

M. PONENTE : **LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ**
ACTA DE APROBACIÓN : **08 / 2017**
RADICADO : **05001 60 00 207 2015 00090**
CLASE DE ACTUACIÓN : **APELACIÓN**
TIPO DE PROVIDENCIA : **AUTO NIEGA SOLICITUD PROBATORIA**
FECHA : **31 DE ENERO DE 2017**
DECISIÓN : **REVOCA**
DELITOS : **ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR .**

PROVIDENCIA

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellín

Medellín, treinta y uno (31) de enero de dos mil diecisiete (2017)

Radicado Nro. 05001-60-00-207-2015-00090

Proyecto aprobado según acta Nro. 08

El Juzgado 19 Penal del Circuito de Medellín, a cuyo cargo discurre el juzgamiento del señor J. C. B. G., a quien en su contra la Fiscalía formuló acusación por los delitos de acceso carnal abusivo y acto sexual abusivo con menor de 14 años, se pronunció, en desarrollo de la audiencia preparatoria realizada el pasado 5 de diciembre de 2016, de manera adversa frente a la solicitud del señor defensor para la práctica de una prueba testimonial. Como tal decisión fue oportunamente apelada por la defensa, su adecuada sustentación hace surgir la competencia de este Tribunal para dirimir la controversia en segunda instancia, objetivo hacia el cual se orienta entonces este proveído.

HECHOS

Entre los años 2013 y 2014, el señor J. C. B. G., realizó acceso carnal abusivo con menor de 14 años y actos sexuales con menor de 14 años, a su sobrina, la niña A.B.M., de 3 años de edad, cuando él disfrutaba de la presencia de la niña al compartir las visitas con el padre, D. B. G. y la familia materna. Esto lo manifestó la niña a principios de

enero del año 2015, mientras su abuela materna A. M. P. Y. le cambiaba el pañal, revelándole que el tío Juan le hacía cosquillas en la nalga. Esto mismo se lo dijo A.B.M. a la médico legista cuando le explica que el tío Juan le daba besos en la boca, le toca la nalguita y la vagina con crema y le mete el dedito en la nalguita y que eso era un secreto entre ella y su tío. En dicha valoración la médica encuentra un ano hipotónico con leve borramiento de pliegues radiados.

ACTUACIÓN PROCESAL

El 6 de octubre de 2016, ante el Juzgado 19 Penal del Circuito de la ciudad, la Fiscal 37 Seccional, formuló acusación al señor J. C. B. G. como a autor de los delitos de acceso carnal y acto sexual abusivo con menor de 14 años.

Dentro de la audiencia preparatoria llevada a cabo el 5 de diciembre del año anterior, el Despacho de conocimiento negó, en forma concreta, la prueba testimonial del señor L. I. Z. R., del cual la defensa adujo su pertinencia, conducencia y utilidad, atendiendo a que el mismo oficiará como testigo experto, informando si los hallazgos encontrados en la menor son de carácter patológico o si tienen naturaleza de lesión, o si existe una posibilidad, entre otras, que pudieran originar tales consecuencias.

Ante tal solicitud, estimó el Despacho que para el caso del señor Z. R., este actuaría como un testigo experto que trae un conocimiento especializado, subsumiéndose ya no dentro del capítulo del testigo común, sino como un testigo perito conforme a lo establecido en el artículo 405 del Código de Procedimiento Penal, pues se trata de un médico cirujano que con base en sus conocimientos dirá cuales son la razones para que se pueda conceptuar sobre un ano hipotónico, si esto obedece a una enfermedad o a una lesión. Afirmó el juez que la finalidad última de este testigo es traer un conocimiento especializado que no tienen los abogados, lo cual lo convierte en un perito, por lo cual se requiere un informe preliminar que dará cuenta de su pertinencia o no.

Así, al no contar con el informe base de opinión pericial, el Despacho decidió no decretar el testimonio solicitado por la defensa, al no reunir los requisitos exigidos en los artículos 412, 413 y 414 del Código de Procedimiento Penal.

APELACIÓN

La defensa interpuso el recurso de apelación y solicitó la revocatoria del auto que negó la práctica de la prueba testimonial referida, argumentando que la jurisprudencia ha reconocido la existencia del testigo experto, y en este caso el medico Leonardo Iván Zapata actuará como tal, dando a conocer aspectos generales respecto del contacto con el medio de prueba, o lo que es lo mismo, con unos hallazgos denominados borramiento de pliegues y ano hipotónico.

Dice el togado que en este caso su testigo no atacaría el dictamen emitido por medicina legal, ni negará que dichos hallazgos hayan sido encontrados en la niña, sino que consideró traer al experto con el fin de ampliar el espectro cognoscitivo sobre esos resultados.

SUJETOS PROCESALES NO RECURRENTES

Fiscalía y apoderado de víctima no hicieron manifestaciones frente al recurso propuesto.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Es competente esta Sala para resolver el recurso de apelación impetrado por el representante de la defensa contra la decisión adoptada en este proceso el 5 de diciembre, de conformidad con lo establecido en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, por cuanto versa sobre un auto proferido en primera instancia por el Juzgado 19 Penal del Circuito de Medellín.

El problema jurídico que se presenta en este asunto, es establecer si el señor L. I. Z. R., cuyo testimonio fue solicitado por la defensa denominándolo como “*testigo experto*”, puede realmente dársele tal calificación, y si en tal sentido, es dable admitirse su testimonio en juicio.

1. Sea lo primero señalar que el juzgador de instancia como director del proceso ostenta el deber de decretar los elementos materiales probatorios y evidencia física que tengan capacidad de ofrecerle la información requerida para superar la duda razonable, en busca de la verdad real, pero no está obligado a autorizar la totalidad de las pruebas pedidas por los sujetos intervinientes, sino las que resulten pertinentes, conducentes y útiles para el proceso y que le ofrezcan elementos de juicio suficientes en la actuación penal que

finalmente habrá de resolver, todo lo cual debe acreditarse por los intervinientes, pues en caso contrario, opera su inadmisión.

Para el caso, el juez de primera instancia en su intervención consideró que no se encontraban reunidos los requisitos legales para ordenar la práctica de la prueba, en tanto la defensa no dejó claro en qué calidad intervendría su testigo, pues aunque el togado lo catalogó como un “*testigo experto*”, lo que se puede deducir de su sustentación es que estaríamos ante un perito, lo que obligaría a la parte a poner en conocimiento de los demás sujetos procesales el informe base de opinión pericial, actividad que no se realizó.

Inicialmente debe destacar la Sala que de la sustentación del recurso, se desprende que el defensor no maneja con claridad los conceptos de testigo técnico y perito, confundiendo estas dos acepciones, las cuales han sido ya plenamente demarcadas en su definición y alcance por la ley y la jurisprudencia.

Así, se tiene que como testigo técnico, puede entenderse aquel que concurre al juicio con una particular cualificación académica, profesional o científica, en razón de la cual se hace plausible que la evocación de los hechos percibidos se vea enriquecida o complementada por las opiniones o apreciaciones que, precisamente en virtud de esa especial condición, puede haberse formado el deponente.

La Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado sobre el tema del testigo técnico, señalándolo como “*aquel sujeto que posee conocimientos especiales en torno a una ciencia o arte, que lo hace particular al momento de relatar los hechos que interesan al proceso, de acuerdo con la teoría del caso*»; o puesto de otra forma, como “*la persona experta de una determinada ciencia o arte que lo hace especial y que al relatar los hechos **por haberlos presenciado** se vale de dichos conocimientos especiales*”.¹ Esa conceptualización ha sido reiterada por la Corporación, sin modificaciones o ampliaciones, en plurales pronunciamientos posteriores, a los que basta remitirse².

Se concluye entonces que el testigo técnico es, de todas maneras y a pesar de su cualificación especial, un testigo, de modo que debe haber percibido de manera personal

¹ CSJ SP, 11 abr 2007, rad. 26.128

² CSJ SP, 17 sep 2008, rad. 30.214; CSJ AP, 15 jul 2009, rad. 30.355; CSJ AP, 1 oct 2012, rad. 38.160.

los hechos objeto de controversia u otros relacionados directa o indirectamente con aquéllos, pues sobre eso debe ocuparse su declaración.

Es claro entonces que el testigo experto se diferencia del común en cuanto, aunque ambos declaran sobre los hechos aprehendidos por los propios sentidos, el primero cuenta con cierta experticia en una determinada ciencia, técnica o arte de la que el segundo carece.

Ahora, en cuanto a las diferencias entre el testigo técnico y el perito, ha dicho la Corte:

“No obstante lo anterior, el desarrollo doctrinal y jurisprudencial que en el ámbito Colombiano y regional se ha efectuado sobre la materia permite establecer que se trata en realidad de medios de conocimiento distintos, entre los cuales se observan diferencias claras y marcadas.

De entrada, se advierte a partir de la regulación legal de la prueba pericial, establecida en los artículos 405 y siguientes de la Ley 906 de 2004, que al experto, a diferencia del testigo técnico, **no le consta nada en relación con los hechos objeto de litigio**, básicamente porque no los ha aprehendido por los sentidos, ni directa ni indirectamente³.

En efecto, el perito, mediante un análisis ex post de la situación de hecho investigada, a la que accede a través de documentos, exámenes físicos, valoraciones clínicas, videos, fotografías u otros – **no por su conocimiento personal** -, elabora un dictamen contentivo de consideraciones, valoraciones y conclusiones de índole científica o técnica, soportadas en un examen del contexto fáctico efectuado con fundamento en sus conocimientos especializados.

Ejemplos de prueba pericial de recurrente práctica en el sistema de enjuiciamiento criminal lo son el informe médico legal de lesiones no fatales o sexológico, las entrevistas psicológicas, los dictámenes grafológicos y los informes forenses de accidentes de tránsito, entre otros, elaborados, no en razón de la aprehensión personal que el experto tuvo de los hechos investigados, sino del examen clínico o la valoración psicológica practicados a la víctima, de la revisión de un documento que se afirma espurio o del análisis de la escena del accidente.

De otra parte y según se desprende del artículo 417 de la Ley 906 de 2004, aun cuando la prueba pericial debe ocuparse de realizar una valoración científica de los hechos investigados o de otros relacionados con aquéllos, es claro que el perito puede ser interrogado sobre aspectos de la ciencia, técnica o arte en la que es experto que no estén vinculados o relacionados de manera inmediata con el objeto de la peritación.

No de otra forma se explica que la disposición aludida autorice al perito a «*consultar documentos, notas escritas y publicaciones con la finalidad de fundamentar y aclarar su respuesta*».

³ Cfr. CSJ SP, 16 sep 2009, rad. 26.177.

Así, verbigracia, es posible que el médico forense que concurre al juicio luego de haber practicado una valoración sexológica a una víctima de abuso sexual sea cuestionado sobre el tiempo que toma, **por lo general y de acuerdo con su experiencia**, la sanación de las heridas ocasionadas por el acceso carnal violento, como también sobre las consecuencias físicas que, **de acuerdo con la literatura científica**, suele ocasionar tal conducta.

De igual modo, el psicólogo forense puede declarar sobre las secuelas mentales que, **según lo enseña la práctica científica**, sufren quienes padecen vejámenes sexuales.

En contraste con lo anterior, al testigo experto, en tanto sólo puede atestar sobre los hechos percibidos de manera personal y dar una opinión vinculada directamente con ellos a partir de sus conocimientos especializados, no podría extender su testimonio a aspectos propios de una ciencia, técnica o arte ajenos al objeto puntual del debate.

A modo de ejemplo, podría el médico que presenció una agresión física contra una persona sostener en juicio que, en su criterio, la magnitud de la embestida sería suficiente para causar la muerte al ofendido – para acreditar el aspecto subjetivo del delito de tentativa de homicidio -, pero escaparía al ámbito de su declaración cualquier opinión dirigida a ilustrar sobre situaciones médicas generales no relacionadas con ese caso concreto.

Además de las diferencias ontológicas existentes entre la prueba pericial y el testimonio experto previamente reseñadas, de la regulación adjetiva de la primera se desprenden algunas distinciones de naturaleza simplemente instrumental.

Para los actuales fines resulta relevante enfatizar que mientras la práctica de la prueba pericial exige la elaboración de un informe contentivo de la experticia que debe ser puesto a disposición de las partes *«al menos con cinco (5) días de anticipación a la celebración de la audiencia pública donde se recepcionará la peritación»*, según lo dispone el artículo 415 de la Ley 906 de 2004, ninguna condición similar es aplicable al testigo técnico, quien por obvias razones, en tanto simplemente concurre al juicio a declarar sobre los hechos percibidos, no suscribe un documento de dicho contenido y alcance.⁴

De lo anterior se concluye que tanto el testigo técnico como el perito, son personas expertas en una ciencia o materia determinada, pero con la diferencia de que el primero es un testigo de un hecho puntual relacionado con el evento investigado, mientras el segundo lo que hace es un análisis de una situación posterior, sin que le conste nada en relación con los acontecimientos objeto de investigación.

Así, llevados estos conceptos al caso examinado, se extrae que razón le asistió a la juez al categorizar la solicitud probatoria de la defensa como un peritaje, pues el doctor L. I. Z. R., médico cirujano, no fue testigo de ninguno de los hechos que aquí se investigan, y

⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Radicado 45711 del 22 de abril de 2015.

su intervención en juicio se realizaría con el único fin de ofrecer a la audiencia una opinión especializada sobre un tema netamente científico.

No obstante lo anterior, la Sala considera que, ya encuadrado el tipo de prueba que subyace del testimonio del doctor L. I. Z. R., no se encontraría un obstáculo para su práctica si la defensa adecua su petición con la presentación del informe contentivo de la experticia que habrá de sustentar su testigo, oportunidad que aún no le ha fenecido, teniendo en cuenta que el artículo 415 del Código de Procedimiento Penal señala que dicho documento debe ser puesto a disposición de las partes *“al menos con cinco (5) días de anticipación a la celebración de la audiencia pública donde se recepcionará la peritación”*.

Estima la Colegiatura que en los términos de una prueba pericial, la intervención del doctor Zapata Ramírez resultaría pertinente y útil para el proceso, pues, tal y como lo dijo la defensa, se trata de una exposición que ampliará el conocimiento del juez sobre las múltiples causas que pudieron haber provocado las lesiones y anomalías que fueron detectadas en el cuerpo de la menor, situación que podría sustentar la teoría del caso que llevará a juicio el defensor dentro de su pretensión absolutoria.

Por todo lo anterior, el Tribunal Superior de Medellín en Sala de Decisión Penal, **REVOCA** el auto emitido por el Juzgado, para en su lugar admitir la prueba solicitada por la defensa, esto es, el testimonio en juicio del médico cirujano L. I. Z. R., quien oficiará como perito en relación con los temas puntuales que señaló el solicitante en la audiencia preparatoria, bajo la condición de hacer entrega a las partes, al menos con cinco días de anticipación a la celebración de la audiencia pública, del informe contentivo de la experticia que será motivo de sustentación por parte del galeno.

Esta decisión se notifica en Estrados y contra la misma no procede ningún recurso.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

LUIS ENRIQUE RESTREPO MENDEZ
MAGISTRADO

JOSE IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
MAGISTRADO

NELSON SARAY BOTERO
MAGISTRADO