



SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, trece (13) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

Aprobado en la fecha, acta: 202

Radicado: 05 001 60 00206 2013 63353

Auto de Segunda Instancia: 266

Delito: Acceso carnal violento, acto sexual violento

Lectura: 21 de octubre de 2016. Hora: 08:30 a.m.

*Procede esta Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa de ÁLVARO ARLEY TORO LOPERA, contra la decisión proferida en audiencia de juicio oral por el Juez Diecisiete Penal del Circuito de Medellín con funciones de conocimiento, el 22 de septiembre del año que transcurre, en la cual **se negó el ingreso de una prueba.***

ANTECEDENTES

1°.- En el Juzgado Diecisiete Penal del Circuito de Medellín con funciones de Conocimiento se adelanta juicio a ANDRÉS GÓMEZ CARDONA, SANTIAGO RESTREPO PINO, JUAN SEBASTIÁN TAPASCO MUÑOZ y ÁLVARO ARLEY TORO LOPERA, por las conductas punibles de Acto sexual violento y Acceso carnal violento agravado.

2°.- En el trámite del juicio oral el defensor del acusado ÁLVARO ARLEY TORO LOPERA solicita que se le permita el ingreso de una prueba sobreviniente, que consiste en el testimonio de la especialista ANA LUCÍA PÁEZ VILLA perito del Laboratorio de Genética Forense Regional Noroccidente del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, quien el 17 de enero de 2015 rindió informe de genética forense dirigido a la

Fiscal 173 doctora YOLANDA MEJÍA CARDONA, cuyo objetivo era realizar el cotejo de los fluidos de los procesados, los que a su vez pueden ser comparados con el resultado de la prueba de “propis vaginal” (sic) realizada a la víctima.

Pericia solicitada por la Fiscalía y que hizo parte del decreto de pruebas anunciado en audiencia preparatoria el 4 de diciembre de 2014, quedando pendiente el descubrimiento de los resultados que se obtuvieran con dicho estudio biológico. El 17 de enero de 2015 estos fueron entregados a la Fiscalía, y el 28 de enero de 2015 en la primera sesión del juicio fueron descubiertos a los defensores, entre ellos a la anterior apoderada de TORO LOPERA; finalmente la Fiscalía en la sesión del juicio oral realizada el 16 de enero del 2016 declinó de la prueba.

Argumenta el apelante que durante el desarrollo de las primeras audiencias del juicio oral se enteró de la existencia de dicho medio de conocimiento, aclarando que no fue solicitado como prueba conjunta por su antecesora ya que no se contaba con los respectivos resultados del estudio biológico, por ende era imposible conocer cuál era la pertinencia, conducencia y utilidad, por tanto la actuación así surtida por parte de la defensa en modo alguno puede calificarse de negligente.

Sostiene además que con el resultado que arroje el contraste de ambos exámenes, sumado al testimonio de la especialista puede demostrarse en juicio que su prohijado no participó en estos hechos, con este elemento se lograría derruir la teoría incriminatoria de la Fiscalía según la cual ÁLVARO ARLEY TORO LOPERA incurrió en el delito de acceso carnal, de ahí la relevancia que reviste su decreto como prueba sobreviniente.

En este caso se cumplen los requisitos sobre conducencia, pertinencia y utilidad para su decreto como prueba sobreviniente conforme a lo dispuesto en los artículos 357, 359 y 375 del C.P.P. Lo primero porque la ley penal acepta como pruebas este tipo de herramientas científicas; lo segundo porque encuentra una relación directa con los hechos del sub lite, y por último resulta útil ya que es trascendente para aclarar la verdad de lo acontecido.

Jurisprudencialmente el letrado soporta su petición en la sentencia de la CSJ, Sala de Casación Penal, radicado 33997 del 4 de agosto de 2010. Así mismo hace alusión a los proveídos de la Corte Constitucional, AP 1683 de 2014, Radicado 41754, y AP 3136 de 2014, Radicado 43433.

Por su parte la Fiscalía se opone al ingreso de la prueba sobreviniente señalando que en audiencia de acusación se le formularon cargos a TORO LOPERA por el delito de actos sexuales, no por el delito de acceso carnal violento; además que una petición idéntica a la que realiza en esta oportunidad el letrado ya había sido resuelta negativamente por el anterior titular del despacho, y en segunda instancia por el Tribunal Superior de Medellín mediante decisión del 2 de marzo de 2016, por lo que califica de desleal que la defensa insista en un tema que ya fue resuelto en las instancias.

En su criterio no se puede afirmar que estamos frente a una prueba sobreviniente cuando el mismo togado reconoce que desde la audiencia preparatoria la Fiscalía anunció a la especialista, y es sabido que la parte que solicita la prueba puede renunciar o desistir de utilizarla en juicio, ya sea por razones estratégicas o por cualquier otro motivo. Independientemente de los resultados del examen biológico, los defensores tuvieron la oportunidad en audiencia preparatoria de solicitar el informe como prueba conjunta y no lo hicieron, cuando es común que en dicha etapa procesal se anuncien peritajes de tipo biológico o genético quedando pendiente sus resultados, tal como lo señalara el anterior titular del despacho al resolver este mismo asunto.

En consecuencia sostiene que la Fiscalía actuó de manera leal descubriendo el elemento oportunamente, y entregando el dictamen a los defensores, lo cual excluye que estemos en presencia de una prueba sobreviniente.

Por su parte el Delegado del Ministerio Público solicita que la judicatura no acceda a la solicitud elevada por la defensa de TORO LOPERA.

3°.- El Juez de conocimiento no accede a la petición elevada por la defensa de TORO LOPERA; sin embargo aclara que en su criterio estamos en presencia de una verdadera prueba sobreviniente pues para la fecha de la

audiencia preparatoria la defensa desconocía los resultados del examen biológico, por ende, le era imposible conocer cuál era la pertinencia y la conducencia de tal experticia. De otro lado asegura que técnicamente hablando el superior funcional no se pronunció en segunda instancia sobre el ingreso de prueba sobreviniente, la decisión versó sobre la renuncia de la Fiscalía al testimonio de la especialista ANA LUCÍA PAEZ VILLA.

En conclusión se niega el ingreso de la prueba sobreviniente por la falta de pertinencia del elemento, dado que al procesado ÁLVARO ARLEY TORO LOPERA se le acusa por el delito de actos sexuales, no por acceso carnal.

4.- Contra esta decisión el defensor interpone el recurso de apelación, pero antes de concederle la palabra para que sustente el disenso, la judicatura procede a escuchar el aparte pertinente de la audiencia de acusación, logrando determinar con el registro fonográfico que a TORO LOPERA se le formulan cargos por el delito de acceso carnal violento agravado, y que la Fiscalía en aquella sede manifestó que existía la posibilidad de degradación por el delito de actos sexuales.

Expone el defensor los motivos de su inconformidad. Inicia sosteniendo que si lo que la fiscal pretendía era degradar la conducta por la que se le llama a responder en juicio a su prohijado, el momento oportuno es la audiencia preparatoria; pero si lo que se planea es solicitar en alegatos de cierre que se condene a su prohijado por un delito de menor entidad, dicho tópico es totalmente irrelevante en la etapa procesal en la que se encuentra el proceso, ya que en esta sede se debe analizar si se cumplen o no los presupuestos para el decreto de la prueba sobreviniente.

Añade el apelante que la decisión de primera instancia se tomó con fundamento en la información que suministró la Fiscalía, y de esta información equívoca deriva la judicatura la falta de pertinencia de la prueba sobreviniente.

Aclara que los defensores, fueron los únicos que no apelaron la decisión del a-quo mediante la cual se aceptó que la Fiscalía declinara del elemento probatorio que hoy se reclama; en dicha oportunidad la representación del

señor TORO LOPERA interpuso el recurso de apelación frente al decreto de **una prueba de referencia**, específicamente el testimonio de Daniel Quintero.

Para el letrado se demostró con suficiencia que en la audiencia preparatoria la defensa no actuó negligentemente por no solicitar el elemento como prueba conjunta. Y afirma que pese a que es sabido que la base de opinión pericial debe ser puesta en conocimiento de la contraparte mínimo con cinco días de antelación al juicio oral, el anterior titular del despacho decretó la prueba a la Fiscalía sin que se haya demostrado, sin que “existiera pertinencia, conducencia y utilidad”, dejando a la contraparte sin la posibilidad de alegar sobre estos puntuales aspectos.

En traslado a los no recurrentes la fiscal manifiesta que no existe tal prueba sobreviniente ya que desde la audiencia preparatoria se anunció el dictamen de genética forense, e independiente de cuales fueran los resultados la defensa pudo prever y solicitar el elemento. Este era conocido y por lo tanto no se cumplen los requisitos para su decreto como un elemento nuevo. La prueba es el dictamen como tal y corresponde a los defensores estar atentos para solicitarlo como prueba conjunta. Nada impedía que luego de su decreto la Fiscalía desistiera del medio de conocimiento como en efecto lo hizo. Estas son sus razones para solicitar al ad-quem que se niegue la petición de ingreso de una prueba sobreviniente.

Por su parte el delegado del Ministerio Público reitera que el informe no es prueba sobreviniente. Lo que se descubrió y con posterioridad se decretó fue el testimonio del perito forense, no los resultados de la experticia. Incluso con anterioridad a la audiencia preparatoria la defensa conocía que la Fiscalía haría uso de la aludida peritación, no obstante la parte que la solicitó declinó de la misma. Bien pudieron los defensores ser previsivos y solicitar el elemento como prueba común.

6.- El Juez de conocimiento concede en el efecto suspensivo el recurso de apelación contra la decisión interlocutoria por medio de la cual rechaza el decreto de una prueba.

CONSIDERACIONES

Al tenor de lo regulado en el numeral 1° del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, esta Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín es competente para decidir el recurso de alzada.

En esta oportunidad le corresponde definir a esta Corporación si la decisión adoptada en juicio oral por el Juez Diecisiete Penal del Circuito de Medellín con funciones de conocimiento, por medio de la cual se niega el ingreso de un elemento reclamado como prueba sobreviniente por la defensa de ÁLVARO ARLEY TORO LOPERA resultó acertada.

El problema jurídico entonces se contrae a determinar si se cumplen los requisitos para la admisión de un elemento cognoscitivo como prueba sobreviniente, tal como sostiene el apelante ocurre con el testimonio de la perito ANA LUCÍA PÁEZ VILLA, adscrita al Laboratorio de Genética Forense Regional Noroccidente del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, quien el 17 de enero de 2015 elaboró informe de genética forense sobre cotejo de fluidos de los coprocesados.

Delimitado así el asunto que concita la atención de la Sala en esta oportunidad, es preciso señalar que de acuerdo al artículo 250.4 Superior, el juzgamiento en el sistema penal con tendencia acusatoria patrio debe realizarse de manera pública, dentro de un juicio oral, con intermediación de las pruebas, garantizando el efectivo contradictorio, de forma concentrada y con el respeto de todas las garantías que rodean el moderno proceso penal de corte demoliberal.

Dentro de este esquema garantista el descubrimiento probatorio, esto es, que tanto la Fiscalía como la defensa puedan conocer con antelación los elementos materiales con vocación probatoria y evidencia física, juega un papel trascendente, indiscutiblemente ligado al debido proceso y al derecho de defensa; cuya materialización permite a las partes el ejercicio efectivo del contradictorio en aras a facilitar la posibilidad de estructurar y sustentar su particular teoría del caso. Por ello el oportuno descubrimiento de la prueba se erige en condición o requisito de su admisibilidad.

Ahora, en nuestro ordenamiento procesal penal, regido por el principio de libertad probatoria¹, los hechos y circunstancias que interesan al proceso pueden demostrarse a través de cualquier medio de prueba siempre que cumplan las exigencias de legalidad y licitud puesto que no se demanda que determinado hecho se acredite a partir de un medio de prueba en particular, tampoco se le asigna a uno un poder demostrativo especial o se le resta mérito a otro; sólo se prevé una tarifa legal probatoria en sentido negativo, la cual se encuentra regulada en forma expresa en el artículo 381 del C.P.P., según la cual la sentencia condenatoria no puede fundarse exclusivamente en prueba de referencia.

Por su parte el artículo 382 *ibídem*. Establece como “medios de conocimiento la prueba testimonial, la prueba pericial, la prueba documental, la inspección, los elementos materiales probatorios, evidencia física”, entre otros.

Como excepción a la regla sobre descubrimiento probatorio se acepta en nuestro medio la prueba sobreviniente, o sea, es posible que por fuera de las oportunidades legales diseñadas por el legislador se admita el ingreso de un elemento de convicción, para lo cual se requiere que se cumplan los requisitos que se desprenden del inciso final del artículo 344 de la Ley 906 de 2004. A saber:

“(i) surja en el curso del juicio, bien porque se deriva de otra prueba allí practicada, ora porque en su desarrollo alguna de las partes encuentra un elemento de convicción hasta ese momento desconocido; (ii) la omisión de descubrimiento no sea imputable a la parte interesada en la prueba; (iii) el elemento material probatorio o evidencia física, derivado o encontrado, sea «muy significativo» o importante por su incidencia en el caso; y, (iv) su admisión no comporte serio perjuicio al derecho de defensa y a la integridad del juicio”².

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 no.

“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

¹ Artículo 373 del Código de Procedimiento Penal.

² CSJ, SALA DE CASACIÓN PENA. AP3455-2014. Radicación N° 43303. (Aprobado Acta No. 195) del 25 de junio de 2014. M.P Fernando Alberto Castro Caballero.

*causas atribuibles a la parte interesada en la prueba; entre ellas, incuria, negligencia o mala fe*³.

Sobre el particular se pronunció la Sala de Casación Penal de la CSJ, sentencia radicado 39.948 del 21 de noviembre de 2012, M. P. Luís Guillermo Salazar Otero:

“Existe, sin embargo, 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 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.”

Ahora bien, para la admisión probatoria, incluida la prueba excepcional – sobreviniente-, el juez debe examinar los requisitos de legalidad, de manera que se constate su pertinencia, conducencia, racionalidad y utilidad. En este sentido Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha dicho⁴ que la procedencia de toda prueba se encuentra vinculada a que se constatan tales exigencias. El alto tribunal:

“La conducencia “supone que la práctica de la prueba solicitada es permitida por la ley como elemento demostrativo de la materialidad de la conducta investigada o la responsabilidad del procesado”.

La pertinencia “apunta no únicamente a su relación con el objeto de investigación y debate, sino a que resulte apta y apropiada para demostrar un tópico de interés al trámite”.

La racionalidad del medio probatorio “tiene que ver con la viabilidad real de su práctica dentro de las circunstancias materiales que demanda su realización”.

Y la utilidad de la prueba “se refiere a su aporte concreto en punto del objeto de la investigación, en oposición a lo superfluo e intrascendente.”

³ CSJ, SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia Rdo. 24.468, (aprobada acta 028) del 30 Mar. 2006. M.P. Edgar Lombana Trujillo.

⁴ Autos del 17 de marzo de 2004 y 22 de abril de 2009, Radicados 22.953 y 27.539, respectivamente.

En cuanto a la carga argumentativa a la hora de soportar la relevancia de una prueba, que de paso sea dicho es más exigente en tratándose de pruebas excepcionales (encontradas o derivadas), la máxima Corporación de la jurisdicción ordinaria enseña:

“La carga argumentativa a la hora de sustentar la relevancia de una prueba dependerá del enunciado fáctico que la parte quiera demostrar, de su relación (directa o indirecta) con el hecho principal imputado y de la hipótesis o teoría que al respecto pretenda plantear en el desarrollo del juicio.

Y (iv) el juez de conocimiento, por lo anterior, negará la práctica de la prueba cuando sea evidente su impertinencia, una vez agotadas las cargas procesales y garantizado el contradictorio.”⁵

Conforme a lo dispuesto en el canon 344 del C.P.P., es claro que debido al carácter excepcional y la naturaleza especial de este tipo de elementos su admisión atípica conlleva una fuerte carga argumentativa para la parte interesada en el decreto de la misma, mayor a la que normalmente se exige con respecto a aquella descubierta en la oportunidad procesal diseñada por el legislador, cuyo momento principal, que no el único, es la audiencia preparatoria del juicio oral; recuérdese que los elementos materiales con vocación probatoria y evidencias físicas que no sean descubiertos en la oportunidad legalmente establecida, no podrán ser aducidos al proceso, controvertidos, ni practicada la prueba durante el juicio.

D*entro de este ejercicio argumentativo la parte que depreca el ingreso de una prueba sobreviniente tiene la carga de demostrar colmados los requisitos legales de pertinencia, conducencia, racionalidad y utilidad, pero además que sólo hasta la audiencia de fondo conoció de la existencia del elemento “novedoso”, que no se sabía de este con antelación, que dicha prueba excepcional no era evidente u obvia, y por estos motivos su descubrimiento no se realizó con anterioridad, por lo tanto, que no se trata de sorprender a la contraparte.*

Igualmente debe quedar claro que se trata de un elemento relevante, y que sopesados los posibles perjuicios que acarrearía para el juicio su decreto excepcional, no obstante resulta significativo para el esclarecimiento de los

⁵ CSJ, SALA DE CASACIÓN PENAL. M. P. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA, Sentencia Rdo. 35.130, (Aprobado acta 193) del 8 de junio de 2011.

hechos y circunstancias que interesan al proceso. En síntesis que sea útil al juicio para acercarnos a la verdad.

Lo anterior porque en términos generales la prueba sobreviniente no está diseñada para habilitar un nuevo periodo o escenario de descubrimiento probatorio, o para corregir en el camino los yerros, falencias, olvidos, actuación negligente u omisiones investigativas de las partes en su trabajo de recolección de elementos con los cuales sustentar su teoría del caso.

En palabras de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia:

“Por consiguiente, no puede acudir 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).

Entonces, inciertos y discutibles imponderables en el juicio no habilitan indefinidamente un comodín perenne de interés de la defensa o de otro sujeto procesal para pedir pruebas en su transcurso. En especial, porque en este caso concreto, entre otros, la existencia de decisiones que vinculaban, por ejemplo, a Cleofelina Reatiga Alvarado, se plasmó expresamente en el escrito de acusación con números de radicación y nombres de los investigados, incluido Daniel Alejandro Serna, alias “Kener”⁶, así, desde ese momento, podían visualizarse como potenciales testigos. De otro lado, tratándose de Hernán Ramírez Ortigoza y Agustín Sánchez González, la práctica de sus declaraciones fue deprecada en audiencia preparatoria por la defensa siendo negadas, por tanto, la prueba sobreviniente, se subraya, no es vía para que se suplan las falencias de argumentación que condujeron a ello al no ser una suerte de agregado al oportuno descubrimiento probatorio. Ese es el sentido del artículo 346 de la Ley 906 de 2004, cuando impele al Juez rechazar los elementos probatorios y evidencia físicas no descubiertos, excepto si la omisión surge “por causas no imputables a la parte afectada”.⁷

Para una mejor comprensión del asunto, huelga traer a colación las siguientes precisiones del alto tribunal sobre la naturaleza del elemento cuyo ingreso se solicita de manera excepcional.

“En efecto, tiénese que de acuerdo con el artículo 405 del Código de Procedimiento Penal de 2004, la prueba pericial es procedente cuando sea necesario efectuar

⁶ Cfr. Folio 18 y siguientes del escrito de acusación.

⁷ CSJ. SALA DE CASACIÓN PENAL. Auto del 4 de marzo del 2015, radicado AP1092-2015, 44.925, M.P. José Luís Barceló Camacho.

valoraciones que requieran conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados.

A los peritos, en lo que corresponda, les serán aplicables las reglas del testimonio. De ahí que el artículo 412 *Ibídem* disponga su comparecencia al juicio oral y público, “para que sean interrogados y contrainterrogados en relación con los informes periciales que hubiesen rendido, o para que los rindan en audiencia”.

Toda declaración de perito, reza el artículo 415 *ejusdem*, deberá estar precedida de un informe resumido en donde exprese la opinión pedida por la parte que propuso la práctica de la prueba. El inciso final del mismo precepto señala que “en ningún caso, el informe de que trata este artículo será admisible como evidencia, si el perito no declara oralmente en el juicio”.

Conforme a las diferentes etapas de la actividad probatoria en el procedimiento penal acusatorio vigente en nuestro país, los informes deben descubrirse desde el escrito de acusación o en la audiencia preparatoria, según el caso, destacando que es en esta diligencia en la que el juez de conocimiento los admite, ordenando inmediatamente, según el artículo 414 del C.P.P., “citar al perito o peritos que los suscriben, para que concurran a la audiencia del juicio oral y público con el fin de ser interrogados y contrainterrogados”.

Para efectos de ilustrar al libelista sobre el tópico, la Sala se permite recabar su jurisprudencia acerca de los informes periciales y la prueba pericial, en este sentido:

«3.3.8 Importa distinguir entre el informe pericial y la prueba pericial.

El informe pericial (artículo 415 Ley 906 de 2004) es la base de la opinión pericial, generalmente expresada por escrito, que contiene la ilustración experta o especializada solicitada por la parte que pretende aducir la prueba. Este informe debe ser puesto en conocimiento de las otras partes por lo menos con cinco (5) días de anticipación a la audiencia pública; y cuando se obtiene en la fase investigativa, se sujeta a las reglas de descubrimiento y admisión en la audiencia preparatoria (artículo 414 *ibídem*). Sin embargo, es factible también que el informe pericial se rinda en audiencia pública, cuando así se solicita por la parte interesada (artículo 412 *ibídem*).

La prueba pericial es un acto procesal que normalmente se lleva a cabo en la audiencia del juicio oral, mediante la comparecencia personal del experto o expertos, para salvaguardar los principios de contradicción e inmediatez; y se rige por las reglas del testimonio (artículo 405 *ibídem*), pues las partes interrogan y contrainterrogan a los peritos sobre los temas previamente consignados en el informe.

3.3.9 En ningún caso – dice perentoriamente el artículo 415- el informe pericial será admisible como evidencia, si el perito no declara oralmente en el juicio.

(...)

El interrogatorio tiene como finalidad que el perito explique a cabalidad su informe previo, que traduzca sus notas y razonamientos a conclusiones prácticas sencillas, entendibles por las partes, la audiencia y el Juez.

En suma, el informe escrito equivale a una declaración previa del perito; que se entrega con antelación a la contraparte, en salvaguarda del principio de igualdad de armas, para que pueda preparar el contrainterrogatorio; y puede servir también para refrescar la memoria del perito y para ponerle de presente contradicciones entre lo anotado en el

informe y lo declarado actualmente en la audiencia del juicio oral». (CSJ SP, 21 fe. 2007, Rad. 25920 y CSJ SP, 17 sept. 2008, Rad. 30214)⁸

En similares términos la doctrina patria ha acuñado el siguiente concepto sobre la prueba pericial:

“Cuando en sentido general, en el proceso se requieran conocimientos especializados, es decir, aquellos que escapan a la cultura de las gentes, puede y debe recurrirse a quienes por sus estudios, experiencia, etcétera, los posean; esos conocimientos pueden ser técnicos, científicos o artísticos.

...

El dictamen pericial es un medio de prueba que consiste en la aportación de ciertos elementos técnicos, científicos o artísticos que la persona versada en la materia de que se trate hace para dilucidar la controversia, aporte que requiere de especiales conocimientos. Tal como el testimonio, el documento, la inspección judicial, etc., le hacen conocer al juez unos hechos; así mismo, el dictamen pericial lleva a la mente del funcionario sucesos que darán nuevas luces al debate...”

Bajo estos presupuestos y con miras a dilucidar la solución adecuada al problema jurídico planteado a la Sala, que no es otro diferente al de determinar si el elemento solicitado por la defensa del procesado TORO LOPERA en desarrollo del juicio oral cumple con los requisitos de admisibilidad de la prueba sobreviniente. Para este propósito resulta oportuno analizar algunos aspectos del devenir procesal en este caso.

Iniciemos por decir que quedó claro que en la audiencia de acusación realizada el 10 de octubre de 2014 la Fiscalía formuló cargos en contra del señor ÁLVARO ARLEY TORO LOPERA por el reato de acceso carnal violento agravado, señalando la delegada del ente persecutor que existe la posibilidad de degradar posteriormente el cargo al delito de actos sexuales, lo que técnicamente hablaría correspondría a que en los alegatos de cierre mediara la respectiva petición de condena por una ilicitud de menor entidad a la enrostrada al procesado en acusación. Como puede verse se trata de una posibilidad que queda librada al criterio de la Fiscalía, que en estadio procesal ulterior puede llegar a adoptar una decisión en tal sentido, por lo tanto es una mera expectativa que puede o no materializarse.

Partiendo de los cargos por los que realmente es llamado a juicio TORO LOPERA, es decir, por la conducta punible de acceso carnal violento cometido

⁸ CSJ. SALA DE CASACIÓN PENAL. Auto del 30 de julio del 2014, radicado AP4442-2014, 41.539, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández.

en circunstancias de agravación, y no por el delito de actos sexuales, la conducencia, pertinencia y utilidad de dicho material no ofrecen reparo alguno, pues conforme a éstos términos es que la defensa del inculcado solicita el ingreso excepcional de la prueba pericial, esto es del testimonio de la perito del Laboratorio de Genética Forense Regional Noroccidente del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses ANA LUCÍA PÁEZ VILLA, quien el 17 de enero de 2015 elaboró informe de genética forense sobre cotejo de fluidos de los procesados, pretendiendo el togado contrastar sus resultados con los obtenidos a su vez en examen de similar jaez realizado a la víctima.

En efecto, este tipo de prueba científica es reconocida en el medio como idónea, es además aceptada en nuestro ordenamiento jurídico reconociéndole eficacia demostrativa si a través de este mecanismo se logra demostrar la materialidad de la conducta investigada, y/o definir lo relativo a la responsabilidad penal que le asiste al procesado; además es evidente la relación que guarda con los hechos del sub iudice al involucrar muestras biológicas de los procesados, constituyéndose a todas luces en un elemento apto para demostrar un tópico que interesa al debate. Se colige sin mayores esfuerzos analíticos entonces que la prueba pericial deprecada cumple con los requisitos de conducencia, pertinencia y utilidad.

Ahora, como bien se señaló la exigencia argumentativa para lograr la admisión excepcional del elemento no se agota en estos tópicos, es preciso además demostrar que en verdad se trata de un elemento novedoso, desconocido hasta el momento del juicio, que no era obvia o deducible razonablemente su existencia.

Para Dilucidar correctamente este puntual aspecto detengamos en analizar el proceso de descubrimiento probatorio surtido en el trámite bajo estudio. Lo primero que se evidencia es que la Fiscalía reveló en término oportuno el elemento, o mejor la intención de acudir a la prueba pericial por medio del interrogatorio directo de la perito del Laboratorio de Genética Forense Regional Noroccidente del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses ANA LUCÍA PÁEZ VILLA, siendo innegable que el descubrimiento de esa intención –no del informe o resultado científico- se produjo en término

oportuno y a todos los defensores (incluida la anterior representación del inculpatado TORO LOPERA).

Ya en desarrollo de la audiencia preparatoria del juicio oral (4 de diciembre de 2014), las partes realizaron su petición probatoria, incluida la referida pericia como prueba de cargo, empero se puso de presente que aún no se contaba con los resultados de los exámenes practicados a los procesados. A pesar de ello, quien fungía como titular del despacho para la fecha de la aludida vista pública consideró demostrados por la Fiscalía los requisitos de pertinencia, relevancia y utilidad del elemento decretando su práctica. El 17 de enero de 2015 los resultados de los exámenes fueron entregados al ente acusador, y el 28 de enero de 2015, en la primera sesión del juicio oral fueron descubiertos a los defensores, incluida la nueva representación del señor TORO LOPERA. Finalmente en desarrollo de la audiencia de fondo cuando la parte investigadora evacuaba sus testigos declinó de la prueba pericial⁹.

Así las cosas, a pesar de que se alegue por la Fiscalía que el elemento había sido descubierto en término oportuno, por demás ampliamente conocido por las partes, en estricto sentido esto no es cierto, pues sólo develó el nombre de la perito que acudiría al juicio y que se estaba a la espera de los resultados de los exámenes, información que sin lugar a dudas es a partir de la cual cada parte analiza si el elemento sirve para sustentar su teoría del caso, lo contrario es partir de meras especulaciones y probabilidades que no son exigibles, ni de recibo para que la defensa alegue razonablemente la pertinencia del material.

Lógicamente si se desconocen los resultados de los estudios que se plasman en la correspondiente base pericial, simplemente no se sabe en qué dirección apuntan éstos, si serán útiles o no para aclarar las circunstancias y hechos que interesan al debate, si se erigen en un elemento de indiscutible significación ya sea para demostrar la materialidad de los hechos, ora la responsabilidad penal que le asiste o no al acusado.

Puede decirse entonces que a pesar de que se había anunciado el elemento materialmente, no se contaba con este, y solo con posterioridad a la audiencia preparatoria y al inicio de la vista pública del juicio, es cuando realmente se

⁹ En este sentido se pronunció esta Sala en anterior oportunidad en este caso (ver fls. 545 a 460, c. 3, Auto 55 del 2 de marzo de 2016).

dio el traslado a la defensa; resultando apenas entendible que sea en este estadio procesal y no en los anteriores en donde se depreque su aducción, como prueba sobreviniente pues en estricto sentido tal es su naturaleza, analizado en detalle el asunto.

Por el contrario negarse a decretar el ingreso del elemento de convicción, a pesar incluso de que el mismo fallador de primera instancia reconoce que se trata de una prueba sobreviniente, además de una clara violación del derecho de defensa en sus aristas de acceso a la prueba, incluida la favorable al acusado, y de contradicción, (artículos 29 superior y 125 y 152 del C.P.P.), resulta una tozudez por parte de la primera instancia, repárese en que la decisión del a-quo se soportó por todo y en todo con base en una información errónea suministrada por la Fiscalía, pero que finalmente el mismo fallador abrió un espacio en la audiencia de juicio para aclarar el asunto, pero a pesar de ello, de haber acreditado que incurrió en un yerro, nada en concreto hizo para remediarlo, cuando al tenor de lo dispuesto en el inciso último del artículo 10 de la Ley 906/04, estaba obligado a corregir el acto irregular.

En conclusión, en criterio de esta Sala las circunstancias descritas habilitan a la defensa de ÁLVARO ARLEY TORO LOPERA para solicitar el ingreso excepcional del medio de conocimiento como prueba sobreviniente, pues se entiende que se trata de un elemento nuevo, del que sólo hasta ahora, cuando se conocen la conclusiones del examen y el letrado arriba al juicio y conoce el trasunto del juicio, puede conocer su conducencia, pertinencia y utilidad, como argumentar adecuadamente sobre el particular. Lo contrario significaría exigirle a la defensa que no solicitó inicialmente el elemento, que basara su petición en hechos desconocidos, en probabilidades o supuestos; mientras que la parte que la pidió inicialmente, tiene la expectativa legítima que pueda servir a demostrar su hipótesis, para el caso incriminatoria.

Opinión que como puede colegirse sin mayores esfuerzos es de total recibo para esta Sala de decisión penal, pues las breves consideraciones expuestas en apartes anteriores de esta decisión, así como el recuento de la actuación en punto de lo que interesa para resolver este conflicto jurídico nos permiten concluir que la defensa técnica no pretende corregir los yerros, falencias investigativas, o la negligencia de su antecesora en esta causa. Según la

forma de razonar expuesta queda claro que no se trata de revivir escenarios para la aducción extemporánea de elementos ya conocidos, propiciando con ello nuevos debates sobre el decreto probatorio, pues como se dijo, la prueba sobreviniente no está diseñada para habilitar un nuevo periodo o escenario de tal naturaleza, o para corregir en el camino los yerros, falencias, olvidos, actuación negligente u omisiones investigativas de las partes en su trabajo de recolección de elementos con los cuales probar su particular teoría del caso.

Acudiendo entonces al recuento procesal expuesto y a la realidad de la praxis judicial, es que no puede perderse de vista que dentro de la dinámica del descubrimiento probatorio se presenten circunstancias ajenas a la voluntad de las partes que impiden, como en este caso, que se corra traslado de los resultados que arroja determinado examen al momento de la enunciación e incluso del decreto probatorio dentro de las oportunidades diseñadas por el legislador; empero, la propia legislación procesal penal impone un límite razonable para salvar este tipo de eventualidades cuando en el artículo 415 del C.P.P. consagra que “Toda declaración de perito deberá estar precedida de un informe resumido en donde se exprese la base de opinión pedida por la parte que propuso la práctica de la prueba. Dicho informe deberá ser puesto en conocimiento de las demás partes al menos con cinco (5) días de anticipación a la celebración de la audiencia pública, en donde se recepcionará la peritación, sin perjuicio de lo establecido en este Código sobre el descubrimiento de la prueba. En ningún caso, el informe de que trata este artículo será admisible como evidencia, si el perito no declara oralmente en el juicio”. Así las cosas el simple uso del sentido común indica que superado dicho término sin que se corra traslado de los resultados de los respectivos exámenes científicos, en eventos como el que es objeto de análisis en esta oportunidad, estaremos en presencia de una prueba sobreviniente, que como tal puede tener esencial influencia en las resultas del juicio.

En el entendido entonces, que es debido a la complejidad de los exámenes científicos, como al tiempo que se requiere para obtener los resultados a través de dichos estudios, y no a la argucia de una de las partes, que se habilita el traslado de las conclusiones con posterioridad a la audiencia preparatoria del juicio oral, incluso como en este caso, en el propio debate de fondo. Es por ello que como en el presente caso, llegado el turno para la práctica de las pruebas el hoy apelante depreque la aducción excepcional del

elemento en comento y ella resulte plenamente justificada, tal como viene de analizarse.

En efecto el juez, “...óidas 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”¹⁰.

Así las cosas, dentro de la arquitectura del procedimiento de enjuiciamiento penal no encuentra óbice la Sala para que en atención a estas particulares circunstancias la prueba pueda ser solicitada, se itera, al constituir prueba sobreviniente. Bien sabido es que “en ejercicio de las funciones de control de garantías, preclusión y juzgamiento, los jueces se orientan por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia”¹¹, y en dicha dirección se encamina el decreto del reclamado elemento, para el fin último perseguido por la justicia de lograr la verdad verdadera y no solo formal, respetando el debido proceso probatorio y el derecho de defensa.

Dimana de la forma de razonar expuesta que debe revocarse la decisión objeto de apelación y en su lugar se ordena la aducción y práctica de la prueba sobreviniente en comento.

*Por lo expuesto, esta Sala de Decisión Penal del **Tribunal Superior de Medellín,***

RESUELVE

PRIMERO: *Revocar la decisión adoptada por el Juez Diecisiete Penal del Circuito de Medellín con funciones de conocimiento, el 22 de septiembre del año que transcurre, por medio de la cual se negó la petición probatoria elevada por la defensa del procesado ÁLVARO ARLEY TORO LOPERA, sobre el ingreso excepcional como prueba sobreviniente del testimonio de la especialista ANA LUCÍA PÁEZ VILLA perito del Laboratorio de Genética Forense Regional Noroccidente del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, quien el 17 de enero de 2015 rindió informe de genética forense sobre cotejo de los fluidos de los procesados.*

¹⁰ Inciso final del artículo 344 el C.P.P.

¹¹ Imperativo legal consagrado en el artículo 5º del C.P.P.

SEGUNDO: En consecuencia se **DECRETA** la práctica de la prueba así solicitada.

TERCERO: Se ordena la remisión del expediente al Juzgado de origen.

CUARTO: Esta decisión se notifica en estrados y contra la misma no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO

LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE