



SALA PENAL

Medellín, diecisiete de julio de dos mil veintitrés.

CUI: 05001 60 00207 2021 00831
Procesado: Carlos Andrés Cuartas Castaño
Delito: Actos sexuales con menor de catorce años agravado
Asunto: Apelación de auto que permitió a la Fiscalía un sicólogo como asesor en el juicio oral
Interlocutorio: N° 45 aprobado por acta 142 de la fecha
Decisión: Confirma
Lectura: Once de agosto dos de dos mil veintitrés

Magistrado Ponente
JORGE ENRIQUE ORTIZ GÓMEZ

1. ASUNTO

La Sala resolverá la apelación presentada por la defensa técnica contra la decisión proferida por el Juzgado Noveno Penal del Circuito de Medellín el 26 de junio de 2023, de acceder a que la Fiscalía cuente en el juicio oral con la asesoría de un sicólogo.

2. HECHOS

De conformidad con el escrito de acusación, el 10 de mayo de 2021, en la calle 49 N° 77C-54, apartamento 502, Edificio Madeira del barrio Estadio de esta ciudad, CARLOS ANDRÉS CUARTAS CASTAÑO hizo tocamientos erótico sexuales al hijo de una prima suya, IMC —de 5 años— que estaba visitando a su bisabuela, Maruja González, en la mencionada vivienda. CUARTAS CASTAÑO aprovechó que IMC estaba en su habitación y le tocó las partes íntimas, concretamente los glúteos por dentro de la ropa y de la misma forma lo indujo a prácticas sexuales al exhibirle su miembro viril y hacerle un video exhibiéndole sus partes íntimas.

3. ACTUACIÓN PROCESAL

Por esos hechos, el 11 de mayo de 2022, ante el Juzgado Veintidós Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Medellín se formuló imputación contra CARLOS ANDRÉS CUARTAS CASTAÑO como autor de Actos sexuales con menor de catorce años agravado (artículos 209 y 211 numeral 2 del CP), cargos a los cuales no se allanó.

Radicado el escrito de acusación correspondió por reparto al Juzgado Noveno Penal del Circuito de Medellín, donde se hizo la correspondiente formulación el 22 de noviembre de 2020 sin variación en la calificación jurídica inicial. La audiencia preparatoria tuvo lugar el 27 de marzo de 2023, habiendo descubierto y solicitado la defensa, entre otros, el testimonio de Gustavo Adolfo Tobón Pereira —sicólogo clínico tratante del acusado— como testigo técnico o experto, y de los siguientes peritos: Rodrigo Andrés Tobón Palacio —neuro sicólogo—, Luis Yilber Mesa Bejarano —neurólogo clínico— y David Antonio Pineda Salazar —neurólogo clínico—, de cara a establecer la capacidad o de no autodeterminación del procesado para el momento de los hechos. Igualmente solicitó como pruebas documentales la historia clínica de CUARTAS CASTAÑO del 21 de abril de 2021, informe de seguimiento de paciente del 24 de febrero de 2022, informe de seguimiento de paciente del 13 de julio de 2022, e informe de proceso de evaluación de sicólogo del 23 de diciembre de 2021. Solicitudes que fueron admitidas.

El juicio oral se inició el 24 de mayo siguiente, y en la sesión del 13 de junio de 2023 la Fiscalía, a raíz de los informes e historia clínica presentas por la defensa, solicitó al Instituto Nacional de Medicina Legal, valoración de dichos documentos —análisis de la información— es decir para que se realice un peritaje, frente al cual no había obtenido respuesta, pero una vez la recibiera le correría traslado a la defensa y presentaría en el juicio oral al testigo para que rindiera el respectivo informe y, de conformidad con ello, se suspendió la diligencia hasta que el fiscal recibiera la indicada valoración del perito legista, a lo cual no se opuso la defensa.

El 26 de junio de 2023 se retomó el juicio oral y antes de continuar la práctica probatoria el fiscal manifestó que, como lo había anunciado previamente, pretendía el análisis de la información aportada por la defensa, pero el Instituto Nacional de Medicina Legal indicó que no es posible la valoración de los respectivos documentos porque es indispensable la presencia del paciente, y por ello no se obtuvo dicho análisis. En razón

de lo cual y teniendo en cuenta que la defensa va a presentar cuatro expertos en psicología y neurología, solicitó el ente acusador se permita la presencia del Dr. Javier Villa Machado, perito psicólogo que laboró en el Instituto Nacional de Medicina Legal, para que *“asesore a ese despacho respecto de los testimonios que van a rendir los expertos que anunció la defensa”*.

4. DECISIÓN IMPUGNADA

El juez de primera instancia consideró que la posibilidad de acompañamiento por parte de un experto, conforme lo solicitó el fiscal, no precluye en la audiencia preparatoria, toda vez que no hay sustento legal que así lo disponga porque no se trata de una solicitud probatoria, y es claro que hay una situación sobreviniente ante la imposibilidad de la Fiscalía de controvertir la experticia de la defensa, siendo una alternativa viable, lógica y justa, que no se opone al artículo 27 del CCP —moduladores de la actividad procesal— sino que, por el contrario, en aplicación de los mismos —que permiten la interpretación de las normas procesales, y teniendo en cuenta que la pretensión del fiscal no vulnera el debido proceso ni el derecho de defensa del procesado— debe accederse a la comparecencia del psicólogo perito requerido por la Fiscalía.

5. ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN

El defensor está en desacuerdo con la decisión de la judicatura, porque considera que precluyó la etapa procesal para el descubrimiento y solicitudes probatorias, toda vez que todo aquel que llega al juicio a acompañar a alguna de las partes tiene la calidad de testigo o de asesor jurídico. Así que lo resuelto por el juez vulnera el debido proceso y el derecho a la defensa, al decretar la concurrencia de un tercero del cual se desconoce en qué calidad asistiría al juicio oral, no se sabe si será testigo, asesor o “instrumentador”, sumado a que es alguien ajeno a la Fiscalía General de la Nación, es decir que no hace parte de esta.

Agregó el defensor que se está *ad portas* del inicio de la práctica probatoria de la defensa, de ahí que decretar un testigo en este momento no es probo, necesario ni ponderado, todo lo contrario, vulnera el principio de legalidad y el derecho a la defensa, puesto que la Fiscalía desde la formulación de imputación conoció que la defensa pretende demostrar la inimputabilidad del procesado, por lo tanto con sustento en el artículo 27 del CPP no debe permitirse bajo una presunta necesidad y ponderación que

ese tercero ingrese al debate probatorio, toda vez que este no va a ser un convidado que no va a actuar, por el contrario actuará *“precisamente en voz de la Fiscalía General de la Nación”* y la etapa procesal de cara a ello está clausurada, pretermitiendo el juez tal situación.

Señaló el recurrente que permitir a un tercero desconocido que no se sabe a qué va a llegar sorprende a la defensa, pues no es el momento adecuado para que la Fiscalía pida un apoyo en materia técnica. Y la única manera en que podría ser admisible una pretensión como esa, es si se tratara de prueba sobreviniente sin que este sea el caso, toda vez que no hay lugar a ello porque desde etapas primigenias el fiscal conoció la teoría del caso de la defensa. En conclusión, no es procedente la pretensión del ente acusador porque el momento procesal correspondiente para el descubrimiento y solicitudes probatorias feneció, por ello pide —el recurrente— que se revoque la negativa del rechazo del “testigo” por falta de descubrimiento probatorio.

6. PRONUNCIAMIENTO DE LOS NO RECURRENTES

6.1. De la Fiscalía General de la Nación

Solicita que se confirme la decisión porque no ha solicitado testigo ni perito, y menos ha anunciado un dictamen por parte del psicólogo Javier Villa Machado, por ello es razonable que se permita la presencia de una persona conocedora de los temas que abordará la defensa a través de sus peritos —sicología, neurología y neuro sicología— para que asesore a la Fiscalía al respecto.

Igualmente, dijo el fiscal que desde el principio del proceso no logró acceder a CARLOS ANDRÉS y por ello no consiguió su valoración siquiátrica; de allí que, al conocer los elementos descubiertos por la defensa, esto es la historia clínica, entre otros, los remitió al Instituto Nacional de Medicina legal para su peritaje, pero dicha entidad se negó a lo solicitado por no tener acceso al acusado, por lo tanto es necesario que la Fiscalía cuente con el apoyo de un experto en psicología y psiquiatría, porque ninguna de las partes ni sujetos procesales son conocedores de esos temas. El sicólogo Javier Villa Machado no interrogará ni presentará ningún peritaje, solamente ayudará a entender los conceptos que emitan los testigos de la defensa. Siendo claro que no se trata de una prueba sobreviniente porque lo solicitado es un apoyo o asesoría, no un testimonio ni prueba documental.

6.2. De la representación de Víctimas

Considera que debe revocarse la decisión de primera instancia porque la Fiscalía debió solicitar el perito asesor en el momento correspondiente, comoquiera que desde el principio sabía que la defensa pretende demostrar la inimputabilidad del acusado, y esta no es la oportunidad procesal para ese tipo de solicitudes, por lo tanto no debe accederse a ella porque vulnera el debido proceso y puede generar posteriormente la invalidación de la actuación, lo cual atenta contra la economía procesal, situación que le preocupa.

6.3. Del Ministerio Público

Solicita que se confirme la decisión de primera instancia porque está ajustada a derecho, toda vez que quedó develado con la disertación del fiscal que en este caso hay una situación particular que no encuadra plenamente en ninguna de las normas de procedimiento penal, de ahí que acertó la judicatura al acudir a los moduladores de la actividad procesal, artículo 27 del CPP, para evitar excesos que riñan con el debido proceso, y por ello considera procedente el apoyo o asesoría del profesional solicitado por la Fiscalía.

7. 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 Noveno Penal del Circuito de Medellín, que hace parte de este distrito judicial.

8. CONSIDERACIONES

La Sala establecerá si acertó el funcionario *a quo* al permitir que el sicólogo Javier Villa Machado, acompañe al fiscal como asesor, de cara al ejercicio de contradicción —contrainterrogatorio— en la práctica de los testimonios de los peritos en sicología, neurología y neuro sicología de la defensa, siendo procedente confirmarla, o si *contrario sensu* debe revocarse la decisión, objeto de alzada, por no ajustarse a las reglas constitucionales y legales aplicables al caso.

Es preciso indicar que, de acuerdo con la actual jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, frente a la decisión de admisión de solicitudes probatorias resulta improcedente la alzada, y solamente cuando se trata de exclusión probatoria por ilicitud del medio, sea que se haya decretado o no la prueba, procede el recurso de apelación. El artículo 177 del Código de Procedimiento Penal, al determinar los efectos en que se concede la apelación y las providencias contra las cuales procede esta, no incluyó al auto que decreta las pruebas, limitando esa posibilidad al *“auto que niega la práctica de pruebas en el juicio oral, y el auto que decide sobre la exclusión de una prueba del juicio oral”* en concordancia con lo dispuesto en el artículo 359 *ejusdem*, según el cual *“cuando el juez excluya, rechace o inadmita una prueba deberá motivar oralmente su decisión y contra ésta procederán los recursos ordinarios”*. Asimismo, el artículo 20 de la misma disposición normativa señala: *“las sentencias y los autos que se refieran a la libertad del imputado o acusado, que afecten la práctica de las pruebas o que tengan efectos patrimoniales, salvo las excepciones previstas en este Código, serán susceptibles del recurso de apelación”*.

Luego entonces, según los mandatos legales transcritos y la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, es clara la improcedencia de la apelación con relación a los autos que admiten pruebas, pues a tal posibilidad sólo se hizo mención positiva de las decisiones que afectan la práctica de las mismas, las excluyan, las rechacen o las inadmitan. En conclusión, el recurso de apelación con relación a la práctica probatoria solo procede contra las decisiones que niegan, rechazan o deciden sobre la exclusión probatoria, porque las que decretan las pruebas solo serán susceptibles del recurso horizontal de reposición. Ello por mandato legal y jurisprudencial, en punto de la celeridad procesal.

De acuerdo con lo anterior, en principio pudiera considerarse la improcedencia de la alzada y por tanto la abstención del *ad quem* para pronunciarse de fondo respecto del recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica, sin embargo es evidente que en este caso la solicitud de la Fiscalía, a la cual accedió la judicatura —objeto del recurso— no es una pretensión probatoria, en tanto no se trata de un testimonio, ni prueba pericial ni documental.

Es oportuno señalar que testigo, según la definición del Diccionario de la Real Academia Española es: *“persona que da testimonio de algo, o lo atestigua. (...) Persona que presencia o adquiere directo y verdadero conocimiento de algo.”* Y de acuerdo con el artículo 382 del CPP: *“son medios de conocimiento la prueba testimonial, la prueba pericial, la prueba documental, la prueba de inspección, los*

elementos materiales probatorios, evidencia física, o cualquier otro medio técnico o científico, que no viole el ordenamiento jurídico". Es decir, es claro que quien acude al juicio como profesional de apoyo o asesor de una de las partes de cara a brindarle asesoría o explicaciones para que esta pueda entender de mejor manera la información técnica revelada por peritos o testigos expertos presentados en el juicio oral no puede entenderse como uno de los medios de conocimiento —testigo o perito, esto es los que dan a conocer al juzgador la ocurrencia del hecho y la responsabilidad penal objeto de juzgamiento.

De tal suerte que, ninguna duda emerge en cuanto a que la solicitud de la Fiscalía no es una pretensión probatoria, puesto que claramente en diversas oportunidades manifestó el fiscal que requiere al sicólogo únicamente para que lo instruya o asesore en punto de una adecuada comprensión de la información que revelarán los peritos y el testigo experto de la defensa, de cara al conainterrogatorio pertinente. Indicó además el fiscal que dicho profesional —el sicólogo Javier Villa Machado—, no actuará como perito para refutar a los de la defensa ni presentará ninguna prueba pericial.

Así las cosas, no se advierte que la asesoría pretendida por el fiscal en el juicio oral atente contra el debido proceso o el derecho de defensa, toda vez que ello de ninguna manera implica un sorprendimiento para la defensa que limite sus derechos, porque el sicólogo solicitado no va a ingresar ninguna información al proceso —que desequilibre el debate entre las partes— es claro que él solo va a asesorar al fiscal para un mejor entendimiento de lo que declararán los peritos de descargo y así poder ejercer el conainterrogatorio. De tal suerte que no puede considerarse una solicitud probatoria, se insiste. De allí que no sea cierto que haya precluido el momento procesal para descubrirla y solicitarla, como lo pregonan la defensa y la representación de víctimas.

Ahora bien, debe privilegiarse el derecho sustancial sobre las formas, y finalmente lo que se pretende en el proceso penal es dotar al juez del conocimiento para resolver el asunto puesto a su consideración, y en la medida en que las partes pueden ejercer de mejor manera el derecho de contradicción se permite el logro de dicha finalidad. De allí que la intervención de un sicólogo como asesor de la Fiscalía no entorpece el derecho de defensa del procesado y por el contrario contribuye a una mejor comprensión de los temas que abordarán los peritos en psicología, neurología y neuro psicología que declararán acerca de la condición mental del acusado. Por lo tanto fue acertada la decisión de primera instancia y se confirmará.

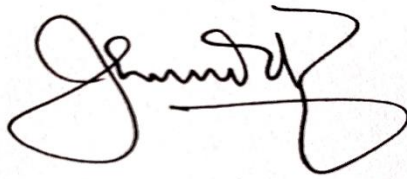
En mérito de lo expuesto la Sala Once de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín,

RESUELVE

PRIMERO CONFIRMAR la decisión proferida por el Juzgado Noveno Penal del Circuito de Medellín mediante la cual permitió a la Fiscalía la asesoría de un psicólogo en el juicio oral.

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

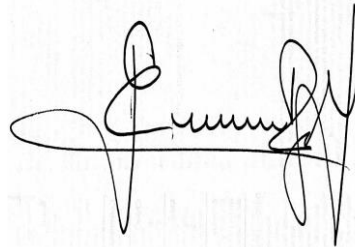
Notifíquese y cúmplase



JORGE ENRIQUE ORTIZ GÓMEZ
Magistrado



CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO
Magistrado



LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ
Magistrado

LC