



DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN

SALA PENAL DE DECISIÓN

Medellín, miércoles, tres de marzo de dos mil veintiuno

Aprobado mediante acta número 0021 del primero de marzo de
dos mil veintiuno

Magistrado Ponente
Ricardo De La Pava Marulanda

Por apelación interpuesta y sustentada por la defensa, conoce en segunda instancia esta Corporación la providencia proferida por el Juez Primero Penal del Circuito de Bello en la sesión de juicio oral celebrada el 18 de febrero de 2021, mediante la cual no accedió a la solicitud elevada por la señora defensora respecto a la incorporación de una prueba sobreviniente.

1. ANTECEDENTES

Los hechos que dieron origen a la presente investigación fueron narrados así en el escrito de acusación:

“El día 06 de marzo del año 2017, según informe de policía de vigilancia de Copacabana, siendo las 12:40 horas, cuando realizaban actividades de registro e identificación de personas por el barrio Yarumito de Copacabana a la altura de la carrera 53 con calle 37, vía pública, observan a dos mujeres que al notar la presencia policial asumen una actitud sospechosa e intentan retirarse del sitio, e inmediatamente se dirigen hacia donde ellas se encuentran con el fin de verificar la situación y una de ellas, identificada como Diana Carolina Ruiz Díaz, tenía un cigarrillo de marihuana a quien por ello se le iba a dar aplicación del artículo 140, numeral 8 del nuevo Código de Policía Nacional, Ley 1801/16. Disgustada la joven procedió a insultar y amenazar y luego procedió a golpear al agente Víctor Andrés Botto Maldonado en varias partes del cuerpo produciéndole laceraciones leves en la mano izquierda y a arrojarles los cascos al piso, por dicha situación se esposa para vencer la resistencia que estaba oponiendo y poderla identificar y darle a conocer sus derechos como persona capturada por el delito de violencia contra servidor público.

Sometido el agente Víctor Andrés Botto Maldonado a reconocimiento médico legal, el informe pericial de clínica forense del 06 de marzo de 2017 suscrito por el médico Ricardo de Jesús Toro Osorio, se constata que sufrió lesiones, tres escoriaciones lineales de borde irregulares en dorso de mano izquierda cerca de la muñeca y concluye: “Mecanismo traumático de lesión: corto contundente. Incapacidad médico legal definitiva cinco días. Sin secuelas médico legales al momento del examen”.

En diligencia preliminar realizada el 07 de marzo de 2017 ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal con función de control de garantías de Copacabana, luego de declararse la legalidad del procedimiento de captura, el Fiscal 25 Seccional de esa municipalidad le formuló imputación a la señora DIANA CAROLINA RUIZ DÍAZ por la autoría del delito de violencia contra servidor público, cargo que no fue aceptado por la imputada. En la misma diligencia la Fiscalía declinó de la solicitud de medida de aseguramiento preventiva, por lo que la implicada fue dejada en libertad.

El escrito de acusación se radicó el 05 de abril de 2017 y la audiencia de formulación oral se llevó a cabo solo hasta el 03 de agosto de 2020. La preparatoria se realizó el 03 de septiembre siguiente y el juicio oral se instaló el 18 de febrero de 2021, diligencia en la cual la defensora solicitó se decretara como prueba sobreviniente el testimonio de la señora NATALIA MARÍN GÓMEZ, testigo presencial de los hechos pues era la persona que estaba en compañía de la acusada en el momento en que se presentaron las circunstancias de tiempo, modo y lugar narradas en el escrito de acusación, por lo que su pertinencia, conducencia y utilidad quedan claramente determinadas.

Agregó la defensa técnica que ese medio de conocimiento tiene el carácter de prueba sobreviniente en tanto solo hasta ese día pudo establecer comunicación con su prohijada y obtener de ésta la identidad y datos de contacto de la referida ciudadana.

2. LA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgador de primera instancia inadmitió la solicitud de prueba sobreviniente argumentando que es bien sabido por todos las cargas laborales que tiene no solo la señora defensora sino los demás intervinientes en este proceso, pues la Fiscalía y el Juzgado están en las mismas condiciones, pero que también es cierto que los defensores públicos se acuerdan del proceso cuando llegan a él, queriendo significar con esta afirmación que de la misma manera como se encontró a la procesada hoy pudo haberse encontrado antes ya que desde el escrito de acusación se hizo la narración de que se encontraban dos mujeres en el lugar de los hechos, que había otra persona allí.

Adicionalmente, aclaró el a quo se dio solo un mes entre la formulación de acusación y la audiencia preparatoria porque está respetando los términos del código, y aunque sí se llegó a este proceso tarde, esa es una situación que deberá definirse administrativa y disciplinariamente y no al interior de esta actuación.

Por otra parte, señaló que en este evento se celebró una audiencia de principio de oportunidad a la que asistió otro defensor que tenía los mismos datos, entonces no entiende porque solo hasta ahora la defensa viene apenas el día de hoy tuvo la oportunidad de comunicarse con su defendida sabiendo que, reitera, desde el escrito de acusación se sabía de la existencia de dos mujeres, entonces no es admisible que la abogada sostenga que solo se vino a dar cuenta que había otra mujer en el momento en el que pudo hablar con la señora DIANA CAROLINA, quien, dicho sea

de paso, tenía conocimiento de la existencia de este proceso, máxime cuando hubo otro defensor que desde antes tuvo acceso a los elementos y por ende se le permitió la manera de ubicar a la procesada.

Finiquitó aseverando el fallador que hay elementos para inferir que la información que la defensora presenta como una prueba sobreviniente no tiene dicha característica, pues inclusive sin que se llegara a hablar con la señora DIANA CAROLINA se tenían piezas procesales suficientes para inferir que habían dos personas en el lugar de los hechos, y que como lo indicó el delegado de la Fiscalía, en el mes de agosto de 2020 no solo se hizo la narración oral de la acusación sino que se corrió el traslado de los medios de conocimiento que tenía la información suficiente para ubicar a la ciudadana deprecada ahora como testigo de descargos, por lo que no deviene aceptable que se esperara hasta el día de hoy, al inicio del juicio oral, para indicar que hay una prueba sobreviniente, razón por la cual negó el decreto del testimonio de la señora NATALIA MARÍN GÓMEZ como prueba sobreviniente.

3. LOS MOTIVOS DEL DISENSO

La señora Defensora expresó su inconformidad aduciendo que nunca dijo que no tuviera conocimiento de que había otra persona en el lugar de los hechos, pero que es muy diferente que se narre que hay dos mujeres pero se identifique plenamente solo una, y que en esa medida si bien sabía que había otra ciudadana acompañando a la señora DIANA CAROLINA en el momento en que llegaron los agentes policiales, no tenía

conocimiento de quién era ya que no fue determinada dentro de este procedimiento, independientemente de que en los hechos jurídicamente relevantes y en el informe de policía se establezca la presencia de otra persona.

Explicó que en el mes de noviembre de 2020 se encontraba incapacitada y con el contrato suspendido, por eso se asignó otro defensor, con categoría municipal, para que asistiera a la audiencia de principio de oportunidad, pero que nunca tuvo contacto con éste ya que esa situación que no se encuentra registrada en los datos que tiene de las actuaciones y por ello no se puede acoger el planteamiento del representante de la Fiscalía según el cual sí era posible para ella conocer la información que le proporcionó a otro abogado de la Defensoría Pública.

Advirtió que en la actualidad tiene una carga laboral de 406 procesos, 150 activos y 120 con personas privadas de la libertad, y que cuando se reintegró a sus labores inició nuevamente la preparación, no solo de este sino de absolutamente todos los casos que están en conocimiento y que van para juicio oral, por lo que no es dable exigirle que tenía que saber la identificación de la otra mujer relacionada en los hechos jurídicamente relevantes, pues pudo haber sido cualquiera y para poder tener certeza de su identidad y de si podía ser testigo de la defensa, tenía que hablar con su prohijada y eso ocurrió solo hasta la noche anterior y a ese día en la mañana, momento en el que logró conseguir los datos de NATALIA MARÍN GÓMEZ.

Apuntó que es relevante resaltar que todos los procesos penales han sufrido de violaciones a derechos y garantías

fundamentales por quererlos adelantar de manera virtual con una persona que no se encuentra privada de la libertad y que para el año 2020 no era ni siquiera necesario darle impulso a esta causa penal ya que el Consejo Superior de la Judicatura estableció que había que darle prioridad a las audiencias que tuviesen personas privadas de la libertad y a ello fue a la que se dedicó como defensora. Y tampoco compartió el planteamiento de la judicatura de primera instancia de que se acuerda del proceso solo cuando llega a él, pues ella ha estado presente en las audiencias, su nombre aparece en las actas anteriores y esa segura que si se escucha el audio se puede comprobar que ha manifestado que por favor se le de otro espacio para poder ubicar a la acusada.

Mencionó que efectivamente en la solicitud de prueba sobreviniente manifestó que fue gracias a la orden dada por el señor Fiscal a la policía judicial que se pudo ubicar a la procesada, pero que también es cierto que esos datos se los pasaron al otro defensor que acudió a la audiencia de principio de oportunidad y que solo hasta el día anterior a la presente audiencia ella logró hacer la conexión entre todos los anteriores defensores y la señora DIANA CAROLINA para lograr garantizar su derecho a la defensa, sin que se le pueda atribuir ninguna carga a su prohijada por el hecho de que no tiene acceso a la virtualidad y tampoco sabía a dónde podía ir a preguntar por su proceso, pues los teléfonos de los juzgados no estaban siendo atendidos y desde el mes de marzo de 2020 hasta la fecha las instalaciones de los despachos judiciales han estado cerradas.

Reiteró que la prueba que depreca como sobreviniente es (i) excepcional porque para septiembre de 2020,

un mes después de la acusación, no tenía conocimiento del paradero de la señora DIANA CAROLINA, y aunque en noviembre siguiente se elevó una solicitud de principio de oportunidad, el mismo delegado Fiscal dijo que esa audiencia no se hizo con ella; y que (ii) es pertinente y relevante porque NATALIA MARÍN GÓMEZ es la persona que estaba presente al momento de la captura de la acusada, por lo que es testigo presencial de los hechos ya que percibió de manera directa absolutamente toda la situación en que se presentó la captura de su prohijada, además su testimonio garantiza el derecho a la defensa técnica y material que le asiste a la implicada.

Estimó que no existe una decisión del Despacho a quo que vele por las garantías de la procesada, al contrario, indicó la recurrente que lo que se observa es que por adelantar el procedimiento penal de manera rápida no se está respetando el derecho fundamental a la defensa técnica de la acusada, pues se trata de la declaración de un solo testigo que es completamente relevante porque es ella quien puede confrontar la versión que vendrán a dar los agentes de policía, le dará a la judicatura el conocimiento completo y directo de los hechos que están siendo investigados y además podrá dar fe, opinión y declarar sobre las circunstancias que pretende probar la defensa conforme a un hecho que va a hacer más probable la hipótesis alternativa que planteara la defensa en juicio oral.

Es así como deprecó la censora que por todo lo anterior y conforme a la petición de prueba sobreviniente que hizo al inicio de la diligencia, que se revoque la decisión del Juez Primero Penal del Circuito de Bello y se decrete como prueba de descargos el testimonio de la señora NATALIA MARÍN GÓMEZ.

El Delegado de la Fiscalía, como parte no recurrente, aclaró que el punto de discusión es taxativo partiendo del hecho de que en el escrito de acusación se narró que habían dos femininas al momento de los hechos, o sea, el 06 de marzo de 2017 a las 12:40 horas, y que la defensa alega que aunque se dijo que eran dos mujeres de la otra ciudadana no se sabía nada, pero que ello no es así porque la señora abogada tiene el traslado del informe de policía de vigilancia en el que se dejó consignado en la parte inferior como testigo *"la joven NATALIA MARÍN GÓMEZ con cédula de ciudadanía 1035868355, estudiante, 23 años de edad, soltera, nació el 05 de febrero de 1994, sin más datos, y se encontraba en compañía de la joven capturada, en este caso, la señorita CAROLINA RUIZ"*, y que a aquella se le dio libertad garantizándole sus derechos fundamentales porque en su momento el funcionario competente no encontró procedente ningún tipo de medida conforme a los hechos.

Resaltó que para el momento de la imputación y posteriormente la acusación, la procesada estuvo presente y aunque se encontraba en libertad conocía del proceso, pues ello se deduce de manera coherente y lógica porque fue capturada en flagrancia y sabía que su actuación se estaba adelantando ante el Juzgado Primero Penal del Circuito de Bello, y que hace esta claridad porque si bien es cierto en los datos iniciales no figuraba donde se podría ubicar la procesada, de lo dicho en precedencia se puede extraer que no se han violado los principio de publicidad, notificación ni el debido proceso porque él ha sido garante de que la acusada siempre tenga defensa técnica.

Reconoció que la defensora sí estuvo incapacitada, pero que su solicitud no es procedente porque desde el escrito de

acusación ella conocía los hechos jurídicamente relevantes y conforme al artículo 356 del código de procedimiento penal se le dio traslado de los elementos y dentro de ellos el informe de policía de vigilancia y la copia del escrito de acusación, por lo que no se ha violado tampoco el derecho a la defensa teniendo en cuenta que la Defensoría del Pueblo es una institución.

Coligió que una cosa es que unos procesos tengan mas relevancia que otros en razón de la calidad de sus detenidos, pero que igual se trata de un proceso penal que se estaba instruyendo, y que no comparte los argumentos aducidos sobre la carga laboral que presenta la defensora pues precisamente el juzgado, cuando asumió la nueva gerencia, está trabajando con el fin de avanzar en las carpetas que se vienen instruyendo desde años anteriores, lo que igualmente está haciendo él con la Fiscalía 215, aceptar responsabilidades y avanzar, y que comprendiendo toda esta situación y en aras de buscar otra solución deprecó el control judicial del principio de oportunidad de conformidad con el artículo 324 de la Ley 906 de 2004 y ofició a la Defensoría Pública para que le asignaran un defensor, siendo nombrado el doctor JOSÉ JACINTO HOYOS el 10 de noviembre de 2020, por lo que razonó que entonces no es que las dificultades presentadas sean problema de la defensora *in tuito personae*, sino de las circunstancias demostrativas y de comunicación de la Defensoría como institución.

Y sobre la prueba sobreviniente como tal, mencionó que lo planteado por la defensa no se ajusta a las circunstancias especiales que se han fijado en los pronunciamientos que ha realizado la Corte Suprema de Justicia respecto al artículo 344 del código de procedimiento penal.

4. CONSIDERACIONES

De conformidad con el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, es competente esta Corporación para conocer, por vía de apelación, la providencia que inadmitió la solicitud probatoria invocada por la Defensa como sobreviniente en el momento de instalarse el juicio oral, dictada por el Juez Primero Penal del Circuito de Bello, hecho con el cual, a juicio de la recurrente, se vulneró el derecho de defensa y el debido proceso al no permitirse la práctica de un medio de conocimiento que cumple con los requisitos de ley.

Con la finalidad de resolver la controversia suscitada, esta Sala de Decisión encuentra pertinente hacer referencia respecto al procedimiento de descubrimiento, solicitud y decreto de pruebas en nuestro sistema penal acusatorio.

Y frente a este tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencia 44850 del 06 de mayo de 2015, con ponencia de la doctora MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ, indicó:

“A efectos de materializar la igualdad de los intervinientes en el juicio, los artículos 344, 356 y 374 de la Ley 906 de 2004 regulan la oportunidad procesal para que la Fiscalía y la defensa efectúen el descubrimiento probatorio que permita a la contraparte ejercer a cabalidad la contradicción.

El correcto y oportuno descubrimiento probatorio constituye condición sine qua non para la admisibilidad de la prueba porque, según el artículo 346 ibídem, el juez tiene la obligación de rechazar todas

aquellas evidencias o elementos probatorios respecto de los cuales no se haya cumplido el deber de revelar información durante el procedimiento de descubrimiento. En consecuencia, los medios de convicción que no sean descubiertos en la oportunidad legalmente establecida, no pueden aducirse al proceso, controvertirse, ni practicarse durante el juicio oral.

Con todo, el inciso final del artículo 344 ibídem prevé la posibilidad excepcional de que durante el juicio se descubra algún elemento material probatorio o evidencia física muy significativos cuya existencia se desconocía en el momento procesal oportuno:

"Art, 344. Inicio del descubrimiento. (...) El juez velará porque el descubrimiento sea lo más completo posible durante la audiencia de formulación de acusación.

Sin embargo, si durante el juicio alguna de las partes encuentra un elemento material probatorio y evidencia física muy significativos que debería ser descubierto, 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".

*Entonces, acorde con esa preceptiva, se trata de un **evento excepcional** que sólo se activa en virtud, i) del hallazgo producido con posterioridad a la audiencia preparatoria; ii) de un elemento de convicción de vital trascendencia para el debate probatorio; iii) cuya ausencia puede perjudicar de manera grave el derecho de defensa o la integridad del juicio.*

Siendo ello así, corresponde a la parte que pretende su decreto la carga de demostrar con suficiencia la presencia de los citados elementos y, además, explicar su pertinencia, conducencia y utilidad, en los términos de los artículos 357, 359 y 375 ibídem. Lo anterior porque

la prueba sobreviniente no está diseñada para habilitar un nuevo periodo de descubrimiento orientado a remediar las omisiones de las partes en el trabajo investigativo que deben realizar para sustentar su teoría del caso". (Subrayas fuera del texto original)

Tenemos entonces que para la Defensa existe una carga de descubrimiento que debe agotar al inicio de la audiencia preparatoria, mismo que de no efectuarse en debida forma acarrea como sanción el rechazo de su solicitud probatoria ya que durante el juicio oral y público solo podrán practicarse las pruebas que fueron oportunamente descubiertas y decretadas por el Juez de conocimiento en desarrollo de dicha audiencia, a excepción de las pruebas sobrevinientes, como ocurre en este caso de conformidad con lo que pasará la Sala a explicar.

Para esta Corporación, contrario a lo considerado por el Juez Primero Penal del Circuito de Bello, en el sub judice sí se cumplen los requisitos para que el testimonio de la señora NATALIA MARÍN GÓMEZ se constituya como prueba sobreviniente por cuanto la información sobre esta ciudadana y sus datos de ubicación fueron adquiridos con posterioridad a la fecha en que se llevó a cabo la audiencia preparatoria¹, pues nótese que la defensora, para aquel momento procesal, aún no había podido tener comunicación con su prohijada debido a que los datos con los que se contaban al interior de la actuación no eran efectivos en aras de su ubicación.

Obsérvese que el Despacho de primera instancia tampoco pudo localizar a la señora DIANA CAROLINA RUIZ DÍAZ para comunicarle de la celebración de las audiencias de formulación

¹ Celebrada el 03 de septiembre de 2020 de conformidad con el acta de audiencia aportada.

de acusación y preparatoria, pues en el expediente digital remitido a esta Corporación se dejó constancia por parte de la citadora XIOMARA ZAPATA DUQUE que al llamar al celular de la procesada *"la comunicación no fue posible, toda vez que se marcó al abonado y el número no se encuentra activado"*², y en las actas de dichas diligencias- formulación de acusación y preparatoria- quedó establecido que la procesada no asistió a las mismas.

Y aunque el delegado de la Fiscalía manifestó que había adelantado actos investigativos, a través de la policía judicial, con los cuales logró establecer la ubicación de la señora RUIZ DÍAZ y que esa información se la suministró al funcionario de la Defensoría Pública que asistió en calidad de defensor público a la audiencia de principio de oportunidad, esta Colegiatura advierte que ello tuvo lugar en el mes de noviembre anterior³, fecha que claramente es posterior al 03 de septiembre de 2020, día en el que se celebró la audiencia preparatoria.

Ahora, más allá de que en el informe de policía en casos de captura en flagrancia se hubiese dejado consignado que al momento de la captura la procesada se encontraba en compañía de *"la joven NATALIA MARÍN GÓMEZ con cédula de ciudadanía 1035868355, estudiante, 23 años de edad, soltera, nació el 05 de febrero de 1994, sin más datos"*, esa información no resulta del todo suficiente para asegurar que estaban dadas todas las circunstancias para que la defensa pudiera, fácilmente, de manera autónoma e independiente y sin necesidad de establecer comunicación con su prohijada, ubicar

² Constancias de los días 13 de julio y 04 de agosto de 2020 que reposan en los folios 18 y 20, respectivamente, del expediente digital allegado por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Bello.

³ La audiencia en la que se discutió la aplicación del principio de oportunidad se llevó a cabo el 10 de noviembre de 2020.

a la referida ciudadana para haber solicitado en la audiencia preparatoria que se decretara su declaración como prueba de descargos.

Adicionalmente, de conformidad con la solicitud elevada por la defensa, el medio de prueba petitionado como sobreviniente se convierte en un aspecto esencial e imprescindible para desarrollar su teoría del caso, pues adujo que al tratarse de una testigo directa y presencial de los hechos, es ella quien puede confrontar la versión que ofrecerán los agentes de policía y le dará a la judicatura el conocimiento completo y directo de las circunstancias temporo-espaciales que están siendo investigadas, además de que podrá dar fe sobre la situación que se pretende probar haciendo más probable la hipótesis alternativa que planteara la defensa en juicio oral.

Entonces, ciertamente se puede decir que en este evento se cumplen los siguientes requisitos: **i)** que el hallazgo sea con posterioridad a la audiencia preparatoria, pues este medio de prueba se concretó y ubicó luego de haberse evacuado esa diligencia, resaltándose que para ese momento ninguna de las partes, ni siquiera el Despacho de conocimiento, habían podido localizar a la procesada y por tanto a la defensora no se le había posibilitado tener acceso a la información que hace parte de la defensa material propia de su prohijada, razón suficiente para determinar que en dicha diligencia no le era exigible el descubrimiento y posterior solicitud de este elemento material probatorio; **ii)** se trate de un elemento de convicción de vital trascendencia para el debate probatorio, algo que resulta completamente razonable teniendo en cuenta que se está ante una

testigo presencial y la única persona, aparte de los agentes de la policía y la implicada, que tuvo conocimiento directo de los hechos; **iii)** y que cuya ausencia puede perjudicar de manera grave el derecho de defensa o la integridad del juicio, ya que con esta prueba considera la recurrente que podría demostrar fehacientemente su tesis defensiva.

Por lo anterior, observa esta Colegiatura que efectivamente el elemento material probatorio deprecado por la defensa técnica reviste las características de una prueba sobreviniente y resulta procedente en aplicación del inciso cuarto del artículo 344 de la Ley 906 de 2004, pues efectivamente se trata de una prueba sobreviniente, razón por la cual se revocará la decisión del a quo y se decretará la solicitud realizada por la defensa al momento de instalarse el juicio oral y público, en lo referente a la prueba testimonial referida.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín,
en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la providencia de naturaleza y origen conocidos en cuanto inadmitió la introducción de la prueba sobreviniente elevada por la defensa, y en su lugar **SE ADMITE** el testimonio de la señora NATALIA MARÍN GÓMEZ para los fines que fue solicitado por la parte interesada.

SEGUNDO: Contra esta decisión no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE



RICARDO DE LA PAVA MARULANDA

Magistrado



RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ

Magistrado



JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ

Magistrado