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 respectiva Secretaría.

**TEMAS: DESCUBRIMIENTO PROBATORIO / POR PARTE DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN / OPORTUNIDADES PROCESALES PARA HACERLO / EL RECHAZO SÓLO PUEDE SER SI EL DESCUBRIMIENTO NO SE HIZO POR CAUSA IMPUTABLE AL ENTE INVESTIGADOR.**

… el descubrimiento probatorio por parte de la FGN se da inicialmente con el escrito de acusación según el artículo 337-5 del CPP, en el cual el ente acusador debe poner en conocimiento a la defensa los EMP que va a presentar en el juicio oral. En torno a esta carga probatoria se ha dicho lo siguiente en la jurisprudencia pertinente de la SP de la CSJ:

“En este punto resulta del todo relevante reiterar que, en efecto, el descubrimiento probatorio no se realiza única y exclusivamente en un solo momento, pues existen cuatro oportunidades en que se puede surtir el descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física, de forma metódica y cronológica, esto es: (i) con la presentación por parte del fiscal, del escrito de acusación ante el juez de conocimiento; (ii) en la audiencia de formulación de acusación; (iii) en la audiencia preparatoria, y (iv) excepcionalmente en el juicio oral, conforme lo prevé el artículo 344 de la Ley 906 de 2004…”

En la misma providencia se agregó:

“Luego entonces, no sería posible atribuir al Ente Acusador no haber descubierto un medio de prueba que le era desconocido; sobre el particular debe recordarse el principio general de derecho según el cual, “nadie está obligado a lo imposible”, entonces, mal pudiera afectarse la administración de justicia para el caso concreto, en aras de cumplir una formalidad.

“De la norma mencionada se infiere que la sanción de rechazo es consecuencia de una acción u omisión atribuible a la Fiscalía, luego si no se descubrió por un evento que no puede endilgarse a esa Entidad, no puede aplicarse la consecuencia jurídica establecida, debiendo entonces no rechazarse el medio de conocimiento”. (…)

En este caso… si bien es cierto que el descubrimiento probatorio en lo atinente a las interceptaciones telefónicas se realizó fuera de tiempo, esto no constituye una violación al derecho de contradicción y al principio de lealtad procesal, toda vez que esta demora se produjo por causa no imputable a la FGN, derivada de la protección prediseñada que tenían esos CDS, para garantizar precisamente que no fueran alterados o editados y por ende queda claro que el vocero del ente acusador actuó en debida forma cuando de común acuerdo con la defensa se convino una reunión conjunta para que un técnico en la materia le colaborara a los abogados de los procesados para que pudieran escuchar los CD´s protegidos …

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA - RISARALDA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Proyecto aprobado mediante acta Nro. 1131 del dieciséis (16) de diciembre de dos mil diecinueve (2019)

Pereira, diecinueve (19) de diciembre de dos mil diecinueve (2019)

Hora: 2:32 p.m.

1. ASUNTO A DECIDIR

Se procede a resolver lo concerniente al recurso de apelación interpuesto por el defensor de los procesados JFAC y otros, en contra de la determinación adoptada por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Pereira, Risaralda en la audiencia preparatoria celebrada el 16 de octubre de 2019, donde se negó la exclusión de unas pruebas concernientes a una interceptación de comunicaciones de teléfonos celulares.

2. ANTECEDENTES

2.1 Según el escrito de acusación presentado por la Fiscalía General de la Nación[[1]](#footnote-1) el supuesto fáctico es el siguiente:

*HECHOS: Esta investigación tiene su inicio a partir del 01 de febrero de 2017 bajo el NUC. 110016099070201700008, con el objeto de desarticular una banda delincuencial dedicada a realizar secuestros, extorsiones, desplazamiento forzado, homicidios, desapariciones forzadas, tráfico de estupefacientes, tráfico y porte de armas con injerencia principalmente en la ciudad de Pereira; teniendo en cuenta que el 26 de enero de 2017, el grupo de inteligencia de la policía toma contacto con una persona “fuente humana” quien manifestó tener conocimiento sobre la estructura delincuencial denominada “LA OFICINA” la cual es conformada por una disidencia de la estructura conocida como “LA CORDILLERA” indicando las actividades delictivas que desarrollan como la extorsión, homicidios, microtráfico entre otros, aportando nombres de los integrantes y sus alias como también los abonados telefónicos utilizados.*

*Señala la fuente humana que los señores:*

*LCU “alias lucho” es la persona encargada de transportar droga, transporta a los sicarios de la organización, que porta armamento y realiza el cobro de las extorsiones.*

*JEAB “alias conejo” se dedica a la venta de estupefacientes, coordina homicidios y se dedica al cobro de extorsiones.*

*EAO “alias Mono leche”, transporta armas y estupefacientes y se dedica al cobro de extorsiones.*

*DCD “alias Tito”, coordina y participa en homicidios y extorsiones, reparte la nómina que tienen establecida a los del grupo en el barrio San Judas.*

*JLGS “alias Bombero Mayor”, delinque en el barrio Tokio, es el encargado de brindar seguridad en los puntos de expendio de droga.*

*RDCE “alias Rubén o la R”, es uno de los cabecillas, es hermano de alias el Topo, se encarga del cobro de las extorsiones, homicidios, secuestros, expendio de drogas, maneja a los jefes del barrio y manda en el sector de la pradera.*

*JGS “alias Bombero” delinque en los barrios Tokio y Remansó, le rinde cuentas a alias el Topo, es la persona que se encarga del expendio de drogas, realiza homicidios, desplazamientos y realiza cobro de extorsiones.*

*BEEP “alias Brayan” maneja la zona del barrio la mariana en Dosquebradas, maneja el cobro de extorsiones y el tráfico de droga.*

*DPS “alias Andrés", en cargado de cobrar extorsiones en el barrio en el sector de Dosquebradas en los barrios la marina, san diego y la pradera.*

*JFAC “alias Marrana o el Gordo”, encargado del cobro de extorsiones, consecución de armas de fuego, ha participado en secuestros y ha materializado homicidios.*

*AASO “alias Bombero Júnior", se encarga con alias conejo de la comercialización de sustancias en el barrio Tokio, como también ha participado en homicidios.*

*JMS “alias Salas” maneja los sectores de cola de gurre barrio Dosquebradas en lo que tiene que ver con homicidios, extorsiones y venta de droga.*

*WEGM “alias Wilson”, señala que es uno de los cabecillas de la organización criminal, encargado de las finanzas y coordinaciones delictivas en el departamento de Risaralda y otros departamentos, consigue las armas de fuego y ordena los cobros de dineros ilegales a nombre de la organización.*

*DLDR “alias la Mona", delinque en el sector el Remansó, se encarga del cuidado de la bodega donde se almacena la droga y las armas, se encarga de reclutar menores para el transporte de estupefacientes.*

*LJPD “alias la pinto”, se encarga del reclutamiento de niñas cargadas de droga para diferentes partes del país y maneja el expendio de drogas.*

*VMCP “alias Víctor”, encargado de cobrar extorsiones a los tenderos y a los transportadores públicos que también comercializa alucinógenos en el barrio Remanzo y Guayabal.*

*Es así que una vez realizadas las verificaciones previas y en desarrollo del programa metodológico, se obtuvieron declaraciones de víctimas, entrevistas, reconocimientos fotográficos, búsquedas selectivas en base de datos en empresas de telefonía celular, interceptación de comunicaciones de aproximadamente 54 líneas que venían siendo utilizadas por integrantes de este grupo delictivo, se realizaron inspecciones a procesos donde la mayoría se encuentran vinculados en investigaciones por otros delitos, se realizaron análisis link de las interceptaciones entre otros, contando entonces con suficiente material probatorio y evidencia física legalmente obtenida, que permitió lograr establecer que efectivamente si existe una estructura delincuencial conformada por aproximadamente treinta (30) personas aproximadamente entre hombres, mujeres e incluso menores de edad, quienes se dedican a realizar actos delincuenciales, logrando establecer los roles y funciones que cumplen cada uno de sus integrantes dentro de la estructura criminal.*

*De la información recolecta (sic) se tiene que, desde el mes de octubre de 2016, vienen delinquiendo y que hacen parte de este grupo delincuencial, alias EL MOCHO o EL CHUCHO, alias TOPO, alias RUBÉN o LA R, Alias BOMBERO JEFFERSON, alias BOMBERRO MAYOR, alias BOMBERO JUNIOR, alias CRIPILIANO, alias BELTRAN, alias BRAYAN, alias WILSON o MAÑAS entre otros, que su área de injerencia principalmente es en el Departamento de Risaralda específicamente los municipios de Pereira y Dosquebradas, también han desplegado sus actividades delictivas a otras ciudades del país, como Bogotá, y Florencia Caquetá. Actualmente este Grupo Delictivo Organizado, mantiene sembrando el terror en toda el área metropolitana de Pereira, teniendo el dominio de los principales barrios como: El Remanso, Tokio, Las Margaritas, Guayabal, el Intermedio, Las brisas, El Danubio, San Judas entre otros; liderados por integrantes de la oficina llamados jefes de zonas, quienes estarían encargados de recolectar el dinero producto de las extorsiones y la comercialización de sustancias estupefacientes. (…)”*

3. SOBRE LA ACTUACIÓN QUE DIO ORIGEN AL PRESENTE RECURSO

3.1 En la audiencia preparatoria que se adelantó el 4 de octubre de 2019, se presentaron las siguientes actuaciones relevantes:

* Luego de que las partes formularan sus peticiones probatorias (que el delegado de la FGN había empezado a relacionar en una audiencia anterior), la jueza de primera instancia solicitó que la bancada de la defensa y el representante de la FGN, se pronunciaran sobre las pruebas que se pretendían practicar en el juicio oral.
* En lo que atañe a la presente decisión, el togado Jhon Jairo Castaño Calderón, actuando como defensor de JFAC y otros dijo que en la audiencia celebrada el 1 de agosto de 2019, había hecho una solicitud de exclusión de todas las interceptaciones de líneas telefónicas referidas por el delegado de la FGN, lo mismo que de la información extraída de los celulares de sus representados que fueron requisados el día de su captura, por tratarse de información que no le había sido descubierta oportunamente, y que no se presentaba ninguna situación de fuerza mayor que hubiera impedido cumplir esa carga probatoria, que no versaba sobre una prueba pericial. Expuso que en este caso la audiencia de formulación de acusación se adelantó el 16 de marzo de 2018 y los registros le fueron entregados el 8 de noviembre de 2018, lo que indicaba que no le fue descubierta oportunamente la extracción de la información de esos celulares, según la información que reposaba en poder de la FGN , indicando que en el caso concreto de los datos provenientes de las interceptaciones hechas a sus representados DCD y EAO Arias, esa evidencia le fue entregada el 28 de agosto de 2018, sin que hubiera recibido las demás, como constaba en las actas que exhibió, lo que debía generar el rechazo de esas evidencias, al no haber sido reveladas oportunamente a la defensa, lo cual se había reiterado en las audiencias previas.
* Sobre ese tema puntual, el Fiscal expuso que se debían respetar los principios de buena fe y lealtad procesal, que fueron vulnerados por ese defensor al tratar de confundir a la juez de conocimiento, pidiendo el rechazo de esos EMP por falta de descubrimiento probatorio, para lo cual se debía tener en cuenta que en una audiencia anterior se había aclarado que los CDS se habían entregado a los defensores, pero que estos no les abrían para ser examinados, por estar protegidos con una clave de seguridad que le impedía su acceso directo a los representantes de los acusados, para lo cual se les facilitó un técnico para que pudieran revisarlos a aquellos abogados que no habían podido hacerlo, lo que se hizo en dos jornadas, por causa de la cantidad de procesados y sobre ello es que versaban las constancias que exhibió el abogado Castaño, por lo cual no era cierto que no se hubieran entregado esos EMP, lo que significaba que no existió ninguna violación al deber de descubrimiento probatorio, que fueron entregados antes de la audiencia preparatoria, fuera de que existió incuria del abogado solicitante para que le entregaran esos registros, quien fue el único de los defensores que aludió a esa situación en esta audiencia.
	1. El representante del Ministerio Público consideró que en el presente caso no se presentó el evento de falta de descubrimiento probatorio que refirió el abogado Castaño Calderón.

4. SOBRE LA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

4.1 En lo que interesa a la presente decisión, la juez de primer grado decidió incorporar como prueba para el juicio los informes respecto de las interceptaciones telefónicas que fueron solicitados por la FGN y su contenido, con base en la siguiente argumentación:

* El rechazo de una prueba no opera “acríticamente”, ya que el artículo 346 del CPP al referirse a los medios de prueba señala que: “*el juez estará obligado a rechazarlos, salvo que se acredite que su descubrimiento se haya omitido por causas no imputables a la parte afectada”.* Por su parte en la jurisprudencia puntual de la SP de la CSJ se ha manifestado que para rechazar un EMP, se debe acreditar que no se cumplió con el deber de revelación de la prueba, siempre y cuando se trate de un hecho que no sea atribuible a la parte a la cual se exige cumplir con ese deber.
* En este caso el descubrimiento probatorio se realizó, y si hubo algún inconveniente fue en razón que alguno de los defensores no pudieron acceder a la información contenida en los CD´s entregados y contentivos de los EMP, como quedó consignado en el acta de la audiencia celebrada el 18/10/2018, en la cual se dejó constancia que el delegado de la FGN dijo que tenía un técnico a disposición de la defensa para que el día en que se señalara se hiciera el acompañamiento a cada defensor, con el fin de acceder a la información relacionada con esos medios probatorios.
* De conformidad con lo dispuesto en el citado artículo 346 CPP, el descubrimiento probatorio se puede hacer por fuera del término legal o judicial, lo cual quiere decir que en el caso en estudio finalmente se concretó la revelación de la prueba a la defensa, así haya sido de manera extemporánea, por lo cual en sentido estricto no se presentaba el supuesto de hecho que exige la norma, y en consecuencia lo que ocurrió fue una irregularidad inane, en la medida en que no produjo un resultado real que fuera adverso o lesivo para el ejercicio de los derechos de la defensa, ya que el abogado Castaño tuvo acceso a los medios de prueba hace casi un año, y solo ahora vino a pedir su exclusión.
* El objetivo del artículo en mención es que se respete el principio de conocimiento, esto es, que el medio probatorio sea conocido por la contraparte con el fin que pueda diseñar su estrategia defensiva, y por lo tanto el descubrimiento extemporáneo de la evidencia acontecido en el presente caso, no afectó de manera alguna el derecho de contradicción ya que los EMP anunciados por la FGN finalmente fueron conocidos por la defensa, máxime si la finalidad del artículo 346 del CPP, no es la exclusión de la prueba *per se*, sino que lo que se busca evitar es el sorprendimiento a la parte, que cuando ocurre de manera injustificada genera la sanción consistente en el rechazo de la evidencia.

4.2 La decisión fue recurrida por el Dr. Jhon Jairo Castaño Calderón.

5. SOBRE EL RECURSO PROPUESTO.

5.1 DEFENSOR JFAC Y OTROS (Recurrente)

* Según las actas referidas del 28 de agosto y 8 de noviembre de 2018, un miembro de la FGN le hizo entrega de unos DVD, con las grabaciones referidas de sus defendidos Cardona y Osorio, y el investigador del caso le dio las instrucciones para acceder a ellos, con lo cual la FGN quedaba a “paz y salvo”, frente a la entrega de esas pruebas.
* Cuando el Fiscal hizo referencia a la pertinencia de la prueba con base en su escrito de acusación, mencionó los resultados de unas interceptaciones de números telefónicos y en ninguno de ellos o en su mayoría no hizo alusión a quiénes pertenecían, ya que solamente dio el número del abonado y dos llamadas de dos números de celulares que no corresponden a sus clientes, informando que en esa comunicación se escuchaban al fondo unos lamentos, de lo cual colige que se trata de la persona que se encontraba retenida o privada de su libertad.
* La información sobre esos números de los celulares de acuerdo con la constancia o de acuerdo a esa interceptación que se dice que existe, nunca fue entregada a la defensa por la FGN y cuando la juez de primera instancia preguntó como aclaración si se hablaba de todo ese material probatorio, fue claro al decir que pedía el rechazo de toda la evidencia relacionada con esas interceptaciones.
* Con estas constancias se está dejando en claro que a la defensa efectivamente no se le hizo el descubrimiento probatorio en lo que tiene que ver en todas las interceptaciones, si solamente se está hablando de las inspecciones realizadas a los celulares que le fueron requisados a sus representados sin precisar quiénes son. De otro lado el delegado de la FGN dice que solamente está entregando lo correspondiente a las interceptaciones de DCD y EAO, pero en otra parte de su intervención manifiesta que se trata de las interceptaciones donde nombran a sus defendidos. Sin embargo, al hacer referencia a la pertinencia de esas pruebas, el fiscal solamente mencionó una comunicación entre dos interlocutores pero en ninguna parte de esa intervención se menciona a sus defendidos, lo que lleva a concluir que el representante del ente acusador hizo referencia de manera genérica sobre la pertinencia de la prueba frente las interceptaciones telefónicas, que en realidad no fueron descubiertas en su totalidad.
* No se puede atribuir a la defensa que no hubiera tenido la oportunidad de conocer la totalidad de los EMP de la FGN, y por lo tanto se ve sorprendido en la audiencia preparatoria al hacerse mención de unos abonados telefónicos que el delegado del ente acusador no dijo a quién pertenecían, lo que tampoco se manifestó en la relación probatoria del escrito de acusación, ni tampoco es cierto que se hubiera negado a recibir esos medios de prueba, pues lo real es que solo recibió lo que le entregaron, como consta en la actuación.
* Citó los precedentes SP 154-2017 Rad 78128 del 18/01/2017 25920 del 21/02/2007 Rad 25920, para argüir que existió una omisión de la FGN en el descubrimiento probatorio, en lo cual no tuvo injerencia la defensa, por lo cual solicita que en segunda instancia se revoque la decisión protestada y se decrete el rechazo de esos EMP.

5.2 DELEGADO FGN (No recurrente)

* La defensa no sustentó debidamente su recurso, tratando de complementar su petición de exclusión probatoria, y esa no fue su argumentación ya que en el registro correspondiente consta lo que manifestó el defensor cuando presentó su oposición y solicitó el rechazo de las pruebas, pues en ningún momento expuso que se le hubieran entregado parcialmente las evidencias.
* Las etapas del proceso penal son preclusivas y el defensor en esa audiencia tuvo la oportunidad de sustentar ese rechazo probatorio que hoy reclama y al no haberlo hecho al ser requerido por la juez, convalidó el hecho de haber recibido la totalidad las evidencias.
* El recurrente no puede pretender que porque en una certificación se señalan determinada circunstancia o que no se especifica cuantas grabaciones entregaron, no las haya recibido, ni es cierto que la FGN hubiera solicitado esas evidencias de manera genérica en la audiencia preparatoria, para lo cual basta con revisar la extensa argumentación que se hizo en esa audiencia, donde de manera detallada se dijo cuáles grabaciones se iban a utilizar, se indicó en que número obraban en el escrito de acusación y también se aducían alguna de ellas, que eran relevantes, pero en todos y cada uno de los números que se peticionaron, se señaló quién era el portador o a quién se le atribuía ese número telefónico.
* Lo que sucedió fue que el defensor actuó de manera negligente y no tomó nota de la argumentación sesuda que hizo el delegado de la FGN sobre cada uno de los abonados telefónicos y de su petición probatoria frente a cada uno de ellos, sin que hubiera pedido en su oportunidad que se rechazaran todas las grabaciones y hoy vuelve a cometer mismo yerro, porque está señalando en su recurso que no le descubrieron algunas interceptaciones, sin precisar cuáles, ya que solo hizo alusión a una conversación.
* Sin embargo en las mismas certificaciones que exhibió el recurrente, este hace constar que recibió los CDs, por lo cual no hay precisión sobre las evidencias que pide sean excluidas, ya que no se sabe si se trata de las que recibió de manera oportuna, ni indica cuáles son las que echa de menos, lo que tampoco hizo en la oportunidad primigenia que tuvo, fuera de que al haberlas recibido casi un año antes, como él mismo lo reconoció, resulta improcedente su petición.
* En consecuencia pide en primer lugar que sea rechazado el recurso propuesto por la defensa, por falta de sustentación, porque en la oportunidad debida no presentó la argumentación correspondiente frente al contexto determinado de una comunicación telefónica, toda vez que sí se le descubrieron y él así lo admitió tácitamente en la oportunidad anterior donde dijo que la evidencia se le había descubierto de manera tardía.
* La FGN cumplió a cabalidad con su deber de descubrimiento probatorio porque los EMP en mención siempre estuvieron al alcance del bloque de la defensa y ante la imposibilidad de verificar el contenido de algunos CD´s, ya que estaban protegidos por una clave que se les suministró desde el principio, se tomó la decisión con el anterior titular del despacho de fijar dos fechas fuera de audiencia, con el fin que los defensores pudieran acudir a examinar esas evidencias. Igualmente y tal y como lo dijo la juez de primera instancia, según las constancias que obran en la carpeta, la FGN les ofreció a un funcionario técnico para que verificaran el contenido y garantizaran que si les abrían los CD´s para examinar el contenido de las interceptaciones telefónicas, que no tenían esa protección por un capricho, sino por un mandato técnico de la sala de interceptación para evitar que su contenido fuera modificado o alterado, por lo cual contaban con claves de seguridad para su acceso, y en consecuencia se facilitó ese funcionario para que los defensores pudieran revisar esas evidencias, para ejercer debidamente su labor.
* Por lo tanto pidió que se confirmara la decisión recurrida.

5.3. REPRESENTANTE MINISTERIO PÚBLICO (No recurrente)

* Según la decisión de primera instancia de haberse presentado una mora para entregar esas grabaciones, la misma no afectó el derecho de defensa de los acusados a quienes representa el defensor recurrente.
* En consecuencia y con base en la argumentación de la *A quo,* el recurrente estaba obligado a exponer los aspectos en que había incurrido en yerro la funcionaria de primer grado. Sin embargo la argumentación del censor versó sobre una temática ya diferente a la abordada, por lo cual hubo una indebida sustentación del recurso de apelación.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1. Esta Colegiatura es competente para conocer del recurso propuesto, en atención a lo dispuesto por el artículo 34-1 de la ley 906 de 2004.

6.2. Problema jurídico a resolver

6.2.1 Con base en el principio de limitación de la doble instancia, y en atención a la decisión impugnada por la defensa, el problema jurídico a resolver se contrae a determinar el grado de acierto de la determinación de la *A Quo* de no acceder al rechazo de la prueba derivada de las interceptaciones telefónicas realizadas por parte de la FGN hacia los procesados que representa el abogado John Jairo Castaño Calderón, quien considera que frente a esas evidencias, no se cumplieron las reglas del descubrimiento probatorio de esos EMP, con lo cual se sorprendió a la defensa. En consecuencia debe decidirse si en este caso se vulneró el artículo 346 del CPP.

6.2.2 Sobre este tema la Sala advierte que de acuerdo a lo demostrado, si bien en un principio, algunos de los defensores tuvieron dificultades para poder acceder a la información suministrada en CD´s por parte de la FGN, lo real es que el representante del ente acusador, obrando de común acuerdo con los abogados de la defensa, fijaron dos fechas específicas con el fin que un técnico investigador hiciera el respectivo acompañamiento con el propósito de acceder a esa información suministrada, lo que demuestra que la FGN si realizó el descubrimiento probatorio, pese a los problemas técnicos que se surgieron para acceder a las interceptaciones telefónicas.

6.2.3 Para dar solución al problema jurídico planteado por la defensa, es necesario mencionar inicialmente que el descubrimiento probatorio por parte de la FGN se da inicialmente con el escrito de acusación según el artículo 337-5 del CPP, en el cual el ente acusador debe poner en conocimiento a la defensa los EMP que va a presentar en el juicio oral. En torno a esta carga probatoria se ha dicho lo siguiente en la jurisprudencia pertinente de la SP de la CSJ:

*“En este punto resulta del todo relevante reiterar que, en efecto, el descubrimiento probatorio no se realiza única y exclusivamente en un solo momento, pues existen cuatro oportunidades en que se puede surtir el descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física, de forma metódica y cronológica, esto es: (i) con la presentación por parte del fiscal, del escrito de acusación ante el juez de conocimiento; (ii) en la audiencia de formulación de acusación; (iii) en la audiencia preparatoria, y (iv) excepcionalmente en el juicio oral, conforme lo prevé el artículo 344 de la Ley 906 de 2004. (CSJ, AP, 8 nov. 2011, rad. 36177, CSJ SP179-2017, rad. 48216, entre otras).*

*Sin embargo, ello de modo alguno significa que la audiencia preparatoria se constituya en una nueva oportunidad para que la Fiscalía General de la Nación enuncie y descubra elementos materiales probatorios y evidencia física no enunciados en la audiencia de formulación de acusación –como parece entenderlo el a-quo­-, pues ello indudablemente sorprendería a su adversario, en detrimento de los principios de contradicción, defensa y lealtad que inspiran el sistema penal acusatorio, resultando obligatorio su rechazo; a menos que se acredite que el descubrimiento fue omitido por causas no imputables a la parte afectada, tal y como lo preceptúa el artículo 346 de la Ley 906 de 2004[[2]](#footnote-2)”.*

En la misma providencia se agregó:

*“Luego entonces, no sería posible atribuir al Ente Acusador no haber descubierto un medio de prueba que le era desconocido; sobre el particular debe recordarse el principio general de derecho según el cual, “nadie está obligado a lo imposible”, entonces, mal pudiera afectarse la administración de justicia para el caso concreto, en aras de cumplir una formalidad.*

*De la norma mencionada se infiere que la sanción de rechazo es consecuencia de una acción u omisión atribuible a la Fiscalía, luego si no se descubrió por un evento que no puede endilgarse a esa Entidad, no puede aplicarse la consecuencia jurídica establecida, debiendo entonces no rechazarse el medio de conocimiento.*

*Así, no decretar el medio que reúne tales condiciones por hacer prevalecer la formas, privándose al juicio del conocimiento que puede ofrecer un trascendental medio de prueba, no consulta los fines constitucionales de la administración de justicia, por tanto es necesario determinar cómo realizar al máximo los intereses del acusado y su derecho de defensa, al tiempo que se no sacrifiquen las finalidades del proceso penal dentro del marco del Estado social y democrático de derecho.*

*Considera la Sala que el tema puede superarse con la realización del descubrimiento dentro de la misma audiencia preparatoria, al inicio, cuando el juez está controlando el ordenado en la acusación a realizarse fuera de la sede del juzgado.*

*Acreditadas, en esa oportunidad, por el Organismo Investigador, las circunstancias en las que se surgió el medio de conocimiento, el funcionario, si encuentra que el elemento no fue conocido por la Fiscalía previamente a la formulación de acusación, que no corresponde a un medio que pudo hallarse con una investigación seria, integral y suficiente, que es esencial para la solución del caso y que no se afectará gravemente el derecho de defensa, podrá ordenar que se descubra el o los elementos materiales que lo soporten, lo cual se surte siguiendo los parámetros del artículo 344 del Estatuto Adjetivo.*

*Cumplido lo anterior se entenderá cumplido el descubrimiento y la audiencia continuará con el rigor establecido en el artículo 356 de la Ley 906 de 2004, es decir, con la enunciación, estipulaciones, solicitudes, oposiciones y decreto de medios de prueba, entre otros aspectos.*

*Llama la atención la Sala en relación con lo excepcional de la circunstancia previamente descrita, pues, no puede tratarse de un medio de prueba que pudo conocerse con una investigación diligente, su aparición debe demostrarse se produjo en el lapso entre la terminación de la acusación y el inicio de la preparatoria y por demás, no puede tratarse de un medio de conocimiento más para demostrar la teoría del caso, puesto que debe ser de una trascendencia singular.*

*Así las cosas, no se puede considerar afectado derecho alguno de la parte accionada, puesto que, en primer término podrá revaluar su estrategia defensiva dentro de la misma audiencia preparatoria solicitando otros medios de conocimiento con los que pueda confrontarlo, y después tiene todo el escenario del juicio oral.*

*Ahora bien, es importante resaltar que son múltiples las acciones que puede desplegar cada parte en procura de hacer prevaler su teoría del caso. Basta mencionar sólo algunos: contrainterrogatorio a testigos o peritos, prueba de refutación, confrontación, alegatos finales y los recursos. La jurisprudencia tiene dicho al respecto: (CSJ AP4787 de agosto 20 de 2014 Rad. 43749). (…)*

*En conclusión, una prueba decretada en la audiencia preparatoria no puede ser calificada como sobreviniente pues ha cumplido todo el proceso probatorio. Es necesario tener en cuenta que es posible solicitar una prueba en las condiciones enunciadas, aunque los funcionarios judiciales tendrán que ser muy rigurosos en el escrutinio de las circunstancias en que se conoció, y finalmente, si dentro de la misma audiencia que prepara el juicio se decreta el medio así descubierto, esa decisión no tendrá recurso de apelación, tal como lo establece la ley y lo ha decantado la jurisprudencia[[3]](#footnote-3)”.*

6.3 En este caso y como bien lo explicó la jueza de primer grado, si bien es cierto que el descubrimiento probatorio en lo atinente a las interceptaciones telefónicas se realizó fuera de tiempo, esto no constituye una violación al derecho de contradicción y al principio de lealtad procesal, toda vez que esta demora se produjo por causa no imputable a la FGN, derivada de la protección prediseñada que tenían esos CDS, para garantizar precisamente que no fueran alterados o editados y por ende queda claro que el vocero del ente acusador actuó en debida forma cuando de común acuerdo con la defensa se convino una reunión conjunta para que un técnico en la materia le colaborara a los abogados de los procesados para que pudieran escuchar los CD´s protegidos y para enterarse sobre el contenido de esas grabaciones lo cual incluso fue referido por el abogado Hernando Torres Pérez, defensor del procesado Jorge Leonardo Gómez Salazar en la misma audiencia preparatoria, donde manifestó que para agilizar su trámite no era necesario que la FGN repitiera sus solicitudes de pruebas porque el delegado del ente acusador ya se había puesto de acuerdo con los abogados para revisar ese material probatorio[[4]](#footnote-4).

6.4 En ese entendido, resultaría contraproducente para el proceso atender a la pretensión del recurso instaurado por el censor, ya que en este caso se deduce que la evidencia si fue entregada a la defensa y lo que se presentó fue la dificultad referida para acceder a los archivos, que fue subsanada por la FGN de la forma antes dicha, de lo cual se concluye que no existió la falta de descubrimiento que alega el recurrente, lo que lleva a concluir que no existían razones para rechazar esas evidencias, al no presentarse el supuesto fáctico previsto en el último párrafo del artículo 346 del CPP, pues el mismo recurrente acepta que recibió el material probatorio los días 28 de agosto y 8 de noviembre de 2018, lo que lleva a esta pSala a confirmar la decisión recurrida.

DECISIÓN

Con base en lo expuesto en precedencia, la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión del Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Pereira del 4 de octubre de 2019, en lo que fue objeto de impugnación.

SEGUNDO: Frente a esta decisión no procede ningún recurso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

1. Folios 2-50. [↑](#footnote-ref-1)
2. AP3646-2018. Radicado N° 51421. [↑](#footnote-ref-2)
3. CSJ AP8489-2016, rad. 48178 [↑](#footnote-ref-3)
4. H.` 00.23.44 [↑](#footnote-ref-4)