

Proceso: 050016000206 **2015-02250**
Delito: Homicidio tentado en concurso con porte de arma de fuego
Acusada: Lirien Estrella Blanco Palacio
Procedencia: Juzgado 2º Penal del Circuito de Bello
Objeto: Apelación auto que niega prueba sobreviniente
Decisión: Confirma
M. Ponente: Luis Enrique Restrepo Méndez
Auto No: 029-2022

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DÉCIMO TERCERA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

Proyecto aprobado según acta Nro. 129

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el defensor contractual de **LIRIEN ESTRELLA BLANCO PALACIO** contra la decisión del 22 de septiembre pasado mediante la cual la Juez 2ª Penal del Circuito de Bello, Antioquia, negó la solicitud de prueba sobreviniente dentro del proceso que se adelanta en relación con el delito de homicidio tentado en concurso con fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

1. HECHO Y ANTECEDENTES PROCESALES

1.1 Según el escrito de acusación, los primeros fueron los siguientes:

“Los hechos tuvieron ocurrencia el pasado dieciocho (18) de enero del año dos mil quince (2015), a eso de las 20:00 horas, en inmediaciones de la Diagonal 57 con Av. 34 sector ÉXITO del barrio Niquía del Municipio de Bello Ant. Se señala a la investigada LIRIEN ESTRELLA BLANCO PALACIOS, de utilizar un arma de fuego por lo menos de defensa personal, de la cual no tenía permiso para portarla

*TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA DE DECISIÓN PENAL
RAD. 05 001 60 00206 2015-02250
Lirien Estrella Blanco Palacio*

y pretender con ella segar la vida de SEBASTIAN GIRALDO HERNÁNDEZ identificado con la cédula de ciudadanía número 1.035.433.284 de Copacabana Ant. Para los efectos anteriores le realizó varios disparos a la humanidad del joven SEBASTIAN, logrando impactarlo con uno de ellos; hecho muerte que no se produjo por circunstancias ajenas a su voluntad.

En razón de los hechos el joven SEBASTIAN sufrió una herida en la extremidad inferior derecha por proyectil de arma de fuego”.

1.2 En audiencia de juicio oral¹, inmediatamente después de que rindiera testimonio el señor Víctor Eliecer Moreno Perea, testigo de la defensa, el apoderado contractual de Lirien Estrella Blanco Palacio desistió del testigo Dubeimar Ortiz Olarte y le solicitó a la *a quo* el decreto de una prueba sobreviniente.

Al momento de sustentar su petición señaló que de conformidad con el art. 344 del C. de P.P y teniendo en cuenta lo acabado de reseñar por el testigo Moreno Perea le solicitaba que decretara como prueba sobreviniente, la declaración en juicio del testigo Oscar Domingo Murillo Rivas en razón a que este ciudadano era el propietario del establecimiento de comercio en el que estaban departiendo con la hoy procesada el día de los hechos.

Para respaldar su petición, señaló que ese testimonio era pertinente porque dirá en el juicio si realmente Lirien Estrella Blanco estuvo en ese lugar el 18 de enero de 2015 y en compañía de qué personas, también podrá señalar si la conocía, en razón de qué y si le consta directa y personalmente alguna situación “*por fuera de lo normal*” que se hubiese presentado en ese establecimiento o en sus alrededores.

En ese sentido, continuó, encuentra pertinente la comparecencia de este ciudadano para que les aclare y les ayude a llegar a una convicción real del asunto que los convoca.

1.3 La Fiscalía² se opuso a la petición de la defensa con fundamento en que la solicitud no cumple con las exigencias de lo que se denomina prueba sobreviniente. Dijo que, en su lugar, lo que se aprecia es una deficiente labor investigativa del abogado de

¹ Celebrada el 22 de septiembre de 2022. Minuto: 22:32

² Ídem. Minuto: 26:09

confianza de la acusada, pues le resulta extraño que se diga que surge en este momento tras la declaración del señor Moreno Perea, cuando tuvo la oportunidad de preparar a su testigo antes del juicio y sabía que diría haber estado en un establecimiento de comercio con la acusada.

2. DE LA DECISIÓN RECURRIDA

La *a quo* antes de proferir su decisión, advirtió que la argumentación de la defensa estuvo dirigida a explicar por qué la prueba que solicita es pertinente, en lugar de indicar porqué es sobreviniente.

Enseguida señaló que el debido proceso probatorio inicia en la fase preliminar o previa al juicio con la recolección de los medios de convicción por ambas partes, ya que fiscalía y defensa están facultadas para recoger los medios con vocación de prueba que considere importantes para su teoría del caso. Por esa razón, dentro de ese debido proceso probatorio hay un trámite, oportunidad o una fase donde se hace ese descubrimiento, el mismo que para la defensa se dio en sede de la audiencia preparatoria realizada el 11 de octubre de 2021.

Resaltó que el abogado que reclama esa prueba sobreviniente fue el mismo que acompañó a la procesada desde la audiencia de formulación de acusación, de ahí que, como lo refirió la fiscalía, lo que se observa es un incompleto trabajo de recolección de medios de convicción en pro de la ciudadana acusada, obligación que recae en la defensa, pues no se trata de excepcionar ese debido proceso probatorio, en el que el descubrimiento tiene una fases.

Recordó que la figura de la prueba sobreviniente es excepcionalísima y no es para cambiar las formas ni mucho menos para revivir etapas que ya fenecieron, de ahí que ese medio de prueba testimonial que se reclama, debió surgir en el curso del juicio, bien porque se derivó de una prueba o no era previsible o porque hasta ese momento era desconocido. Tiene que tener además la calidad de ser muy significativo e importante para la incidencia del caso, como le refiere el art. 344 del C. de P.P.

Dijo que en este caso la defensa en la audiencia preparatoria descubrió y solicitó la siguiente prueba testimonial: la acusada, Víctor Moreno Perea, Melvin Alfonso Murillo

Perea y Dubeimar Ortiz Olarte. Una vez revisada la pertinencia de esos medios de convicción se encontró que darían cuenta, y esa es la teoría del caso de la defensa, que la procesada estaba en otro lugar, es decir, con ellos se establecería que Lirien Estrella no estaba en el lugar de los hechos sino en otra parte.

Relató cómo la defensa desistió del testimonio de Melvin Alfonso Murillo y de Dubeimar Ortiz Olarte, sin embargo, ahora para demostrar o ratificar que la acusada se encontraba en ese sitio que señaló el testigo Víctor Moreno Perea solicita como prueba sobreviniente el testimonio de Oscar Domingo Rivas Murillo, propietario del establecimiento de comercio donde se encontraban departiendo supuestamente esa noche. Ahí es precisamente, continuó, donde se “*quiebra*” la solicitud.

Adujo en primer lugar, que como dice la Corte la prueba sobreviniente que se reclama no podía ser conocida. En este caso, dijo, había la posibilidad de conocerla si la defensa hubiese hecho el trabajo que le correspondía al investigar. En segundo término, no es muy significativa, sobre todo porque los testigos a los que renunció la defensa iban a ir al juicio a decir precisamente que estaban con la acusada en el momento en que ocurrieron los hechos, entonces no tiene sentido que teniendo los testigos ya decretados renuncie a ellos para pedir uno que no tiene decretado y que va a decir lo mismo. Por último, se preguntó si ¿era imposible para la defensa saber de este testigo? la respuesta, en su sentir, es negativa.

Así las cosas, consideró que no se cumplió con los presupuestos que establece el art. 344 de la Ley 906 de 2004 y negó la solicitud³.

El defensor interpuso los recursos de reposición y en subsidio apelación.

3. DE LA SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

El defensor le solicitó a la *a quo* reponer su decisión con fundamento en que, si bien es cierto, pudo haber sido previsible que se obtuviera la información necesaria de la persona que para ese momento era administrador o dueño de ese establecimiento de comercio, también lo es que, se debe tener en cuenta que los hechos ocurrieron hace 7 años y su representada había perdido contacto con la mayoría de personas con las que departió ese

³ Sesión de juicio oral del 22 de septiembre de 2022. Minuto: 37:36

día; por ese motivo cuando se celebró la audiencia preparatoria, en el mes de octubre de 2021, no tenía certeza plena de su ubicación o de su interés para comparecer a este juicio.

Recordó además que en materia de labores investigativas la defensa no está en la misma posición que la fiscalía, quien tiene toda la capacidad para ubicar a las personas en tiempo récord, por tanto, no se trata de enmendar situaciones y mucho menos aprovecharse de la oportunidad, por el contrario, es una garantía que se le debe brindar a una persona que está siendo acusada por un delito para que en cualquier momento de la actuación aporte una prueba sobreviniente.

Finalmente, no se trata de que el testigo diga en juicio si la procesada estuvo o no en ese establecimiento de comercio, sino que les *“ayudaría a establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar”*⁴.

4. DE LOS NO RECURRENTES

El delegado de la fiscalía⁵ le pidió a la juez de primer grado mantener la decisión, pues considera que hay un sorprendimiento para la fiscalía, además no se advierte cuál sería la importancia de una prueba que la defensa tuvo la oportunidad de recoger con antelación.

La *a quo* no repuso la decisión y aunque consideró que en la sustentación del recurso no se estableció el yerro judicial lo concedió a efectos de que este Tribunal resuelva la alzada.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1 En primer lugar, la Sala posee la competencia para conocer del recurso de apelación interpuesto en contra de la decisión adoptada por el Juez 2ª Penal del Circuito de Bello, Antioquia, con fundamento en lo ordenado por el artículo 34 numeral 1º del C. de P. P.

5.2 En segundo término, se advierte que la argumentación que ofreció el censor para sustentar el recurso de apelación raya en la indebida argumentación, pues en efecto, tal y como lo advirtió la funcionaria de primer grado, no controvirtió el análisis y los

⁴ Sesión de juicio oral del 22 de septiembre de 2022. Minuto: 37:20

⁵ Ídem. Minuto: 41:43

argumentos efectuados por ella, no obstante, en virtud del principio de caridad⁶ propio de la filosofía analítica, la Sala pasará a exponer las razones que la llevarán a desatender la argumentación que expuso el defensor contractual de la acusada de la siguiente manera:

5.3 El problema jurídico se contrae a determinar si el testimonio de Oscar Domingo Rivas Murillo ostenta la calidad de prueba sobreviniente para la defensa, quien sugirió que solo hasta la declaración en juicio del testigo Víctor Eliecer Perea, pudo determinar que éste en calidad de propietario o administrador del establecimiento de comercio podrá decir si la acusada estuvo o no en ese sitio el día de ocurrencia de los hechos.

5.3 Pues bien, a efectos de resolver se traerá a colación el concepto que la ley y la jurisprudencia han decantado de lo que debe entenderse como prueba sobreviniente para luego aplicarlo al caso concreto.

5.4 Para empezar debe recordarse que el sistema penal de juzgamiento que nos rige se caracteriza por ser un sistema adversarial o de partes, esto significa que se despojó a la fiscalía del deber de indagar sobre lo favorable al acusado pues ahora se concentra en recaudar elementos de juicio que obren en contra de los intereses de aquel, de tal manera que corresponde a la defensa el adelantamiento de su propia actividad investigativa. No obstante, a fin de conservar un equilibrio entre las partes en contienda, evitando que se haga uso de pruebas ocultas, el sistema les impone el deber de descubrimiento probatorio, cuyo incumplimiento acarrea el rechazo de los elementos de convicción involucrados en la omisión (art. 346 del C.P.P.).

Ese deber probatorio recae sobre la fiscalía desde la presentación del escrito de acusación y hasta la audiencia en que este requerimiento se concreta, mientras que respecto de la defensa aparece en la audiencia preparatoria. La excepción a esta regla está determinada, fundamentalmente por la prueba sobreviniente a que hace referencia el artículo 344 *ibidem* en su inciso final, que posee el siguiente tenor:

⁶ El principio de caridad comporta que el intérprete, como receptor del lenguaje común empleado por otro, suponga dentro de la comprensión y comunicación lingüística que las afirmaciones son correctas a efectos de desentrañar el sentido de las censuras. De esta forma, el operador judicial hará caso omiso de los errores, exponiendo cada postura jurídica desde la perspectiva más coherente y racional posible (CSJ AP, 9 de septiembre de 2015, rad. 46235).

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA DE DECISIÓN PENAL
RAD. 05 001 60 00206 2015-02250
Lirien Estrella Blanco Palacio

“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.

Acerca del alcance de esta norma la Sala de Casación Penal de la Corte se ha pronunciado en infinidad de oportunidades en términos uniformes y pacíficos que se concretan en la siguiente cita:

“Obsérvese cómo, el trámite de descubrimiento previo al juicio en las oportunidades indicadas para esto, hace parte del debido proceso probatorio y repercute seriamente en el derecho de defensa, por ello, se reitera, la consecuencia de su inobservancia, no puede ser otra que el rechazo del medio solicitado, salvo los casos de “prueba sobreviniente”, cuyo decreto excepcional en el juicio fue concebido, no para cambiar la forma en la que se preparó la incorporación y práctica de las pruebas decretadas, ni con el fin de revivir oportunidades procesales fenecidas, sino para no privar a las partes de ofrecer el conocimiento contenido en aquel medio que siendo pertinente, conducente y útil, (i) surge en el curso del juicio, bien porque se deriva de otra prueba allí practicada y ello no era previsible, o porque en su desarrollo alguna de estas encuentra un elemento de convicción hasta ese momento desconocido; (ii) no fue descubierto oportunamente por motivo no imputable a la parte interesada en su práctica; (iii) es “muy significativo” o importante por su incidencia en el caso; y, (iv) su admisión no comporta serio perjuicio al derecho de defensa y a la integridad del juicio.

Respecto de estas exigencias derivadas del inciso final del artículo 344 de la Ley 906 de 2004, tiene dicho la Sala:

“Existe, (...) la posibilidad de que ya en el juicio oral alguna de las partes intervinientes solicite la práctica de una prueba, la cual podrá ser decretada por el Juez, si se reúnen las condiciones exigidas en el inciso final del artículo 344 del Código de Procedimiento Penal. Es decir, que ese medio de prueba solicitado se

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA DE DECISIÓN PENAL
RAD. 05 001 60 00206 2015-02250
Lirien Estrella Blanco Palacio

hubiere encontrado durante el desarrollo del juicio, que sea muy significativo por su incidencia en el juzgamiento y que, por ende, deba ser descubierto.

En tal evento, dice la norma, “oídas las partes y considerando el perjuicio que podría producirse al derecho de defensa y la integridad del juicio”, el Juez decidirá si excepcionalmente la prueba encontrada y solicitada es admisible o si debe excluirse.

Un caso de esta naturaleza podría presentarse cuando de una prueba practicada en el juicio surja la necesidad de practicar otra; o cuando en desarrollo del juzgamiento alguna de las partes “encuentre” o se entere sobre la existencia de un medio de conocimiento que antes ignoraba, por alguna razón lógica y atendible.

No clasifican dentro de este rango de pruebas excepcionales (encontradas o derivadas), aquellas que conociéndose con antelación, o siendo evidentes y obvias, no se hubiesen enunciado ni descubierto en las oportunidades legales para ello, por causas atribuibles a la parte interesada en la prueba; entre ellas, incuria, negligencia o mala fe. (CSJ SP, 30 Mar. 2006, Rad. 24468)””⁷

También ha señalado la Corte para qué no puede ser utilizado este instituto:

“Por consiguiente, no puede acudirse a la figura de las pruebas sobrevinientes de modo residual para postular elementos de juicio que debieron haber sido pedidos en su debida oportunidad, ni constituye una instancia adicional a la audiencia preparatoria, pues se trata, conforme se consignó en precedencia, de un instituto caracterizado por la excepcionalidad, lo imprevisible, lo repentino, lo inesperado. Por eso, ha dicho la Sala que “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.”. (CSJ AP 3136-2014)⁸. (Subraya de la Sala).

⁷ Auto del 4 de marzo de 2015, AP1083-2015, 44238

⁸ Citada en el auto del 4 de marzo de 2015, AP1092-2015, 44.925

5.5 Descendiendo al caso concreto, se tiene que la defensa durante el trascurso del juicio oral solicitó como prueba sobreviniente que se escuchara al testigo Oscar Domingo Rivas Murillo, pues al rendir su testimonio el señor Víctor Eliecer Perea afirmó que el día de los hechos, se encontraba con la acusada Lirien Estrella Blanco Palacio en el establecimiento de comercio de propiedad de Rivas Murillo, de ahí que éste podrá aclarar en juicio si conoce a la procesada, si estuvo o no en ese lugar y en compañía de qué personas.

5.6 La anterior argumentación resulta insuficiente para esta Sala a efectos de acreditar la presencia de una prueba sobreviniente, pues es claro que desconoce los elementos integradores del instituto que invoca. Veamos porqué:

De acuerdo con los términos en que se presenta la acusación, a Lirien Estrella Blanco Palacio le fueron imputados cargos como probable autora de un concurso de conductas punibles de homicidio tentado y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, por hechos ocurridos el 18 de enero de 2015, a eso de las 20:00 horas, en inmediaciones de la diagonal 57 con Av. 34 sector Éxito del barrio Niquía del Municipio de Bello, Antioquia, cuando pretendió segar la vida de Sebastián Giraldo Hernández realizándole varios disparos y ocasionándole una herida en la extremidad inferior derecha.

El 22 de marzo pasado declaró en el juicio como testigo de la defensa Víctor Eliecer Moreno Perea quien dijo conocer a la acusada hace más de 20 años porque fueron policías. Respecto de los hechos adujo:

“Eso se presentó el 18 de enero de 2015 en Bello, más o menos entre las 7 y 8 de la noche. Defensor: en qué lugar. Testigo: por allá por ese sector de Puertas del Norte en una taberna exclusivamente de un compañero. D: recuerda cómo se llama la taberna. T: sé que estaba al lado de una Urbanización Terranova, al lado es la taberna no sé el nombre, pero sí que era atendida por un compañero. Yo estaba en la taberna de mi compañero de nombre Rivas, también intendente de la policía para la época, estábamos como es costumbre compartiendo, hablando bobadas de hombres, en horas de la noche llegó la compañera Lirien y estuvo con nosotros en ese lugar, permanecemos un lapso de 1 a 2 horas. Estuvo con nosotros Rivas y otro compañero que no recuerdo el nombre...”

La defensa al solicitar la práctica de la prueba que consideró sobreviniente, dirigió su argumentación hacia la explicación de la conducencia y pertinencia del testimonio de Oscar Domingo Rivas Murillo o Murillo Rivas, manifestando que *“nos dirá si realmente la señora Lirien Estrella pudo para la fecha de los hechos, es decir, el 18 de enero de 2015, estar en este lugar, nos dirá también en compañía de qué personas y de cuántas, nos dirá si la conoce y en razón de qué, nos dirá si le consta directa y personalmente alguna situación por fuera de lo normal que haya sucedido en ese establecimiento o en sus alrededores, nos dirá también si le constan los hechos materia de investigación o conoce de pronto a la víctima”*.

De lo anterior se concluye lo siguiente: la defensa en su petición no explicó las razones que permitieran a la *a quo* colegir que la prueba cuya práctica deprecaba revestía las características de prueba sobreviniente. En su lugar discurrió acerca de su pertinencia. Se insiste, en orden a obtener el decreto de una prueba como sobreviniente la parte, además de acreditar su pertinencia, debe esforzarse primeramente en demostrar que le era desconocida al momento de la audiencia preparatoria, pero, además que no estaba en posibilidad de conocerla, ni siquiera actuando con suma diligencia, pues se trata de una información a la que se accede en el juicio oral, durante la práctica probatoria. La defensa nada dijo al respecto.

En segundo término, en el presente asunto ese requisito aparece ausente. Tal como lo advirtiera la primera instancia, bastaba una entrevista informal del defensor al declarante Moreno Perea, para acceder a la información que ahora le parece novedosa. Es claro que la sistemática procesal vigente impone la carga a la defensa de acceder a los elementos materiales probatorios y evidencia física que le puedan ser útiles a su teoría del caso, ello incluye la prueba testimonial que pretenda llevar al juicio, cuyo contenido debe conocer a cabalidad desde el mismo momento en que solicita la prueba. Así, se itera por el Tribunal, bastaba con entrevistar a Moreno Perea, sobre la materia que quería acreditar en el juicio para acceder a la información que ofrecería en el juicio de la cual se extractaría sin esfuerzo alguno la necesidad, si es que ese era su interés, de vincular al proceso a Murillo Rivas. La defensa omitió ese deber de diligencia que no puede convertirse en este momento procesal en sustento de una petición extraordinaria como la que pretende alcanzar.

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA DE DECISIÓN PENAL
RAD. 05 001 60 00206 2015-02250
Lirien Estrella Blanco Palacio

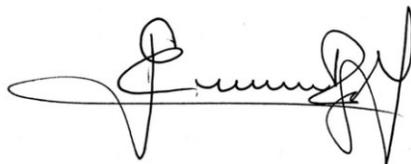
En las condiciones acabadas de exponer, queda claro que no estamos ante una prueba que haya surgido en sede del juicio y mucho menos que ostente la condición de imprevisible o repentina, pues el carácter inesperado que invoca la parte se derivó de su propia incuria; tampoco se trata de una prueba que admita el adjetivo de desconocida, ya que, itera la Sala, desde los albores de la investigación era posible prever para la defensa, en qué lugares estuvo la procesada el día de los hechos y en compañía de qué personas. La decisión será confirmada.

Por lo expuesto, la Sala de Décimo Tercera de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la la ley, **CONFIRMA** el auto proferido por la Juez 2ª Penal del Circuito de Bello, Antioquia, el pasado 22 de septiembre que negó la admisión y decreto de una prueba como sobreviniente.

Esta decisión se notifica en estrados y contra ella no procede recurso.

Devuélvanse las diligencias al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ
MAGISTRADO

En permiso

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
MAGISTRADO



NELSON SARAY BOTERO
MAGISTRADO