



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellín

SALA PENAL

Radicado: 05001-60-00-207-2021-01122
Acusado: Ismael Darío Álvarez Tangarife
Delitos: Actos sexuales con menor de 14 años
agravados
Acceso carnal abusivo con menor de 14
años agravado
Asunto: Apelación de auto que niega pruebas
M. Ponente: Miguel Humberto Jaime Contreras

Aprobado por Acta No. 115

Medellín, treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

1. EL ASUNTO

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la defensa en contra del auto proferido el 12 de septiembre de 2022, por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de esta ciudad que le negó el decreto de algunas pruebas.

2. ANTECEDENTES

2.1. La acusación

El 19 de octubre de 2021, la Fiscalía acusó a *Ismael Darío Lopera Tangarife* de ser autor del concurso homogéneo de ocho eventos de actos sexuales con menor de 14 años agravados por la posición que impulsaba a las víctimas en depositar en él su confianza (artículo 209 y 211 numeral 2°

del Código Penal), en concurso heterogéneo de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado por la misma causal a su vez en concurso homogéneo de cinco eventos (artículo 208 y 211 numeral 2° del C. P.), por hechos que habrían ocurrido entre los años 2019 a 2021, en el Centro Infantil Pequeños Exploradores, ubicado en el barrio Santa Cruz de la ciudad de Medellín, en donde el acusado se desempeñaba como auxiliar de nutrición, siendo objeto de abusos sexuales nueve menores (ASML, TLR, MDRA, MSV, EDCR, OVR, JAA, SarML y SamML) entre los 2 a 5 años, por parte del señor Ismael Darío Lopera Tangarife, consistentes en tocarles el ano, el pene y los senos, además que les introducía su dedo en el ano y vagina.

2.2. La solicitud probatoria de la defensa

La audiencia preparatoria se realizó los días 4 de marzo, 10 de mayo, 15 de junio, 11 de agosto, 5 y 12 de septiembre de 2022, culminando el descubrimiento probatorio y las partes enunciaron y pidieron las pruebas que pretendían hacer valer en el juicio.

En virtud de lo impugnado, solo se reseñará lo concerniente a las solicitudes probatorias efectuadas por la defensa, cuyo decreto fue denegado por el juzgado de primera instancia y que son objeto de apelación.

En audiencia del 5 de septiembre de 2022, la defensa solicitó el testimonio del señor Juan Rodrigo Mosquera Osorio, padre del menor A.S.M.L., como testigo común de la Fiscalía, por cuanto la defensa pretende con esta prueba evidenciar la ausencia de credibilidad que este padre de la víctima dio a las

manifestaciones y a los hechos denunciados por su compañera sentimental, Yesica. Considera útil develar la personalidad de la denunciante y concretamente del porqué no le dio credibilidad a su consorte frente a los hechos.

También solicitó el testimonio del doctor Hermes Grajales Jiménez, médico forense y cirujano de la Universidad de Antioquia e investigador criminal, señalando que se trata de una prueba pericial con la cual la defensa pretende refutar las valoraciones sexológicas y atenciones médicas que hayan recibido los menores en razón de este caso. En cuanto a la pertinencia aludió que, a raíz de los hechos denunciados, hubo participación directa de diferentes profesionales en el área de la medicina y de la medicina legal que realizaron dictámenes periciales, por lo que la defensa requiere de los servicios de un profesional en el área de la medicina forense para realizar contrapeso frente a las pruebas periciales de la Fiscalía y frente a los hallazgos por parte de los médicos que valoraron a los menores de edad. Refirió que la utilidad concreta es que el testimonio del perito tiene la finalidad de refutar las pericias realizadas por los profesionales de Medicina Legal que valoraron a los menores y, a través de su testimonio, se pretende evidenciar omisiones y fallas en las valoraciones realizadas a los menores, además que se incorporará el informe base de opinión pericial. Sostuvo que se requiere el testimonio del doctor Hermes como perito asesor en los contrainterrogatorios en el juicio oral de los testigos judiciales, testigos técnicos, familiares de los menores y de estos últimos, como testigo de refutación frente a las pericias realizadas por Medicina Legal. Agregó que la defensa pretende evidenciar que no hubo hallazgos relacionados con abuso

sexual y para ello se requiere el testimonio de un perito para que hable precisamente de ese tema.

Igualmente, solicitó el testimonio de Leonel Valencia Legarda, psicólogo forense, manifestando que su pertinencia radica en que, dentro de la investigación realizada por la Fiscalía, existen diferentes intervenciones de menores que fueron atendidos por distintos psicólogos forenses y de instituciones públicas como Fundación para la Atención a la Niñez, y de parte de entrevistadores del CTI que realizaron la entrevista forense, requiriéndose un perito en psicología forense para realizar contrapeso frente a esas intervenciones que hayan efectuado esos profesionales.

Sobre la utilidad concreta, indicó que radica en que el perito será asesor en los interrogatorios y contrainterrogatorios que se realicen a los diferentes testigos que sean escuchados en el juicio oral, entre ellos peritos, en razón al área de la psicología. Además, afirmó que fungirá como testigo de refutación en contra de los diferentes profesionales en el área de la psicología y de la psicología forense que realizaron intervenciones y actos de investigación desde esas áreas. Señaló que la defensa pretende contradecir y refutar la prueba pericial, hallazgos y actividades desarrolladas por profesionales en psicología para evidenciar omisiones de protocolos y malos manejos en el abordaje realizado a las víctimas menores de delitos sexuales, concretamente frente a las entrevistas forenses, y que el perito se pronunciara sobre porqué las mismas fueron abordadas de forma inadecuada por los entrevistadores.

Como prueba documental solicitó la incorporación de los informes base de opinión pericial del médico Hermes Grajales y del psicólogo Leonel Valencia, los cuales serían descubiertos en el momento procesal pertinente y en ellos los peritos explicarán las conclusiones y hallazgos con relación al abordaje que los distintos profesionales que actuaron en la investigación les realizaron a los menores y a sus familias.

Así mismo, solicitó la incorporación de la revocatoria del poder de fecha 8 de abril de 2022, mediante el cual la señora Yesica María López Piedrahita revoca el poder para actuar al primer profesional que representaba sus intereses como víctima, el que solo habría obtenido con el acceso al expediente que le fue autorizado por el juzgado el 8 de julio de 2022. Aduce que en este documento la señora Yesica realiza unas manifestaciones y explicaciones respecto a las causas para revocar el poder en las que se alude a temas relacionados con intereses económicos que contribuyen a la teoría del caso de la defensa y que la testigo Yesica López será interrogada con relación al contenido de ese documento, impugnándosele credibilidad o refrescándole memoria llegado el caso acorde a sus manifestaciones. Agregó que no se descubrió el documento con anterioridad por cuanto no se conocía y solo se tuvo conocimiento de su existencia con el acceso al expediente digital.

2.3. La decisión de primera instancia.

En la continuación de la audiencia preparatoria, el 12 de septiembre de 2022, la juez resolvió las solicitudes probatorias, denegando algunas pretendidas por la defensa, entre las que cabe destacar las siguientes:

Dejó de decretar el testimonio de Juan Rodrigo Mosquera, porque no fue referenciado por la defensa al momento de hacer su enunciación probatoria, omisión que, a juicio de la juez, impide pronunciarse si el mismo cumple con los requisitos de pertinencia y admisibilidad.

Explicó que la audiencia preparatoria está diseñada de manera escalonada, siendo importante para la materialización del debido proceso que cada uno de los pasos previstos en el artículo 356 del Código de Procedimiento Penal se agoten en debida forma; por tanto, no es posible que una parte realice solicitudes probatorias con indicación de su pertinencia, conducencia y utilidad respecto a un medio de conocimiento que pretende aducir al juicio cuando con antelación no enunció dicho medio de conocimiento, pues ha precluido la oportunidad procesal para poner en conocimiento de su contraparte la posibilidad de que dicha prueba se practique en el juicio y así poder examinar por esta si hay lugar o no a celebrar algún tipo de estipulación probatoria que logre demostrar el hecho que con ese medio de conocimiento se pretende probar.

En lo atinente a los testimonios de los peritos Hermes Grajales Jiménez, médico forense, y Leonel Valencia Legarda, psicólogo, indicó que, si bien a través de estos profesionales se pretende menguar la credibilidad que puedan ofrecer los servidores, ya sean médicos legistas o psicólogos, que tuvieron intervención en la investigación adelantada por la Fiscalía, lo cierto es que la defensa no precisó cuáles peritos de todos que tuvieron intervención en el caso van a ser objeto de refutación, es decir, es como si estos dos profesionales fueran a

comparecer al juicio a establecer allí si existe o no mérito para atacar la credibilidad de alguno de los profesionales que la Fiscalía hará comparecer al juicio oral.

Advirtió que la Fiscalía está obligada a descubrir a la defensa con suficiente antelación los medios de conocimiento con que cuenta para que pueda estructurar su estrategia defensiva y su teoría del caso y, a esta altura de la actuación, debería tener claro la defensa cuál o cuáles de los peritos van a ser objeto de ataque en el juicio oral y no simplemente realizar solicitudes genéricas que podrían tornar el juicio en farragoso y llevar a confusión en lugar de mayor claridad, pues la forma en que fueron solicitados los peritos dan a entender que irán al juicio para que analicen si existe el más mínimo error en el abordaje de los menores para ponerlo de presente la defensa.

En su criterio, corresponde a las partes, luego de culminar la labor investigativa, evaluar los elementos demostrativos para establecer cuál o cuáles servirán para los fines pretendidos, sin que, en todos los casos, sea necesario llevar al juicio oral la totalidad, pues es claro que no todos los medios de prueba servirían a los fines de la parte que los solicita. Indicó que esta decisión se toma sin perjuicio de que sea preciso acudir por la defensa a la prueba de refutación en los términos del artículo 362 del Código de Procedimiento Penal, aspecto que no puede decidirse a priori, sino cuando se presente la situación que habilite este tipo de prueba.

En cuanto a la admisión como prueba documental de la revocatoria de poder que hizo la señora Yesica al primer profesional que representó sus intereses y que habría sido

obtenido por la defensa cuando tuvo acceso al expediente digital autorizado por el juzgado, de manera que no le habría sido posible descubrirlo al inicio de la audiencia preparatoria, estimó la juez que sería inadmitido porque no solo no se trata de una evidencia documental en estricto sentido, ya que es un documento contentivo de una revocatoria de poder donde se plasman las razones de dicha terminación, sin que se observe cómo puede contribuir a la teoría del caso de defensa ya que nada se dijo al respecto, sino también porque no existe justificación para que la defensa no procediera a su enunciación. Adicionalmente, le resulta inadmisibles la justificación de la defensa para no descubrir el documento pues si bien aduce que solo tuvo conocimiento de este una vez se le permitió el acceso al expediente digital, no es menos cierto que existe el deber de las partes de mantenerse al tanto al interior del proceso, pudiendo para esos efectos solicitar la inspección de la carpeta con cierta frecuencia.

Sobre la admisión, como base de opinión pericial, de los informes que realicen los peritos Hermes Grajales y Leonel Valencia Legarda, consideró que eran inadmisibles por cuanto, como se indicó en precedencia, no resulta suficiente la carga argumentativa necesaria para que la pericia se practique en desarrollo del juicio oral, por lo que, si lo accesorio sigue la suerte de lo principal, y no se consideró admisible la declaración de los peritos en juicio, mucho menos puede admitirse que ingrese la base de opinión pericial, ya que expresamente lo proscriben el inciso final del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal cuando hace referencia a que en ningún caso será admisible como evidencia el informe de que trata dicho artículo, si el perito no declara en el juicio.

2.4. La sustentación del recurso de apelación por la defensa.

La defensa apelo la inadmisión de algunos medios probatorios y el rechazo de otros.

En cuanto a la inadmisibilidad del testimonio común de Juan Rodrigo, quien es padre del menor víctima que primeramente se conoció, sostiene que el artículo 356 del Código de Procedimiento Penal, atinente al desarrollo de la audiencia preparatoria, establece en su numeral 2 que la defensa descubra sus elementos materiales probatorios y la evidencia física y, tal como lo mencionó la juez, la audiencia preparatoria es escalonada y continúa precisamente con ese numeral tercero que habla de que la Fiscalía y la defensa enuncien la totalidad de las pruebas que harán valer en el juicio. Refiere que, si se escucha el audio, la Fiscalía, después de que la defensa hiciera ese descubrimiento probatorio inicial, tuvo la oportunidad de enunciar los medios probatorios que iba a llevar a juicio, la que no se le dio a la defensa.

En su opinión, no es posible comparar el numeral 2 que habla del descubrimiento por parte de la defensa con el numeral 3 que habla sobre la enunciación, la cual no tuvo oportunidad la defensa de realizar. Por el contrario, la Fiscalía enunció y posteriormente se dio paso para que esta parte presentara la argumentación relacionada precisamente con los medios de prueba que iba a solicitar. Señala que, a la hora de la defensa presentar la argumentación de los elementos de los medios probatorios que pretendía llevar al juicio, se vio en la necesidad de enunciar precisamente algunos medios probatorios que fueron incluso enunciados por parte de la

Fiscalía, pero que la defensa no tuvo la oportunidad de enunciar y este numeral 3 tiene una lógica en cuanto a que primero enuncia la fiscalía, luego enuncia la defensa y esto precisamente como garantía del ejercicio del derecho de defensa. Entonces frente a ese primer testigo Juan Rodrigo solicita se modifique la decisión y se admita de forma directa su testimonio en el juicio.

De otro lado, se opone a la negativa del decreto de los testimonios del doctor Hermes Grajales como médico forense y del doctor Leonel como psicólogo forense, en conjunto con la negativa del decreto de la base opinión pericial que se pretende suscribir por cada uno de ellos y que se pretendía descubrir en su momento procesal. Manifestó que, de acuerdo al cúmulo de solicitudes elevadas por la Fiscalía en que se alude a muchos psicólogos, algunos peritos de medicina legal y psicólogos que realizaron algunas actividades periciales técnicas con relación a esas áreas, la defensa se vio en la necesidad de acudir precisamente a dos funcionarios en estas especialidades con la finalidad de hacer contrapeso frente a las actividades desarrolladas por los peritos de la Fiscalía.

Sostiene que el médico, el doctor Hermes Grajales, se solicitó como prueba pericial en el sentido de que esa persona elaboraría un informe válido de opinión pericial, lo que no implica que no se esté haciendo el trabajo por parte del perito, sino que la defensa tiene hasta 5 días antes a la deposición del perito en el juicio para hacer el descubrimiento. Indica que las partes se opusieron y la decisión de la juez se fundó en que la argumentación para pedir estos dos peritos se hizo de forma general. La defensa considera que es lógica la exposición de forma general del objeto de la pericia, porque precisamente el

argumento es que con cada uno de estos peritos pretende hacer contrapeso y refutar los hallazgos, las valoraciones y los informes periciales que hayan hecho tanto los médicos en medicina legal que realizaron las valoraciones sexológicas como también frente a las valoraciones, atenciones y conclusiones a que hayan llegado los psicólogos de las distintas instituciones.

Considera la defensa que la audiencia preparatoria no es el escenario para definir concretamente uno a uno cuáles son los puntos que se van a atacar con esas pruebas periciales, sino que para eso está el escenario del juicio oral en el cual es el propio perito el que va a manifestar cuáles son las omisiones o cuál es la disidencia precisamente en esas peritaciones o en esas actividades que hayan hecho los profesionales. Aduce que la defensa no es médico o psicólogo forense y el juez necesita incluso escuchar una visión distinta, un análisis distinto al realizado por los profesionales de la Fiscalía General de la Nación y ello para evidenciar precisamente deficiencias, omisiones, malas prácticas a la hora de realizar las valoraciones o las actividades propias de su cargo; se trataría de prueba pericial y con ella se pretende refutar esas actividades.

Finalmente, se opone a la inadmisión del documento denominado revocatoria del poder que fue negado porque debió haber sido descubierto en su momento y por ausencia de pertinencia. Arguye que la defensa en la audiencia anterior manifestó que ese documento fue obtenido con posterioridad al inicio de la audiencia preparatoria y hay prueba de ello, pues se puede evidenciar precisamente en el expediente electrónico que se le autorizó como defensa para poder

verificar todo lo relacionado con el mismo y, una vez ingresa a este, encontró un documento que es útil y pertinente para la teoría del caso de la defensa como lo es la revocatoria del poder expedida el 8 de abril de 2022. Dice que es importante, pertinente y útil para la teoría del caso de la defensa porque dentro de ese documento existen declaraciones de la representante de la primera víctima en donde hace referencia a intereses económicos dentro de este caso y señaló que esa revocatoria de poder sería utilizada en el juicio para refrescar memoria, para impugnar credibilidad y que incluso sería incorporada como prueba documental, siendo un documento de mucha importancia porque la defensa pretende evidenciar intereses distintos a la realidad a la hora de denunciar por algunos padres de familia y esas manifestaciones de la primera víctima son supremamente útiles para su teoría del caso.

2.5. La opinión de los sujetos procesales no recurrentes

2.5.1. La fiscal, como no recurrente, manifiesta que la defensa tuvo la oportunidad de enunciar el testimonio de Juan Rodrigo Mosquera, y no lo hizo, por lo que no se debe admitir. En lo atinente al testimonio de los profesionales, doctor Hermes Grajales Jiménez y doctor Leonel, considera que en su momento la defensa no hizo una buena argumentación del porqué los iba a traer, siendo muy genérico cuando debió haber sido más claro en su pretensión con cada uno de ellos. Señala que es irrelevante el documento de revocatoria en la que habría una declaración sobre unos intereses económicos por el cual se le da poder a otra persona, pero un poder o una revocatoria no tiene nada que ver con la responsabilidad

frente al hecho. Por tanto, solicita que no se revoque la decisión recurrida.

2.5.2. La delegada del Ministerio Público sostiene que debe confirmarse la decisión, puesto que la defensa no cumplió con la carga que exige el artículo 356 del Código de Procedimiento Penal respecto del testimonio de Juan Rodrigo. Frente a lo dispuesto con relación a los peritos Hermes y Leonel considera que desde el momento en que fue pensado el escrito de acusación la señora fiscal hace relación a cada una de las valoraciones realizadas a los menores víctimas y a los profesionales que los atendieron, lo cual se hizo acorde con esa verificación que se hace frente al descubrimiento que le asiste a la Fiscalía hacía la defensa y que se encontraba cumplido; por tanto, le asistía la carga a esta última parte procesal de detallar de manera clara cuál sería la base de opinión que refutarían estos profesionales y al hacerse la enunciación de manera genérica no se cumplía con la carga de pertinencia.

En cuanto a la revocatoria del poder, considera que es una carga de la defensa estar verificando las actuaciones del despacho y la falta de acceso al expediente no se había dado por una negativa del despacho, sino precisamente por falta de ejercicio de la defensa. De esa manera, entonces, solicita se confirme la decisión adoptada por la primera instancia.

2.5.3. El apoderado de la víctima menor A.S.L. hace una aclaración respecto a la revocatoria del poder, indicando que no se discute cuándo el defensor conoció dicho documento, sino su pertinencia, esto es, que tenga alguna relación, ya sea directa o indirectamente, con los hechos que aquí se

persiguen; sostiene que los motivos por los cuales cualquier ciudadano revoca el poder a un profesional del derecho nada tendría que ver con lo que aquí se busca investigar, por lo que el documento es irrelevante.

2.5.4. El apoderado de las demás víctimas, como no recurrente, solicita se confirme la decisión cuestionada. Señala que la defensa sí tuvo oportunidad de enunciar el testimonio de Juan Rodrigo, padre del menor A.S.M.L. y excompañero de la señora Yesica López Piedrahita; sin embargo, se le olvidó o se le traspapeló, por lo que esa argumentación realmente no es válida, atendiendo a que las etapas son preclusivas.

Con relación a los peritos de la defensa alega que, efectivamente, el al defensor, con el traslado que hizo la fiscalía posterior al escrito de acusación, le fueron entregados todos y cada uno de los elementos con los que contaba el ente acusador; como son las historias clínicas, las entrevistas periciales realizadas por las psicólogas del CAIVAS, los acompañamientos psicológicos que realizaron las entidades como Jugar Para Sanar, las audiencias y los procesos de restablecimiento de derechos del ICBF. Considera que no es posible solicitar la realización de los peritajes en sede de juicio oral cuando la defensa tenía conocimiento de los elementos antes mencionados con bastante antelación.

En lo atinente a la revocatoria del poder, señala que correspondió a una actuación unipersonal de la señora Yesica María López presentada el 8 de abril de 2022 y cabe la duda de por qué solamente la defensa se dio cuenta de que había una revocatoria a un poder, cuando justamente en el mes de

abril se iniciaron las audiencias de control previo para búsquedas selectivas en bases de datos incoadas por la defensa donde en las audiencias se manifestó que hubo manifestaciones expresas por parte de ese apoderado de víctimas hacia la juez de control de garantías manifestando que en efecto conocía que se había revocado el poder y desde ese momento todas las partes e intervinientes conocían acerca de la existencia de ese documento. Además, considera que hacer valer las manifestaciones expresadas por la señora Yesica María con respecto al ejercicio adecuado o no del apoderado de víctimas en su representación, nada tiene que ver con la responsabilidad penal del acusado por unos hechos acaecidos entre los años 2020 y 2021.

3. CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo reseñado, le corresponde a la Sala resolver si en el caso procede el rechazo por indebido descubrimiento y carencia de enunciación del testimonio del señor Juan Rodrigo Mosquera, que sería testigo común con la Fiscalía, y si es procedente decretar o no, la prueba pericial de los expertos mencionados en Medicina Forense y Psicología, así como la invocada prueba documental consistente en la revocatoria de poder efectuado por una de las víctimas; medios probatorios cuyo decreto fue negado en primera instancia.

3.1. Para resolver el primer problema jurídico planteado referente al decreto del testimonio del señor Juan Rodrigo Mosquera, deberá establecerse inicialmente si este medio de prueba fue debida y oportunamente descubierto por el

interesado, precondition básica para el posterior análisis de conducencia, pertinencia y utilidad del mismo.

En nuestro sistema procesal de juzgamiento vigente, se entiende que la verdad la obtiene el juez de la contienda o contradicción entre las posturas enfrentadas del Fiscal y el defensor sobre ella, quienes han tenido a su cargo recaudar los elementos materiales probatorios, las evidencias y en general la información legalmente obtenida para practicar en el juicio los medios de prueba a que haya lugar, previo descubrimiento, pues tal labor de las partes se realiza de manera independiente y sin que cada una de ellas conozca, en principio, lo indagado por su contraparte.

Lo esencial del descubrimiento probatorio es que hace posible la contradicción de la prueba descubierta; o en sentido contrario cabría cuestionarse: ¿cómo podrá resistirse, contradecirse o impugnar lo que no se conoce? Ahora bien, esta labor de refutación o contradicción de prueba para ser efectiva, demanda en no pocas ocasiones, a su vez, otras labores investigativas, algunas más complejas, lo cual explica la carga de descubrimiento que impuso el legislador a las partes y la correspondiente sanción en el evento en que se incumpla con este deber, tal como se desprende del contenido de los artículos 344 y 346 del Código de Procedimiento Penal que disponen:

ARTÍCULO 344. INICIO DEL DESCUBRIMIENTO. Dentro de la audiencia de formulación de acusación se cumplirá lo relacionado con el descubrimiento de la prueba. A este respecto la defensa podrá solicitar al juez de conocimiento que ordene a la Fiscalía, o a quien corresponda, el descubrimiento de un elemento material

probatorio específico y evidencia física de que tenga conocimiento¹, y el juez ordenará, si es pertinente, descubrir, exhibir o entregar copia según se solicite, con un plazo máximo de tres (3) días para su cumplimiento.

La Fiscalía, a su vez, podrá pedir al juez que ordene a la defensa entregarle copia de los elementos materiales de convicción, de las declaraciones juradas y demás medios probatorios que pretenda hacer valer en el juicio. Así mismo cuando la defensa piense hacer uso de la inimputabilidad en cualquiera de sus variantes entregará a la Fiscalía los exámenes periciales que le hubieren sido practicados al acusado.

El juez velará porque el descubrimiento sea lo más completo posible durante la audiencia de formulación de acusación.

Sin embargo, si durante el juicio alguna de las partes encuentra un elemento material probatorio y evidencia física muy significativos que debería ser descubierto, lo pondrá en conocimiento del juez quien, oídas las partes y considerado el perjuicio que podría producirse al derecho de defensa y la integridad del juicio, decidirá si es excepcionalmente admisible o si debe excluirse esa prueba.

(...)

ARTÍCULO 346. SANCIONES POR EL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE REVELACIÓN DE INFORMACIÓN DURANTE EL PROCEDIMIENTO DE DESCUBRIMIENTO. Los elementos probatorios y evidencia física que en los términos de los artículos anteriores deban descubrirse y no sean descubiertos, ya sea con o sin orden específica del juez, no podrán ser aducidos al proceso ni convertirse en prueba del mismo, ni practicarse durante el juicio. El juez estará obligado a rechazarlos, salvo que se acredite

¹ Aparte subrayado declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE por el cargo analizado por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1194-05 de 22 de noviembre de 2005, Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, 'en el entendido de que dicha potestad puede ejercerse independientemente de lo previsto en el artículo 250 constitucional que obliga a la Fiscalía General de la Nación, o a sus delegados, en caso de presentarse escrito de acusación, a "suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticia incluidos los que le sean favorables al procesado"'.

que su descubrimiento se haya omitido por causas no imputables a la parte afectada.

Así las cosas, es de concluir que la no demostración del descubrimiento oportuno acarrea la inconducencia de la prueba, esto es, jurídicamente la ley no habilita al medio probatorio para acreditar lo que debió haber sido descubierto.

Teniendo en cuenta que en el presente asunto se debate también la falta de enunciación de la prueba que, en sentir de la juez de primer grado, impediría su práctica en el juicio, resulta pertinente efectuar algunas acotaciones con relación al sentido jurídico procesal de la enunciación de la prueba, así como frente a la naturaleza y alcance del principio procesal de preclusión de los actos, para concluir que en el caso concreto no resulta trascendente la carencia de enunciación que se le atribuye a la defensa.

De conformidad con el artículo 357 del Código de Procedimiento Penal, en el desarrollo de la audiencia preparatoria se dispondrá que: i) las partes manifiesten sus observaciones respecto al descubrimiento de elementos probatorios y si este fue completo. ii) la defensa descubra sus elementos materiales probatorios y evidencia física. iii) la Fiscalía y la defensa enuncien la totalidad de las pruebas que harán valer en la audiencia del juicio oral y público. iv) las partes manifiesten si tienen interés en hacer estipulaciones probatorias y v) la Fiscalía y luego la defensa soliciten las pruebas que requieran para sustentar su pretensión, indicando la pertenencia y conducencia y, finalmente, vi) el juez determina la procedencia del decreto de la práctica de las pruebas solicitadas.

Pese a la especificación de estos pasos, por sí mismos no configuran fases propiamente dichas, pues a grandes rasgos se observa que se constituyen como tales los asuntos de descubrimiento probatorio, de estipulaciones y de la enunciación, solicitud y decreto de la prueba. De otro lado, la ley no signó con un rigorismo innecesario que cada paso sea preclusivo y es de acotar que carecería de sentido cuando no se ponga en juego el orden o los presupuestos antecedente consecuente de los actos procesales ni sus finalidades se comprometan, como se evidencia fácilmente en que, aún agotado el momento de las estipulaciones, no hay ningún inconveniente en reabrir el punto si las partes así lo consideran adecuado.

Sobre el principio de preclusividad de los actos, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en providencia del 1 de septiembre de 2010, Radicado No. 33686, con ponencia del Magistrado Sigifredo Espinosa Pérez, ha dicho que:

“Una característica del derecho procesal colombiano, es el carácter preclusivo de sus actos. Ello supone que cada trámite procesal se desarrolla a partir de etapas definidas, dentro de las cuales se toman decisiones y se agotan oportunidades, las que una vez superadas impiden devolver la actuación.

En desarrollo de este principio, la Corte ha señalado:

La preclusión de un acto procesal – ha dicho la Sala – “significa que no es posible volver a realizarlo, así sea con el pretexto de mejorarlo o de integrarlo con elementos omitidos en la debida oportunidad, máxime si quien pretende renovarlo (juez) carece de competencia para hacerlo. El principio de preclusión, en la práctica, trata de evitar los retrocesos innecesarios, salvo la nulidad que tampoco podría asumirse como disculpa, pues sería ella una manera de disfrazar la violación de la regularidad procesal y el desbordamiento de las atribuciones

constitucionales y legales de los respectivos órganos judiciales.”²

Con idéntica dirección sostuvo:

En la sistemática procesal colombiana tiene arraigo el principio de preclusión, siendo desarrollo del mismo todas aquellas normas que en los diferentes ordenamientos adjetivos (Civil, Penal, Laboral, etc.) establecen términos y oportunidades para la realización de los actos procesales de los distintos sujetos del proceso, razón por la que puede afirmarse que son los términos los que cumplen con la trascendental función de determinar con precisión la época para la realización de las cargas procesales de las partes, los intervinientes, los auxiliares de la justicia y, también, de los funcionarios judiciales.³

Este andamiaje hace parte del debido proceso, donde en cada fase se cristaliza o se pierde una facultad procesal, la que a su turno permite que se avance en el juicio, siendo tal construcción progresiva la que dota de contenido el principio de preclusión de los actos, pues al acreditarse el final de una etapa, se obliga a abordar la siguiente, en un orden que se debe respetar hasta la culminación del proceso.”

Por lo que puede colegirse, el principio de preclusión no solo asegura valores y un orden metodológico, sino que no está concebido para blindar pasos de simple trámite, sino de los verdaderos actos o fases procesales. Igualmente, en lo que atañe a la enunciación de la prueba, que es el acto que se echa de menos, manifestó la alta corporación en auto de junio 29 de 2007, Rad. No. 27608, que su objeto “no es otro distinto a permitir el conocimiento de la contraparte del material probatorio para facultar la etapa siguiente de estipulaciones probatorias, pero en este momento ni la Fiscalía, ni la defensa realizan algún tipo de argumentación de conducencia o pertinencia”.

² Sentencia de marzo 20 de 2003, radicado 19960

³ Sentencia de 15 de septiembre de 2008, radicado 30107

No obstante este fin específico, el acto probatorio de enunciación como viene de decirse, para la Fiscalía se ha iniciado desde la presentación del escrito de acusación donde deben enunciarse los hechos que no requieren prueba, los documentos y testigos o peritos de descargo, así como otros elementos favorables al procesado, momento en el que también se debe haber dado el descubrimiento que se materializa con la obligación que adquiere la Fiscalía de mostrar, exhibir o entregar copias del material probatorio anunciado.

Si bien la defensa omitió la enunciación del testimonio de Juan Rodrigo Mosquera cuando se le dio la palabra para indicar lo atinente a su descubrimiento probatorio, lo cierto es que al momento de realizar la solicitud de la prueba se precisó la pertenencia y conducencia de su decreto como testimonio en común con la Fiscalía quien había hecho mención al testigo en cuestión desde el escrito de acusación, así como en su respectiva formulación y en la enunciación probatoria, por lo que puede sostenerse que, cuando menos, la defensa enunciaba el testimonio con la solicitud de la prueba, pues ello implica también anunciarla como tal.

Esta postura puede tener apoyo en la decisión del 3 de septiembre de 2014, proferida al interior del proceso con radicado 34719 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, cuando al examinar un asunto en el cual la Fiscalía omitió al momento de realizar la solicitud probatoria determinar la conducencia y pertenencia de la prueba, concluyó que por el hecho de fundirse en un solo acto ambos momentos de *“enunciación y solicitud probatoria no significa que se haya cercenado alguna de dichas fases, como*

equivocadamente lo entiende el censor”, puesto que “dichos razonamientos sí fueron expuestos por la Fiscalía, sólo que lo hizo al momento de la enunciación probatoria y no en uno posterior” y que, por ende, no existían “irregularidades constitutivas de una afectación sustancial al debido proceso o a una garantía debida a cualquiera de las partes”.

Debe reconocerse que si la finalidad del trámite de la enunciación se da solo con miras a conocer qué pruebas se pedirán para determinar si se presentan estipulaciones, entonces no hace parte del régimen imprescindible antecedente y consecuente de la solicitud de prueba, como sí ocurre con el descubrimiento probatorio. De modo que el olvido por parte de la defensa de enunciar un medio probatorio en los momentos iniciales de la audiencia preparatoria no reviste trascendencia para el efecto de decretar o no la prueba, ya sea porque se entienda que desde la acusación se enunció por tratarse de un testimonio en común con la Fiscalía, ora porque se entienda que al solicitarse se anuncia y no ha sido superada la fase de solicitud y decreto de pruebas; a lo que cabe agregar que ninguna de las estipulaciones realizadas versó sobre el testimonio de Juan Rodrigo Mosquera. Bajo esa misma lógica, para la resolución del asunto carece de trascendencia el que se haya permitido que la defensa presentara la enunciación probatoria con antelación a la Fiscalía, por lo que no se trataría de una irregularidad sustancial.

Ahora bien, retomando el tema del descubrimiento probatorio como presupuesto para el análisis de conducencia y pertinencia, es de precisar que cuando lo que se pide es la práctica de una prueba que fue conocida luego de haber sido

descubierta por la contraparte, no resulta razonable que se le exija al solicitante el previo descubrimiento si se tiene en cuenta que precisamente la finalidad de este acto procesal es garantizar la igualdad de armas entendida como el derecho de la parte a conocer las evidencias y los elementos que su contrario habrá de utilizar, sin que pueda considerarse sorprendida por la obvia razón de haber tenido conocimiento de la existencia del elemento de convicción con antelación, al estar en su poder, dejando a salvo principios como la lealtad procesal y la contradicción. Al respecto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en auto AP3997-2021 del 8 de septiembre de 2021, Radicación No. 60005, con ponencia del Magistrado Luis Antonio Hernández Barbosa, determinó lo siguiente:

“(…)

Revisada la actuación, observa la Corte que les asiste razón a los recurrentes en su reparo. Fue la fiscalía quien descubrió al testigo Bustamante Zapata desde el momento mismo en que presentó el escrito de acusación, toda vez que en ese documento, dentro del acápite titulado como “*elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida*”, reseñó a dicho sujeto como testigo de cargo número 6. En consecuencia, nada obstaba para que la defensa, previa consideración de que dicho testigo era importante para la demostración de su teoría del caso, lo solicitara, como en efecto lo hizo, en la oportunidad correspondiente de la audiencia preparatoria.

En anterior decisión CSJ AP, 14 ago. 2013, rad. 39.230, la Sala precisó:

(…) de manera pacífica y reiterada ha considerado la Sala, al examinar las normas que regulan la obligación del descubrimiento probatorio por parte de la Fiscalía, que el deber de lealtad emana de la necesaria posibilidad ofrecida a la defensa, para que conozca qué fue lo recaudado por la Fiscalía, favorable al acusado, y así pueda adelantar su particular estrategia en el juicio. Pero, esa obligación de descubrir los elementos materiales probatorios, evidencia física e informes legalmente obtenidos no entraña, dentro de un proceso de partes

regido también por el principio de adversarialidad, que la Fiscalía pida, ni mucho menos practique, las pruebas que puedan favorecer al acusado.

Si la defensa considera que, en efecto, esos elementos de juicio recogidos por la Fiscalía son favorables, la técnica probatoria indica que simplemente los solicita en el momento correspondiente de la audiencia preparatoria.
(Destaca la Sala).

Bajo ese entendido, si el interés de la defensa, como sucedió en este asunto, era hacer uso de la información derivada de los elementos materiales probatorios de la contraparte, válido resultaba que aquélla, “*simplemente*”, en la audiencia preparatoria, elevara la petición de acuerdo con las reglas que imperan para su decreto y práctica. (Cfr. CSJ AP, 18 nov. 2020, rad. 52881).

Es que, valga precisar, si con el *descubrimiento probatorio* se busca que la otra parte conozca los elementos materiales probatorios que su rival posiblemente haría valer en juicio, para no ser sorprendida, ni impedirle el ejercicio de su derecho de contradicción, fácilmente se puede colegir que, en este asunto, ningún reproche puede endilgársele a la defensa en relación con el descubrimiento del testigo Ovidio Antonio Bustamante Zapata, en tanto dicha prueba era conocida por la Fiscalía General de la Nación.

Por ende, es incuestionable que el Tribunal de Antioquia se equivocó cuando inadmitió el elemento mencionado, aduciendo la supuesta falta de descubrimiento probatorio.”

Pues bien, retomando el caso concreto se evidencia que el señor Juan Rodrigo Mosquera, no solo fue mencionado por la Fiscalía en el escrito de acusación y su enunciación probatoria reseñada como numeral 10, sino que también fue pedido por el ente acusador dentro de las pruebas solicitadas en la audiencia preparatoria, las cuales le fueron decretadas por la juez de primera instancia.

Por consiguiente, conforme con el criterio jurisprudencial citado y que comparte esta Sala de Decisión, bastaba con que la defensa pidiera en la audiencia preparatoria la práctica del testimonio que estima favorable a sus intereses, sin que se le

podiere reprochar la falta de descubrimiento en tanto dicha prueba era conocida por la Fiscalía, motivo por el cual no procede su rechazo por esta razón y será del caso ingresar a determinar si, conforme con lo sustentado por el solicitante, se colman los requisitos de pertinencia y utilidad para ordenar como prueba común para la defensa el testimonio en cuestión que le fue decretado a la Fiscalía.

Como se vislumbra de lo dicho en líneas anteriores, la contradicción y la confrontación sin desventajas surgen como características no solo relevantes sino esenciales de nuestro sistema procesal penal acusatorio, en el que le corresponde a cada parte velar por la satisfacción de sus cargas probatorias o desvirtuar las ajenas, sin perjuicio del amparo de la presunción de inocencia, por lo que el derecho a probar en condiciones de igualdad es un aspecto crucial del procedimiento.

Pero si así no fuera, se llegaría a la misma conclusión en virtud de nuestro orden superior, específicamente del artículo 29 de la Constitución Política que consagra: *“quien sea sindicado tiene derecho (...) a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra...”*. Postulado que se aviene de buena manera con la regulación internacional de derechos humanos (artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) integrada a nuestro bloque de constitucionalidad.

Para preservar ese derecho en condiciones de equilibrio entre las partes enfrentadas en la demostración de la verdad que informa la resolución del caso, va de suyo que, del solo

hecho de que una de ellas haya solicitado un testimonio, no inhibe a su contraparte también de solicitarlo por esa exclusiva razón. Las limitaciones que se imponen a las solicitudes comunes de prueba derivan de la razón jurídica, sustentada en el carácter adversarial del procedimiento y la racionalización de los recursos de la administración de justicia. Sobre este tipo de peticiones nuestro máximo órgano de la administración de justicia ordinaria en el auto AP2421-2020 del 23 de septiembre de 2020, radicado 57239, con ponencia del Magistrado Fabio Ospitia Garzón, estableció lo siguiente:

“La jurisprudencia de la Corte ha fijado una serie de reglas en relación con la prueba común, que pueden sintetizarse de la siguiente manera:

(i) La Fiscalía y la defensa tienen la posibilidad de solicitar para su examen directo una o más pruebas decretadas a su contraparte, siempre y cuando resulten pertinentes, conducentes y útiles⁴.

El alcance de esta regla, según los criterios ya expuestos, es que cada parte está obligada a presentar los argumentos sobre la pertinencia de la prueba, e igualmente, exponer aquellos de conducencia y utilidad cuando se presente controversia respecto de estos requisitos.

Si la solicitud de prueba común se hace con el único propósito de cuestionar la credibilidad del testigo, dicha argumentación no satisface la pertinencia de la prueba, por lo que resultaría improcedente, entre otras razones, porque puede suplir dicho objetivo con el contrainterrogatorio⁵.

(ii) La pretensión de una prueba común tiene lugar en el marco de cada teoría del caso, incluso si la defensa no tiene interés de anunciarla, pues al menos tendrá como estrategia evidenciar que la Fiscalía no desvirtuó la presunción de inocencia del procesado. De modo que quien la solicita debe *«agotar una argumentación completa y suficiente»* sobre su

⁴ CSJ AP896-2015, rad. 45011; AP948-2018, rad. 51882 y AP2901-2019, rad. 55136.

⁵ Cfr. AP948-2018, rad. 51882 y AP4281-2019, rad. 55798.

pertinencia, con el fin de que el juez pueda establecer si se justifica o no decretarla⁶.

(iii) Dichas solicitudes se sustentan en los hechos del proceso contenidos en la acusación o aquellos que proponga la defensa «*cuando opta por una teoría fáctica alternativa*»⁷, así como los temas objeto de controversia o que hagan más o menos probable las circunstancias y credibilidad de otros medios, sin que conlleve a dilaciones del proceso⁸.

(iv) Si bien, la Sala inicialmente sostuvo que tratándose de una prueba común, a la defensa debía exigírsele una *argumentación adicional* de pertinencia, conducencia y utilidad a la expuesta por la Fiscalía⁹, en la actualidad se considera que el interrogatorio directo de una prueba se justifica en razón a que ambas partes persiguen objetivos antagónicos: la una de responsabilidad y la otra de inocencia¹⁰.

Es decir, que cuando la defensa solicita una prueba, ya requerida por la Fiscalía, el interrogatorio directo «*no puede tildarse en términos formalistas y anticipados de repetitivo*»¹¹ y, por esa vía, negar o condicionar su examen probatorio. Inclusive, con este enfoque se ha aceptado el decreto de prueba testimonial con homogeneidad de fundamentos de pertinencia de la Fiscalía y la defensa -en el marco de cada teoría del caso-, entendiendo que con la práctica de la prueba buscan elementos distintos¹².”

Entonces, si ambas partes tienen derecho, en principio, a obtener la comparecencia del testigo para que en juicio atestigüe, naturalmente que no puede quedar al arbitrio de una sola de ellas el modo como se practicará. En otras palabras, le corresponde a la parte que pide una prueba invocar con precisión y claridad las razones de su pertinencia y admisibilidad, pues de no hacerse o de cumplir defectuosamente esta carga, genera el riesgo de que si el juez

⁶ Cfr. CSJ AP896-2015, rad. 45011.

⁷ CSJ AP5785-2015, rad. 46153.

⁸ *Ibidem*.

⁹ SP6361-2014, rad. 42864

¹⁰ AP2901-2019, rad. 55136.

¹¹ CSJ AP896-2015, rad. 45011 y AP2901-2019, rad. 55136.

¹² Cfr. CSJ AP2901-2019, rad. 55136.

no percibe su procedencia deba denegarla¹³, en tanto en la audiencia preparatoria, con miras a racionalizar los recursos de la administración de justicia, solo deben decretarse las pruebas que legalmente permita conocer los hechos y circunstancias materia del juicio y de la responsabilidad del procesado.

De las disposiciones generales sobre la práctica de la prueba en el juicio oral, se extrae que los medios probatorios admisibles tienen por fin llevar al conocimiento del juez los hechos y circunstancias materia del juicio. Más específicamente, el artículo 375 de la Ley 906 de 2004, establece que la prueba será pertinente cuando se refiera *“directa o indirectamente a los hechos o circunstancias relativas a la comisión de la conducta delictiva..., también es pertinente cuando sólo sirve para hacer más probable o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados...”*.

Pues bien, con este marco conceptual lo importante o crucial para resolver el asunto se centra en determinar si el defensor con el testimonio del señor Juan Rodrigo Mosquera, padre de la víctima ASML, pretende demostrar lo mismo que adujo la Fiscalía o si se referirá a un suceso diverso, ajeno a los intereses del ente acusador.

Para la Sala no existe duda de que el solicitante planteó la pertinencia y utilidad de la prueba en tanto aportara a la demostración de la inocencia de su representado, tratándose

¹³ ARTÍCULO 357. SOLICITUDES PROBATORIAS (...)

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.

de un argumento adicional y diferente al propuesto por la Fiscalía pues, de acuerdo con lo sustentado en su solicitud probatoria¹⁴, el ente acusador hizo referencia al numeral 10 del escrito de acusación atinente a los testimonios de los familiares de la víctima ASML, entre ellos, su padre, el señor Juan Rodrigo Mosquera Osorio.

Respecto a la pertinencia y utilidad, indicó el ente acusador que estos testigos contarán todo lo relacionado con el abuso sexual del menor, dirán de qué forma se dio el abuso sexual, hablarán sobre quién es el menor, con qué frecuencia asistía al jardín infantil, en qué fecha ingresó y hasta cuándo estuvo en ese lugar, quién lo atendía en dicho lugar, quiénes eran sus profesores, qué personas se encontraban dentro del jardín infantil cuando los menores estaban en ese lugar, qué actividades hacían los menores, cuál era su horario, además que hablarán sobre cómo era el jardín y su ubicación, el estado anímico y emocional del menor y los cambios que haya tenido durante el tiempo en que estuvo en el jardín.

Por su lado, la defensa sustentó la utilidad del testimonio indicando que con este se pretende evidenciar la falta de credibilidad que este testigo dedujo de las manifestaciones y de los hechos denunciados por su compañera sentimental y madre del menor ASML, la señora Yesica María López Piedrahita, por lo que es útil en tanto aludirá a la personalidad de la denunciante y concretamente por qué no dio credibilidad a sus dichos. De esa forma, como lo afirma la defensa, eventualmente haría más probable su teoría del caso

¹⁴ Audiencia del 11 de agosto de 2022, minuto 26:01

en cuanto a la inocencia de su defendido al restarle credibilidad a una de sus denunciantes.

Desde luego que en este caso el interés de ambas partes de acudir a la misma prueba es diferente y, por ende, en rigor si la Fiscalía indaga por lo que le interesa no podría ser planteado a través del contrainterrogatorio, salvo si el ente acusador preguntara al testigo Juan Rodrigo Mosquera de forma efectiva en cuanto a la veracidad que le otorgó a las manifestaciones realizadas por su compañera permanente sobre los hechos denunciados o situaciones adicionales. Lo anterior por cuanto la limitación que impone el inciso 2° del artículo 391 del Código de Procedimiento Penal en el contrainterrogatorio es de orden temático, puesto que las preguntas se limitarán *“a los temas abordados en el interrogatorio directo”*.

Es preciso reparar que el hecho de que alguien haya hecho una solicitud en su turno no puede mermar derechos ni oportunidades en un proceso adversarial en el que es menester asegurar la igualdad de armas para propiciar un adecuado contradictorio; pues se entiende que de ese ejercicio dialéctico deriva la obtención de la verdad.

En suma, no se observa que existan razones para denegar la práctica del testimonio solicitado por la defensa, lo cual no releva a la juez de realizar el control de pertinencia al momento de que los testigos estén deponiendo; pues sabido es que dicho control no solo se hace cuando se decreta el medio de prueba, sino también cuando se practica.

Por eso, en caso de que con la atestación inicial se agote el tema que plantea el defensor, no sería necesario volver sobre el asunto; pero de no ser así, la defensa tendrá las facultades propias para aducir el testimonio pretendido.

3.2. Ingresando al tema de la prueba pericial relacionada con los expertos en medicina forense, doctor Hermes Grajales Jiménez, y en psicología, doctor Leonel Valencia Legarda, el Tribunal considera que aparece debidamente sustentada su pertinencia y utilidad, tal como lo explicó la defensa, en tanto con estos peritos se pretende contradecir y refutar la prueba pericial de la Fiscalía en cuanto a los hallazgos y actividades desarrolladas por los distintos profesionales de las áreas en mención que participaron en la investigación, además que fungirán como asesores en los interrogatorios y contrainterrogatorios que se realicen a los diferentes peritos de la Fiscalía.

Si bien la pertinencia se sustenta de manera genérica por cuanto la defensa no precisó cuáles peritos de todos que tuvieron intervención en el caso van a ser objeto de contradicción, lo cierto es que también se expuso que con los peritos solicitados se pretende hacer contrapeso y refutar los hallazgos, las valoraciones y los informes periciales que hayan efectuado tanto los profesionales en medicina legal que realizaron las valoraciones sexológicas como también frente a las valoraciones, atenciones y conclusiones a que hayan llegado los psicólogos de las distintas instituciones que serán llevados a juicio por la Fiscalía.

En otras palabras, con la sustentación de la apelación se percibe que la defensa lo que pretende es contradecir los

dictámenes que se incorporaran a favor de la Fiscalía, causa por la cual al dar prevalencia a lo sustancial sobre lo formal y atendiendo a la modulación de la actividad procesal, se deberá decretar su práctica; pero dado que su pertinencia se establece en términos de la debida contradicción de las bases y opiniones periciales de cargo, estará condicionada a la necesidad de refutar, causa por la cual se excluye lo que no apunte a tal fin, puesto que de todos modos el solicitante no ha pretendido incorporar un dictamen específico sobre algún aspecto en discusión, lo cual es asunto de su estrategia en la que a los funcionarios judiciales le está vedado ingresar.

Entonces, con miras a facilitar el derecho a la prueba y darle vigencia a la contradicción, la Sala ordenará su recepción, pero su práctica estará condicionada a que se requiera, aspecto que definirá la defensa con los debidos controles del funcionario judicial de conocimiento.

Lo anterior no puede entenderse como un sorprendimiento para la Fiscalía toda vez que existió el debido descubrimiento y tratándose de prueba pericial no realizada aún no hay resultados para confrontar, debiendo advertirse que lo importante para contradecir los dictámenes que por su cuenta debe realizar la defensa es que se dé a conocer la base de la opinión pericial con la anticipación establecida en la ley, quedando a salvo el derecho a la contradicción, toda vez que este puede ejercerse con posterioridad dada la naturaleza de la prueba que no se ha practicado.

Por consiguiente, en las circunstancias señaladas podría constituir una desmedida exigencia de ritualismo insustancial denegar la práctica de la prueba pues se trata de prueba

pertinente, no consta que sea imposible hacerla y las oportunidades y derechos de contradicción de la Fiscalía están a salvo y no sufren merma alguna. Conclusión obligada de lo dicho es que se revocará la decisión recurrida en cuanto denegó la práctica de la prueba pericial de los expertos en medicina forense, doctor Hermes Grajales Jiménez, y en psicología, doctor Leonel Valencia Legarda, y en su lugar se decreta.

Naturalmente que se deberán cumplir las exigencias propias de la prueba que no le corresponde al Estado sino a la parte que la practica y con la antelación debida señalada en el artículo 415 de la Ley 906 de 2004, esto es, con 5 días de anticipación a la celebración de la respectiva audiencia se deberá poner en conocimiento de las demás partes los informes base de la opinión pericial.

Conviene advertir que no será del caso decretar como prueba documental el ingreso de los informes en mención por cuanto los mismos hacen parte de la prueba pericial decretada.

3.3. Finalmente, la Sala confirmará la negación del decreto como prueba documental de la revocatoria del poder efectuada por la señora Yesica María López Piedrahita, madre de la víctima ASML, al primer apoderado. Independiente de la discusión sobre si dicho documento pudo o no ser conocido con anterioridad por la defensa a efectos de excepcionar el descubrimiento oportuno, lo cierto es que en este evento solo podría acreditar que el mismo fue confeccionado mas no la veracidad de lo allí expuesto, de modo que si eso es lo pretendido la prueba carecería en rigor de utilidad, pues solo

se demostraría que la señora Yesica María López Piedrahita revocó el poder conferido al inicial apoderado, sin que ese solo hecho sea suficiente para hacer más o menos probable la existencia del delito por el que se procede en este caso, si nada puede saberse de la veracidad de las razones allí plasmadas y que habrían conllevado a la revocatoria del poder.

Conviene precisar que, por regla general, las declaraciones anteriores al juicio oral no pueden ser aportadas directamente por las partes y, por ende, no pueden servir de fundamento a la decisión judicial, teniendo en cuenta que *“en el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento”*, tal como lo demanda el principio de inmediación consagrado en el artículo 16 del Código de Procedimiento Penal.

Sobre las reglas de admisibilidad de un documento cuando contiene declaraciones anteriores al juicio, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en el auto AP5785-2015 del 30 de septiembre de 2015, radicación 46153, con ponencia de la Magistrada Patricia Salazar Cuéllar, estableció lo siguiente:

“El análisis sobre la admisibilidad de una declaración anterior al juicio no puede reducirse a si se trata de una prueba testimonial o documental, porque, según se ha visto, lo de fondo es establecer cuál es el papel que juega la declaración en la teoría del caso de las partes, esto es, si constituye parte del tema de prueba o si se está utilizando como medio de prueba, y si la admisión de la declaración anterior afecta el ejercicio del derecho a la confrontación.

La utilización de documentos que contienen declaraciones ya había sido analizado por esta Corporación en el contexto de la prueba pericial. En un caso donde la Fiscalía solicitó introducir como prueba los informes preparados por el médico legista, bajo el argumento de que se trata de documentos, la Sala aclaró, basada en su propio precedente, que el informe pericial contiene la declaración anterior del perito y que, en consecuencia, la versión de éste debe someterse a las reglas generales de la prueba pericial, a la que se le aplican en lo pertinente las normas sobre el testimonio, según lo establecido en el artículo 405 de la Ley 906 de 2004 (CSJ SC, 17 Sep 2008, Rad. 30214).

Así, por ejemplo, si en un caso de muerte en accidente automovilístico la Fiscalía pretende aducir como prueba el informe del agente de tránsito, que contiene las entrevistas de dos testigos, no puede reducir su argumento para la admisibilidad a decir que se trata de prueba documental, porque, en últimas, el documento sólo constituye un instrumento para llevar al juicio unas declaraciones anteriores con clara vocación de medio de prueba, como quiera que pretenden usarse para probar los pormenores del accidente.

En el ejemplo anterior, las entrevistas constituyen prueba de referencia, a pesar de estar incorporadas en un documento, público por demás. Primero, porque encajan en la definición del artículo 437, en cuanto se trata de (i) declaraciones rendidas por fuera del juicio oral; (ii) que se llevan al juicio oral, en este caso por la Fiscalía y a través del informe suscrito por el agente de tránsito; (iii) con la finalidad de probar con ellas un aspecto trascendente del debate o, lo que es lo mismo, como medio de prueba. Y segundo, porque la defensa tendría derecho a interrogar a los testigos que rindieron las entrevistas y difícilmente podría lograr su impugnación si no están presentes en el juicio oral, sometidos a interrogatorio cruzado.

Lo anterior pone de relieve un aspecto importante en materia de documentos. Un documento no es admisible únicamente por su carácter (documental) o por la posibilidad que tenga la parte de autenticarlo. Debe verificarse, además, que su contenido no esté prohibido (como en los casos de declaraciones del abogado con su cliente o cuando contienen las conversaciones previas de las partes para lograr un acuerdo, la reparación de las víctimas o la aplicación del principio de oportunidad). Además del estudio de pertinencia (común a cualquier medio de conocimiento), y de los debates que puedan suscitarse en torno a la manera como el documento fue obtenido, en los casos en que contienen declaraciones debe precisarse si las

mismas hacen parte del tema de prueba o constituyen medio de prueba y, en este último caso, si esa declaración anterior al juicio resulta admisible como prueba de referencia, según lo dispuesto en los artículos 437 y siguientes de la Ley 906 de 2004, sin perjuicio, claro está, de los otros usos que pueden hacerse de este tipo de declaraciones, como el refrescamiento de memoria, la impugnación de testigos, etcétera.

Igualmente, cuando se decide admitir una declaración anterior como prueba de referencia, el documento puede ser un medio idóneo para llevar al juicio la declaración que constituye medio de prueba. Por ejemplo, si una persona rindió una entrevista y luego no puede ser ubicada para que declare en juicio, es posible que se admita dicha declaración como medio de prueba, y el documento que la contiene constituye un instrumento idóneo para demostrar su existencia y contenido, sin perjuicio de que el policía judicial que la recibió también pueda referirse a este aspecto, porque, según se indicó, la demostración de la existencia y contenido de las declaraciones anteriores al juicio se rige por el principio de libertad probatoria.”

Conforme con este marco jurídico, no resulta viable la pretensión del apelante de que se decrete como prueba documental la revocatoria de poder en mención con el argumento de que en ese documento existen declaraciones de la representante de una de las víctimas menores en donde hace referencia a intereses económicos dentro de este caso, puesto que, como quedó claramente establecido, no puede ser usada como medio de demostración de hechos objeto del debate, sino para eventualidades tales como refrescar memoria, impugnar credibilidad o utilizarse como prueba de referencia, debiendo advertirse que para los dos primeros eventos es suficiente con el descubrimiento y para incorporarla como prueba de referencia, de surgir su necesidad, deberá efectuarse su previa invocación y demostración de la causal excepcional que habilite a su incorporación, situación que no se percibe suceda para este momento procesal en tanto la persona encargada de

confeccionar el documento se encuentra disponible para efectos de rendir su atestación sobre las circunstancias que rodearon su presentación. Por tanto, se confirmará la decisión recurrida en cuanto denegó la incorporación de la revocatoria del poder como prueba documental.

3.4. En conclusión, la Sala revocará parcialmente el auto de primera instancia en cuanto denegó el testimonio del señor Juan Rodrigo Mosquera solicitado como prueba en común por la defensa, el cual se decreta, al igual que se decreta la prueba pericial de los expertos en medicina forense, doctor Hermes Grajales Jiménez, y en psicología, doctor Leonel Valencia Legarda, debiendo el interesado cumplir con la carga de su práctica y la exigencia que establece el artículo 415 del Código de Procedimiento Penal. En lo restante se confirma la decisión impugnada.

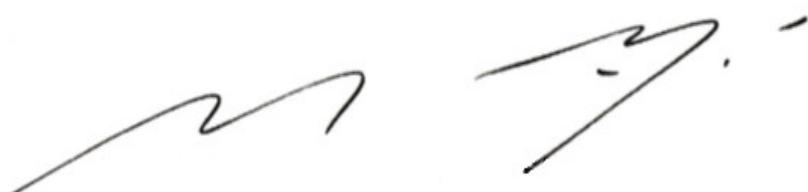
En mérito de lo anteriormente expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE

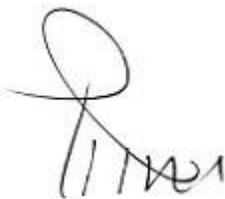
Revocar parcialmente el auto recurrido en cuanto no se rechaza el testimonio del señor Juan Rodrigo Mosquera solicitado como prueba en común por la defensa y, en su lugar, se decreta; al igual que se ordena el decreto de la prueba pericial de los expertos en medicina forense, doctor Hermes Grajales Jiménez, y en psicología, doctor Leonel Valencia Legarda, debiendo el interesado cumplir con la carga de su práctica y la exigencia que establece el artículo 415 del

Código de Procedimiento Penal. En lo restante rige la providencia impugnada.

Contra esta decisión, la que queda notificada en estrados al momento de su lectura, no caben recursos, por lo que se ordena la devolución inmediata del expediente al juzgado de conocimiento.



MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS
MAGISTRADO



PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN
MAGISTRADO



GABRIEL FERNANDO ROLDÁN RESTREPO
MAGISTRADO