REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO

SALA DE DECISIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Pereira, diez (10) de diciembre de dos mil doce (2012)

ACTA DE APROBACIÓN No. 710

SEGUNDA INSTANCIA

Fecha y hora de lectura:	11-12-12, 2:44 p.m.
Imputado:	Jaime Alberto Quintero Ramírez
Cédula de ciudadanía:	7´531.728 expedida en Armenia (Quindío.)
Delito:	Fraude a resolución judicial
Procedencia:	Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira (Rda.)
Asunto:	Se decide apelación interpuesta por el fiscal contra la providencia interlocutoria del 13-08-12, por medio de la cual se negó la admisión de un peritaje. SE REVOCA

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

1.- hechos Y precedentes

La situación fáctica jurídicamente relevante y la actuación procesal esencial para la decisión a tomar, se pueden concretar así:

1.1.- Dan cuenta las diligencias, que el 13-04-07 el Juzgado Segundo de Familia de esta ciudad profirió sentencia de única instancia de cuidado y custodia personal dentro del radicado N°01192006, en cuya parte resolutiva se ordenó: "[…] Segundo: CONCEDER LA CUSTODIA Y CUIDADO PERSONAL del menor J.Q.B. a su progenitor JAIME ALBERTO QUINTERO RAMIREZ, dadas las razones que se dejaron consignadas en la motivación de esta providencia. Tercero: PREVENIR al señor QUINTERO RAMÍREZ para que permita dentro de los lineamientos de este fallo, que la relación entre madre e hijo se desarrolle de manera tal que se mantengan y fortalezcan sus vínculos afectivos. Cuarto: Con fundamento en lo anotado en la parte considerativa, el régimen de visitas queda de la siguiente manera: a.- La madre del menor compartirá con este, tres tardes semanales (martes, miércoles, jueves 2:30 a 6 p.m); un fin de

semana completo cada 15 días, incluido lunes en caso de ser festivo. Para tal efecto el padre llevará a su descendiente a la casa de su progenitora, lugar donde lo recogerá una vez concluya la visita; b- Durante la época decembrina el menor compartirá con sus padres en forma alternada para las festividades especiales que se dan durante los días 24 y 31 de dicho mes. Queda al arbitrio y mutuo consenso de los ascendientes, establecer otro régimen de visitas, siempre en procura del bienestar integral de JERÓNIMO […]".

El 24-09-10 la señora MARY LUZ BUSTAMANTE ZULUAGA instauró denuncia penal contra el señor **QUINTERO RAMÍREZ**, en la cual manifestó que el 29-06-10 compartía con ella su hijo menor, y se enteró que estaría con su papá pasando vacaciones por 25 días en la isla de San Andrés. Ella le envió un mensaje comunicándole que esa noche el menor se quedaría a dormir con ella, pese a lo cual aquél desobedeció la orden que impartió la Juez Segunda de Familia de esta ciudad, ya que en compañía de agentes del orden fue por el menor, y desde la fecha no se lo deja ver ni tener acercamiento alguno.

1.2.- A consecuencia de lo anterior y a instancia de la Fiscalía, se llevaron a cabo las audiencias preliminares (07-07-11) ante el Juzgado Quinto Penal Municipal de esta capital con funciones de control de garantías, por medio de las cuales: (i) se hizo imputación por la conducta de *fraude a resolución judicial*, de conformidad con lo establecido en el artículo 454 del Código Penal –modificado por el art. 47 de la Ley 1453 de 2011-; cargo que el indiciado NO ACEPTÓ; y (ii) se abstuvo el despacho de imponer medida de aseguramiento alguno, ante la no solicitud de la Fiscalía.

1.3.- Ante ese no allanamiento unilateral a los cargos, la delegada Fiscal presentó formal escrito de acusación (27-07-11), cuyo conocimiento quedó radicado en el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira (Rda.), autoridad que convocó para las correspondientes audiencias de formulación de acusación (11-04-12), preparatoria (10-05-12), y juicio oral (13-08-12), acto éste último dentro del cual se presentó el debate que suscita la alzada, y cuyos pormenores se pueden exponer de la siguiente manera:

- Durante el desarrollo del juicio, más concretamente cuando se practicaban las pruebas decretadas a favor del ente acusador, el fiscal solicitó que se tuviera como perito psicóloga-clínica a la Dra. YULLY ALEXANDRA SÁNCHEZ PARRA –psicóloga de la secretaría de salud y seguridad social del municipio de Pereira, quien labora en Caivas-, a lo cual el defensor hizo objeción por considerar que la Dra. SÁNCHEZ PARRA se presentó como una testigo experta mas no como una perito, lo que –a su juicio- es distinto porque "no tiene conocimiento de dictamen que hubiere elaborado esta".

- El fiscal aseguró que sí hay un informe por escrito del cual se le corrió traslado a la defensa. La juez de conocimiento manifestó que tiene entendido que siempre que hay peritajes debe haber un informe anterior al mismo, y que

ella en los documentos que el fiscal allegó al despacho, no encuentra ningún informe rendido por la psicóloga.

- El defensor, al revisar el documento que el fiscal le hace allegar, aseveró que es un informe de atención psicológica, el cual tiene que ver con la valoración a ese nivel y la entrevista que le hizo la Dra. YULLY ALEXANDRA al menor por medio de cámara gesell, y aclaró que en la audiencia preparatoria se acordó no pronunciarse en el juicio sobre este tema, ya que el video quedó sin audio.

- El fiscal reiteró su solicitud que se tenga como perito a la Dra. SÁNCHEZ PARRA, a lo que el defensor consideró que no es perito porque no se presentó como tal en la etapa preparatoria, pues esta calidad hace que se tenga unas reglas al momento en que se va a interrogar, es decir que -en su criterio- es una testigo experta en psicología que demás tuvo unas atenciones con el menor, pero ese informe es el relacionado con la entrevista en la cámara gesell.

- La Dr. YULLY ALEXANDRA manifestó que tuvo contacto diferente con el menor al de la entrevista con cámara gesell -la cual se excluyó por no tener audio; razón por la cual la juez de conocimiento la tuvo como perito. Deja consignado que hace referencia a esa entrevista por medio de la cámara de gesell, pero está claro que no va a hacer tenida en cuenta dicha prueba.

- El defensor solicitó que entonces no se refiriera al tema, ya que si él no pudo tener la oportunidad de ver la cámara de gesell para controvertir lo que ella va a decir, considera que está en una posición de desventaja; en consecuencia, se debe referir a las intervenciones no relacionadas con la cámara de gesell.

- La perito solicitó que se tenga como punto de partida el informe que elaboró el 30-12-10 -el cual no hace referencia a la cámara de gesell-, pero la juez manifestó que no la podía tener en cuenta en el juicio porque no existe en el escrito de acusación; en consecuencia, le da la razón a la defensa, y tiene en cuenta la valoración psicológica como un informe más, no como un dictamen psicológico, porque ella lo que hizo fue un seguimiento, lo que –a su criterio- es muy diferente.

- El agente del Ministerio Público expresó que no tiene claridad respecto a qué tipo de interviniente probatorio está, es decir, si está frente a un testigo perito, testigo técnico, o testigo puro; la juez le aclaró que la Dra. YULLY ALEXANDRA es una testigo técnica como psicóloga. Nuevamente el Procurador intervino para manifestar que si es una testigo técnica y ella entrevistó al menor por cámara gesell el 19-11-10, y luego tuvo otra intervención en sala de crisis el 30-12-10, pero esta intervención del 30-12-10 está “inescindiblemente” ligada a la del 19-11-10, es una continuidad de lo que percibió en la cámara de

gesell, la cual está excluida porque el video no tiene audio y la defensa no lo conoció; en consecuencia -a su juicio- lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

1.4.- La juez de conocimiento concluyó que no se acepta el testimonio de la señora SÁNCHEZ PARRA ni los informes, dado que no están debidamente relacionados. Igualmente afirmó que ni el fiscal tiene la certeza de qué clase de testimonio es el de la Dra. SÁNCHEZ PARRA -si perito, técnica o testigo puro-, y que mucho menos el despacho.

1.5.- El fiscal se mostró inconforme con esa determinación e interpuso el recurso de apelación, a cuyo efecto pasó a sustentar su inconformidad en los siguientes términos:

Considera que ha existido el principio de congruencia desde la formulación de imputación hasta el juicio oral, y que no se han violado garantías ni derechos fundamentales, ni acopiado prueba ilegal o ilícita en el debate.

Manifestó que en la acusación la Fiscalía enunció todos los elementos materiales probatorios, entre ellos, que se tendría como testigo a la Dra. ALEXANDRA SÁNCHEZ PARRA –psicóloga- y con ella se introducirían unos elementos materiales probatorios, tal como lo tiene en referencia la juez a quo; ya que en el escrito de acusación o en la audiencia preparatoria –no tiene la certeza- se encuentran los documentos: “informe de valoración y entrevista psicológica al paciente asignado a la Dra. SÁNCHEZ PARRA; seguimiento y control de casos en formato de observación relacionadas con el trabajo psicológico con el menor J.Q.B.; acta de realización de entrevista en cámara gesell practicada el 19-11-10 y llevada a cabo por la Dra. YULLY ALEXANDRA; seguimiento y control de casos en formato de observaciones para cada una de las ocasiones en que fue atendida la víctima y progenitores del paciente, elaborado por la Dra. SÁNCHEZ PARRA; y herramientas de trabajo realizadas con el paciente menor J.Q.B. en los espacios de tratamiento constitutivo de 13 gráficos”. Lo anterior, sostuvo, está grabado en audio.

Afirmó que en la audiencia preparatoria, quedó muy claro que el testigo de acreditación por parte de la fiscalía era la Dra. ALEXANDRA PARRA, y que es cierto que en dicha audiencia se hizo alusión al tema de la cámara de gesell, todo lo cual no se puede asimilar por el simple hecho de que como ésta no fue incorporada o porque el audio del mismo no funcionó y no se escucha nada, no puede ello desencadenar en que la única actividad se hizo el 19-11-10; de igual modo hubo una intervención directa de la Dra. SÁNCHEZ PARRA con estas tres personas -JAIME ALBERTO QUINTERO RAMÍREZ; MARY LUZ BUSTAMANTE

ZULUAGA; y el menor J.Q.B.-, y esa intervención tiene que ser valorada por la señora juez.

Reiteró que por el hecho de que la fiscalía no haya enunciado y no se haya introducido en juicio el video, no se puede desestimar lo que ocurrió el 30-12-10, y no es que lo accesorio siga la suerte de lo principal, porque son cosas muy distintas.

Adujo que ese 19-11-10 no fue la única vez que la Dra. SÁNCHEZ PARRA interactuó con ese grupo familiar, ya que existe otra intervención del 30-12-10, es decir, que lo uno no es consecuencia de lo otro.

Consideró, que sí se debe tener en cuenta como perito a la Dra. YULLY ALEXANDRA, porque hubo unas valoraciones, unas conclusiones, y es una persona idónea y especializada en la materia.

Para sustentar su tesis, hizo alusión a la sentencia C-1194/05 en la cual la H. Corte Constitucional al hacer referencia al principio de igualdad de armas expreso: "[…] En última instancia, la diligencia de descubrimiento pretende garantizar la transparencia del juicio penal –*fair trial*-, pues, aunque la estructura del proceso está sentada sobre la base de una contienda, el fin último constitucional del proceso penal es la realización de la justicia material, lo cual implica que el discurso sobre la responsabilidad penal del acusado debe erigirse sobre la base de hechos conocidos y dudas razonables, pero no de pruebas ocultas o acusaciones inesperadas. […]"; bajo esa óptica, consideró que siempre ha existido principio de igualdad de armas y lealtad procesal, e hizo la enunciación de todos los elementos materiales probatorios para demostrar que nunca ha sorprendido a la defensa, ni a ningún sujeto procesal. Por lo expuesto solicitó que se permita a la Dra. SÁNCHEZ PARRA testificar en juicio, e indique lo que analizó, observó, recomendó y concluyó en su informe de valoración psicológica y entrevista.

1.6.- Representante de la víctima –no recurrente-

Manifestó que lo que se pretende hacer valer en este proceso es la intervención de la Dra. YULLY ALEXANDRA y de ese modo llegar a la verdad, y que fue ella la persona que intervino en la crisis que se presentó el 30-12-10, lo cual indica que puede dar fe de lo realmente acaecido.

1.7.- Ministerio Público -no recurrente-

Expresó que comparte la decisión de la a quo, por la falta de claridad de la fiscalía en lo que ha sido materia de decisión.

Manifestó que en la preparatoria se le permite a la fiscalía incluso adicionar su escrito de acusación con otros supuestos probatorios, con alguna modificación jurídica, pero nunca lo hizo.

Aseguró que siempre se notó absoluta falta de claridad en la audiencia preparatoria –en la cual no podía intervenir-, tanto es así, que en el escrito de acusación relaciona: "testimonios, JAIME ROBLEDO –psicólogo de medicina legal-; YULLEY ALEXANDRA SÁNCHEZ PARRA –psicóloga secretaría de salud y seguridad social de Pereira-"; por eso a él le sorprendió cuando la Dra. YULLY ALEXANDRA dijo que era psicóloga de CAIVAS, ya que no la tenía en su lista como funcionaria de esa entidad.

Sostuvo que en la audiencia preparatoria, específicamente cuando se habló de la realización de una entrevista en cámara de gesell, realizada el 19-11-10, y comenzaron a hablar del seguimiento del control y las otras intervenciones, siempre entendió que esos posteriores seguimientos dependían necesaria e inescindible de la entrevista realizada en la cámara de gesell; y cuando el Dr. Héctor Bedoya –anterior fiscal- dijo que él dejaba a un lado lo de dicha cámara, porque no tenía audio y por tanto no podía ser trasladada, no tenía ninguna validez; razón por la cual entendió que quedaba por fuera.

Como son varias las intervenciones de la psicóloga, esta solo tiene una sola fecha, lo que –a su juicio- riñe con la exigencia metodológica del artículo 337 numeral 5º del C.P.P., pues en ninguna parte dice fechas, sitios o intervinientes posteriores a esa intervención del 19-11-10; la misma Dra. YULLY ALEXANDRA dijo que no podía prescindir de lo que se tenía en la cámara gesell para hablar de sus intervenciones, y después habló que ella pretendía era apoyarse sobre unas anotaciones, a lo que al principio él entendió que era fuera de la cámara gesell, luego entendió que era por la cámara de gesell. Como se quiera mirar este asunto, no hay claridad de cuándo son esos apuntes, tanto así que los documentos admitidos en preparatoria no están de acuerdo con las exigencias del contenido de la acusación.

Considera que el problema radica en: ¿se puede admitir lo que quiere trasmitir de viva voz la psicóloga de CAIVAS –YULLY ALEXANDRA SÁNCHEZ PARRA- a sabiendas de que gran parte de lo que ella va a decir está relacionado con la cámara gesell, la cual no fue ni siquiera tenida en cuenta por la fiscalía?, su posición como agente del Ministerio Público es que no se puede y por varias razones: (i) todavía no tiene claridad de cuál es la calidad de la presencia probatoria de la Dra. YULLY ALEXANDRA, porque si es testigo perito no vio la base de opinión pericial, por tanto, desecha esa posibilidad y no puede ser admitida; si es testigo técnico, no ve elementos que le brinden claridad

"meridiana", en consecuencia, tampoco puede ser admitida con esta calidad; y como testigo puro tampoco se puede admitir porque debe emitir su declaración sobre hechos que le consten directamente y los hechos son del 29-06-10; y (ii) si la Dra. SÁNCHEZ PARRA va a trabajar con unos apuntes que ella realizó de unas entrevistas en cámara gesell, su posición es que se confirme la decisión del juzgado.

1.8.- Defensa –no recurrente-

Solicita se confirme la decisión de la juez de conocimiento de no recibir el testimonio de la Dr. SÁNCHEZ PARRA por las siguientes razones:

Se debe hacer en primer lugar un llamado a la Fiscalía General de la Nación para que tenga en cuenta la seriedad y responsabilidad que debe existir en la presentación de los escritos de acusación y en la elaboración de las audiencias de formulación de acusación y preparatoria, pues su existencia no es casual, la importancia de la audiencia preparatoria es de tal punto que no puede considerarse como un simple acto formal, es un acto complejo y un acto material, porque esa claridad evita que los juicios lleguen al traste, se traumaticen, se obstaculicen, como en efecto ha ocurrido en este caso.

Aseguró que no tiene claridad sobre si la señora ALEXANDRA SÁNCHEZ es perito, testigo técnico o testigo simple. A su entender es trascendente que se niegue el testimonio porque: (i) se enteró en el juicio que la estaban presentando como una perito, y ello es muy importante ya que debe presentar un dictamen pericial para poderlo controvertir, pero en ningún momento dijeron que ella traía un dictamen, porque en la preparatoria nunca quedó consignado en esa manera; en la audiencia preparatoria le quedó muy claro que esto no se iba a tocar en el juicio. Por tanto, no se debe tener como perito; y (ii) aun si se decidiera escuchar el testimonio técnico de la Dra. ALEXANDRA SÁNCHEZ, por lo menos en la presentación que se estaba haciendo, le quedo claro -y tal como ella lo dijo- que: "es muy difícil separarme de la cámara de gesell porque todo hace parte de un mismo proceso, de un mismo conjunto de valoraciones", tanto así que el informe que se le presentó y que está suscrito por ella tiene fecha del 19-11-10 y además dice tipo de atención: valoración cámara de gesell, razón por la cual no se debía tocar dicho tema en el juicio oral.

Afirmó que el documento al cual hizo alusión el señor fiscal, no está expresamente señalado ni identificado con las fechas, es un formato de observaciones para seguimiento, el cual hace parte de una misma atención, y como no tenía los elementos para poder controvertir ese informe, había quedado claro que sobre ese tema no se iba a tocar, por tanto, decir que se va

a hablar del 19-11-10 con relación al 30-12-10, asalta la decisión que se había tomado en la audiencia preparatoria.

Expresó que la sentencia que hizo alusión el fiscal, cabe como "anillo al dedo" a lo que ha manifestado, ya que la diligencia de descubrimiento requiere trasparencia, hechos conocidos, no hechos inesperados o pruebas o elementos ocultos.

Por hallarlo oportuna y debidamente sustentado, la juez de instancia concedió el recurso de apelación en el efecto suspensivo para ante esta Corporación.

2.- consideraciones

2.1.- Competencia

La tiene esta Colegiatura de conformidad con los factores objetivo, territorial y funcional a voces de los artículos 20, 34.1 y 178 de la Ley 906 de 2004 -modificado este último por el artículo 90 de la Ley 1395 de 2010-, al haber sido oportunamente interpuesta y debidamente sustentada una apelación contra providencia susceptible de ese recurso y por una parte habilitada para hacerlo -en nuestro caso la fiscalía-.

2.2.- Problema jurídico planteado

Se contrae a decidir si hay lugar a excluir del juicio el testimonio de la profesional en psicología clínica, YULLY ALEXANDRA SÁNCHEZ PARRA, por el hecho de no haber rendido previamente un informe base de su peritación y porque una parte de su exposición hace relación con una intervención que figura en video elaborado con cámara gesell que finalmente hubo de ser inadmitido al momento de la audiencia preparatoria.

2.3.- Solución a la controversia

Un examen del decurso procesal enseña que al momento de la práctica probatoria dentro del juicio oral, más concretamente cuando la Fiscalía pretendía que se recibiera el testimonio de la perito en psicología que tuvo a su cargo la intervención a ese nivel tanto del menor J.Q.B. afectado como de los padres con interés en el resultado del presente trámite, se abrió un inusitado debate que dio al traste con la participación de la experta bajo el argumento de que, no obstante haber sido una prueba debidamente decretada al momento de la preparatoria, no se sabía si su participación era a título de perito, de testigo técnico, o de testigo puro o simple; además, porque lo por

ella expresado hacía referencia al contenido de un video logrado en cámara de gesell que ya había sido inadmitido porque el registro era inaudible.

Se hizo alusión a que la entrevista realizada por medio de esa ayuda audiovisual se había llevado a cabo el 19-11-10, en tanto la posterior intervención en sala de crisis se efectuó el 30-12-10. El ente acusador asegura que la exclusión en preparatoria se refirió a esa ayuda audiovisual en cámara gesell que resultó defectuosa, pero tal situación no tiene por qué afectar el informe de seguimiento rendido ese 19-11-10 y que le fue descubierto oportunamente a la defensa, menos aún lo llevado a cabo el 30-12-10 que nada tuvo que ver con la cámara gesell y cuyo contenido consta en el mismo escrito del anterior pero de una manera consecutiva, como corresponde. En contrario, tanto la defensa como el Ministerio Público son del criterio que esos dos reportes son inescindibles porque uno depende necesariamente del otro y porque al quedar viciada la entrevista en cámara gesell, que estiman es lo principal, entonces los reportes que contiene el prenombrado informe de seguimiento debe correr la misma suerte, es decir, que deben desecharse por la judicatura.

La titular del despacho cognoscente consideró que como el informe que se pretende sustentar en juicio tiene en su encabezado la fecha del 19-11-10 y no la del 30-12-10, entonces es inexistente lo efectuado en éste último día porque la Fiscalía estaba en el deber de anunciarlo como documento independiente y no lo hizo. Además, acató lo referido tanto por la defensa como por el Ministerio Público en el sentido que no se sabe a ciencia cierta en qué calidad se presenta la testigo, porque al no existir un informe base de esa peritación no podía ser tenida en cuenta en esa condición, ni tampoco como testigo técnico como quiera que no le constan los hechos denunciados dado que su participación data de una fecha muy posterior al problema suscitado entre los padres del menor.

Para resolver la encrucijada desde la óptima que posee el Tribunal, se impone desde ya el deber de empezar por hacer varias afirmaciones de contenido jurídico que van en contravía de todo aquello que sirvió de cimiento a la decisión materia de apelación, son ellas: (i) para que un perito rinda su testimonio válidamente en juicio, no necesariamente tiene que haber presentado previamente, a más tardar dentro de los 5 días anteriores, el informe base de su peritación, so pena de inadmisión; (ii) no obstante que en teoría se entiende el debate acerca de qué clase de testigo es la profesional en psicología que compareció al estrado -si perito, testigo técnico o testigo simple y puro-, para el asunto en concreto esa confrontación debe resolverse en el sentido que en verdad se trata de una perito y su intervención debe valorarse en los mismos términos establecidos para la prueba testimonial; (iii) la no

posibilidad de introducir un video que se realizó con la ayuda de la cámara gesell el 19-11-10, no equivale automáticamente a aniquilar el trabajo profesional realizado por la experta en psicología tanto en ese fecha como en las posteriores, y cuyo resumen quedó consignado en un informe de seguimiento debidamente enunciado y descubierto a la contraparte; (iv) no se puede pretender la presentación de dos informes por separado, uno de fecha 19-11-10 y otro del 30-12-10, con la consecuente inadmisión general tanto del testimonio de la perito como del documento que le sirve de soporte a su intervención; y (v) aquí no existen elementos probatorios principales y accesorios, como para asegurar que si un registro es inaudible y por lo mismo se descarta, todo lo realizado por la perito tiene que correr la misma suerte que porque depende inescindiblemente de lo registrado en esa ayuda audiovisual.

Pasa la Sala a sustentar cada una de esas afirmaciones:

- *<u>Primer tema</u>: Necesariedad del traslado previo del informe base de la opinión pericial vs. Inadmisión del testimonio del perito*

Se extrae de la intervención de la defensa, del Ministerio Público y de la juez de instancia, que en sus mentes existe la convicción que si previamente al juicio no se presenta el informe del perito que comparecerá ulteriormente al estrado, entonces el peritaje está llamado a invalidarse. Ese pensamiento tiene su origen, por supuesto, en el contenido del artículo 415 del C.P.P. que prescribe: "*Base de la opinión pericial*: Toda declaración de perito deberá estar precedida de un informe resumido en donde se exprese la base de la opinión pedida por la parte que propuso la práctica de la prueba. Dicho informe deberá ser puesto en conocimiento de las demás partes al menos con cinco (5) días de anticipación a la celebración de la audiencia pública en donde se recepcionará la peritación, sin perjuicio de lo establecido en este código sobre el descubrimiento de la prueba". Pero ocurre que una interpretación sistemática de esa norma con las restantes que están referidas a ese mismo tema dentro del estatuto procesal, indica que la presentación previa de ese informe no es requisito *sine qua non* cuya ausencia genere automáticamente la invalidez de la pericia.

Lo que se acaba de afirmar no lo asegura el Tribunal, lo sostiene la jurisprudencia nacional encargada de dilucidar ese asunto problemático.

En efecto, una tal omisión de presentar el informe base de la pericia con anticipación al juicio, no genera automáticamente la irregularidad del peritaje como quiera que no constituye irregularidad sustancial que afecte el debido proceso en general o el derecho de defensa en particular. Así se dice con total seguridad, porque obsérvese en detalle el siguiente recorrido que enmarca el pensamiento uniforme de la Corte Suprema de Justicia en tan sensible tema:

"Vale en todo caso recordar en orden a la claridad necesaria con miras a descartar el quebranto de garantías, que en la regulación actual del Código de Procedimiento Penal se tiene previsto que la prueba pericial es procedente cuando sea necesario efectuar valoraciones que requieran conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados y que la manera como la misma debe ser incorporada al juicio oral lo es bajo las reglas del testimonio. Destaca además el art. 415 de dicha normativa que el informe sustento de la base pericial *"en ningún caso...será admisible como evidencia, si el perito no declara oralmente en el juicio",* esto es, que no se puede independizar como evidencia autosuficiente el informe en que se sustenta un concepto de perito de la prueba pericial misma, **siendo *teóricamente* lo adecuado al debido proceso y controversia que se ponga en conocimiento de las partes su contenido en la audiencia preparatoria, o por lo menos con cinco días de antelación a la audiencia de juzgamiento**, dependiendo de la oportunidad en que se ha obtenido y que quien lo ha elaborado deba acudir al juicio oral -salvo extremos casos en que la Sala auspicia bajo un criterio de razonabilidad que lo sea por otra persona o en condiciones de excepcionalidad- (Cas. 30214)"[1] -se enfatiza-.

Precedente que debe ser armonizado con este otro:

"En efecto, el recurrente con solo citar el contenido descontextualizado del artículo 415 de la Ley 906 de 2004, concluye que **en todos los casos** de testimonio de peritos se hace menester allegar con 5 días de antelación a la celebración de la audiencia de juicio oral, un informe que contenga *"la base de la opinión"* requerida por quien pretende hacer valer a su favor la prueba.

Sin embargo, está claro que ello no es así, pues, expresamente el artículo 412 ibídem consagra:

"***Comparecencia de los peritos a la audiencia****. Las partes solicitarán al juez que haga comparecer a los peritos al juicio oral y público, para ser interrogados y contrainterrogados en relación con los informes periciales que hubieren rendido,* ***o para que los rindan en la audiencia***" (las subrayas no pertenecen al original).

En complemento de ello, el artículo 416 de la misma obra, estatuye:

"Acceso a los elementos materiales*. Los peritos, tanto los que hayan rendido informe,* ***como los que sólo serán interrogados y contrainterrogados en la audiencia del juicio oral y público****, tendrán acceso a los elementos probatorios y evidencia física a que se refiere el informe pericial o a los que se hará referencia en el interrogatorio".* (resalta la Sala)

Inconcuso surge, de lo transcrito, que los peritos pueden concurrir a la audiencia tanto para sustentar el informe previamente presentado, **como para rendirlo allí**, **de lo cual se deriva que ninguna irregularidad existe, en principio, cuando el perito no presenta el informe o resumen previo, si lo que se busca es precisamente hacerlo concurrir a la audiencia para que allí,**

[1] *C.S.J.*, casación penal, providencia del 03-06-09, radicación 30480.

> **sometido a interrogatorio y contrainterrogatorio, realice esa tarea.**"[2] -subrayas y énfasis, suplidos-.

Adicional a ello, que ya de por sí es contundente para dilucidar el punto objeto de controversia, para esta Sala también es claro que un dictamen propiamente dicho, per se, no es prueba. En efecto, el informe base de una opinión pericial carece de valor probatorio cuando no se sustenta ante el juez de manera directa por parte del perito; así lo establece paladinamente el precepto 415 ya citado. Es decir, que lo sustancial, lo verdaderamente importante es la presencia física del perito al juicio para que se escuche de viva voz su experticia y pueda ser confrontado tanto en sus conclusiones como en las técnicas y métodos utilizados para llegar a ellas.

No obstante todo lo dicho, y para calmar cualquier inquietud acerca de un potencial sorprendimiento para la parte contraria en el caso concreto, es claro, como lo vamos a sustentar con amplitud más adelante, que aquí la defensa tuvo ocasión de conocer con plena anticipación a qué iba a venir al estrado la profesional en psicología, como quiera que le fue trasladado el informe suscrito por ella y que contiene todo el seguimiento efectuado tanto al menor como a sus progenitores y cuyas conclusiones podrán ser confrontadas, independientemente de si un video obtenido con la ayuda de la cámara gesell se haya descartado por no ser audible y por lo mismo no pueda ser presentado a la audiencia, como en efecto no se hará.

Primera conclusión: Al decir de la jurisprudencia vigente en la materia, la validez de la prueba pericial no puede depender de la presentación previa del informe base de la peritación, lo sustancial es que el perito comparezca al juicio y declare en forma personal y directa lo conocido a través de sus sentidos y dé a conocer en forma razonada sus conclusiones, con miras a su debida confrontación; con mayor razón en el presente asunto en donde la defensa sí contó con buena anticipación con el escrito contentivo del trabajo de seguimiento y valoración realizado por la profesional en psicología, tanto al menor como a sus representantes legales.

- *<u>Segundo tema</u>: Perito vs. testigo técnico o testigo puro*

Singular polémica generó la supuesta no definición acerca de si la profesional en psicología clínica YULLY ALEXANDRA SÁNCHEZ PARRA era una perito, una testigo técnica o una testigo simple, y en ello tuvo importancia el hecho ya dilucidado acerca de si se requería o no la presentación previa del informe

[2] *C.S.J.* casación penal del 14-09-09, radicación 31981, M.P. Espinosa Pérez.

base de su peritación; es decir, que como aquí supuestamente no hubo ese traslado, entonces no podía recibir la denominación de perito.

Por obvias razones y conforme con lo ya anunciado, esta Sala entiende superado ese principal escollo por cuanto ya vemos que un perito no deja de ser tal por el hecho de no haber pasado un reporte con anticipación, situación que ni siquiera puede tenerse como no cumplida en el caso concreto porque aquí si hubo una información previa.

En cuanto a ser un testigo técnico, hay lugar a recordar que este término se otorga a la persona que habiendo tenido conocimiento de los hechos materia de investigación, posee autoridad para referirlo de una manera científica porque un conocimiento especial en la materia así se lo permite. Es el típico caso de la intervención en juicio de un guarda de tránsito, persona que hizo presencia en la escena del conflicto para intervenir activamente en la consolidación del respectivo croquis, con la consiguiente consignación en un informe de sus personales observaciones e hipótesis, y que luego las trasmite razonadamente a la audiencia.

Podría decirse que ese no es el caso específico de la profesional SÁNCHEZ PARRA en cuanto ella no apreció en forma directa el desarrollo del acontecimiento que según se afirma desencadenó la presente acción penal; no obstante, es indudable que ella sí apreció por sus sentidos un episodio de crisis que es una consecuencia directa de esa afectación tanto en los padres como en el menor.

Sea como fuere, es decir, llámese perito o llámese testigo técnico, es lo cierto que al decir de la doctrina y la jurisprudencia, a un perito se le debe tratar como a un testigo, esa es su naturaleza intrínseca, y además no como un testigo de referencia, sino como un testigo directo. O si no, mírese como se ha dejado esclarecida su verdadera condición en el sistema acusatorio:

> "[…] Impera destacar que mientras el testigo, en estricto sentido y por regla general, suministra una declaración acerca de su experiencia en hechos pasados que haya percibido directamente bajo el influjo de sus sentidos, el perito al rendir su dictamen, entendido en los dos actos que lo componen, puede emitir su opinión y transmitir su conocimiento acerca de cuestiones pasadas, presentes o futuras.
>
> Con sustento en lo anterior, la afirmación del ad-quem en el sentido de que la prueba de referencia mediante la cual se acreditó la ocurrencia de los hechos constitutivos de las conductas punibles y la autoría de ésta en cabeza del procesado, no cuenta con otros elementos de conocimiento que la respalden carece de fundamento legal, pues en el caso concreto la declaración obtenida en el juicio oral del perito psiquiatra constituye prueba técnica pericial, a la

> que el artículo 405 de la Ley 906 de 2004 **ordena aplicar en lo que corresponda las reglas del testimonio, y como tal se debe apreciar**[3].
>
> Aun cuando es cierto que el aludido profesional no presenció los hechos, la menor fue valorada por el galeno, quien hizo una narración de eventos, circunstancias y conclusiones que fueron sometidos a examen en el curso del juicio oral y, desde ese punto de vista, **aportó su conocimiento personal**, cumpliendo con lo ordenado por el artículo 402 del Código de Procedimiento Penal".[4]

Y lo dicho quedó refrendado en otro precedente del siguiente tenor:

> "No tuvo en cuenta la Colegiatura, como se observa en el video donde se registra la audiencia de debate oral, que todos los profesionales que valoraron a V.G.M. rindieron su testimonio en calidad de peritos. Tanto la psicóloga del colegio, como la médico legista, dieron cuenta de las entrevistas realizadas a V.G.M. y a su progenitora, suministraron detalles de la inicial información que éstas proporcionaron sobre los hechos, así como la percepción que tuvieron acerca de las expresiones, actitudes y sentimientos de la menor, en esos momentos. Se trata entonces de testimonios de peritos que debieron valorarse de acuerdo a las reglas establecidas en el artículo 420 del Código de Procedimiento Penal, en tanto que comparecieron a la audiencia del juicio oral, donde las partes tuvieron oportunidad de ejercer el derecho de contradicción, respecto de sus informes.
>
> En consecuencia, no es cierto como se afirma en la sentencia de segundo grado, que la foliatura no cuenta con prueba testimonial que permita comparar la posterior manifestación de V.G.M. negando los hechos, porque para ese efecto lo procedente era acudir al testimonio de las citadas expertas, el cual no se puede calificar como prueba de referencia, porque el punto a dilucidar no era el acontecimiento delictivo como tal, sino la veracidad de los relatos que sobre los hechos suministraron la menor y su progenitora, en las diferentes etapas del proceso".[5]

Queda claro hasta aquí que la señora juez se dejó obnubilar por los términos en que supuestamente debía etiquetarse a la persona que tenía ante su estrado como profesional en psicología, y al final optó por descartar su intervención, cuando eso no era posible, no solo porque ya había sido decretado su testimonio en juicio, sino porque sea como fuere su participación tiene importancia procesal y no existe una razón válida para excluir su participación al ser sabedora de circunstancias relevantes.

---

[3] Artículo 404, Ley 906 de 2004. "Apreciación del Testimonio: "Para apreciar el testimonio, el juez tendrá en cuenta los principios técnico científicos sobre la percepción y la memoria y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad."

[4] Cfr. casación penal del 17-09-08, radicación 29609

[5] Cfr. casación penal del 29-02-08, radicación 28257

Al margen de todo ello, lo curioso es que en la caótica audiencia en donde se presentó el singular debate, la juez en un primer momento declaró y sostuvo que la profesional iba a ser estimada como una perito, más tarde y sin mediar una razón de peso, cambió la postura y cercenó una tal posibilidad, para al final considerar y decidir que la psicóloga no tenía nada que hacer en el estrado, ni siquiera en condición de testigo.

Para el Tribunal, así lo dejará consignado en la parte resolutiva de esta providencia, a la citada profesional se le debe tener como perito, y en esa condición su intervención deberá ser estimada bajo las reglas que orientan la prueba testimonial directa.

Segunda conclusión: Los peritos actúan como testigos de hechos de contenido relevante para la investigación al tener ocasión de apreciarlos por sus sentidos, y con respecto de los cuales puede hacer valoración de contenido científico. Precisamente para eso fue citada la profesional en psicología y hay lugar a escuchar su intervención con el fin de ser estimada de manera conjunta con el restante acopio probatorio.

- *Tercer tema: Inadmisión del video obtenido en cámara gesell vs. trabajo pericial consignado en informe escrito*

Se dijo también extrañamente, que lo registrado en la cámara gesell el primer día de intervención (19-11-10), cuyo contenido es inaudible y por lo mismo no logró ser apreciado en juicio, da al traste con todo lo demás, es decir: con lo conocido personalmente por la perito, con sus reportes escritos, y consecuentemente con toda su posibilidad de participación como testigo dentro del juicio. Eso tampoco puede ser así por obvias razones que se pasan a explicar:

En criterio de la Sala, está claro en el asunto que nos concita que la Fiscalía enseñó a la contraparte en forma oportuna lo que tenía, es decir, tanto el escrito que contiene las intervenciones psicológicas en las fechas consecutivas en que ellas se realizaron, al igual que un CD contentivo del video grabado con utilización de la cámara gesell que fue utilizado en la primera de esas sesiones; así mismo, indicó que presentaría en juicio a la citada experta en psicología para que sustentara sus conclusiones y transmitiera en forma oral la valoración efectuada tanto al menor como a sus padres, y todas esas pretensiones probatorias, salvo obviamente lo contenido en la escucha de la cámara gesell que resultó inaudible, como no podía ser de otra manera fueron admitidas por la juez al momento de la preparatoria porque no se trataba de medios de prueba ilegales o ilícitos, y además eran pertinentes, conducentes y útiles.

Traduce lo anterior, que la Fiscalía fue leal con la defensa, aquí no puede hablarse de ocultamientos o trapisondas. Se mostraron las cartas que se tenían y de ese modo se aprecia el interés legítimo en que lo poseído se introduzca al juicio de una manera oral para que se efectúe la confrontación probatoria en los términos en que lo tiene establecido el procedimiento.

Lamentablemente, es cierto que lo grabado en cámara gesell resultó inaudible, pero tal situación solo tiene como consecuencia que ese video no se utilice en la audiencia de juicio oral, lo cual es por supuesto lógico y entendible, pero hasta allí, únicamente eso, porque nadie puede decir que lo obtenido por los sentidos de parte de la perito y plasmado en su informe escrito sea igualmente inexistente, y que esa valoración no se pueda introducir por medio de su testimonio. Una cosa no tiene nada que ver con la otra.

Es totalmente correcto lo que expresó el señor Fiscal en juicio, cuando aseguró que la cámara gesell es una simple ayuda, y para efectos prácticos da igual que nunca se hubiera utilizado, que lo hecho por su intermedio se malogre. Es que es obvio que la imperfección del audio no puede dar lugar a que no haya otra forma de reproducir el contenido de lo realizado por diversos medios probatorios, entre ellos el testimonio de la perito.

Y no se diga que como no se sabe qué va a decir la experta entonces se viola el derecho de defensa, porque no solo se tiene conocimiento de los escritos elaborados por ella y en donde consta el seguimiento efectuado, sino porque en realidad en el sistema acusatorio nadie sabe a ciencia cierta el contenido exacto y total de la prueba hasta su efectiva realización en juicio. Si no fuese así, entonces tendría que plantearse el absurdo que antes de llevar a un declarante al estrado, por ejemplo, debería entregarse previamente un escrito de todo lo que va a exponer, y eso, por supuesto, no es así. Es más, la ley tiene establecido que para disponer el decreto de una prueba testimonial basta con anunciar qué se pretende con ella y a qué se referirá el deponente, pero nunca su pleno contenido, porque eso será el producto del interrogatorio cruzado, y esto aplica también para el caso de los peritos, dada precisamente su naturaleza esencialmente testimonial. Se quiere significar con lo anterior además, que por muy completo que sea un informe base de la peritación, siempre será precario comparado con lo que finalmente se concretará oralmente en el juicio.

Ahora, lo sucedido con la cámara gesell, es similar a lo que acontece en aquellos eventos de común ocurrencia en los cuales se recibe una entrevista a un potencial testigo, la que además de hacerse constar por escrito se graba en video. En una situación como esa, el hecho de que ocasionalmente el citado

video no haya quedado bien editado y sea inaudible, o sencillamente la parte interesada finalmente omita presentarlo como evidencia ilustrativa o demostrativa, no puede dar lugar a que lo que conste por escrito y referido al mismo acto no sea utilizable válidamente en juicio. Pensar así no solo atenta contra los postulados de la lógica, sino que contraviene las reglas del debido proceso probatorio.

Si aquí se utilizó esa cámara gesell no es porque fuera fundamental para realizar el acto de intervención psicológica, sino porque, para el caso singular y según lo alcanzó a expresar la profesional que acudió al juicio, así lo hizo porque el padre lo exigió para evitar traumatismos al menor quien supuestamente quedaba afectado cada vez que tenía contacto con la madre.

Es entendido que el uso o no uso de esa cámara para una entrevista psicológica, en nada afecta la esencia del acto de investigación, porque precisamente la participación de una profesional en esa área garantiza o minimiza el efecto potencialmente nocivo del acto para el menor involucrado y que la susodicha cámara pretende evitar. Si la citada experta está preparada precisamente para ayudar al niño inmerso en un conflicto familiar, no puede decirse válidamente que su participación sin la susodicha cámara lo perjudica y por lo mismo el uso de ésta era indispensable al punto de convertirse en un requerimiento esencial del acto, cuyo deterioro involuntario genera su total inexistencia.

Acerca del verdadero entendimiento que el uso de esa cámara posee, el órgano de cierre en materia penal igualmente tuvo ocasión de aclarar lo siguiente:

> "La Sala advierte también la confusión del censor al fundar yerros probatorios tanto en la prueba pericial de la Psicóloga Forense […], como en el dicho de la víctima, por cuanto la Cámara de Gesell (creada por el psicólogo y pediatra estadounidense Arnold Gesell), es sólo un instrumento utilizado en la Psicología al cual se acude en la investigación criminal para facilitar la recepción del testimonio de menores víctimas de delitos; se trata entonces de un espacio acondicionado principalmente para realizar observaciones relacionadas con el desarrollo de comunicación, comprensión y habilidades del atestante.
>
> La presencia del psicólogo forense en uno de los salones dispuestos para entrevistar al menor busca brindarle intimidad para que rinda tranquilamente su versión de los hechos, y principalmente, para evitarle la victimización secundaria que genera de por sí el escenario judicial y la presencia de público".[6]

[6] C.S.J., casación penal del 27-06-07, radicación 27.478, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

Como vemos, no hay tal que lo apreciado en la cámara gesell sea lo principal y lo obtenido por otros medios sea lo accesorio, y que por lo tanto al no poderse apreciar lo primero entonces todo lo demás pierde sentido; muy por el contrario, el uso de la cámara es accesorio, lo realmente principal es lo apreciado por los órganos de los sentidos de la perito y lo consignado por ella en sus respectivos informes de seguimiento, dado que es esto y no el citado video lo que posee una connotación probatoria autónoma.

Tercera conclusión: El informe presentado por la perito tiene valor probatorio independientemente de lo obtenido por medio de la cámara gesell; en consecuencia, esos escritos de seguimiento al haber sido oportunamente descubierto a la parte contraria, podrán ser utilizados en todo su contenido por la citada perito como guía de su intervención oral.

- *Cuarto tema: Obligación de presentar informes por separado*

Esa exigencia la entiende esta Corporación indebida. En ninguna parte de la codificación se exige que los informes de los peritos tengan que ser rendidos de manera independiente por cada una de las intervenciones o sesiones que realiza; antes por el contrario, está acorde con el normal desenvolvimiento de un trabajo psicológico que su presentación sea escalonada, cuidándose eso sí, de dejar consignadas las fechas de cada una de esas actuaciones.

Para el caso que convoca nuestra atención, es claro que la psicóloga encabezó el informe, como no podía ser de otra manera, con la fecha en la que inició su trabajo (19-11-10), de ahí en adelante fue dejando anotada cada fecha subsiguiente, entre ellas la de la intervención en crisis del 30-12-10.

No puede ser entonces que se llegue al extremo de desconocer todo un informe que contiene una secuencia cronológica no solo obvia sino acorde con los consecutivos sucesos presentados, que porque la fecha de encabezamiento de ese escrito solo habla del 19-11-10, y que en consecuencia todas las demás intervenciones llevadas a cabo en fechas posteriores tenían que ser presentadas en informes separados, so pena de sanción de inadmisión. Eso no lo puede compartir el Tribunal, dado que se aprecia que el delegado Fiscal hizo lo que correspondía, esto es, nada diferente a dejar a disposición ese reporte en los mismos términos y en la misma forma en que la perito lo presentó.

Cuarta y última conclusión: No hay lugar a exigir pluralidad de informes, el que fue presentado colma las expectativas de ilustración en cuanto consigna una secuencia cronológica atendible.

Vistas así las cosas, la Sala no puede menos que revocar la decisión adoptada en la primera instancia en los términos en que lo solicita la Fiscalía y la apoderada de la víctima, para en su reemplazo disponer que se escuche ampliamente a la profesional en psicología a quien correspondió intervenir en este asunto específico, quien está en todo su derecho de hacer mención a los escritos que elaboró en la sendas sesiones que entró en contacto tanto con el menor como con sus padres, a efectos de consignar única y exclusivamente lo que le conste por haber sido apreciado a través de sus sentidos.

En mérito de lo expuesto, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Rda.), **REVOCA** la decisión interlocutoria objeto de apelación y en su lugar se dispone que por parte de la primera instancia se reciba el testimonio de la profesional en psicología YULLY ALEXANDRA SÁNCHEZ PARRA, en calidad de perito dentro del juicio oral y en las condiciones 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

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

El Secretario de la Sala,

JUAN CARLOS MORALES RAMÍREZ