REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO

SALA DE DECISIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Pereira, veinticuatro (24) de mayo de dos mil diez (2010)

ACTA DE AUDIENCIA PÚBLICA No. 300

SEGUNDA INSTANCIA

Hora:	3:30 p.m.
Imputado:	Israel Antonio Zapata Rodríguez
Delito:	Acto Sexual Abusivo con menor de 14 años
Víctima:	N.M.P.
Procedencia:	Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría (Rda.)
Asunto:	Se conoce de la apelación interpuesta por la defensa, contra el auto interlocutorio proferido el 02-03-10 dentro del incidente de reparación integral, por medio del cual se negó la exclusión de un medio probatorio.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, pronuncia la decisión en los siguientes términos:

1.- hechos Y precedentes

La actuación procesal esencial para la decisión a tomar, se puede concretar así:

1.1.- Luego del anuncio del sentido de fallo de carácter condenatorio, con fecha 19-10-09 se dio iniciación al incidente de reparación integral promovido

por el apoderado de la víctima, dentro del cual este interviniente estimó los perjuicios y propuso como prueba, entre otras, la valoración psicológica de la menor afectada, examen que se llevaría a cabo por parte de un psicólogo adscrito al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (en adelante I.C.B.F.), con el fin de establecer su estado actual y el tratamiento a seguir.

1.2.- De la pretensión probatoria expresada por el apoderado de la víctima se corrió traslado al acusado, quien por intermedio de su apoderado solicitó que una vez realizada la valoración psicológica se le corriera traslado del dictamen para los fines pertinentes.

1.3.- En una nueva audiencia del incidente (28-10-09), se intentó un primer acercamiento conciliatorio, el cual fracasó por desinterés de la defensa en proponer fórmulas de acercamiento. A continuación, se abrió el espacio para el decreto de pruebas, con la advertencia que el Juzgado accedió a prorrogar el plazo a la funcionaria del I.C.B.F. para rendir su dictamen. La Fiscalía insistió en la necesidad de esa prueba y la Defensa reiteró su interés de obtener el traslado del dictamen antes de la posterior audiencia “con el fin de asesorarse de un profesional en psicología y de esa forma controvertir la prueba de la contraparte”. Al final, el juez suspende el acto para que, una vez se reciba la experticia, pueda correrse el traslado respectivo a todos los interesados y de esa forma continuar el incidente.

1.4.- Con fecha 30-11-09, se recibió por la secretaría del juzgado el documento contentivo del dictamen pericial. Posteriormente, el 02-03-10, se reanuda la audiencia del incidente que había sido suspendida, acto dentro del cual se hizo presente la profesional en psicología adscrita al I.C.B.F. con el fin de rendir su dictamen, a lo cual se opuso el defensor porque previamente no se le había corrido traslado de ese dictamen dentro de los cinco (5) días anteriores como correspondía de conformidad con las disposiciones legales vigentes y como lo había solicitado con insistencia en las anteriores audiencias. Agregó también el togado, que al haberse presentado esa

omisión, lo que procedía jurídicamente era la exclusión del medio probatorio y así se lo solicitó al director de la audiencia.

1.5.- En vista de esa petición, el juez de conocimiento aceptó un error en el trámite, habida consideración a que no obstante las constancias dejadas por el defensor en las anteriores audiencias, efectivamente no se le había corrido traslado del referido dictamen para los fines pertinentes. Pese a la anomalía, estimó que lo procedente no era ordenar la exclusión del medio probatorio, sino por el contrario permitir el traslado de la pericia en ese mismo acto público con el fin de evitar un mayor desgaste procesal y así lo hizo.

1.6.- Contra esa decisión la defensa interpuso recurso de apelación y por tal motivo se ordenó la remisión de los registros ante esta Corporación con el fin de desatar la alzada.

2.- Debate

2.1.- Defensor -recurrente-

Solicita la revocación de la decisión adoptada en la primera instancia por medio de la cual se negó la exclusión probatoria, con fundamento en los siguientes argumentos:

- La perito le entregó en forma oportuna al Juzgado su dictamen, pero el despacho no le corrió traslado del mismo dentro de los cinco (5) días antes de la audiencia como lo establece la ley; en consecuencia, se impone la exclusión de la prueba solicitada por el promotor del incidente.

- No puede aceptarse la desidia del despacho porque él había expresado en varias audiencias anteriores, con insistencia, que le corrieran traslado de ese dictamen para poder ejercer el derecho de contradicción. Al no haberse

procedido en ese sentido, es obvio que no pudo hacer uso de ese fundamental derecho y se le afectó seriamente el derecho de defensa.

- No considera atinado que el juez haya procedido a escuchar a la perito en audiencia sin que previamente se diera lugar al pluricitado traslado, porque, repite, no estaba preparado para contrainterrogarla en debida forma.

- Le parece que el funcionario se excedió en sus funciones al disponer que de todas maneras la perito interviniera en forma oral para dar a conocer el resultado de la pericia, haciendo de esa intervención una forma de subsanar la irregularidad cometida, es decir, "se inventó un método de traslado no autorizado por la ley" en cuanto lo que ésta autoriza es un traslado previo y no uno efectuado anormalmente dentro de la misma audiencia de trámite.

- A su entender, el actual sistema de enjuiciamiento se aplica en todas sus etapas, incluido el incidente de reparación integral que no es otra cosa que una prolongación del juicio oral. Y si eso es así, entonces se deben aplicar las "reglas de prueba" que señalan un procedimiento específico, mismo que omitió el juez de instancia en el presente caso.

- Como esa "audiencia de traslado" que se inventó el juez es inexistente procesalmente hablando, entonces solicita de esta Corporación que se consideren violadas sus garantías fundamentales y se excluya en consecuencia la prueba pericial que por esta vía anormal se pretende introducir, porque -dice- está en juego en principio de legalidad; y aclara que, si el dictamen se excluye, también debe aniquilarse la declaración de la perito, porque aquél es la base de la peritación.

- Finalmente, le llama la atención que el funcionario *a quo* haya dicho que "él necesitaba esa prueba para la sentencia", como dando a entender que ya tiene un interés personal en el asunto, lo cual está abiertamente prohibido en

el sistema adversarial porque de esa forma está violando el principio de imparcialidad.

2.2.- Fiscal -no recurrente-

No comparte la postura de la defensa porque la considera exagerada.

El trámite no fue exactamente como lo refiere el defensor. El juez en verdad no dio lugar a ese traslado, pero aceptó el error y en aplicación al principio de buena fe quiso corregir el problema por medio de un mecanismo que hiciera respetar la economía procesal.

Es falso que el funcionario de instancia tuviera algún interés en esa prueba y que por tal motivo hizo todo lo posible por salvarla, cuando lo único que hizo fue dar aplicación a su poder de corrección para evitar indebidas dilaciones.

Para cumplir con esa finalidad, propuso correr traslado de ese escrito contentivo del dictamen en la misma audiencia de trámite y en forma oral. Eso no es ningún pecado, simplemente fue la forma de hacer efectivo ese derecho para la defensa pero esta parte se opuso obstinadamente a ese procedimiento.

Deja en claro que nunca el juez pretendió negar el derecho de contradicción al defensor; tampoco negó el traslado, antes bien procuró hacerlo de la mejor manera y en aras de corregir el yerro detectado.

En esos términos, no ve por parte alguna la aludida violación al debido proceso, al derecho de defensa, ni a ningún otro derecho sustancial; por el contrario, el juez fue sumamente garantista al permitir que la perito idónea leyera su dictamen en presencia de todas las partes e intervinientes. Menos aún la existencia de una prueba ilegal que deba excluirse.

Es partidario de que el Tribunal no decrete nulidad alguna, no excluya la prueba pericial, y en su lugar disponga que se surta ese traslado a partir de la susodicha audiencia efectuada ante el juez de instancia.

3.- consideraciones

3.1.- Competencia

La tiene esta Corporación por los factores objetivo, territorial y funcional, a voces de los artículos 20 y 34.1 de la Ley 906 de 2004.

3.2.- Problema jurídico planteado

Se contrae a establecer si hay lugar a excluir la prueba pericial solicitada por el apoderado de la víctima en los términos indicados por la defensa, o si, por el contrario, se debe disponer la continuación del trámite del incidente de reparación integral para permitir la incorporación del peritaje en debida forma.

3.3.- Solución a la controversia

Como se indicó por las partes interesadas, estamos en el adelantamiento del incidente de reparación integral promovido por el apoderado de la víctima, dentro del cual este interviniente solicitó como prueba la valoración psicológica de la menor afectada con el fin de determinar el daño ocasionado y el trámite a seguir, razón por la cual el juez de la causa la decretó con el asentimiento tanto del fiscal como del defensor, y se está a la espera de su práctica.

Se trata de establecer en este momento si hay lugar a desestimar ese medio probatorio por el hecho de no haberse descubierto a la defensa dentro del

término que se esperaba; esto es, con cinco días de anticipación a la fecha de la audiencia programada para su incorporación.

Ha dicho la defensa, y en ello tiene razón, que la ley que nos rige establece que el traslado debe hacerse con anticipación a la parte contraria con el fin de permitirle el acceso oportuno a la información a efectos de contradecir la pericia, ya presentando otro experto para sustentar posición adversa, ora haciendo uso del contrainterrogatorio para hacer notar las deficiencias de sus conclusiones.

Sobran disquisiciones acerca de si el procedimiento aplicable en el régimen probatorio dentro del incidente de reparación debe ser el civil o el especial de la Ley 906 de 2004, como quiera que fue el propio funcionario de instancia quien para mayor garantía llamó al estrado a la perito con el fin de presentar oralmente su dictamen, situación que resultaría excesiva si en realidad pensara que la rituralidad estuviera regida por la codificación procesal civil. De todas formas, no está demás advertir que a juicio de esta Corporación las reglas aplicables para la práctica de las pruebas en el incidente deben ser las establecidas en la Ley 906 de 2004, aunque su valoración respecto a la responsabilidad civil deba estar obviamente orientada por el derecho privado.

Es indudable que el impulso procesal de este incidente fue poco ortodoxo y estuvo signado por la informalidad. Basta decir, como el juez *a quo* se anticipa a reconocerlo, que se omitió el traslado previo al defensor del dictamen rendido por la perito en psicología adscrita al ICBF, no obstante que el hoy impugnante pidió una y otra vez en las audiencias precedentes que tan pronto se presentara ese dictamen por la experta, se le corriera traslado en forma previa a la audiencia para su práctica con el fin de poder preparar su intervención, lo cual no sólo es obvio sino de indispensable cumplimiento.

Si lo anterior ocurrió, considera el Tribunal que no sólo se debe a un olvido seguramente involuntario por parte de la secretaría del despacho

cognoscente, sino además a un errado proceder en la instancia, y explicamos:

Sucede, que dentro de un normal desenvolvimiento de las cosas, como es de usanza en el procedimiento que nos rige, es la parte interesada en la práctica de la pericia quien debe solicitar directamente y reclamar personalmente el dictamen de la entidad oficial y proceder a su descubrimiento mediante traslado a la parte contraria; en otras palabras, y para concretarnos al caso de la especie, debió ser el apoderado de la víctima como interviniente procesal interesado directamente en la práctica de la experticia, quien solicitara y reclamara el dictamen en la entidad oficial y procediera a entregarlo dentro del término legalmente establecido a la defensa.

Pero aquí no se procedió de esa manera. Sencillamente no se dejó en claro desde un comienzo como se iba a proceder y se entendió tácitamente que sería el juzgado quien ordenaría la experticia, la reclamaría y a su vez la daría a conocer a todos los interesados, incluido el apoderado de la víctima, como si de una actuación ceñida por las reglas de la Ley 600 de 2000 se tratara.

El titular del despacho dio por hecho que había incurrido en un incumplimiento de sus deberes y buscó afanosamente la mejor forma de enmendar el yerro. La defensa por su parte, aprovechó en forma hábil el caos y propuso la desestimación del peritaje con fundamento en el frío desconocimiento de la normatividad vigente. Ese es el panorama que esta Corporación alcanza a percibir y que ha permitido lamentablemente prolongar más allá de lo esperado un proceder sencillo que debió evacuarse hace ya bastante tiempo.

Ante lo insuperable de esa situación, como quiera que el dictamen de hecho ya reposaba en la secretaría del juzgado de origen, la posición más sensata en su momento, a nuestro juicio, fue la presentada por el delegado fiscal ante el juez *a quo*, cuando le solicitó que suspendiera de nuevo la audiencia,

ordenara el traslado del escrito contentivo del dictamen a la defensa, y se fijara una nueva fecha para continuar la audiencia luego de subsanada la omisión detectada.

En principio, el juez aceptó esa orientación, pero sorpresivamente dispuso que de todas formas se escucharía a la perito para de esa manera entender surtido el traslado por medio oral para no desaprovechar la presencia de la psicóloga en ese acto público.

La pregunta que sobreviene ahora es la siguiente: ¿se justifica, tiene sentido, o de alguna manera se protegen los derechos fundamentales de las partes, el decretar la exclusión de la prueba pericial pedida por el apoderado de la víctima y decretada formalmente por el juzgado de conocimiento?

Nos parece que definitivamente no, con fundamento en lo siguiente:

Sería inaudito, en primer término, que se castigara al apoderado de la víctima por una situación que corrió irregularmente a cargo exclusivo del despacho de origen, cuando incluso ni siquiera ese apoderado se había enterado de la existencia del referido dictamen, porque como lo reconoce la defensa, ni siquiera el propio peticionario de la evidencia la pudo conocer porque tampoco a él se le corrió el susodicho traslado.

Podría decirse que en tan singular situación, el potencial perjudicado no sería sólo el defensor, sino también el fiscal, el ministerio público, y, como se dijo, el apoderado de la víctima; quienes por supuesto también tenían derecho a conocer ese dictamen para efectos de hacer las aclaraciones, complementaciones o incluso contradicciones, porque no por el simple hecho de ser el peticionario de la prueba puede decirse que el resultado le favorece plenamente.

Así la cosas, no vemos cómo una omisión no atribuible a una parte o interviniente dada la forma como se desenvolvió la actuación, pueda terminar perjudicándola de una manera tan grave como lo sería el impedirle allegar un elemento de convicción importante para sus pretensiones indemnizatorias.

Ahora, el que se diga que el traslado debió surtirse en forma previa y no de manera concomitante con la audiencia, es totalmente cierto; pero considera la Sala que el proceder del juez de primer grado, si bien repetimos poco ortodoxo, sirve para enmendar el vicio bajo los moduladores de la actividad procesal de que trata del artículo 27 de la Ley 906 de 2004, a efectos de proteger, ante todo, la justicia material.

Otra situación hubiera sido, si el funcionario no sólo permitiera la lectura de ese dictamen por la psicóloga, sino que persistiera obstinadamente y sin razón en ordenar la confrontación de ese dictamen en ese mismo acto de audiencia no obstante que las partes no estaban preparadas para ello, y a continuación tomara la decisión de incorporar ese experticio como prueba pericial. Pero eso en realidad no sucedió como lo hizo notar el señor fiscal en su intervención como no recurrente, porque una vez leído el contenido del dictamen por la experta, se concluyó el acto para en una ocasión posterior reanudarlo y permitir su confrontación en debida forma.

Siendo así, el Tribunal confirmará la decisión de primera instancia en cuanto negó la exclusión de la prueba pericial, y al no observase obstáculo alguno en dar por formalizado el traslado en tan particulares términos, se ordenará que en la audiencia que se programe para dar continuidad al incidente, se permita al defensor y a las restantes partes ejercer el derecho de contradicción en los términos que lo consideren pertinente.

En atención a lo argumentado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Rda.), Sala de Decisión Penal, **CONFIRMA** el auto objeto de apelación por las razones indicadas en el cuerpo motivo de esta providencia.

Esta decisión queda notificada en estrados y contra ella no procede recurso alguno.

Los Magistrados,

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

LEONEL ROGELES MORENO

El Secretario de la Sala,

WILSON FREDY LÓPEZ