intención de encontrar nuevos elementos que pudieran favorecer al encausado.

En consecuencia, adujó el reclamante que como quiera que de dicha petición no obtuvo ningún tipo de respuesta, el descubrimiento de ese elemento material probatorio “*fue incompleto*”, así, solicitó el rechazo de la prueba testimonial del señor Carlos Andrés Murillo Murillo (víctima), por ajustarse a la sanción establecida en el artículo 346 del C.P.P.

**LA REPLICA:**

La Fiscalía, como no recurrente, manifestó que la decisión adoptada por la *A quo* fue acertada, por cuanto el rechazo de la prueba testimonial de la víctima Carlos Andrés Murillo, solicitado por la Defensa no se ajustó a lo exigido por el artículo 346 del C.P.P., toda vez que según ese Delegado el actuar de la Fiscalía se realizó de conformidad con lo establecido por el principio de lealtad procesal, haciendo claridad que ese órgano persecutor

nunca ha tenido información sobre el sitio donde pueda ser ubicado el testigo, es decir, que no ocultó información alguna que hubiera podido generar un rechazo por descubrir la prueba de forma incompleta como lo planteó la Defensa.

Asimismo, indicó que se realizaron dos entrevistas a la víctima, de las cuales la primera fue practicada el 11 de julio de 2016, y aparece como sitio de notificación el municipio de Itsmina, Chocó. Y posteriormente a través de una orden a Policía Judicial, donde se tomó una segunda entrevista el 16 de noviembre del año 2016, adujo que la víctima nuevamente reveló que podía ser localizado en el municipio de Itsmina, Chocó, sin embargo, aportó el abonado telefónico # 313 607 3909, perteneciente a su progenitora.

Afirmó además ese delegado Fiscal que el no tener información referente a la ubicación de la víctima, no es una situación que se le pueda atribuir a la Fiscalía, por el hecho de que el señor Carlos Andrés Murillo Murillo es un habitante de calle, situación que fue conocida por su contraparte desde el inicio del proceso.

Adujo entonces el Delegado Fiscal que el testimonio de la víctima es necesario para ambas teorías del caso, como quiera que el señor Murillo Murillo, en su calidad de víctima, es quien sabe de las circunstancia de tiempo, modo y lugar de como se produjeron los hechos, al mismo tiempo puede aportar información respecto de la responsabilidad de las personas que cometieron el ilícito. De tal forma que si llegada la audiencia de Juicio Oral la Fiscalía no ha podido contactar a la víctima, tendrá que demostrar la inclusión como prueba de referencial al Juicio Oral de las dos entrevistas anteriormente mencionadas, realizadas a la víctima; de conformidad con lo dispuesto por el artículo 438 del C.P.P.

Así las cosas, solicitó que no se rechace el testimonio del señor Carlos Andrés Murillo Murillo como prueba de la Fiscalía, y en efecto sea admitido para ser escuchado en la audiencia de Juicio Oral.

**PARA RESOLVER SE CONSIDERA:**

**- COMPETENCIA:**

Esta Sala de Decisión, acorde con lo consagrado en el numeral 1º del artículo 34 del C.P.P. es la competente para resolver la presente alzada, en atención a que estamos en presencia de un recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado de manera oportuna en contra de un auto proferido en primera instancia por un Juzgado Promiscuo del Circuito.

**- PROBLEMA JURÍDICO:**

Del sustento del recurso, y la intervención de los no recurrentes, se desprende el siguiente problema jurídico:

¿Faltó la Fiscalía a sus deberes de descubrimiento probatorio, al no contestarle a la Defensa un derecho de petición en el que le solicitaban que informaran el domicilio en donde podía ser ubicada la victima CARLOS ANDRÉS MURILLO, lo que implicaba que ante tal incumplimiento, la práctica de dicha prueba testimonial de cargo debía ser objeto de la sanción procesal del rechazo probatorio consagrada en el artículo 346 C.P.P.?

**- SOLUCIÓN:**

Para poder resolver el problema jurídico atrás propuesto, considera esta Colegiatura que resulta válido hacer una claridad inicial, a fin de conjurar una controversia que podría surgir sobre la procedencia del recurso de alzada interpuesto por la Defensa, si se tiene en cuenta que la apelación se interpuso en contra de un auto que ordenó la práctica de una prueba, que seria común para las partes, como lo es el testimonio de la víctima CARLOS ANDRÉS MURILLO, lo cual daría pie para considerar que se está en presencia de una providencia inapelable, si partimos de la base consistente en que acorde con la línea jurisprudencial trazada por la Corte, las providencias que ordenan la práctica de pruebas no son susceptibles de alzada[[1]](#footnote-1).

Pero, si analizamos más a fondo lo que en verdad busca y pretende el apelante con la alzada, vemos que la respuesta sería afirmativa, ya que la tesis de su inconformidad tiene relación con una hipótesis de rechazo probatorio y no de admisión de una prueba, evento este que si sería susceptible del recurso de alzada según lo regulado en el # 5º del articulo 177 C.P.P. en consonancia con el inciso 3º del articulo 359 C.P.P.[[2]](#footnote-2), el cual tuvo su génesis en la posición de mutismo asumida por la Jueza de primer nivel de no pronunciarse de manera expresa y clara frente a la peticion de rechazo probatorio que la Defensa deprecó desde el inicio de la audiencia preparatoria, la cual, en últimas, resolvió tácitamente de manera negativa, cuando, mediante el auto confutado, ordenó, por ser procedente y conducente, como prueba testimonial común, la declaracion de la víctima CARLOS ANDRÉS MURILLO.

Superado el anterior escollo, para poder entrar a resolver el problema jurídico esbozado, es necesario recordar que el sistema penal acusatorio se encuentra fundado bajo el principio, entre otros, de la igualdad de armas, que en muchas ocasiones dentro del proceso se visualiza en la figura denominada el *descubrimiento probatorio*, el cual de conformidad con los postulados que rigen el debido proceso probatorio, reclama a todas las partes e intervineintes que deben darle a conocer a su opositor los medios de prueba con los que pretenden estructurar su teoría del caso, desarrollada en el Juicio Oral. Lo anterior, con la finalidad de evitar actos que afecten los principios de lealtad procesal y contradicción.

De igual modo, se ha establecido por el legislador que el descubrimiento probatorio puede ser susceptible de varios escenarios procesales, es decir, que es un acto procesal complejo, aunque en lo que concierne a la Fiscalía el artículo 344 del C.P.P., en concordancia con el artículo 250 de la Carta Política, establece que dicho descubrimiento tendría que darse con la presentación del escrito de acusación.

Asimismo, se debe resaltar, lo dispuesto en el literal f) del artículo 337 C.P.P. y el inciso 2º del artículo 250 de la Carta Política, que dispone que el deber endilgado a la Fiscalía de descubrir las pruebas que le sean favorables o desfavorables al procesado deberá hacerse en forma integral, en otras palabras, no le está permitido *ocultarle pruebas a la Defensa*.

Para el caso que nos cita, de entrada hay que revelar que, pese a los reprochables mutismos de la Jueza de primer nivel, no le asiste razón al recurrente en la tesis de su discrepancia, porque no nos encontramos en presencia de un ocultamiento probatorio por parte del Ente Acusador, pues la prueba testimonial objeto de discordia se encontraba consignada dentro del escrito de acusación presentado por la Fiscalía, descubrimiento que se perfeccionó en el momento procesal destinado para tal fin, esto es la audiencia de formulación de acusación, diligencia que en el presente asunto tuvo ocurrencia el 5 de abril de 2018, en la cual y al mismo tiempo se dio el traslado de todos los *emp* que poseía la Fiscalía, entre ellos, las dos entrevistas realizadas a la víctima, la primera practicada el 11 de julio de 2016 y la segunda el 16 de noviembre del año 2016, mismas en las que informó a través de los Investigadores adscritos a la Fiscalía del caso, que el testigo era habitante de calle del municipio de la Virginia, pero que posterior a los hechos que nos cita, se desplazaría al municipio de Istmina, Chocó. Igualmente, de esas evidencias se avizoraba que el testigo suministro el número de un abonado telefónico, perteneciente a su progenitora, con el cual podrían contactarlo.

Por lo tanto, si la Defensa sabía y tenía conocimiento de esas circunstancias, es lógico que la Fiscalía no incurrió en un acto de deslealtad procesal por ocultamiento de las pruebas cuando no le contestó el derecho de petición del cual el apelante se duele que no hizo el Ente Acusador, porque la Defensa sabía lo mismo que la Fiscalía respecto de las condiciones de habitante de calle de la víctima, así como del sitio en donde se podía ubicar ese testigo y como poder contactarlo. Por ende, si el deseo de la Defensa era entrevistar al Sr. CARLOS ANDRÉS MURILLO, es claro que con la información que obtuvo de las pruebas que le fueron descubiertas por el Ente Acusador, sabía donde se podía ubicar o contactar al testigo de marras.

Siendo así las cosas, para la Sala no existe duda alguna que la Fiscalía si cumplió de manera leal con sus deberes de descubrimiento probatorio, y en consecuencia no sería susceptible la petición de rechazo que en tales términos ha sido formulada por el apelante.

En suma a lo dicho en los párrafos anteriores es suficiente para que la Colegiatura confirme la providencia confutada, no sin antes hacer un poderoso llamado de atención a la Jueza de Primer nivel para que a futuro sea más diligente en lo que atañe con las respuestas a las peticiones formuladas por las partes en las audiencias, las cuales deben ameritar un pronunciamiento claro y expreso, y no a sinuosidades o mutismos como aconteció en el presente asunto.

Sin más por considerar, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala de Decisión Penal,

**RESUELVE:**

**PRIMERO:** **CONFIRMAR** el proveídoproferido por el Juzgado Promiscuo del Circuito de la Virginia, en el devenir de la audiencia preparatoria celebrada el 8 de octubre de 2018, en la cual tácitamente no se accedió a un petición de rechazo probatorio deprecada por la Defensa en lo que atañe con el testimonio, como prueba de la Fiscalía, del ciudadano CARLOS ANDRÉS MURILLO.

**SEGUNDO: ORDENAR** la remisión del presente expediente a su despacho de origen para que se continúe con la actuación.

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

**COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE:**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**Magistrado**

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

**Magistrado**

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

**Magistrado**

1. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Proveído del 27 de julio de 2016. AP4812-2016, Radicado N° 47469. [↑](#footnote-ref-1)
2. Lo que es producto de una interpretación extensiva y más garantista del contenido, en virtud de la cual se tiene que la alzada procede tanto en los eventos en los que se ordena la exclusión o el rechazo de pruebas, como cuando no se accede a una petición deprecada en tal sentido. [↑](#footnote-ref-2)