**REPÚBLICA DE COLOMBIA**
**PEREIRA-RISARALDA**
**RAMA JUDICIAL**

# TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA
# SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Ponente
JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Pereira, nueve (09) de septiembre de dos mil catorce (2014)

ACTA DE APROBACIÓN No 534
SEGUNDA INSTANCIA

| | |
|---|---|
| Hora y fecha de lectura | 09-09-14, 10:37 a.m. |
| Indiciado: | Luis Alejandro Correa Arias |
| Delito: | Acceso carnal abusivo con menor de 14 años en concurso con actos sexuales abusivo con menor de 14 años y pornografía de menores |
| Víctima: | D.C.L. -menor de 7 años para el momento de los hechos- |
| Procedencia: | Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal (Rda.) |
| Asunto: | Se decide la apelación interpuesta por la fiscalía contra el auto de fecha 21-05-14 por medio del cual rechazó unos elementos materiales probatorios y evidencias físicas por no descubrimiento. SE REVOCA |

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira pronuncia la decisión en los siguientes términos:

## 1.- HECHOS Y PRECEDENTES

La situación fáctica jurídicamente relevante y la actuación procesal esencial para la decisión a tomar, se pueden sintetizar así:

**1.1.-** Lo acaecido al decir del escrito acusatorio, se resume en que la señora MARIA LOSTELMA ARIAS CORREA -abuela de la menor D.C.L.- dio a conocer que su nieta es víctima de actos sexuales por parte del señor **LUIS ALEJANDRO ARIAS CORREA** -padrastro de la afectada-, afirmación que fue corroborada por la menor que se dice ofendida en el sentido que desde que tenía siete años cuando vivía en casa de su abuela y ésta se iba a trabajar

quedaba sola con su hermana y jugaban con máscaras y antifaces, el procesado aprovechaba para meterla al baño y tocarle las partes íntimas, la obligaba a quitarse la ropa y que se riera para proceder a tomarle fotos con el celular que luego copiaba en el computador. Agregó que cuando gritaba le pagaba puños en el estómago, le tapaba la boca y ella lloraba.

**1.2.**- Por estos hechos la Fiscalía solicitó captura en contra del señor **LUIS ALEJANDRO CORREA ARIAS**, y ordenó el allanamiento a su inmueble previa autorización de un Juzgado de Control de Garantías, para obtener el celular y el computador con la USB, CDS o DVD, que puedan contener fotografías o grabaciones e imágenes desnudas de la menor, acorde con el relato de los hechos.

**1.3.-** Las audiencias preliminares de control posterior al allanamiento, incautación de elementos, legalidad de captura, imputación e medida de aseguramiento, tuvieron lugar el 24-09-13, y en ellas se atribuyó el cargo en calidad de autor en los punibles de acceso carnal abusivo con menor de 14 años en concurso heterogéneo con acto sexual abusivo con menor de 14 años y pornografía de menores. Cargos que no fueron aceptados. Se impuso detención intramural.

**1.4.-** Ante ese no allanamiento unilateral ni bilateral a los cargos atribuidos, la Fiscalía presentó formal escrito de acusación (15-11-13) por medio del cual ratificó los términos de la imputación, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Santa Rosa de Cabal (Rda.), autoridad que convocó a las correspondientes audiencias de formulación de acusación (13-01-14), preparatoria (28-02-14) e inicio del juicio oral (21-05-14), acto éste último dentro del cual la defensa optó por pedir la exclusión de los informes de laboratorio con sus anexos.

Lo anterior, con fundamento en el imperioso cumplimiento de los términos legales porque no obstante la Fiscalía contar con los documentos materia de controversia no se los entregó dentro de los cinco días previos al comienzo del juicio oral, sino que el día de la diligencia solicitó aplazamiento de la misma, con el fin de hacerle entrega de ellos.

Pone de presente que la delegada fiscal se ha limitado a decir que el material probatorio está a disposición de la defensa, lo cual no es cierto, porque ellos se encontraban en cadena de custodia en el almacén de evidencias donde permanecen sin tener ningún contacto con ellos.

**1.5.-** La fiscal se opuso a la pretensión defensiva con fundamento en que solo recibió los dictámenes periciales un día antes del inicio del juicio oral y de ahí la solicitud de aplazamiento; además, la defensa no dijo en concreto cuál es el derecho fundamental que estima violado, como quiera que nunca dijo que se hubieran obtenido unos elementos de prueba con afectación a la ley, ni anunció el nexo causal existente entre ese presunto incumplimiento al que hizo alusión y la afectación al derecho fundamental.

Cumplió con el descubrimiento porque lo que está en cadena de custodia se sabe ya que existen las copias de ellas, a consecuencia de lo cual lo normal es que el abogado vaya a la Fiscalía y se ponga de acuerdo con el investigador para trasladarse a la bodega de evidencias y allí examinar lo pertinente.

**1.6.-** La juez de instancia procedió a proferir la decisión correspondiente, en el sentido de conceder plena razón a la delegada fiscal en cuanto a la tardanza en entregar a la defensa los dictámenes periciales, pero rechazó los anexos a los mismo (CDS contentivos del material sacado del computador y del celular incautados), por cuanto los mismos no fueron entregados de forma física a la defensa, con lo cual estimó vulnerado el dispositivo 346 C.P.P.

**1.7.-** La Fiscalía se mostró inconforme con esa determinación, motivo por el cual interpuso el recurso de apelación que pasó a sustentar en los siguientes términos: A la defensa se le corrió traslado de los dictámenes periciales con anterioridad de cinco días de la iniciación del juicio oral, y dentro de los mismos se expresaron las labores realizadas a los equipos que fueron incautados, es decir, al computador y al celular, al igual que la información recolectada en unos CDS que quedaron en el almacén de evidencias, de lo cual por supuesto tenía conocimiento la defensa.

**1.8.-** La representante de victimas solicitó que se revocara la decisión de la señora juez, porque la información donde estaban los elementos materiales probatorios se encontraba en cadena de custodia y a disposición de la defensa.

**1.9.-** Al haber sido oportunamente interpuesto y debidamente sustentado, la juez a quo concedió el recurso de apelación en el efecto suspensivo, a consecuencia de lo cual dispuso la remisión de los registros ante esta Corporación para desatar la alzada.

# 2.- CONSIDERACIONES

## 2.1.- Competencia

La tiene la Corporación a voces de los artículos 20 y 34.1 de la Ley 906 de 2004, por los factores territorial, objetivo y funcional, al haberse presentado recurso de apelación por una parte legitimada para hacerlo -la Fiscalía-, el que fue oportunamente interpuesto, debidamente sustentado y adecuadamente concedido por parte de la primera instancia.

## 2.2.- Problema jurídico planteado

Se contrae a establecer si hay lugar a sancionar con rechazo por descubrimiento extemporáneo o incompleto, algunos elementos materiales probatorios que pretende introducir la Fiscalía General de la Nación al juicio oral que se llevará a cabo en el presente trámite.

## 2.3.- Solución a la controversia

Un examen de los registros enseña que al comienzo del juicio oral la defensa solicitó la declaratoria de una infracción procesal por defecto sustancial en el descubrimiento de unos elementos materiales probatorios y evidencias físicas que pretende introducir la Fiscalía.

Lo primero que debe asegurar la Sala, es que descubrimiento sí hubo, como quiera que finalmente la delegada fiscal entregó al defensor lo que estaba en su poder o que permanecía bajo custodia en la bodega de evidencias, pero no obstante ello se alegó que ese proceder fue extemporáneo, y eso por sí mismo da lugar inexorablemente al rechazo de lo tardíamente entregado. Veamos si ello es así:

Desde un punto de vista estrictamente normativo, son dos las disposiciones que en la Ley 906/04 fijan sanción para el no descubrimiento oportuno, se trata de los artículos 346 y 356.1, dentro de los cuales se plantea el rechazo del medio probatorio cuando llegado el momento de la preparatoria el descubrimiento no ha sido completo. El primer precepto nos dice: "[…] los elementos probatorios y evidencia física que en los términos de los artículos anteriores deban descubrirse y no sean descubiertos, ya sea con o sin orden específica del juez, no podrán ser aducidos al proceso ni convertirse en prueba del mismo, ni practicarse durante el juicio. El juez está obligado a rechazarlos, **salvo que se acredite que su descubrimiento se haya omitido por causas no imputables a la parte afectada**". Y el segundo de los dispositivo ya citados consagra: "En desarrollo de la audiencia

preparatoria el Juez dispondrá: 1. Que las partes manifiesten sus observaciones pertinentes al procedimiento de descubrimiento de elementos probatorios, **en especial, si el efectuado fuera de la sede de la audiencia de formulación de acusación ha quedado completo. Si no lo estuviere, el juez lo rechazará**".

De ese contenido literal se extrae sin dubitación alguna, que no tiene razón el defensor cuando se muestra extrañado por el hecho de que se estuviera hablando de un descubrimiento por fuera de audiencias y que fuera a él como parte a quien le correspondía ir a buscar los elementos materiales de prueba o la evidencia física a otro sitio, concretamente a la bodega de evidencias en donde se encontraban con cadena de custodia.

Así lo aseguramos, porque como es bien sabido, con el descubrimiento se persigue la protección de los principios de lealtad, buena fe e igualdad de armas que orientan el sistema, a consecuencia de lo cual el medio probatorio no se podría practicar porque se estaría cercenando toda posibilidad de controversia a la defensa en cuanto no tendría la oportunidad de conocer con tiempo razonable la prueba que incrimina y de ese modo poder introducir otras evidencias que intenten contrarrestar las de cargo. No obstante, para poder imponer una sanción por la transgresión de esos fines esenciales al procedimiento, no bastar la mera transgresión objetiva del término concedido, se requiere demostrar, además, que la parte obligada al descubrimiento se abstuvo de dar cumplimiento a la orden judicial en forma irracional e inmotivada, situación que excluye aquellos eventos en los cuales ha existido un error de apreciación y este es potencialmente corregible en el estadio procesal en el que la actuación se encuentra; e igualmente, cuando la tardanza en el descubrimiento no es una situación adjudicable a la parte obligada.

Miremos entonces a continuación si en el caso que nos concita en verdad no existió un descubrimiento oportuno y, de ser así, si esa omisión tiene por causa una actividad injustificada, arbitraria o caprichosa por parte del ente acusador.

La fiscal titular aseguró, sin que el defensor lo controvierta, que los pretendidos medios probatorios sí se anunciaron y descubrieron en debida forma, como quiera que ellos fueron entregados como consta en el acta que adjunta; sin embargo, hubo una tardanza en el proceso de entrega con respecto a los tres informes periciales porque para el momento en que se realizó la audiencia preparatoria no se habían emitido por parte del perito correspondiente, lo que a su vez originó que la funcionaria del ente acusador solicitara aplazamiento del juicio oral a efectos de entregar dichos

documentos a la defensa, cuyos anexos se depositaron por los investigadores con la debida cadena de custodia en la bodega de evidencias, y era por tanto necesario contar con la asistencia del defensor y la coordinación con el investigador del caso para su traslado respectivo hasta ese lugar.

Para la Sala, como lo fue para la parte recurrente, en el caso concreto se debe descartar de plano un sorprendimiento por parte del órgano persecutor, dado que no estamos en presencia de un ocultamiento de prueba, es decir, que la Fiscalía tuviera en su poder un elemento de convicción importante del cual no hubiera querido enterar a la defensa. Tampoco se aprecia deslealtad, porque la delegada fiscal siempre ha sido clara en manifestar ante la juez de conocimiento y en presencia del defensor, que es poseedora de esas evidencias pero que no las tiene físicamente en su oficina sino que permanecen en custodia en el almacén destinado para el efecto. Lo cual es absolutamente lógico, no solo por seguridad, sino porque la cadena de custodia implica que exista un respondiente que debe ser en principio una persona distinta al propio fiscal.

Como es sabido, el verdadero significado de "suministrar a la contraparte la evidencia que se posee", no se puede reducir simplemente a la entrega física del elemento material probatorio, sino que también se puede cumplir "con la puesta a disposición en el lugar donde se encuentra", según se extrae del contenido de la jurisprudencia atinente al tema. Obsérvese:

> "[…] no es obligatorio para el Juez ordenar la exhibición, en la *audiencia preparatoria,* de los elementos materiales probatorios y la evidencia física; pues corresponde a la parte interesada solicitar al funcionario judicial que ordene a la otra tal exhibición. De ahí que, bajo ciertas circunstancias, un descubrimiento probatorio podría reputarse completo con la enunciación o puesta a disposición real y efectiva de los medios probatorios; pero aún sin la exhibición de las evidencias y los elementos materiales probatorios, bien porque la contraparte ya los conoce, ya cuenta con ellos, o no hace manifiesto algún interés especial".
>
> Se ha venido destacando la palabra "***suministrar***" que forma parte de la redacción de los textos constitucional y legal, en el sentido que, en el *proceso de descubrimiento*, es deber de la Fiscalía *suministrar* a la defensa todas las evidencias y elementos probatorios de que disponga.
>
> El verbo *suministrar* no puede entenderse necesaria y únicamente como entregar físicamente, o dar, o poner en las manos del otro todas las evidencias ni todos los elementos materiales probatorios. Tal interpretación a menudo desbordaría los límites de lo razonable, conduciría a extremos indeseados, a complejidades extremas, a malversación de recursos o

dilatación del juzgamiento, siendo todos estos resultados hipotéticos incompatibles con los fines constitucionales del proceso penal.

*Suministrar*, en el Diccionario de la Lengua Española,[1] significa "*Proveer a alguien de algo que necesita*". Y en el mismo Diccionario, el vocablo *proveer* tiene varias acepciones; entre ellas, una que se relaciona con el tema que se viene tratando: "*Preparar, reunir lo necesario para un fin. Suministrar o facilitar lo necesario o conveniente para un fin*".

En ese orden de ideas, la Fiscalía cumple el deber de *suministrar* las evidencias y elementos probatorios de varias maneras, entre ellas:

> i) Imprescindiblemente y en todos los casos, "*descubriéndolos*", esto es, informando a la defensa, en las oportunidades procesales antedichas, con plena lealtad y con sujeción al principio de objetividad, sobre la existencia, naturaleza y ubicación de todos y cada uno de los elementos probatorios y evidencias; máxime si la Fiscalía va a utilizarlos para sustentar la acusación y si podrían generar efectos favorables para el acusado.
>
> ii) Entregándolos físicamente cuando ello sea racional y materialmente posible, como con resultados de un informe pericial o policial, la copia de algunos documentos o algunos elementos o muestras de los mismos.
>
> iii) Facilitando a la defensa el acceso real a las evidencias, elementos y medios probatorios en el lugar donde se encuentren, **o dejándolos a su alcance, si fuere el caso, de modo que pueda conocerlos a cabalidad, estudiarlos, obtenerlos en la medida de lo racionalmente posible y derivar sus propias conclusiones, de cara a los fines de la gestión defensiva**.
> […]
> Similares reflexiones caben cuando el descubrimiento corresponda a la defensa.
> […]
> Se colige sin dificultad que no existe un único momento para realizar en forma correcta el *descubrimiento;* **ni existe una sola manera de *suministrar* a la contraparte las evidencias, elementos y medios probatorios"**.[2]

Fuerza concluir por tanto que lo argumentado por la parte obligada tiene sentido en cuanto consideró, de buena fe, que la defensa no tenía dificultad alguna para acceder a la evidencia porque no solo ya se le había anunciado, sino que era sabedor del lugar en donde se encontraba en custodia. En otras palabras, la fiscal estaba confiada -razonablemente- en que no obstruía con una tal omisión el derecho de defensa y contradicción por la vía de una afectación al principio de igualdad de armas.

---

[1] REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. Editorial Espasa Calpe. Madrid. 2001.
[2] *C.S.J.*, casación penal del 21-02-07, radicación 25.920

Es más, en este momento, aunque ciertamente con la explicada tardanza, el defensor puede solicitar copia de los CD's contentivos de la información sacada del computador y del teléfono, tal cual consta en los dictámenes periciales que tiene en su poder y lo puede hacer por medio de un funcionario de la Fiscalía quien deberá acompañarlo en el trámite de recolección en la bodega de evidencia; además, está en plena capacidad de hacer sus propias peticiones probatorias.

Es que, de no existir esa posibilidad, de seguro se habría solicitado un nuevo aplazamiento del juicio oral tal como se hizo en una primera oportunidad por parte de la Fiscalía a efectos de perfeccionar el descubrimiento por los consabidos problemas que inicialmente se presentaron.

Así las cosas, a la Sala no le queda alternativa diferente a revocar la determinación adoptada por la primera instancia para en su lugar disponer la introducción al juicio de los anexos de los dictámenes periciales practicados a los elementos incautados -celular y computador- y que servirán de fundamento a la teoría del caso de la Fiscalía.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Rda.), Sala de Decisión Penal, **REVOCA** la decisión apelada y en su lugar se admite la introducción en juicio de los anexos de los dictámenes periciales practicados a los elementos incautados -celular y computador- que servirán de fundamento a la teoría del caso de la Fiscalía.

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

Los Magistrados,

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

La Secretaria de la Sala,

MARÍA ELENA RÍOS VÁSQUEZ