REPÚBLICA DE COLOMBIA
PEREIRA-RISARALDA
RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Ponente
JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Pereira, veintitrés (23) de septiembre de dos mil catorce (2014)

ACTA DE APROBACIÓN No 571
SEGUNDA INSTANCIA

Fecha y hora de lectura:	23-09-14, 10:39 a.m.
Imputados:	Viviana Constanza Valencia, María Fabiola Torres Franco, José René Valencia Rodríguez, Andrés Cuesta Vargas y Gloria Patricia Gutiérrez.
Delito:	Concierto para delinquir agravado
Procedencia:	Juzgado Penal del Circuito Especializado de Manizales (Cdas.) con funciones de conocimiento
Asunto:	Se decide la apelación interpuesta por la Fiscalía contra el auto de fecha 07-05-14, por medio del cual se admitió una prueba sobreviniente. SE CONFIRMA

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Rda.) 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.- Dan cuenta los registros que labores de inteligencia establecieron la existencia de una organización delincuencial denominada "Cordillera" dedicada al tráfico de estupefacientes y otros delitos en el municipio de Pereira, de la cual hacía parte, entre muchos otros, la señora **GLORIA PATRICIA GUTIÉRREZ** en condición de "administradora de zona".

1.2.- Por tal motivo y ante el no allanamiento a los cargos para el momento de la imputación, la Fiscalía presentó formal escrito de acusación (13-03-09)

por el punible de *concierto para delinquir agravado* a voces del artículo 340 inciso 2º del Código Penal, con fines de narcotráfico y en calidad de coautores.

A continuación se describirán las etapas controversiales suscitadas en la presente actuación:

1.3.- Durante el desarrollo del juicio oral (23-05-12), el nuevo defensor de la acusada **GUTIÉRREZ GÓMEZ** presentó petición de nulidad por violación al debido proceso y al derecho de defensa técnica, con fundamento en: (i) la indeterminación de los cargos, como quiera que en el escrito de acusación y durante la audiencia de formulación del pliego acusatorio, la Fiscalía hizo una presentación genérica de la actividad desarrollada por su cliente, muy específicamente en cuanto utilizó la expresión "etc" al referirse a las acciones supuestamente desarrolladas por **GLORIA GUTIÉRREZ** en calidad de coautora en el tipo penal de *concierto para delinquir*; y (ii) la indebida representación técnica de la profesional que representó los intereses de su protegida durante la audiencia de formulación de acusación y la preparatoria, como quiera que fue parca en su obrar y no ejerció una defensa proactiva con la petición de pruebas para salirle al paso a las esgrimidas por el ente acusador.

El juez de la causa, atendiendo la petición opuesta planteada por el delegado Fiscal, despachó desfavorablemente la dualidad de pretensiones del defensor por considerarlas abiertamente desfasadas de la realidad procesal.

El defensor se mostró inconforme con esa determinación y procedió a interponer y sustentar el recurso de apelación.

Esta Colegiatura en providencia del 21-06-12 avaló la decisión de primera instancia y ordenó devolver la actuación al juzgado de origen para que se continuara el juicio.

1.4.- Estando de nuevo la actuación en desarrollo del juicio oral, y luego de escuchar la declaración de la señora LEIDY CABEZAS VALENCIA -testigo protegida de la Fiscalía- la defensa de **ANDRÉS CUESTA VARGAS** informó a la audiencia lo acontecido en un proceso de homicidio adelantado en el Juzgado Sexto Penal del Circuito de la ciudad, en el que precisamente actuó como testigo de la Fiscalía la señora CABEZAS y en donde se ofreció la declaración de un psiquiatra con el fin de refutar la credibilidad de la deponente, habida consideración a que posee un trastorno psicótico; por tal circunstancia consideró de vital importancia traer a ese experto a este proceso para que dé a

conocer la circunstancias psíquicas de la deponente, solicitud que eleva como prueba sobreviniente -anexó copia de la sentencia absolutoria de tal actuación-

1.5.- El juez de la causa decidió admitir la solicitud probatoria de la defensa, a cuyo efecto advirtió que la naturaleza de esta prueba es la de refutar, contrariar o mostrar una evidencia acerca de la capacidad de discernimiento de un testigo. Indicó que según la argumentación del señor apoderado y de conformidad con el conocimiento del profesional en psiquiatría, se aportará lo que se pudo apreciar de la anamnesis efectuada a la señora LEIDY CABEZAS; lo anterior según lo establecido por el artículo 344 del C.P.P. al existir circunstancias que deben ser ponderadas, y por tratarse de un aporte importante al juicio, relacionado con la admisibilidad y pertinencia. Concluyó que según la sentencia allegada por parte de la defensa dentro el proceso seguido en contra del señor GUILLERMO LEÓN VALENCIA, en esa actuación se recibió el testimonio del psiquiatra URIEL ESCOBAR BARRIOS, y la misma fue proferida el 22-01-12, pero la audiencia preparatoria tuvo lugar el 19-11-10; luego entonces, era imposible que la defensa hubiera estado en capacidad de conocer tal circunstancia, ya que solo hasta el proferimiento de la sentencia absolutoria se pudo apreciar el alcance del testimonio del Dr. ESCOBAR BARRIOS.

1.6.- A esa determinación se opuso la Fiscalía con la interposición de un recurso de apelación el cual sustentó en los siguientes términos:

- La testigo de cargos de manera clara relató que el procesado **CUESTA VARGAS** hacía parte del grupo delincuencial denominado "Cordillera", y como miembro de la Policía Nacional estaba en condiciones de avisarles sobre posibles allanamientos, información por la cual cobraba un impuesto que se le pagaba. Aseveraciones que difieren de lo percibido por ella en otras actuaciones.

- La defensa contó con el tiempo suficiente para brindar el testimonio del perito forense en la audiencia preparatoria, porque esta actuación viene desde el año 2007, es decir, no se trata de una prueba nueva y por tal razón debe ser rechazada.

1.7.- Los apoderados de los procesados al unísono solicitan la confirmación de la decisión, porque en efecto se trató de una prueba sobreviniente toda vez que apenas se vino a descubrir luego de realizarse la audiencia preparatoria. Por demás, se trata de un elemento de conocimiento significativo, requerido para controvertir la credibilidad de la testimonio, y de ese modo se encuentra satisfecha la carga argumentativa de la pertinencia y conducencia de esa prueba.

2.- Para resolver, SE CONSIDERA

2.1.- Competencia

La tiene esta Colegiatura de conformidad con los factores objetivo, territorial y funcional a voces de los artículos 20, 34.1 y 178 de la Ley 906 de 2004 -modificado este último por el artículo 90 de la Ley 1395 de 2010-, al haber sido oportunamente interpuesta y debidamente sustentada una apelación contra providencia susceptible de ese recurso y por una parte habilitada para hacerlo -en nuestro caso la Fiscalía-.

2.2.- Problema jurídico planteado

De conformidad con los planteamientos del recurso, de la respuesta ofrecida por la Fiscalía y de lo decidido por la primera instancia, al Tribunal le corresponde establecer el grado de acierto que contiene la providencia impugnada, en cuanto admitió en juicio la incorporación del testimonio del Psiquiatra URIEL ESCOBAR BARRIOS, pese a que no había sido anunciada ni descubierta en las audiencias de formulación de acusación y preparatoria, por tratarse de una prueba sobreviniente al tenor de lo dispuesto en el artículo 344 de la Ley 906/04.

2.3.- Solución a la controversia

Como se anotó, el proceso se encuentra en la etapa del juicio oral, diligencia en la cual luego de recibirle la declaración a la señora LEYDI CABEZAS, por parte del defensor del acusado **ANDRÉS CUESTAS VARGAS** se solicitó la admisión de una prueba sobreviniente, la cual se hizo constar en el testimonio del psiquiatra URIEL ESCOBAR BARRIOS quien tuvo la oportunidad de examinar a la referida testigo y dar su opinión dentro de otra actuación penal, lo que al decir de la defensa fue crucial para que por parte del juzgado se dictara una sentencia absolutoria dadas las inconsistencias mentales de esa testigo que impedían proferir una decisión de condena, petición a la que se opuso la Fiscalía por considerar que se trataba de una situación conocida por la defensa antes de terminarse la audiencia preparatoria, oportunidad en la cual guardó silencio.

Los motivos de censura que frente a la determinación del juez de admitir como prueba sobreviniente el testimonio del experto en psiquiatría que plantea la fiscalía son relativos a que dicha circunstancia no es sobreviniente, puesto que la defensa conocía de la condición mental de la testigo antes de realizarse la

audiencia preparatoria y además se trata de dos procesos muy diferentes como para que exista una similitud en las declaraciones del profesional médico.

De conformidad con esos argumentos pasará el Tribunal a hacer el estudio correspondiente con el propósito de determinar si para el evento que se pone de presente se cumplen los requisitos sustanciales exigidos por la regla 344 adjetiva para efectos de permitir la introducción excepcional en juicio de elementos de conocimiento que no fueron anunciados, descubiertos y justificados en debida forma por la parte interesada, bien desde la audiencia de formulación de acusación ora desde la preparatoria.

El canon 357 procesal da la oportunidad a las partes confrontadas de solicitar en la audiencia preparatoria las pruebas que requieran para sustentar su pretensión, y el juez debe decretar la práctica de aquellas que se refieran a los hechos de la acusación susceptibles de prueba, de acuerdo con las reglas de pertinencia y admisibilidad previstas en ese estatuto.

El descubrimiento probatorio se relaciona directamente con los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, legalidad, defensa, lealtad y contradicción entre otros, como lo consigna la jurisprudencia en los siguientes y precisos términos:

> "i) Debido proceso[1][6], de rango constitucional, aplicable a todas las actuaciones judiciales y administrativas, que incluye para el sindicado el juzgamiento con la observancia de la plenitud de las formas del juicio, el derecho de presentar y controvertir pruebas, la defensa por un abogado; y a la exclusión de las pruebas obtenidas con violación del debido proceso.
>
> ii) Igualdad[2][7], en tanto corresponde a los servidores judiciales hacerla efectiva para los intervinientes en desarrollo de la actuación. Se concreta en la denominada igualdad de armas, consistente en el derecho que tiene la defensa de conocer las evidencias y elementos probatorios que la Fiscalía utilizará para la acusación; y a la vez, el derecho que asiste a la Fiscalía para conocer de cuáles evidencias y elementos probatorios se servirá la defensa; con la finalidad de que puedan desempeñarse en el mismo plano o nivel. Pero tal prerrogativa no se agota en el simple conocimiento previo, sino que confiere a cada parte la potestad de "utilizar", si conviene a sus intereses, las evidencias y elementos probatorios aducidos por la otra, bien para impugnar la pertinencia o el poder de persuasión, o bien para respaldar su propia teoría.
>
> iii) Imparcialidad[3]**[8]**, que impone a los Jueces el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia, siendo indispensable para ello que el Juez de conocimiento asuma una actitud positivamente dirigida a que el descubrimiento probatorio sea lo más completo posible.

---

[1][6] Constitución Política, artículo 29.
[2][7] Ley 906 de 2004, artículo 4°.
[3][8] Artículo 5° ibídem.

iv) Legalidad[4][9], en cuanto el descubrimiento es uno de los parámetros que condiciona la pertinencia y el decreto de la prueba por parte del Juez; y por la necesidad de observar las formas propias del juicio. Tan es así, que si llegare a practicarse una prueba que no fue descubierta y pese a ello se utiliza como fundamento de la sentencia, en segunda instancia o en sede de casación es factible aplicar la regla de exclusión, por mandato constitucional (artículo 29 de la Carta) y de la ley (artículo 360 –prueba ilegal- de la Ley 906 de 2004), según el cual, el Juez excluirá la práctica o aducción de medios de prueba ilegales, incluyendo los que se han practicado, aducido o conseguido con violación de los requisitos formales previstos en el Código de Procedimiento Penal.

v) Defensa[5][10], pues el imputado y con mayor razón el acusado, tiene derecho a solicitar, conocer y controvertir las pruebas, disponiendo para ello de un tiempo razonable y de medios adecuados para la preparación de la defensa.

Sobre ese particular, el numeral 3° del artículo 125 de la Ley 906 de 2004, estipula que es atribución de la defensa:

"En el evento de una acusación, conocer en su oportunidad todos los elementos probatorios, evidencias física e informaciones de que tenga noticia la Fiscalía General de la Nación, incluidos los que sean favorables al procesado."

vi) Lealtad[6][11], bajo el entendido que todos los que intervienen en la actuación tienen el deber de obrar con buena fe. Implica que el descubrimiento probatorio se haga en forma completa e integral, para evitar que la contraparte sea sorprendida con evidencias y medios probatorios que no pudo conocer con razonable antelación. Siempre quedan a salvo, claro está, el derecho a la no autoincriminación y la información privilegiada entre el acusado y su defensor.

vii) Contradicción[7][12], en cuya virtud, las partes tendrán derecho a conocer y controvertir las pruebas, así como a intervenir en su formación. Y concretamente, como lo dispone el inciso segundo de esta norma:"Para garantizar plenamente este derecho, en el caso de formular acusación la Fiscalía General de la Nación deberá, por conducto del juez de conocimiento, suministrar todos los elementos probatorios e informes de que tenga noticia, incluidos los que sean favorables al procesado […]"[8].

En términos generales, de acuerdo con las regulaciones de la Ley 906/04, la oportunidad para la solicitud y decreto de pruebas, como ya se dijo, se agota en la audiencia preparatoria; empero, el dispositivo 344 prescribe en su parte final que: "[…] 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 considerando el perjuicio que podría

---

[4][9] Artículo 6° ibídem.
[5][10] Artículo 8° ibídem.
[6][11] Artículo 12 ibídem.
[7][12] Artículo 15 ibídem.
[8] *C.S.J.*, Sala de Casación Penal, Proceso 25920 del 21-02-07, M.P. Javier Zapata Ortiz.

producirse al derecho de defensa y la integridad del juicio, decidirá si es excepcionalmente admisible o si debe excluirse esa prueba […]".

Lo anterior significa que una vez superada la audiencia preparatoria, no termina inexorablemente la oportunidad de pedir y decretar pruebas, porque de conformidad con la norma transcrita existe otra ocasión, aunque muy excepcional, para que se pueda solicitar y ordenar alguna de trascendental importancia y que fuera desconocida al momento de las audiencias de acusación y preparatoria.

Para el caso en estudio, se debate concretamente si la petición formulada por la defensa luego de la declaración de LEYDIA CABEZAS en el sentido de admitir como prueba el testimonio del psiquiatra URIEL ESCOBAR BARRIOS, constituye o no prueba sobreviniente.

Lo de estarse frente a un "hecho nuevo" o "prueba nueva", es situación efectivamente relevante en cuanto de ahí puede depender la determinación acerca de si la petición es o no extemporánea. En ese orden, hay lugar a precisar qué se debe entender realmente por "hecho nuevo" y en ese sentido tenemos:

En términos generales, se ha comprendido por tal, aquél que no ha sido conocido al tiempo de los debates; sin embargo, ese no conocimiento puede deberse: (i) a su no existencia previa; o (ii) a que no obstante su existencia anterior, las partes interesadas no estaban en condiciones de acceder a la aprehensión por los sentidos de ese hecho con vocación probatoria.

Se entiende así con mayor intensidad la verdadera importancia de la expresión que utiliza el ya referido artículo 344 de la Ley 906 de 2004, cuando precisamente al hablar de la posibilidad de una prueba nueva durante el juicio, hace énfasis en que ella debe ser: "**muy significativa**" para el resultado del proceso.

La Sala observa que en lo atinente a la declaración del psiquiatra que se pretende introducir al juicio oral, se trata no solo de un hecho nuevo, sino que además posee las características de "muy significativa", y explicamos el porqué:

Tiene razón el defensor y el juez de la causa en tal sentido, porque muy a pesar que se podría tener conocimiento del estado mental de la testigo de cargos LEYDI CABEZAS desde mucho antes, su valoración por parte de la judicatura solo se vino a dar posteriormente, cuando ya había pasado la audiencia preparatoria (28-09-10) dentro del presente trámite. Es así en cuanto el fallo absolutorio proferido por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de esta

capital se emitió el 27-01-12 y adquirió firmeza en razón del pronunciamiento que hizo la Sala el pasado 02-09-14, momento en el cual se confirmó la sentencia absolutoria proferida en el proceso que se adelantó en contra el ciudadano GUILLERMO LEÓN VALENCIA HERRERA por el punible de homicidio y porte ilegal de armas de fuego. Lo aseverado por esta Corporación en Oportunidad esta última en la cual se consignó lo siguiente:

> "6.4.8 En el proceso declaró igualmente, el Dr. Uriel Escobar Barrios, médico psiquiatra del Instituto del Sistema Nervioso de Pereira, en calidad de perito en esa especialidad, quien se refirió a una historia clínica de Leidy Cabezas Valencia que se le exhibió, proveniente del Instituto del Sistema Nervioso de Risaralda, en algunos de cuyos apartes se encontraba su firma. Lo esencial es que este perito con base en ese documento manifestó que existía un reporte del 6 de septiembre de 2004 sobre un diagnóstico de estado sicótico agudo que presentó la señora Cabezas y que desmintió lo manifestado por la señora Cabezas en el sentido de que solamente había sido examinada en una oportunidad por un psiquiatra.
>
> […]
>
> 7. Entonces esas evidentes inconsistencias de la única declarante con la cual se cumplía el requisito del conocimiento personal de los hechos que exige el artículo 402 del CPP al regular la prueba testimonial, tuvieron notoria injerencia en el fallo de primera instancia, ya que no se cumplían los presupuestos del artículo 381 de la ley 906 de 2004, para dictar una sentencia condenatoria en contra del procesado, como lo consideró el juez de primer grado, advirtiendo esta Sala que el análisis que se hace de la insuficiencia de la prueba testimonial mencionada, no se centra en las manifestaciones del perito psiquiatra que declaró en el juicio oral, ya que este hizo referencia a un episodio de psicosis aguda que presentó la señora Cabezas en el mes de diciembre de 2004, pues no se acreditó que para la fecha en que presuntamente la señora Cabezas presenció el homicidio del señor Darío López, es decir el 30 de junio de 2006, la testigo presentara algún episodio de enfermedad mental que afectara su percepción de los hechos". –subrayas fuera del texto-

Así las cosas, al quedar en firme la sentencia absolutoria traída a colación por la defensa, tal situación da pie para estimar con fundamentos serios la importancia de la declaración del experto en psiquiatría como prueba sobreviniente; sin que ello quiera significar, obviamente, que lo declarado por la testigo se esté desconociendo desde ya, porque una tal valoración deberá ser por supuesto tema objeto de análisis por parte del juzgador al momento de proferir la decisión que en derecho corresponda. Con mayor razón cuando esta misma Sala de Decisión en el caso al que se ha hecho referencia, desestimó la citada prueba pericial dado el factor tiempo en el que un tal episodio de enfermedad mental tuvo supuesta ocurrencia.

Siendo así, no existe la menor hesitación que esa prueba sí tiene esa calidad de sobreviniente puesto que si bien se pudo llegar a conocer el estado psíquico en

que al parecer la declarante se encontraba desde mucho antes, el testimonio del psiquiatra que la examinó solo fue objeto de estimación judicial posteriormente. Adicionalmente, no se presta a discusión la importancia que posee para la parte que la solicita, porque contrario a lo sostenido por el recurrente, la defensa argumentó que su pertinencia y utilidad se dirigen a confrontar el estado de alucinación de la testigo que puede alterar sus apreciaciones sensitivas; tema que, se repite, debe ser materia de discusión ante la primera instancia.

Acorde con lo discurrido, considera la Colegiatura que la decisión adoptada por la primera instancia se encuentra ajustada a derecho y en consonancia con ello se le impartirá confirmación.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Rda.), Sala de Decisión Penal, **CONFIRMA** la decisión apelada.

Esta providencia 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