

**DESCRIPTOR:** Descubrimiento Probatorio

**RESTRICTOR:** Sancion po omisión de descubrimiento



## **SALA DE DECISIÓN PENAL**

### **APROBADO ACTA 118**

(Sesión del 18 de septiembre de 2017)

Radicado: 05-001-60-00206-2017-00043  
Procesado: Juan Camilo Ortega Parra  
Delitos: Homicidio agravado y otros  
Asunto: Fiscal recurre decisión que negó prueba pericial  
Decisión: Confirma  
M. Ponente: José Ignacio Sánchez Calle

**Medellín, 22 de septiembre de 2017**

(Fecha de lectura)

### **1. ASUNTO**

La Sala resuelve el recurso de apelación que interpuso el delegado de la Fiscalía General de la Nación, contra la decisión del 29 de agosto pasado por la cual el Juez Séptimo Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Medellín, negó la prueba pericial del psiquiatra forense Rubén Alfonso Zarco Rivero.

### **2 ACTUACIÓN PROCESAL**

#### **2.1. Audiencia preparatoria.**

En sesión de audiencia preparatoria del 29 de agosto pasado, el delegado de la Fiscalía General de la Nación entre otros, solicitó el dictamen pericial del psiquiatra forense del Instituto Nacional de Medicina Legal, doctor Rubén

Alfonso Zarco Rivero. Para el efecto expuso que el profesional presentaría la valoración psiquiátrica o psicológica que tiene del procesado y le permitirá al Despacho tomar decisión de fondo respecto de si emite sanción punitiva o rehabilitadora de acuerdo a la situación psicológica del procesado.

En relación con esta prueba la defensa se opuso porque no fue descubierta en el escrito de acusación ni en la formulación oral de la misma. Bajo estas condiciones la carga argumentativa es mayor para el solicitante. Presupuesto que no cumplió el fiscal, quien ni siquiera alcanzó a decir si es prueba sobreviniente o prueba de refutación. Por lo demás, desde el 2 de enero del corriente, se recomendó la valoración psiquiátrica del indicado y el fiscal omitió esta información y ahora, de manera extemporánea, pide que se decrete como prueba una pericia que no descubrió.

## **2.2. Decisión impugnada.**

Al resolver la petición probatoria de las partes, específicamente de la Fiscalía General de la Nación, el *a quo* decidió negar la prueba pericial del psiquiatra Rubén Alfonso Zarco Rivero. Al respecto expuso que como bien lo destacó la defensa en el traslado de la petición probatoria de la Fiscalía, desde la misma fecha de ocurrencia del ilícito, se vislumbró la existencia de una posible condición de inimputabilidad en el procesado. Por ello y a pesar de que la ley impone a la defensa la carga de exponer y probar la inimputabilidad en cualquiera de sus variantes al tenor del artículo 344, al ente acusador también le asiste deber aclarar la condición psicológica del justiciable cuando las circunstancias fácticas evidencian que su comportamiento no es asimilable a la de otros destinatarios de la norma penal. La Fiscalía no puede acusar al individuo sin ningún miramiento cuando tiene información de las deficiencias mentales de éste.

Ahora, aunque se pudo peticionar la prueba pericial en condición de prueba de refutación, porque efectivamente el delegado de la Fiscalía supo que la defensa alegaría la condición de inimputabilidad del procesado en la audiencia de acusación, y a partir de allí solicitó la experticia, es pertinente aclarar que no se dan los presupuestos fácticos para su decreto. Amén de que si el perito de la defensa dice que es inimputable y el de la Fiscalía

General de la Nación lo niega, prácticamente se estaría habilitando la intervención de un tercer experto para que diga cuál es más acertado.

La otra posibilidad que tuvo el fiscal para petitionar la declaración del perito, esto es como prueba sobreviniente, no es aceptable porque las deficiencias mentales del justiciable se evidenciaron desde el mismo día de su aprehensión. La médica que inicialmente lo atendió, profesional universitaria forense, concluyó: “(...) incapacidad médico legal provisional ocho días. Debe regresar a nuevo reconocimiento médico legal al término de la incapacidad provisional con nuevo oficio de su despacho. Nota: se sugiere valoración de manera prioritaria por psiquiatría forense”

En conclusión, como no se dan los presupuestos ni protocolos legales para el decreto de la prueba, en los términos del artículo 359 del Código de Procedimiento Penal se despacha negativamente la prueba pericial que postuló el delegado de la Fiscalía General de la Nación.

### **2.3. Del recurso.**

Respecto de la negación de la prueba pericial el fiscal delegado presentó los recursos ordinarios de reposición y en subsidio apelación. Destacó que al inicio de la investigación no solicitó la valoración psiquiátrica del capturado porque la historia clínica e información que le suministraron de la ESE Nuestra Señora de la Candelaria del municipio de Guarne, no coincidía con la del procesado. Por eso no pensó que éste fue la persona que el día anterior al delito deambulaba desnudo por la autopista Medellín Bogotá.

De otra parte, hay que recordar que esta audiencia preparatoria fue postergada precisamente para que la Fiscalía pudiera adelantar el trámite de valoración psiquiátrica del procesado. Hecho que se verificó el pasado 9 de agosto. Así las cosas no se pueden descalificar la solicitud probatoria aduciendo sorprendimiento a la defensa.

El 18 de julio, en esta misma sala, el Despacho autorizó la valoración del procesado y fijó fecha para el día de hoy adelantar la audiencia preparatoria. Y en esta oportunidad se presentó constancia de que efectivamente el

Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses valoró al procesado.

La prueba que se depreca tiene la finalidad de probar la sanción que ha de imponerse al justiciable en caso de sentencia condenatoria. Es decir se busca acreditar la imputabilidad del procesado.

## **2.4. Traslado a los no recurrentes.**

### **2.4.1. Apoderado de las víctimas.**

El apoderado de las víctimas secunda la petición del delegado de la Fiscalía General de la Nación pues con el decreto de la prueba, los fines del proceso se cumplirán con mayor éxito. Además, la razón por la cual el delegado no solicitó oportunamente la valoración del justiciable es plenamente aceptable.

### **2.4.2. Abogado defensor:**

Solicitó al *a quo* declarar desierto el recurso porque el impugnante no atacó, no contradijo los argumentos por los cuales el despacho negó la prueba. El delegado se limitó a justificar por qué omitió obrar con diligencia resaltando que recibió una información errada del centro asistencial del municipio de Guarne y con base en ello consideró que no era necesario remitir al procesado a medicina legal.

Si se repara bien, el delegado no se refirió a las posibilidades que prevé la ley para eventos similares y que el juez bien supo explicar. Esto es, la prueba sobreviniente o la prueba de refutación, como medios para justificar la exhibición de una prueba por fuera de los estándares que prevé el sistema de enjuiciamiento oral.

Finalmente, el defensor resaltó que si bien en la reprogramación de la audiencia preparatoria el fiscal indicó que solicitaría valoración del procesado, justificó esa evidencia con el objeto de validar un posible allanamiento, pero no con el alcance que ahora le imprime.

## **2.5. De la resolución del recurso de reposición.**

Al resolver el recurso principal el a quo decidió mantener incólume la negación de la prueba. Primero, porque no existe razón para la omisión de la valoración oportuna del procesado; y segundo, porque el juez no autoriza pruebas. Las decreta en la audiencia preparatoria cuando las partes cumplen la carga que para el efecto prevé la ley. Por ello, si bien en audiencia preparatoria se postergó, fue por petición de la fiscal quien debe saber cómo y en qué momento se solicita la prueba según la investigación que adelantó.

Por lo demás, resaltó el juez, en el desarrollo de esta causa se presentó un hecho bastante revelador de la pasividad del delegado. Antes de que la Fiscalía General de la Nación formulara la acusación, la defensa había solicitado aplazamiento de la diligencia con el objeto de someter a valoración psiquiátrica al procesado, pues consideraba que materialmente se daban las condiciones para alegar una condición de inimputabilidad. Es decir, el fiscal tuvo la oportunidad procesal clara y evidente en grado superlativo de adicionar la acusación con la prueba pericial que sorpresivamente deprecó.

## **3. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

### **3.1. Competencia.**

Esta Sala de Decisión es competente para resolver el asunto según lo dispone el numeral primero del artículo 34 de la Ley<sup>1</sup> 906 de 2004.

### **3.2. Problema jurídico.**

---

<sup>1</sup> Artículo 34. De los tribunales superiores de distrito. Las salas penales de los tribunales superiores de distrito judicial conocen:

1. **De los recursos de apelación contra los autos** y sentencias que en primera instancia profieran los **jueces del circuito** y de las sentencias proferidas por los municipales del mismo distrito. (Negritas fuera de texto)

La Sala determinará si fue acertada la negación de la prueba pericial que postuló el fiscal delegado.

### 3.3. Valoración y respuesta al problema jurídico.

De entrada y dada la claridad del asunto, se anuncia que la decisión recurrida será confirmada. En efecto, sin necesidad de entrar en discusiones respecto de la naturaleza de la prueba que se negó, es evidente la omisión del fiscal en ejercicio de las obligaciones que le impone la ley.

El encabezado del artículo 250 de la Constitución Política de 1991, modificado por el artículo 2 del acto legislativo 03 del año 2002, dispone:

*“(...) La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y **realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito** que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. **No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal**, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.*

Por su parte, el literal e) del artículo 11 de la Ley 906 de 2004, prevé:

**Artículo 11. Derechos de las víctimas.** *El Estado garantizará el acceso de las víctimas a la administración de justicia, en los términos establecidos en este código.*

*En desarrollo de lo anterior, las víctimas tendrán derecho:*

*e) A recibir desde el primer contacto con las autoridades y en los términos establecidos en este código, información pertinente para la protección de sus intereses y **a conocer la verdad de los hechos que conforman las circunstancias del injusto del cual han sido víctimas;***

En este asunto, las particularidades de la secuencia fáctica que no corresponde a patrones de actuación criminal ordinaria y que para cualquier espectador no tiene explicación racional, representaba para la Fiscalía General de la Nación la carga de probar no solo la materialidad del injusto y la responsabilidad del procesado, sino también y como componente derecho

a la verdad que le asiste a las víctimas, aclarar la condición psiquiátrica del agente cuando cometió el injusto.

Pero si los hechos no representaron para el fiscal delegado, motivos suficientes para esclarecer la sanidad comportamental del agente, debió ordenar la valoración psíquica atendiendo la recomendación de la profesional especializada forense, doctora Sandra Milena Bedoya Restrepo quien en informe oficial sugirió “*valoración de manera prioritaria por psiquiatría forense*”. De ahí, entonces que el argumento que esgrimió el fiscal para omitir la valoración oportuna del procesado, referente a que su identificación no corresponde a la que presentó el individuo que fue atendido en la ESE Hospital Nuestra Señora de la Candelaria del municipio de Guarne, no es más que una salida insulsa que representa la forma como adelantó la investigación.

Si se lee el escrito que contiene la acusación, se observa una relación de elementos materiales probatorios que en nada aportan al esclarecimiento de los hechos; otros son repetitivos; pero en ningún apartado se relaciona la experticia psiquiátrica que ahora echa de menos. Es más, el delegado ni siquiera segregó la prueba pericial de la testimonial, pues indistintamente mencionó los unos con los otros.

Con todo y a pesar de que la defensa le otorgó una posibilidad temporal para adicionar la acusación en cuanto a la prueba pericial se refiere, cuando el mismo abogado solicitó posponer la acusación para someter al imputado a valoración por experto en psiquiatría, precisamente para probar su condición de inimputabilidad, ningún esfuerzo agotó el fiscal para hacer la petición probatoria en las condiciones que previamente fijó el legislador.

Se resalta que el proceso penal acusatorio que regula la Ley 906 de 2004, como los procesos que se ventilan en otras jurisdicciones se caracteriza por la preclusión de las actuaciones y por su puesto de la posibilidad de la intervención de las partes. La inobservancia de ciertos actos genera graves consecuencias para quien incurre en ese yerro.

Al respecto la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia aclaró<sup>2</sup>:

*“En relación con el postulado de predeterminación de las reglas procesales surge la doble estructura, formal y conceptual, que gobierna el proceso penal. La primera se relaciona con el principio antecedente-consecuente, entendido como la secuencia lógico-jurídica integrada, gradual y sucesiva de actos jurisdiccionales con carácter preclusivo regulados en la ley procesal. En tanto, la estructura conceptual, se refiere a la definición progresiva y vinculante del objeto del proceso penal en función, en concreto, de la determinación de la conducta punible y la responsabilidad del procesado.*

*En virtud de tales axiomas, el Estado, a través de la reglamentación legal, debe asegurar que los procedimientos tengan un curso determinado, que una acción procesal siga lógica y coherentemente a otra y que la sentencia sea el resultado de la rigurosa observación de pasos y formas tendientes a garantizar a los sujetos la demostración de sus derechos y pretensiones y a la jurisdicción la posibilidad de comprobar plenamente los aspectos subjetivos y objetivos de la infracción, admitiendo en el curso de la actuación solamente los actos propios de ella y dentro de los lapsos establecidos por el ordenamiento.*

*En esta medida, la transgresión de la estructura del debido proceso se verifica con la pretermisión de algún acto procesal expresamente señalado por la ley como requisito antecedente para adelantar el subsiguiente, o llevarlo a cabo sin el cumplimiento de los requisitos sustanciales inherentes a su validez o eficacia*

En este orden de ideas, como el descubrimiento es requisito indispensable de la postulación y decreto de la prueba, mal puede el operador judicial decretar un medio de conocimiento cuando la parte injustificadamente incumple la carga de exponer o recolectar anticipadamente la evidencia que requiere para soportar su teoría de caso. Sin que se pueda, como invocó el fiscal, acudir a la figura de la modulación de la actividad procesal<sup>3</sup>, pues ella no fue instituida para subsanar la pasividad de las partes ni omitir las formas propias de cada juicio.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, en **SALA DE DECISIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** la decisión del 29 de agosto pasado por la cual el Juez Séptimo Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Medellín, negó la prueba pericial del psiquiatra forense Rubén Alfonso Zarco Rivero que deprecó el delegado fiscal.

---

<sup>2</sup> M. P. Patricia Salazar Cuellar. Proceso: 40694. SP12846-2015. «

<sup>3</sup> Artículo 27. Moduladores de la actividad procesal. En el desarrollo de la investigación y en el proceso penal los servidores públicos se ceñirán a criterios de necesidad, ponderación, legalidad y corrección en el comportamiento, para evitar excesos contrarios a la función pública, especialmente a la justicia.

Radicado: 05-001-60-00206-2017-00043  
Procesado: Juan Camilo Ortega Parra  
Delitos: Homicidio agravado y otros

Esta providencia se notifica en estrados. Contra ella no proceden recursos.

**NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

**JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE**  
Magistrado

**NELSON SARAY BOTERO**  
Magistrado

-ausente con permiso-  
**HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA**  
Magistrado