**JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO**

**Magistrado ponente**

**SP179-2017**

**Radicación Nº 48216**

(Aprobado acta N° 007)

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de enero de dos mil diecisiete (2017).

**I. V I S T O S**

La Corte resuelve el recurso de **apelación** formulado por el acusado **Óscar Marino Gil Zúñiga** y sudefensor contra la determinación adoptada en primera instancia por el Tribunal Superior de Cali, por medio de la cual resolvió no excluir la práctica de unas pruebas solicitada por la fiscalía.

**II. HECHOS Y ANTECEDENTES PROCESALES**

1. En audiencia preliminar celebrada el 28 de agosto de 2013, el dr. **Óscar Marino Gil Zúñiga**, en su condición de Juez 12 Penal Municipal con función de control de garantías de Cali, de manera supuestamente irregular revocó la medida de aseguramiento de detención preventiva intramural que en contra del imputado David Olaya Mondragón había impuesto el Juez 21 de la misma denominación, y le concedió la libertad. El hecho fue denunciado por la víctima María Estela Cometa Capote.

Por dicha conducta, la Fiscalía 6ª Delegada ante el Tribunal Superior de Cali acusó al dr. **Gil Zúñiga** por el delito de prevaricato por acción (artículo 413 del Código Penal).

2. En el **anexo del** **escrito de acusación**, la fiscal reseñó los documentos que habría de aducir como prueba en el juicio; entre ellos enunció los siguientes, de orden documental:

*“4.14. Copia del acta de audiencia celebrada el dìa 28 de agosto de 2013 en el juzgado Doce Penal Municipal de garantías de Cali, dentro del proceso Nº 76001600019320113005, acto en el cual se revocó la medida de aseguramiento y se concedió la libertad al señor David Olaya Mondragón”.*

*“4.15. Cd correspondiente al audio de la audiencia celebrada el día 28 de agosto de 2013, en el Juzgado Doce Penal Municipal de garantías de Cali, dentro del proceso Nº 76001600019320113005, acto en el cual se revocó la medida de aseguramiento y se concedió la libertad al señor David Olaya Mondragón”.*

*“4.16. Copia del oficio No. 2049 expedido por el Juzgado 12 Penal Municipal de Garantías de Cali, dirigido al director de la cárcel Villahermosa de Cali, por medio del cual informa a ese centro carcelario de la libertad concedida por ese despacho el día 28 de agosto de 2012 al señor David Olaya Mondragón”.*

*“4.17. Denuncia penal formulada por la señora María Stela Cometa Capote en contra del dr. Óscar marino Gil Zúñiga, en calidad de Juez Doce Penal Municipal de control de garantías de Cali”.*

*“4.18. Copia de antecedentes penales emitidos por el establecimiento penitenciario y carcelario de Cali a nombre de David Olaya Mondragón”.*

3. La audiencia de **formulación de acusación** contra el dr. **Óscar Marino Gil Zúñiga** tuvo lugar el 28 de enero de 2016.

En dicha diligencia, la fiscal inició el descubrimiento de las pruebas relacionadas en el anexo del escrito de acusación. En tal virtud, procedió a la lectura de los elementos materiales mencionados en los numerales 3.1, 3.2 (testimonios), 4.1, 4.2, 4.3, 4.4, 4.5, 4.6, 4.7, 4.8, 4.9, 4.10, 4.11, 4.12, 4.13 (documentos), 7.1 (declaración), 8.1 y 8.2 (informes de policía judicial), del citado anexo.

El Magistrado ponente, tras revisar el anexo del escrito de acusación, observó y le puso de presente a la acusadora que había omitido la lectura de las pruebas contenidas en los numerales 4.14, 4.15, 4.16 y 4.17 del escrito. Inmediatamente **la defensa** se tomó el uso de la palabra para reclamar al funcionario judicial que no interviniera de esa forma en el descubrimiento probatorio realizado por la fiscal. Adujo el defensor que el descubrimiento probatorio de la fiscalía ya había concluido.

Enseguida, el Magistrado del Tribunal se dirigió a la funcionaria acusadora, así: “*señora fiscal, la Sala insiste porque la función del juez es velar porque el descubrimiento se haga de la mejor manera y lo más completo posible. Entonces, como el escrito de acusación tiene un anexo que lo conoció la defensa, lo conoce la Sala, pues naturalmente debe tener usted una explicación para que no se haya referido a esos puntos*”.

Una vez más, **la defensa** intervino para insistir en que la fiscalía ya había hecho el descubrimiento probatorio; solicitó que se diera por terminada la intervención de la acusadora, pues ya había precluído su oportunidad para hacer el descubrimiento, y no podía el Magistrado inmiscuirse en esa actuación. Pidió, además, que se procediera a fijar fecha para la audiencia preparatoria.

El Magistrado insistió en escuchar la explicación de la fiscalía para haber incurrido en la omisión. Aquella adujo que involuntariamente le hizo falta una hoja del escrito de acusación, la número 18. Añadió que el descubrimiento probatorio entre la defensa y la fiscalía se hizo de manera anticipada, desde el 14 de octubre de 2015, según se precisa en constancia o acta firmada por la defensa y la asistente del despacho fiscal; en ella se incluyeron los puntos que involuntariamente fueron omitidos en esta diligencia.

Ante la situación así planteada, el Magistrado explicó lo siguiente:

“*A estas alturas del proceso acusatorio colombiano, está más que claro que el descubrimiento probatorio es un acto complejo que comienza desde el escrito y su anexo, hasta incluso el juicio oral. Por lo tanto esta etapa no ha fenecido, no ha precluído; la etapa precluye cuando terminen todas las partes de agotar sus argumentos, y aquí es obvio que el descubrimiento ya comenzó desde el escrito, que hubo un error involuntario, y esta es la etapa para corregirlo; no se ha sorprendido a la defensa absolutamente para nada con la información que Usted va a decir. Esas posiciones tan radicales ya están más que superadas por la jurisprudencia nacional, siga doctora*”.

**La fiscal**, entonces, solicitó a la Sala que le facilitara la hoja número 18, a lo que accedió el presidente de la audiencia. Así, aquella procedió a la lectura de las pruebas mencionadas en los numerales omitidos 4.14, 4.15, 4.16, 4.17, 4.18 y 6.1.

La Sala le concedió a la fiscalía 3 días para que entregara a la defensa los elementos materiales probatorios descubiertos, reseñados en los puntos 4.16, 4.17, 4.18, 8.1 y 8.2.

4. La **audiencia preparatoria** tuvo lugar el 25 de abril de 2016.

Allí, la fiscalía enunció los elementos materiales probatorios de que disponía; relacionó los identificados en el anexo del escrito de acusación con los números 3.1, 3.2, 4.1, 4.2, 4.3, 4.4, 4.5, 4.6, 4.7, 4.8, 4.9, 4.10, 4.11, 4.12, 4.13, 4.14, 4.15, 4.16, 4.17 y 4.18.

Luego de que la defensa enunciara los suyos, y de que las dos partes acordaran estipulaciones, la fiscalía solicitó formalmente la práctica de las pruebas que haría valer en el juicio, con la explicación de su pertinencia y conducencia, así:

*i)* Los testimonios indicados en los numerales 3.1 y 3.2 del anexo de escrito de acusación,

*ii)* Indicó que no se pronunciaría sobre la pertinencia y conducencia de la prueba documental enunciada en los numerales 4.1 y 4.2, puesto que los hechos allí plasmados habían sido objeto de estipulación.

*iii)* Las pruebas documentales identificadas en el citado anexo con los números 4.3, 4.4, 4,5, 4.6, 4.7, 4.8, 4.9, 4.10, 4.11, 4.12, 4.13, 4.14, 4.15, 4.16, 4.17 y 4.18.

Enseguida, **la defensa** planteó la siguiente controversia sobre las solicitudes probatorias de la fiscalía:

Solicitó la exclusión de las pruebas de la acusadora identificadas con los números 4.14, 4.15, 4.16, 4.17 y 4.18 en el anexo del escrito de acusación, pues en la audiencia de formulación de acusación el Magistrado intervino indebidamente con el fin de advertirle a la acusadora que había omitido unas pruebas, luego de que aquella había terminado de hacer el descubrimiento.

Agregó que, en estricto sentido, las pruebas cuya exclusión reclama (las identificadas con los números 4.14 al 4.18 del anexo) no fueron descubiertas por la fiscal; esta, cumpliendo la orden impartida por la magistratura, y sintiéndose habilitada para ello, corrigió la omisión. Alega que el magistrado incumplió el deber de imparcialidad porque intervino indebidamente en el descubrimiento, enunciación y solicitudes probatorias, lo que solamente le compete al acusador.

Aduce que el juez hace un control formal de la acusación, pero no puede intervenir en la postulación de los cargos ni referirse a la legalidad, contenido o alcance de los elementos materiales de prueba. Tampoco, como ocurrió en este caso, el Magistrado podía intervenir en el descubrimiento probatorio, como cuando habilitó a la fiscalía para descubrir unos elementos materiales de prueba que fueron omitidos por descuido; de esta manera, reabrió una oportunidad que ya había precluído.

Así, asegura, la fiscalía violó el artículo 337-5 de la Ley 906 de 2004; las pruebas citadas en precedencia fueron ilegalmente aducidas al proceso y pretenden tenerse como pruebas en el debate judicial, desconociendo así el debido proceso, consagrado en el artículo 29 Superior, incisos primero y segundo.

Sobre la prueba testimonial indicada en el numeral 3.1 y las documentales reseñadas en los numerales 4.4, 4.6 y 4.18, la defensa solicita que se nieguen. La primera, porque la acusadora no precisó si la investigadora era testigo de acreditación, ni señaló conducencia, pertinencia ni utilidad; respecto de la prueba identificada con el número 4.4, la fiscalía no manifestó con quién se introduciría, ni mencionó conducencia, pertinencia ni utilidad. La misma suerte, agrega, sin precisar los motivos, debe correr la prueba rotulada bajo el número 4.6. La numerada como 4.18 debe rechazarse porque fue el producto de la indebida intromisión del magistrado ponente.

5. En **decisión del 20 de mayo de 2016**, el Tribunal, respecto de lo que hoy es objeto de impugnación, resolvió lo siguiente:

*a)* Acceder a todas las pruebas solicitadas por la fiscalía, esto es, las reseñadas en el anexo del escrito de acusación con los números 4.3 al 4.18, a excepción de la número 4.17 (denuncia), pues esta última, por ser de contenido declarativo y no representativo o certificativo (artículo 424 del C. de P. P.), debe regir su aducción con sujeción a las reglas del testimonio; así, la fiscalía ha debido solicitar la declaración de la denunciante, siendo irrelevante esa prueba para demostrar hechos antecedentes a los hechos que se investigan.

*b)* **Negar la solicitud de la defensa**, en el sentido de excluir las pruebas relacionadas en los puntos 4.14, 4.15, 4.16, 4.17 y 4.18. Las razones:

*“En desarrollo de la audiencia de acusación, la Sala advirtió que la FISCAL, en el momento de descubrir los EEMM y EF, leyó el contenido del anexo del escrito de acusación y omitió los numerales a los que se refiere el defensor, razón por la que el Presidente le solicitó que precisara la razón de esa omisión, ante lo cual el defensor reparó aduciendo que tal observación era ilegal porque la fiscalía ya había terminado su intervención y por lo mismo le había precluído la fase procesal para referirse a esos puntos. La fiscalía explicó que su omisión se debió a que no contaba con la hoja en la que relacionaba esos puntos. En tal virtud, la Sala decidió en ese momento negar la pretensión del defensor y dispuso que la fiscalía formalmente descubriera los elementos probatorios relacionados en los numerales 4.14 a 4.17 del anexo del escrito de acusación”.*

*“Ni el fundamento fáctico ni la razón jurídica que llevó a la Sala a negar la aludida pretensión del defensor en la audiencia de acusación han variado, razón por la que la Sala carece de fundamento para adoptar una decisión contraria a este momento”.*

*“La intervención de la Sala, a través del Presidente de la audiencia, ante la aludida omisión de la fiscalía en manera alguna desconoce la garantía del debido proceso o del principio de imparcialidad, pues:* ***i.-*** *tal observación se hizo en desarrollo de la intervención de la fiscal, razón por la que no se puede afirmar que a la misma le había precluído la oportunidad para descubrir los EEMM y EF;* ***ii.-*** *la explicación que dio la fiscal sobre la omisión es razonable;* ***iii.-*** *las reglas del procedimiento no tienen el carácter rígido y estrictamente formalista que le asigna el defensor, razón por la que el papel del juez para efectos de la eficacia de la acusación consiste precisamente en velar por la absoluta claridad de las partes para efectos de la materialización del principio de igualdad de armas;* ***iv.****- la exclusión de la prueba como consecuencia jurídica solo es aplicable ante la omisión deliberada de la parte para hacer el descubrimiento oportuno, lo cual no ocurrió aquí pues es claro que el defensor y el procesado tenían conocimiento del contenido de los puntos 4.14 a 4.17, ya que la fiscalía les había entregado el ANEXO del escrito de acusación en el que aparecen los mismos y,* ***v.-*** *conforme al principio de lealtad procesal la defensa no puede negar tal hecho”.*

*“Tampoco se accede a la solicitud de rechazar o inadmitir las pruebas relacionadas en el ANEXO del escrito de acusación con los puntos: 3.1…, 4.4… 4.6… 4.18*”.

“…”.

**La defensa y el acusado apelaron** la decisión del 20 de mayo de 2016, consistente en no rechazar las pruebas documentales de que tratan los numerales 4.14 al 4.18 del anexo del escrito de acusación.

**III. ARGUMENTOS DE LA PARTE APELANTE Y LOS NO RECURRENTES**

1. **El defensor**, luego de reseñar los antecedentes procesales de la determinación impugnada, alega, en síntesis, lo siguiente:

Que no se respetó la igualdad de armas; que el magistrado se inmiscuyó indebidamente en el descubrimiento probatorio, violando así los artículos 360, 359 y 337 del C. de P. P. Cita el mencionado artículo 360, sobre exclusión de prueba ilegal; recuerda que quien debe pedir la prueba es el acusador y sostiene que la fiscalía, por negligencia o exceso de trabajo, obvió las pruebas indicadas en los numerales 4.14 al 4.18, sin que al magistrado le fuera dado advertirle la omisión, pues ello configuraba una indebida intromisión. Dice que aun cuando cabe alguna flexibilidad, esta no puede ir hasta donde la admitió el ponente.

**El acusado** se adhirió a lo sustentado por su defensor, agregando que se violó el artículo 4º de la Ley 906 de 2004 (igualdad de armas) y el 13 de la Constitución Política; reprocha que el magistrado se inmiscuyera en la presentación de las pruebas de la fiscalía. Señala que la fiscalía ya había terminado su actuación, de suerte que ya no cabía la observación del magistrado. Los elementos materiales probatorios debieron excluirse, pues fue gracias a la ayuda del magistrado que la fiscal se dio cuenta que había omitido unas pruebas por carecer de unas de las páginas. Estima que el Ministerio Público, en protección a la moralidad pública y el orden jurídico, ha podido descubrir los elementos que no descubrió la fiscalía.

Critica que para el Tribunal la situación hubiera sido irrelevante, y alega que “*lo material no puede primar sobre lo sustancial*”. Dice que esas pruebas se deben debatir en el juicio, pero al margen de si le son favorables o no, lo importante es que se respete el debido proceso.

2. **La Fiscal Delegada**, como parte **no recurrente**, pide que no se acceda a la solicitud de la defensa y, en consecuencia, que se confirme la determinación impugnada.

Explica que no existió un descubrimiento probatorio inducido, ni una intervención indebida del magistrado en la audiencia de formulación de acusación.

Admite que, cuando tenía el uso de la palabra, incurrió en una confusión, debida a que le hizo falta una página del escrito de acusación, el folio 18, el cual hacía parte de la carpeta. Dice que la acusación había sido conocida por el acusado y su defensa, pues en el correspondiente escrito está la firma del abogado defensor, impuesta en el reverso el 11 de noviembre de 2015; además, se tiene la constancia del 14 de octubre de 2015, según la cual al defensor se le hizo entrega de todos los elementos materiales probatorios reseñados en el escrito de acusación, incluídos aquellos sobre los que versa el reparo; esos elementos fueron recogidos por el abogado defensor el 14 de octubre de 2015.

Entonces, indica, no existió ninguna violación en la presentación de la acusación, como acto formal; lo que sucedió fue la falta de un folio, pero que aún no había precluido su oportunidad de llevar a cabo la lectura de las piezas que se querían llevar al juicio oral. No es cierto lo que dice el defensor, en el sentido de que se quedaron elementos por fuera; nunca se ha sorprendido a la defensa toda vez que aquella siempre conoció todos los elementos probatorios. Agrega que en aras de preservar el principio de lealtad procesal, a la fiscalía se le permitió solucionar el traspapelamiento de uno de los folios, el número 18, que estaba embolatado. Se cumplió lo dispuesto en el artículo 344 de la Ley 906 de 2004 y los anteriores.

3. El agente del **Ministerio Público**, como interviniente no apelante, dice que no se consolidó la preclusión de la oportunidad de la fiscalía para seguir el proceso de descubrimiento; el descubrimiento se inicia con la radicación del escrito de acusación y su traslado a la defensa; esta conoció los elementos que se le iban a descubrir en la audiencia preparatoria.

Agrega que a los jueces les corresponde velar por la claridad en las posturas de las partes, y ello fue lo que sucedió en este caso, pues el magistrado, al cotejar el escrito que había sido radicado en el despacho con la presentación de la acusación oral, advirtió la falta de un folio, el número 18.

Así las cosas, agrega el Procurador Delegado, no se desconoció ningún derecho sino que, por el contrario, es la verdad material la que debe prevalecer; tal fue la situación que se trató de remediar, cuando la fiscalía no hizo mención del folio faltante. El papel del juez no es el de inmiscuirse en la audiencia, pero sí debe ejercer su orientación para que haya total claridad; no existe la rigidez que pregona la defensa, y la práctica enseña que en las audiencias de formulación de acusación no se lee cada uno de los memoriales del anexo del escrito, sino que, tras advertir el juez la existencia del citado anexo, su contenido se da por descubierto.

Le aclara a la defensa que, como representante del Ministerio Público, no le está dado descubrir aquello que la fiscalía no haya descubierto.

Solicita que se confirme la determinación impugnada.

4. Por último, se pronuncia nuevamente **la defensa**.

Discrepa de la postura del representante de la Procuraduría. Alega que ha podido descubrir los elementos materiales de prueba faltantes. Pregona que se trata de un sistema de partes y el juez no le puede ayudar a la fiscalía o a la defensa. Pide que se le cite con 15 días de anticipación a la lectura de la decisión que se adopte.

**El** **acusado**, por su parte, se opone a las pretensiones de la fiscalía y del Ministerio Público. Dice que este último ha podido actuar para resguardar el equilibrio que exige el constituyente. Se trata de un sistema oral en el que no hay nada por escrito, de suerte que es lo dicho oralmente por la fiscalía lo que se tiene en cuenta.

5. El Tribunal Superior de Cali estimo que el recurso fue debidamente sustentado; lo concedió en el efecto suspensivo y dispuso la remisión de la actuación con destino a la Corte.

**VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE**

1. La Corte es competente para resolver el recurso de apelación formulado por el defensor y el acusado contra la determinación del 20 de mayo de 2016, de conformidad con lo establecido en el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 906 de 2004, por cuanto la decisión impugnada fue proferida en primera instancia por un Tribunal Superior, en esta oportunidad del Distrito Judicial de Cali.

En tal virtud, esta Colegiatura, antes de resolver el fondo del asunto, hará referencia a su reciente postura jurisprudencial, según la cual no procede la apelación contra la determinación del juez de acceder a la práctica probatoria

1. **La improcedencia del recurso de apelación contra la decisión que accede a la práctica probatoria**

En reciente pronunciamiento (CSJ, SP, auto de segunda instancia del 27 de julio de 2016, rad. 47469) la Corte recogió su jurisprudencia, no del todo pacífica, que venía en vigencia, según la cual era procedente la apelación interpuesta, por una de las partes, contra la decisión del juez de conocimiento de acceder a la práctica probatoria solicitada por su oponente.

A través de la decisión mencionada, esta Colegiatura llegó a la conclusión de que, conforme el debido proceso y la libertad de configuración del legislador, la apelación solamente resulta procedente contra la decisión del juez o Corporación de conocimiento que deniega la solicitud de práctica de pruebas, no así contra la que accede. Así razonó la Corte:

*“Corolario de lo antedicho, ninguna mengua sufre la estructura del sistema acusatorio, o los derechos a la doble instancia y contradicción, cuando el legislador, en ejercicio del poder de configuración que le asiste, reflejado en la normatividad traída a colación en esta providencia, decidió que solo se puede apelar el auto que deniega o imposibilita la práctica de una prueba –no el que la concede-; más aún, si en cuenta se tiene, de cara a los límites de esa facultad, que no se aprecia i) un atentado a los fines del Estado, tales como  la justicia o la igualdad, ii) violación a los derechos fundamentales de las partes, iii) desconocimiento  de los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la definición de las formas e, iv) imposibilidad de la realización material de los derechos y de primacía del derecho sustancial sobre las formas, conforme lo ha señalado la Corte Constitucional (CC C-227/09)”.*

*“Precisamente, en torno de los fines que gobiernan la práctica de pruebas y su naturaleza de medios encaminados a demostrar la particular teoría del caso de las partes, observa la Sala cómo, dentro del necesario balanceo obligado de hacer en la determinación de cuál es la mejor manera de adelantar el proceso y los sacrificios que ello implica, con la decisión legislativa de conceder el recurso de apelación solo para la decisión que deniega pruebas, se obtiene un resultado mejor que en caso de aceptarlo en general”.*

*“En efecto, cuando se niega la práctica de determinada prueba, ello de inmediato anula cualquier posibilidad de hacer valer la información que ella contiene e incluso se puede afectar fuertemente la teoría del caso de la parte, si la misma se fundamenta en ese elemento de juicio”.*

*“Así se entiende que la decisión denegatoria deba posibilitar la alzada, visto el daño que puede producir”.*

*“De manera diferente, si el juez acepta la práctica de determinado medio de convicción, no sólo se habilita que su contenido pueda ser utilizado para soportar la tesis de la parte, sino que, además, existe la posibilidad de controvertir esa determinada prueba directamente a partir del ejercicio de confrontación o con la presentación de otros elementos de juicio que la confute”.*

*“Además de lo anotado, no puede pasar por alto la Sala cómo en la jurisprudencia vigente objeto de examen, se dice que con la posibilidad de apelar el auto que admite la prueba, se materializan los principios de depuración y eficacia”.*

*“Dejando de lado si el de depuración puede entenderse principio o no, y cuáles son su naturaleza y efectos, es lo cierto que la práctica judicial ocurrida con posterioridad a la expedición de la sentencia en comento, lejos de advertir cumplido el principio de eficacia, informa todo lo contrario”.*

*“En efecto, día a día se registra, de conformidad con los procesos que ingresan a la Corte, cómo esa habilitación para que se pueda impugnar la decisión que admite la prueba, ha sido utilizada a manera de mecanismo claramente dilatorio del proceso, al punto que se erige en la única razón que gobierna, la más de las veces, el recurso, independientemente de los motivos que sustenten la pretensión de la defensa”.*

*“Ello, en evidente contravía, no solo de lo que la norma registra, como se anotó ya, sino de los principios de eficacia, celeridad, economía procesal y concentración”.*

*“Así las cosas, para la Sala respecto del auto que admite pruebas (numeral 4° del artículo 177 de la Ley 906 de 2004), únicamente procede el recurso de reposición, mientras que contra el que deniega o imposibilita la práctica de las mismas, sí es dable promover el de apelación”.*

En conclusión, con fundamento en la determinación jurisprudencial reseñada, al día de hoy la defensa carecería de interés para impugnar en apelación la decisión del Tribunal de acceder a la práctica probatoria requerida por la fiscalía.

No obstante lo anterior, surge nítido que para la fecha en que se dictó la decisión y se interpuso el recurso en su contra -20 de mayo de 2016- aún mantenía vigencia la tesis jurisprudencial contraria, según la cual en los casos mencionados el recurso vertical sí era procedente. En estas condiciones, la Corte habrá de resolver el presente asunto conforme la postura vigente al momento de la formulación del recurso, en el entendido de que la tesis contraria está llamarada a regir los casos futuros, esto es, los posteriores al 27 de julio de 2016,

3. **El caso concreto**

Se trata de determinar si al no acceder el Tribunal de primera instancia a la solicitud de exclusión probatoria solicitada por la defensa violó las garantías de imparcialidad e igualdad de armas.

La Corte anticipa su conclusión en el sentido de que confirmará la determinación recurrida porque no existió irregularidad alguna.

3.1. La situación procesal que dio origen al recurso ha quedado bien definida:

En la audiencia de formulación de acusación, a la hora de enunciar los elementos materiales probatorios de que disponía, la fiscalía -previo traslado del escrito de acusación, incluído su anexo, al defensor y al Tribunal de primera instancia- realizó la lectura de las páginas correspondientes, pero omitió una de ellas, la número 18, en la que se consignaban los elementos materiales probatorios de orden documental identificados con los numerales 4.14, 4.15, 4.16, 4.17 y 4.18, así como un elemento favorable a la defensa (numeral 6.1).

El Tribunal, una vez advertida la inconsonancia entre el anexo del escrito de acusación -que ya obraba en la carpeta- y lo enunciado oralmente por la fiscal, le pidió a esta que explicara la razón de la omisión, no obstante la oposición del defensor. La fiscal explicó que involuntariamente se le había traspapelado una de las páginas del anexo del escrito de acusación, pero que el escrito y su anexo habían sido puestos en conocimiento de la defensa varios meses atrás, tal como lo demostraba la firma impuesta al respaldo del documento. Así, tras solicitar al Tribunal el folio que le hacía falta, la acusadora completó su enunciación con la lectura de los elementos probatorios allí consignados.

La defensa, en la audiencia preparatoria, alega una indebida intromisión del Tribunal en el descubrimiento probatorio, lo que, en su sentir, viola el principio de imparcialidad.

3.2. Frente a la situación así configurada, la Sala tiene que decir que evidentemente el principio de imparcialidad del juzgador es uno de los puntales del proceso penal de tendencia acusatoria, que regula en la Ley 906 de 2004. Dicho principio viene de la mano con el carácter adversarial del proceso, esto es, la condición de partes enfrentadas que se les asigna al acusador y acusado, y el rol que le compete al juez como árbitro de la contienda que se desarrolla ante él, en un juicio público, oral, con inmediación de la práctica probatoria y regido bajo el principio de concentración. Dígase, adicionalmente, que es en virtud de la naturaleza adversarial del proceso acusatorio, que la incorporación de los hechos al litigio está exclusivamente en manos de las partes, según su propio interés (CSJ, SP, 12 de abril de 2012, rad. 38020).

Una de las características del proceso adversarial es el denominado principio de “*igualdad de armas*” o de partes (artículo 4º Ley 906 de 2004), el cual acarrea especial relevancia, entre otras fases del proceso, en el trámite del descubrimiento probatorio. Este principio consiste en lo siguiente (CSJ, SP, sentencia del 28 de febrero de 2007, rad. 26087):

*“Fiscalía y defensa gozan de las mismas facultades en orden, la primera, a sustentar la acusación y, la segunda, a desvirtuar o atemperar el reproche penal, sin que exista preeminencia de una parte respecto de la otra. Ello se refleja de manera evidente, sólo por citar algunas, en figuras novísimas de la Ley 906 de 2004, como el descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física que se van a utilizar durante el juicio oral, obligación a la que está sujeta la Fiscalía desde el momento mismo de la presentación del escrito de acusación (art. 337, numeral 5°) y que se refuerza, tanto para este interviniente, como para la defensa, durante la audiencia de formulación de la acusación (art. 344)”.*

*“Dicha figura tiene por objeto no sólo brindar a la contraparte la posibilidad de ejercer el derecho de contradicción en relación con todos los medios de prueba, sino garantizar el principio de lealtad, con el fin de que no se vea sorprendida con un medio de convicción que no ha tenido oportunidad de conocer y, en consecuencia, de rebatir”.*

De allí que se diga que al juez de conocimiento no le está dado tomar parte en la confección, postulación y determinación del alcance de los actos procesales que solamente les compete a las partes; es así que la jurisprudencia de la Corte ha indicado que en la formulación de la acusación “*surge evidente que el juez no está llamado a suplir la labor de la Fiscalía ni asumir su rol, porque un juez que participa en la calificación de la conducta no es imparcial, tal facultad sólo tiene sentido en un procedimiento inquisitivo”* (CSJ, SP, 14 de agosto de 2013, rad. 41375).

Adicionalmente, ha precisado que: “*no hay posibilidad de controlar por vía de corrección, cuestionamiento o validación, la acusación formulada por la Fiscalía, al constituir un acto de parte que de no reunir los requisitos sustanciales pertinentes, o de incurrir en inconsonancia en cuanto los hechos investigados y su calificación jurídica, conlleva a su desestimación en la sentencia, siendo la intervención de la judicatura previa a esa fase procesal restringida a lo formal, lo que incluye el acto complejo de formulación de la acusación. Entonces, su construcción adecuada es una responsabilidad asignada a la Fiscalía y, el control pertinente, corresponde a los demás intervinientes, no al juez*” (CSJ, SP, *ibid*., rad. 41375, que reitera lo dicho en sentencias del 28 de febrero de 2007 y 18 de abril de 2012, rad. 26087 y 38256, entre otras).

No obstante lo anterior, la imparcialidad no implica la completa ajenidad del juez del conocimiento a las incidencias del proceso, ni su indiferencia ante la gestión que cumplen las partes e intervinientes. Por el contrario, téngase en cuenta que la imparcialidad del juez no consiste en asumir el rol de “*convidado de piedra*”, sino en comprometer y orientar su misión funcional, en este caso la de conocimiento, conforme el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia material (artículo 5º del C. de P. P.).

Así, el rol del juez debe entenderse dentro de una “*perspectiva sistémica*”, esto es, conforme un ejercicio hermenéutico sopesado al tamiz de las características del modelo acusatorio (*ibid*, rad. 41375); es por lo anterior que los principios de imparcialidad e igualdad de armas deben interpretarse y no ser excluyentes con otros principios orientadores de la función judicial. Así, se tiene dicho que (CSJ, SP, sentencia del 18 de abril de 2012, rad. 38020):

*“Conforme a las normas rectoras del proceso acusatorio colombiano (el juez) está obligado a orientarse ‘por el imperativo de* *establecer con objetividad la verdad y justicia’ (artículo 5º), a hacer ‘prevalecer el derecho sustancial’ (inciso 1º del artículo 10), a ‘corregir los actos irregulares no sancionables con nulidad’ (inciso final ibídem), y a ‘hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal’ (artículo 4º), siempre y cuando no desconozca otras garantías judiciales de idéntico o superior raigambre. Ni siquiera en los sistemas tradicionales de adversarios se le exige al funcionario mostrarse ajeno a la formación de la prueba…”.*

3.3. Pues bien, aplicados los lineamientos anteriores al caso que concita la atención de la Corte, no cabe duda que la actuación del Tribunal no dio lugar a la irregularidad que la parte apelante reclama.

En efecto, lo que se tiene es que la Corporación de primera instancia, en el ejercicio de la función de conocimiento, cumplió con el principio orientador de corregir las actuaciones irregulares no sancionables con nulidad, tal como lo dispone el artículo 10º de la Ley 906 de 2004, sin llegar a rebasar sus facultades.

Dígase que el descubrimiento probatorio es un acto complejo que se inicia con la reseña, en un anexo que hace parte del escrito de acusación, de los elementos materiales probatorios y evidencia física de los que dispone el acusador. Del escrito de acusación, y naturalmente de su anexo, la fiscalía corre traslado a la defensa antes de la formulación de la acusación, al igual que lo pone en conocimiento del juez o corporación de conocimiento, a través del magistrado que preside la audiencia.

En este caso, se tiene que la defensa recibió el escrito de acusación y su anexo el 14 de octubre de 2015, esto es, dos meses y medio antes de la celebración de la audiencia de formulación de acusación, de suerte que con suficiente antelación conoció los elementos materiales probatorios que la fiscalía iba a descubrir.

Fue desde aquel momento en que se inició el descubrimiento probatorio; ese acto procesal no se realiza única y exclusivamente, como parecen entenderlo el acusado y su defensor, en una sola oportunidad, ni finaliza fatalmente con el punto final del anexo del escrito de acusación. Al respecto, la jurisprudencia de la Corte tiene precisado que existen cuatro oportunidades en que se puede surtir el descubrimiento de la prueba:

*“Tales momentos son los siguientes”:*

*“****El primero*** *coincide con la presentación por el fiscal del escrito de acusación ante el juez de conocimiento, el cual debe contener, entre otras exigencias, ‘el descubrimiento de pruebas’ consignado en un anexo. El acusador está en la obligación de entregar copia de dicho escrito al acusado, a su defensor, al Ministerio Público y a las víctimas (artículo 337)”.*

***“El segundo*** *se consolida en la audiencia de formulación de acusación, acto en el cual, según el artículo 344, ‘se cumplirá lo relacionado con el descubrimiento de la prueba’, pues la defensa podrá solicitar al juez de conocimiento que ordene a la fiscalía el descubrimiento de un elemento material probatorio y, a su vez, ésta también podrá ‘pedir al juez que ordene a la defensa entregarle copia de los elementos materiales de convicción, de las declaraciones juradas y demás medios probatorios que pretenda hacer valer en el juicio’”.*

*“****El tercer momento*** *se presenta en la audiencia preparatoria, en cuyo desarrollo, según así lo norma el artículo 356, numeral 2, de la Ley 906 de 2004, el juez dispondrá ‘que la defensa descubra sus elementos materiales probatorios y evidencia física’”.*

*“****Por último****, el inciso final del artículo 344 prevé que, de manera excepcional, también en el juicio oral es posible realizar el descubrimiento probatorio. Ello será posible en el evento en que alguna de las partes encuentre un elemento material probatorio y evidencia física muy significativos que debería ser descubierto. De ocurrir lo anterior, agrega la norma, lo pondrá en conocimiento del juez, quien, oídas las partes y considerado el perjuicio que podría producirse al derecho de defensa y la integridad del juicio, decidirá si es excepcionalmente admisible o si debe excluirse esa prueba”.*

*“Así, entonces, como lo ha precisado la jurisprudencia de la Corte, ‘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. Por el contrario, el procedimiento penal colombiano es relativamente flexible en esa temática, siempre que se garantice la indemnidad del principio de contradicción, que las partes se desempeñen con lealtad y que las decisiones que al respecto adopte el juez, se dirijan a la efectividad del derecho sustancial y al logro de los fines constitucionales del proceso penal’ (CSJ, SP, sentencia del 21 de febrero de 2007, rad. 25920, entre otras)”*.

Surge nítido, entonces, que la fiscalía inició el descubrimiento de los elementos materiales y evidencia física que tenía en su poder en el momento en que le corrió traslado a la defensa del correspondiente escrito, en el que claramente aparecían reseñados todos los elementos disponibles, sin excepción, no solamente los favorables a la parte acusadora sino aquellos convenientes a la defensa.

En este sentido, es preciso indicarle a la parte apelante que si bien es cierto que el proceso acusatorio se rige por el principio de oralidad, ello no significa que lo escrito no tenga relevancia. En particular, es del caso recordar la trascendencia procesal que reviste el escrito de acusación y su anexo, pues es una referencia no solamente para configurar el acto complejo que constituye la acusación y el descubrimiento de los elementos materiales (artículos 336, 337 y 338 de la Ley 906 de 2004), sino para efectos de la libertad provisional, los preacuerdos y la constitución de la prueba anticipada, entre otros.

Así las cosas, ninguna irregularidad relevante se configuró cuando el Tribunal, tras verificar que la fiscal omitió la lectura de un folio del anexo del escrito de acusación, anexo que obviamente también estaba en poder de esa Colegiatura, le pidiera una explicación a la acusadora. Lo anterior no constituyó una ayuda o una intromisión indebida en la gestión de la fiscalía, pues, evidentemente, el anexo completo ya era conocido por todas las partes, incluído el Tribunal, y, además, el magistrado presidente de la audiencia no requirió ni indujo a la fiscal para que descubriera unas pruebas o se abstuviera de hacerlo, menos aún le sugirió el descubrimiento de pruebas adicionales, sino que quiso indagar si había una razón para la inconsonancia advertida.

En ello no hay un desbalance en el principio de igualdad de armas, sino el ejercicio legítimo de la facultad para corregir situaciones irregulares, tal como lo dispone el artículo 10º de la Ley 906 de 2004.

Por otra parte, la explicación suministrada por la fiscal, en el sentido de que por un error involuntario se le “*embolató*” o traspapeló una de las páginas del anexo, resulta del todo explicable o razonable, y no denota el descuido o negligencia que sugiere el defensor -menos aun que la intención de la acusadora hubiera sido la de no descubrir los elementos probatorios numerados desde el 4.14 hasta el 4.18-, como tampoco desborda el ejercicio regular de la función de conocimiento que el Tribunal hubiera facilitado la página faltante para que el descubrimiento se hiciera conforme ya había sido anunciado en el escrito de acusación.

 Es del caso insistir en que la supuesta irregularidad no revistió efecto nocivo alguno, toda vez que los elementos materiales consignados en el folio faltante eran bien conocidos por la defensa, y esta sabía de antemano que la fiscalía los iba a descubrir. No se entiende, entonces, el inusitado afán del abogado defensor -que casi incursiona en el terreno de la deslealtad procesal y la mala fe- cuando pretende capitalizar y sacar ventaja -con fundamento en una bien cuestionable pero conveniente tesis de estricta sujeción a la legalidad procesal- de una situación irrelevante que ningún perjuicio le generaba, y que fue bien solucionada por el Tribunal de conocimiento, dentro de los parámetros que le impone el deber de corregir actos irregulares y garantizar la buena marcha del proceso, sin llegar a desbordar sus facultades.

Téngase en cuenta que hoy en día, a más de 10 años de implementado el sistema procesal penal de tendencia acusatoria, no es extraño advertir que en el curso de las audiencias los jueces todavía entran a corregir las actuaciones de los defensores, como cuando *v. gr.* los orientan sobre la manera correcta de formular un redirecto, les recuerdan no omitir el deber de sustentar la pertinencia, conducencia o utilidad de las pruebas o, en fin, llaman su atención sobre la forma en que se debe introducir una u otra prueba, todo ello sin el ánimo de favorecer indebidamente su gestión o perjudicar la del oponente, sino con el objeto de velar por la adecuada marcha del proceso, y sin que -en principio, y en atención a las precisas circunstancias de cada caso- tal actuación se pueda calificar necesariamente como violatoria del principio de igualdad de armas.

3.4. Queda por responderle a la parte recurrente que al Ministerio Público, comoquiera que es un interviniente y no una parte propiamente dicha, no le está dado formular una teoría del caso y, por tanto, tampoco descubrir pruebas. La jurisprudencia de la Corte tiene dicho (CSJ, SP, *ibid*. rad. 41375) que al Ministerio Público le corresponde conciliar su misión constitucional de garante de los derechos humanos, vigilancia del patrimonio público y cumplimiento del ordenamiento jurídico, con la dinámica propia de un sistema de partes, atento a la labor de la fiscalía, de otros intervinientes y sólo de ser necesario y procedente, modulando o incluso encausando sus postulaciones cuando a ello hubiese lugar, conforme la labor funcional lo amerite, eso sí, sin constituirse invariablemente en un segundo acusador.

 En este caso, eventualmente, habría podido hacer notar la inconsonancia que advirtió el Tribunal, pero de ninguna manera sustituir a la fiscal acusadora en su misión, menos con el pretexto de un mal entendido deber de garantizar la moralidad pública.

4. En **conclusión**, la Corte, de acuerdo con los argumentos de la fiscalía y del agente del Ministerio Público, habrá de **confirmar** la decisión adoptada por el Tribunal Superior de Cali el 20 de mayo de 2016, por medio de la cual accedió a la práctica probatoria solicitada por la fiscalía.

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

**VII. R E S U E L V E**

**CONFIRMAR** la determinación recurrida.

Contra esta decisión no procede ningún recurso.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

**EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER**

Presidente

**JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA**

**JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO**

**FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO**

**LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA**

**GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ**

**EYDER PATIÑO CABRERA**

**PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR**

**LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO**

**NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA**

Secretaria