



SALA PENAL

Medellín, treinta de junio de dos mil veintidós.

CUI: 05 001 60 00206 2021 03479
Procesado: Jesús Arnul Estrada Álvarez
Delitos: Concurso homogéneo y sucesivo de actos sexuales abusivos con menor de catorce años.
Asunto: Apelación de interlocutorio por el cual se rechazaron unas solicitudes probatorias de la defensa y de la fiscalía
Interlocutorio: N° 32 aprobado por acta 97 de la fecha
Decisión: Revoca
Lectura: Cinco de julio de dos mil veintidós

Magistrado Ponente
JORGE ENRIQUE ORTIZ GÓMEZ

1. ASUNTO

Se resuelven las impugnaciones presentadas por la defensa y por la Fiscalía General de la Nación contra la decisión proferida el 17 de diciembre de 2021 por el Juzgado Penal del Circuito de Envigado (Antioquia), mediante la cual se rechazaron algunas solicitudes probatorias.

2. HECHOS

Según el escrito de acusación, en la calle 75 Sur N° 29-49, apartamento 204, barrio La Doctora del municipio de Sabaneta (Antioquia), donde residía la menor PRA con su madre —Lina María Acevedo Castro— y el compañero permanente de esta, JESÚS ARNUL ESTRADA ÁLVAREZ, desde febrero de 2020 hasta el 21 de febrero de 2021, este sometió su hijastra PARA —de 10 años, ya que nació el 24 de marzo de 2010— a tocamientos libidinosos, que empezaron con caricias en sus senos, y con el transcurrir de los días llegó a tocarle la vagina y a darle besos en la boca, lo cual se presentó en diversas ocasiones.

3. ACTUACIÓN PROCESAL

En razón de esos hechos, ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal con Funciones de Control de Garantías de Sabaneta (Antioquia), el 23 de febrero de 2021 se legalizó la captura de JESÚS ARNUL y se le formuló imputación como autor de un concurso homogéneo sucesivo de actos sexuales con menor de catorce años agravados (artículos 209, 211 numerales 2º y 5º del CP) cargos a los cuales no se allanó, y se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

La Fiscalía General de la Nación radicó escrito de acusación contra JESÚS ARNUL ESTRADA ÁLVAREZ, que por reparto del 23 de abril de 2021 correspondió al Juzgado Primero Penal del Circuito de Envigado, donde el 1º de julio de 2021 se acusó formalmente a dicho ciudadano sin variación en la calificación jurídica inicial.

El 4 de noviembre de 2021 se inició la audiencia preparatoria, que se suspendió y se retomó el 16 de diciembre de 2021, postergándose para una sesión adicional realizada el 17 del mismo mes y año. En tal diligencia la fiscalía solicitó, entre otras, el testimonio de **Bernardo Vargas**, argumentando que es un testigo común con la defensa, así:

“(…) la pertinencia para pedir el testimonio del señor **Bernardo Vargas**, es para que concrete específicamente las fechas en que el acusado tenía que viajar, toda vez que la certificación que aporta la defensa en el traslado que le dio a la fiscalía, es una certificación demasiado amplia donde no concreta y no soporta fechas exactas en las cuales el acusado estaba fuera de la ciudad, solamente habla de meses, pero no establece los días en que él estaba fuera de la ciudad y los días en que tenía que regresar a la ciudad.

Entonces, la pertinencia de este testigo es para que con especificidad y exactitud, de acuerdo a las fichas que manejan las empresas transportadoras, aporte detalladamente esa planilla donde se observan los días en que el acusado estaba por fuera del lugar de su residencia”¹

No obstante haber solicitado la fiscalía el mencionado testimonio, como prueba común con la defensa, una vez esta aclaró que no anunció a **Bernardo Vargas** como testigo, toda vez que la certificación emitida por él ingresaría a través del investigador de la defensa, Cristian Camilo Moreno Roja, la fiscal manifestó que entonces solicitaba dicho testigo directamente.

Por su parte, la defensa solicitó, entre otras, **una prueba pericial** —el informe del perito psicológico y de salud mental Camilo Betancur—, argumentando:

“Esta prueba pericial se torna conducente y pertinente por cuanto él mismo hizo una valoración desde la especificidad de la psicología y sus conocimientos

¹Audiencia preparatoria, sesión del 4 de noviembre de 2021, minuto 48:07

científicos, técnicos y especializados del perfil criminal o no del señor JESÚS ARNUL ESTRADA ÁLVAREZ (...).

Implementando técnicas y protocolos aceptados por la comunidad técnico científica. Se torna útil la práctica de esta prueba porque el perito en mención realizó un dictamen pericial no solo frente a las circunstancias psicológicas y sociales del señor JESÚS ARNUL sino también aunado al contexto emanado de los testigos y las mismas declaraciones que la denunciante menor de edad ha hecho dentro de este proceso penal.

(...)

Es sentir de esta defensa que la corroboración periférica en esta clase de delitos no debe versar solamente frente a las manifestaciones o frente a las denuncias de las víctimas, máxime cuando son menores de edad, estas corroboraciones también se pueden y deben hacer con respecto al presunto agresor o con respecto a la persona que haya sido encasillada como quien presuntamente cometió el ilícito o el punible como tal².

Ante aclaración solicitada por la fiscalía, acerca de si el informe que rindió el perito consistió en la valoración del acusado y también de la menor, respondió la defensora: *“en este momento el peritaje va por la mitad de camino (...) el perito me indica que es esencial o demasiado importante hacerle entrevista a la menor”* y que ante la negativa de su madre a permitir la misma —por sugerencia de la fiscalía— la defensa solicitará ante juez de control de garantías la autorización para dicho acto, y de accederse a ello *“el dictamen tendrá la participación de la entrevista o de la valoración también a la menor, solamente de conseguirse la autorización, de lo contrario simplemente se ceñirá a la prueba documental recopilada por los psicólogos y todos los profesionales de familia que reposan en el expediente y que son los que realmente han hablado con la menor en este proceso”*.

La fiscalía y la representante de víctimas se opusieron a la anterior solicitud probatoria, manifestando que se faltó al descubrimiento probatorio por parte de la defensa, la cual además omitió solicitar la entrevista de PRA en el momento correspondiente, sin embargo el juez sugirió a la defensora solicitar el aplazamiento de la audiencia hasta tanto se resolviera por el juez de control de garantías si autorizaba o no entrevistar a la menor, para que luego pudiera descubrirse dicho elemento —lo que efectivamente pidió la defensa—, argumentando la judicatura que debe prevalecer lo sustancial sobre las formas, que finalmente se busca conocer la verdad, y que aunque la defensa no solicitó la entrevista de la menor en el momento de la enunciación de las pruebas, lo importante es que la audiencia no había finalizado, por lo tanto no había inconveniente porque así se ha resuelto en otras oportunidades cuando a la fiscalía se le ha olvidado enunciar todas las pruebas que luego solicita.

En razón de lo anterior se suspendió la audiencia, a pesar de la oposición de la fiscal y de la representación de víctimas, y se retomó el 16 de diciembre de 2021, cuando la

²Ídem, minuto 1:11

defensora manifestó que no pudo radicar la solicitud de la entrevista a PRA porque se enfermó de Covid 19 y estuvo hospitalizada, sin embargo, posteriormente el nuevo abogado contratado para la representación de las víctimas le informó que la madre de la menor —Lina María Acevedo Castro— estaba dispuesta a autorizar que el psicólogo entrevistara a su hija, y efectivamente la mencionada señora suscribió la autorización para tales efectos, de ahí que dijo la defensa haber subsanado los requerimientos que motivaron la suspensión de la audiencia y pidió al juez que se pronunciara frente al decreto de las solicitudes probatorias, no obstante la judicatura volvió a aplazar la diligencia por no haber encontrado las notas donde tenía estructurada la decisión.

4. DECISIÓN IMPUGNADA

El 17 de diciembre de 2021 se retomó la audiencia preparatoria en la cual el juez de primera instancia decidió rechazar a la fiscalía el testimonio de **Bernardo Vargas**, al considerar que no es un testigo común porque la defensa no lo solicitó como testigo, y si era intención de la fiscalía pedir directamente dicho testimonio, debió descubrirlo, lo cual no hizo.

En lo que respecta a las pruebas de la defensa, fue admitido el **informe pericial**, pero no así la solicitud **de adjuntar, presentar o aducir a través del psicólogo Camilo Andrés Betancur la entrevista que le realizará a la menor PRA**. Dijo la primera instancia que luego de un riguroso rastreo jurisprudencial debe recoger su postura en el sentido de permitir que se soliciten pruebas que no fueron debidamente enunciadas en la etapa procesal oportuna, en tanto son claros los precedentes al establecer que deben respetarse las formalidades o ritualidades de la audiencia preparatoria, y la defensa no descubrió ni enunció como testigo de descargo a la menor PRA, y tampoco lo hizo frente a la entrevista de esta; simplemente, ante un requerimiento de aclaración de la fiscalía, adujo que estaba pendiente la complementación del dictamen pericial con una entrevista a la víctima, para lo cual acudiría ante juez de control de garantías, toda vez que la madre de esta se negó a autorizarla, al parecer por recomendación de la fiscalía.

Agregó el funcionario *a quo* que les asiste razón a la fiscalía y a la representación de víctimas en oponerse a dicha solicitud porque, en efecto, el orden de la audiencia preparatoria no solo tiene estructura lógica, sino que sus etapas son preclusivas, sumado ello a que la realización de varias entrevistas puede generar la revictimización de la menor, pues la Ley 1652 de 2013 señala que los menores de edad víctimas de delitos sexuales serán entrevistadas preferiblemente una sola vez, y aunque la defensa pregonó que es un derecho del procesado que se practique dicha entrevista, no puede perderse de vista que de acuerdo con el artículo 44 de la Constitución Política

y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, impera la prevalencia del derecho de los niños sobre cualquier otro. Por lo tanto el juzgado rechazó la solicitud de la defensa de decretar *“como prueba la entrevista de la menor a través de un psicólogo especialista en salud mental.”*

5. ARGUMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Solicita la fiscal que se revoque la decisión de primera instancia, en lo que respecta al rechazo del testimonio de Bernardo Vargas —coordinador de nómina de la empresa donde laboraba el acusado—, toda vez que la fiscalía previamente no tenía conocimiento de este testigo, habiendo sabido del mismo por el descubrimiento probatorio que hizo la defensa, y es importante que él —como coordinador de nómina— declare en el juicio acerca de los horarios y los días laborales de ESTRADA ÁLVAREZ para hacer más probable la teoría del caso del acusador, bajo el entendido de acreditar los días en que el procesado estaba en la ciudad donde ocurrieron los hechos y que no siempre estaba de viaje, como lo demuestra la certificación que ingresará la defensa, en la cual no se detallan concretamente los días en que salía y aquellos en que regresaba, y tampoco se adujo que permanentemente estuviera fuera de la ciudad o del municipio donde vive, por lo tanto solicita, la fiscal, se tenga en cuenta que es indispensable conocer los tiempos en que el acusado estaba en su casa, donde compartía con la madre de la presunta víctima.

6. PRONUNCIAMIENTO DE LOS NO RECURRENTES FRENTE A LA APELACIÓN DE LA FISCALÍA

6.1. De la representación de víctimas.

Con relación a la apelación de la fiscalía, manifestó que el testimonio de **Bernardo Vargas** para lo que fue solicitado hace parte de los elementos que el ente acusador considera necesarios para su teoría del caso y por ello está de acuerdo con que se decrete.

6.2. De la defensa.

Dijo que la certificación emitida por **Bernardo Vargas** fue solicitada con todos los detalles que la fiscalía pretende conocer a través de dicho testigo, sin embargo se obtuvo una respuesta negativa por parte de la empresa, explicando que era demasiado complejo

hacer el correspondiente seguimiento toda vez que JESÚS ARNUL ESTRADA ÁLVAREZ tenía horarios y rutas todos los días, todos los meses, en todo el territorio nacional, por eso la certificación fue emitida de la forma en que está. Agregó la defensa que comparte plenamente lo argumentado por el juez en torno al desconocimiento del debido proceso por parte de la fiscalía, porque desde el inicio de la audiencia preparatoria, cuando la defensa descubrió sus pruebas, se advirtió que no se solicitaba como testigo a Bernardo Vargas, sino que su certificación se ingresaría a través del investigador que recolectó dicho documento, por lo tanto era necesario que la fiscalía adujera la utilidad, pertinencia, conducencia y necesidad de ese testigo, por eso pide confirmar la decisión de primera instancia, en lo que respecta a esa prueba.

7. ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN DE LA DEFENSA

Expresa inconformidad con la decisión de no permitir que se anexe la entrevista de la menor al dictamen pericial del psicólogo, toda vez que dice no haber solicitado que dicha entrevista sea ingresada como un elemento individual o un testimonio o una prueba documental, pues no es eso lo que se pretende. Puntualiza que el psicólogo Camilo Andrés Betancur manifestó que para que quedara mucho más concreto su concepto, en razón del perfil criminal aterrizado al caso objeto de juzgamiento, requiere entrevistar nuevamente a la menor PRA, pero no se trata de exhibir la entrevista autónomamente, es para obtenerla y que el perito rinda un concepto más verídico respecto a los hechos por los cuales se denunció a JOSÉ ARNUL ESTRADA ÁLVAREZ.

Manifestó esta apelante que, así las cosas, la defensa no tenía la obligación de descubrir ese elemento, porque es una entrevista que va aunada al dictamen pericial admitido como prueba, el cual puede presentarse cinco días antes de ser practicado en el juicio para su traslado a las partes, por lo cual no ha faltado al deber de descubrir los elementos materiales probatorios, especialmente la entrevista de la menor, toda vez que desde cuando hizo la solicitud probatoria, la defensa se pronunció acerca de los elementos que serían utilizados para sacar adelante su teoría del caso, dejando claro que había un informe pericial suscrito por el perito Camilo Andrés Betancur y tras dudas de la fiscalía en torno a si ese dictamen pericial era solamente del perfil criminal del procesado o si también se iba a tener en cuenta a la menor, respondió que dicho informe también iba a tener la entrevista de PRA, pero aclarando que no de forma independiente sino como parte del informe pericial, y reitera que el psicólogo no va a exhibir esa entrevista ni es para refrendar el testimonio de la menor ante el juez, es solamente un requisito solicitado por el perito para poder hacer un análisis completo de los hechos objeto de juzgamiento y se descubrió oportunamente.

Agregó que, en cuanto a que según la Ley 1652 de 2013 los menores preferiblemente deben ser entrevistados en una sola ocasión cuando se trate de delitos sexuales, en este caso hay muchas particularidades que la defensa necesita aclarar para poder sacar adelante su teoría del caso, y bajo tales argumentos solicitó que se admita excepcionalmente entrevistar a la menor ya que la representante legal de esta —su madre— autorizó dicha diligencia. Por ello pide revocar la decisión proferida al respecto en la primera instancia.

8. PRONUNCIAMIENTO DE LOS NO RECURRENTES FRENTE A LA APELACIÓN DE LA DEFENSA

8.1. De la representación de víctimas.

Manifestó textualmente:

“Este representante de víctimas de acuerdo con la solicitud de la defensa fue quien asesoró para la autorización de la entrevista de la menor, tengo que manifestar primero que todo que en este sentido mi posición o mi línea era muy similar a la del despacho, lo que hoy ha reiterado, de los protocolos y todo, pero toda vez que estamos en esta etapa preclusiva de la audiencia preparatoria, siempre mi intención fue con todas las garantías y verificación por parte de la representación de las víctimas que no se revictimizara a la menor.

También es cierto que en esa *conversa* con la representante de la defensa se habló de como complemento al dictamen pericial, por lo tanto siempre el interés fue que se llegue a la verdad y a la plena justicia, en este sentido tengo que decir que hoy no tengo oposición o recurso referente a lo manifestado por su señoría”.

8.2. De la Fiscalía General de la Nación.

Pidió confirmar la decisión impugnada por la defensa, toda vez que si avizó la importancia de realizar una nueva entrevista a PRA para complementar el dictamen pericial debió solicitar oportunamente ante el juez de control de garantías la autorización correspondiente, antes de la audiencia preparatoria, y no “escudarse”, como la ha hecho en todas las audiencias, en que la fiscalía le sugirió a la madre de la menor que no permitiera dicha entrevista.

La defensa debió acudir a la audiencia preparatoria con la autorización del juez de control de garantías para que el perito psicólogo que estaba haciendo el informe de perfil psicológico del acusado y la víctima se pronunciara al respecto y no aprovecharse de la inquietud de la fiscalía para pedir una prueba que no había solicitado antes.

Asimismo dijo la fiscal que comparte los argumentos expuestos por el juez en cuanto a la revictimización de la menor PRA, porque esta no solo padeció los abusos libidinosos

y sexuales de JESÚS ARNUL sino que también ha sido presionada por su entorno al compilarse los elementos materiales probatorios que se harán valer en el juicio oral.

9. COMPETENCIA

Esta corporación es competente para conocer de la presente impugnación según lo dispuesto en el artículo 34-1 del Código de P. Penal —Ley 906 de 2004— toda vez que la decisión de primera instancia fue proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Envigado, que hace parte de este distrito judicial.

10. CONSIDERACIONES

La Sala establecerá si acertó el *a quo* al rechazar las solicitudes probatorias de la Fiscalía General de la Nación y de la defensa que se han relacionado en esta providencia, siendo procedente confirmar ,tales decisiones o si *a contrario sensu* deben revocarse o modificarse, por no ajustarse a las reglas constitucionales y legales aplicables al caso.

En el *sub iúdice* se evidencia que el 4 de noviembre de 2021, entre otros elementos, la defensa descubrió una certificación expedida el 28 de octubre de 2021 por Bernardo Álvarez —Coordinador de Nómina de la empresa Marcas Vitales, donde laboraba el procesado— para ingresarla con el testigo de acreditación Cristian Camilo Moreno Rojas —investigador de la defensa— porque aunque en principio pretendió que el señor Vargas testificara en el juicio oral, para ingresar con él la mencionada certificación, al conversar con este y tras la manifestación que hizo en torno a que la empresa estaba atravesando por una crisis económica que conllevó a múltiples cambios de empleados, la defensora consideró que no podía dejar en “*un limbo*” el ingreso del mencionado documento y por eso lo haría a través del investigador.

Cuando correspondió a la fiscalía hacer sus solicitudes probatorias, pidió el testimonio de Bernardo Vargas como prueba común con la defensa, argumentando que es pertinente para que concrete las fechas en las cuales el acusado estaba fuera de la ciudad en razón de su trabajo porque en la certificación emitida no se concretaron las mismas, solamente se aludió a meses, sin días exactos. No obstante al advertírsele a la fiscal que el testimonio de Vargas no fue pedido por la defensa, agregó el ente acusador que entonces lo requería de manera directa.

La aludida pretensión fue despachada desfavorablemente por la primera instancia, al considerar que no es prueba común porque la defensa no solicitó el testimonio de

Bernardo Vargas, y que si la fiscalía la pretendía directamente debió descubrirla oportunamente. Y en efecto le asiste razón al juez en torno a que no se trata de prueba común, por las razones señaladas, sin embargo al analizarse la solicitud del testimonio de Bernardo Vargas, como testigo directo de la fiscalía, no puede exigirse al ente acusador haber realizado un descubrimiento probatorio de lo desconocido, pues recuérdese que la defensa descubre sus pruebas en la audiencia preparatoria, como efectivamente ocurrió en este caso, y una vez se perfeccionó tal acto, fue que la fiscalía tuvo la oportunidad de conocer la certificación que suscribió Bernardo Vargas; de ahí la necesidad de escuchar a este último en el juicio oral, porque al parecer el documento suscrito por él no es concreto, y en este caso habida cuenta de que justamente se juzga un concurso homogéneo y sucesivo de actos sexuales abusivos con menor de catorce años que presuntamente tuvo ocurrencia entre febrero de 2020 y el 21 de febrero de 2021, es evidente la pertinencia, conducencia y utilidad de dicho testimonio, porque daría cuenta de un aspecto central de los hechos jurídicamente relevantes, relacionado con el periodo en que el procesado se encontraba o no en el lugar de ocurrencia de los hechos. Y es claro que el investigador de la defensa —Cristian Camilo Moreno Rojas— no pueda dar cuentas exactas de lo plasmado en la mencionada certificación, solamente podrá demostrar la autenticidad de la misma, puesto que el llamado a exponer claramente lo relacionado con las fechas en que el acusado estaba ausente de su lugar de domicilio en razón de su trabajo es Bernardo Vargas, quien suscribió el documento que ingresará la defensa.

Ahora bien, no hay que perder de vista que con el descubrimiento probatorio se pretende, entre otras, que la contraparte conozca los elementos materiales con vocación probatoria que se pretende practicar como pruebas en el juicio oral, garantizando así el debido proceso, la igualdad de armas, el derecho de defensa y el de contradicción, evitando sorprender al adversario, y que este tenga el conocimiento que le permita controvertir a la contraparte, finalidades que se cumplen en este caso en el cual la fiscalía ha solicitado la declaración de un testigo que suscribió un documento que ingresará la defensa en el juicio oral, y aunque esta no lo descubrió directamente como su testigo, es conocido por la defensa el tema a tratar, porque fue Bernardo Álvarez quien suscribió el certificado de los días en que el acusado debía viajar por cuestiones laborales, sobre lo cual también versaría el interrogatorio que la fiscalía pretende hacerle, de ahí que la defensa conoce la situación particular y no puede entenderse que se le esté sorprendiendo por falta de descubrimiento probatorio, en tanto el elemento se conoció precisamente por la información revelada por la defensa, la cual, además, avizó en principio la declaración de dicho deponente, pero desistió del mismo al considerar que por la actual situación que presenta la empresa donde labora el procesado —crisis económica que ha conllevado cambios de personal— era incierto el ingreso de la certificación expedida por Bernardo Álvarez, de ahí que al

considerarse pertinente, útil, necesaria y conducente la declaración del señor Álvarez se decretará.

No puede pasarse por alto que las pruebas tienen como finalidad llevar al juez al convencimiento —más allá de toda duda— sobre los hechos y circunstancias materia de juicio y acerca de la responsabilidad penal del acusado (artículo 372 Código de Procedimiento Penal). Para ello las partes podrán probar los hechos o circunstancias que sean de su interés, por cualquiera de los medios establecidos en el ordenamiento jurídico (artículo 373 *ibidem*). Para establecer la pertinencia, necesidad, conducencia y utilidad de las pruebas como requisito de admisibilidad de las mismas es indispensable no perder de vista los hechos jurídicamente relevantes objeto de la acusación, en tanto son los que fijan y limitan el debate probatorio, pues de acuerdo con el artículo 357, inciso 2º, *“El juez decretará la práctica de las pruebas solicitadas cuando ellas se refieran a los hechos de la acusación que requieran prueba, de acuerdo con las reglas de pertinencia y admisibilidad previstas en este Código”*.

Luego, entonces, en el *sub examine* es claro que no hay vulneración del debido proceso por falta de descubrimiento alguno, puesto que la defensa descubrió la certificación suscrita por Bernardo Álvarez, a quien la fiscalía pretende como testigo para abordar precisamente los tópicos del documento que este suscribió, siendo evidente la conducencia, pertinencia, utilidad y necesidad de dicho testimonio, de acuerdo con los hechos jurídicamente relevantes de este caso, concretamente que el procesado abusó en múltiples ocasiones de su hijastra en el periodo comprendido entre febrero de 2020 y 21 de febrero de 2021, siendo el tema a bordar por ese testigo importante para la solución del caso, en tanto el deponente puede esclarecer la presencia o no del acusado en la ciudad donde ocurrieron los presuntos hechos durante el lapso indicado. De ahí que se revocará la negativa de la primera instancia y en su lugar se admitirá el testimonio de Bernardo Vargas.

De otro lado, en lo que atañe a la prueba pericial solicitada por la defensa, se evidencia que el 4 de noviembre de 2021 esta la descubrió, manifestando que consiste en un informe psicológico y de salud mental realizado por el perito psicólogo Camilo Andrés Betancur y, luego, al momento de hacer sus solicitudes probatorias expresó la defensora requerir al perito en psicología Camilo Andrés, porque este haría una valoración psicológica a JESÚS ARNUL ESTRADA ÁLVAREZ para determinar si presenta o no un perfil criminal. Argumentando además que *“se torna útil la práctica de esta prueba porque el perito en mención realizó un dictamen pericial no solo frente a las circunstancias psicológicas y sociales del señor JESÚS ARNUL sino también aunado al contexto emanado de los testigos y las mismas declaraciones que la denunciante menor de edad ha hecho dentro de este proceso penal.”* Sin embargo, ante la duda de la fiscalía, acerca de si el informe que rindió el perito

consistió en la valoración del acusado y también de la menor, la defensa contestó que el perito le indicó que es esencial entrevistar a PRA, por eso pretendía solicitar ante juez de control de garantías autorización para ello, y de emitirse la misma el dictamen del perito tendría dicha entrevista o la valoración también de la menor.

Así las cosas, se observa que los sujetos procesales e inclusive el juez tergiversaron la solicitud probatoria de la defensa, puesto que esta no radicaba en que el juez de conocimiento autorizara la práctica de un nuevo testimonio a PRA, sino en una prueba pericial psicológica que se realizará a JESÚS ARNUL ESTRADA ÁLVAREZ, para lo cual se requiere la entrevista de PRA, y por ello cual la defensa pretendía solicitar autorización ante un juez de control de garantías, porque la madre de la niña se había negado a consentirlo. De ahí que no es cierto que faltó descubrimiento probatorio, pues claramente desde el inicio de la audiencia preparatoria la defensa descubrió tal elemento, sin que pueda perderse de vista que al tratarse de una prueba pericial de acuerdo con el artículo 415 del CPP:

“Toda declaración de perito deberá estar precedida de un informe resumido en donde se exprese la base de la 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.” (Destacado no original)

Así que de acuerdo con el precitado artículo, si bien quien solicita la prueba pericial debe descubrirla en la etapa correspondiente —fiscalía en la acusación y defensa en la preparatoria— no es menos cierto que en sentido estricto el informe base de opinión pericial como tal debe descubrirse a las partes cinco días antes de la peritación en el juicio oral, por lo tanto la defensa cumplió con el deber de manifestar a la fiscalía que llevaría a cabo esa actividad probatoria, y en qué consistía la misma, y fue clara en explicar que necesitaba la práctica de un nuevo testimonio de PRA por exigencia del perito para complementar el informe base de opinión pericial, de ahí que no hay vulneración al descubrimiento probatorio. Ahora bien, el tema de la autorización o no de una nueva entrevista a la menor no es una situación que debe resolver el juez de conocimiento, pues se trata de un trámite o requerimiento que debe agotar la defensa para conseguir o perfeccionar sus elementos materiales con vocación probatoria, por lo tanto el *a quo* debía ceñirse única y exclusivamente a determinar la admisión o no de la prueba pericial, pues no se le solicitó la entrevista de la menor, como una prueba autónoma, sino que la defensa aludió a ella como parte del dictamen pericial, esto es, que el perito requiere una nueva entrevista de PRA para hacer un análisis más completo del caso, y como finalmente del informe base de la opinión pericial debe correr traslado cinco días antes de su práctica en el juicio oral, no pueda considerarse que al no estar completo al momento de la solicitud probatoria se esté ante un descubrimiento imperfecto, por lo tanto debe admitirse la prueba en los términos en

que fue solicitada, esto es, sin el condicionamiento en que se hizo de no incluir la entrevista de la menor PRA.

De tal suerte que habrá de revocarse la decisión de primera instancia y, en su lugar, admitirse para la fiscalía el testimonio de Bernardo Álvarez y modificarse en el sentido de admitir a la defensa la prueba pericial, esto es, el informe psicológico y de salud mental, realizado a ESTRADA ÁLVAREZ por el psicólogo Camilo Andrés Betancur, en los términos solicitados, es decir teniendo en cuenta la entrevista de la menor PRA, si efectivamente esta se realiza.

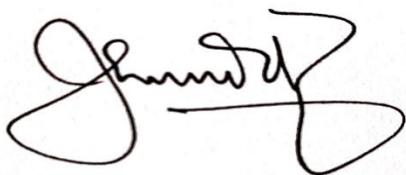
En mérito de lo expuesto la Sala Once de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín,

RESUELVE

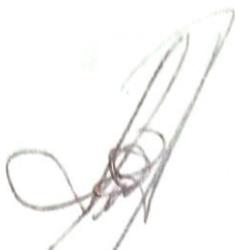
PRIMERO REVOCAR la decisión proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Envigado y, en su lugar, admitir a la fiscalía el testimonio de Bernardo Álvarez y **MODIFICARSE** en el sentido de admitir a la defensa la prueba pericial, esto es, el informe psicológico y de salud mental realizado a ESTRADA ÁLVAREZ por el psicólogo Camilo Andrés Betancur, en los términos solicitados, es decir teniendo en cuenta la entrevista de la menor PRA si efectivamente esta se realiza.

SEGUNDO Contra lo resuelto no procede recurso alguno, por tanto se ordena la devolución del expediente al juzgado de origen.

Notifíquese y cúmplase



JORGE ENRIQUE ORTIZ GÓMEZ
Magistrado



CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO
Magistrado

(En permiso)

LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ
Magistrado