El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

**TEMAS: DESCUBRIMIENTO PROBATORIO / INFORME BASE DE OPINIÓN PERICIAL / TÉRMINO: MÍNIMO 5 DÍAS ANTES DEL JUICIO / Y NO ANTES DEL TESTIMONIO DEL PERITO / SANCIÓN EN CASO DE INCUMPLIRLO / RECHAZO DE LA PRUEBA, PERO SÓLO SI FUE POR CAUSA IMPUTABLE AL AFECTADO.**

La controversia surgida en el presente asunto gira en torno a determinar, acorde con lo consagrado en el artículo 415 C.P.P., a partir de qué momento empieza a contabilizarse el término de cinco días en el que debe ser puesto a conocimiento de la contraparte el informe que sería la base de la opinión pericial de lo que un experto habrá de declarar en el juicio. Así, tenemos que para el Juzgado A quo, secundado por la Fiscalía, dicho término correspondería a cinco días antes de la fecha programada para el testimonio del perito en el juicio; mientras que la Defensa aduce que el término de marras es de cinco días antes de la instalación del juicio.

Frente a la anterior polémica, la Sala desde ya dirá que le asiste la razón a la Defensa, por cuanto de una adecuada hermenéutica de las disposiciones consagradas en el aludido artículo 415 C.P.P. se desprende, sin hesitación alguna, que el término que tiene una de las partes para poner en conocimiento de su contraparte el informe base de la opinión pericial de lo que eventualmente declarará un experto en el juicio es el de cinco días antes de la instalación del juicio. (…)

… para la Sala no existe duda alguna que le asiste la razón a los reproches formulados por el recurrente, pero la solución en el presente asunto no será la aplicación de la sanción procesal del rechazo, como lo pretende el apelante, porque dicha sanción no procede de facto sino como una consecuencia de un acto inexcusable de la parte obligada a descubrir, como bien se desprende del contenido de lo regulado en el artículo 346 C.P.P. en cual es del siguiente tenor:

“Los elementos probatorios y evidencia física que en los términos de los artículos anteriores deban descubrirse y no sean descubiertos, ya sea con o sin orden específica del juez, no podrán ser aducidos al proceso ni convertirse en prueba del mismo, ni practicarse durante el juicio. El juez estará obligado a rechazarlos, salvo que se acredite que su descubrimiento se haya omitido por causas no imputables a la parte afectada…” .

Lo antes expuesto nos quiere decir que la aludida sanción procesal no procedería en aquellos eventos en los cuales la parte obligada a cumplir con el descubrimiento haya podido justificar de manera plausible el por qué incumplió con esos deberes. (…)

… considera la Sala que pese a que la Fiscalía no descubrió dentro de las oportunidades de ley el informe base de la opinión pericial de lo que eventualmente habría de declarar en el juicio el experto VÍCTOR HUGO LAVERDE. De igual forma, el Ente Acusador pudo justificar válidamente el por qué no pudo cumplir de manera oportuna con tales deberes, lo cual, como ya se dijo, tornaría en improcedente la sanción procesal del rechazo.

**ACLARACIÓN DE VOTO: DOCTOR JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

En mi criterio, la Sala Mayoritaria debió mantener vigente el entendimiento que ya se había adoptado por parte de esta Corporación en múltiples ocasiones anteriores -entre ellas decisión del seis 06 de abril de 2017, radicado 660886000062201500041-01, con ponencia de quien suscribe esta aclaración de voto- en las cuales se dejó debidamente analizado, de fondo, el por qué se debía hacer primar una interpretación por sobre la otra; esto es, que esos cinco días a los cuales se hace referencia no se contaban “antes del juicio”, sino “antes de la audiencia en donde comparecerá el perito”.

Como eso no sucedió así, es decir, como la Sala Mayoritaria desconoció el precedente horizontal, me siento obligado a exponer los motivos por los cuales me mantengo en idéntico criterio que se traía desde antes. Pero más allá de eso, lo que me corresponde expresar, es que la argumentación que ahora se trae en la ponencia mayoritaria en realidad no protege los principios o garantías procesales que dice proteger.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

Magistrado Ponente:

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**AUTO INTERLOCUTORIO DE 2ª INSTANCIA**

Pereira, veintiocho (28) de agosto de dos mil veinte (2020)

Aprobado por acta No. 643

Hora: 13:45 horas

Procesada: PIOA

Radicado: 66 170 60 00060 2019 01468 01

Delitos: Tráfico de estupefacientes

Procedencia: Juzgado 2º Penal del Circuito de Dosquebradas

Asunto: Resuelve alzada interpuesta por la Defensa en contra de providencia interlocutoria que no accedió a una petición de rechazo probatorio

Tema: Oportunidad para el descubrimiento de la base probatoria de un dictamen pericial. Procedencia de la sanción procesal consagrada en el artículo 346 C.P.P.

Decisión: Confirma auto confutado

**ASUNTO:**

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial, a resolver el recurso de alzada interpuesto por la Defensa de la procesada **PIOA** en contra del auto interlocutorio proferido por el Juzgado 2º Penal del Circuito de Dosquebradas el día 21 de mayo hogaño, mediante el cual no se accedió a una petición deprecada por la Defensa relacionada con el rechazo de una prueba pericial.

**ANTECEDENTES:**

Los hechos que concitan la atención de la Colegiatura tuvieron ocurrencia a eso más o menos de las 19:45 horas del 27 de julio de 2.019 en el municipio de Dosquebradas, y están relacionados con el hallazgo de un alijo de sustancia estupefaciente que efectivos de la Policía Nacional encontraron en el interior del taxi de placas ESS-771, conducido por el Sr. ORLANDO LÓPEZ, en el que se transportaba la Sra. PIOA en compañía de una joven de unos 16 años de edad.

Según se aduce en el libelo acusatorio, para esas calendas unos policiales que patrullaban por el sector de LaPopa fueron alertados sobre un vehículo taxi que transportaba estupefacientes, razón por la que montaron una especie de puesto de control entre la Cra. 1ª con la Cll. 19 del barrio *“Pedregales”,* y al requisar al aludido taxi hallaron en el asiento trasero, en donde se encontraban dos mujeres y un bebé, en medio de Ellas, una bolsa plástica en cuyo interior había cuatro paquetes de una sustancia vegetal, la que posteriormente al ser sometida a la prueba de identificación preliminar homogenizada (PIPH), resultó ser positiva para marihuana, arrojando un peso neto de 1987,9 gramos.

**SINOPSIS DE LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. Las audiencias preliminares se llevaron a cabo el 28 de julio de 2.019, ante el Juzgado Único promiscuo Municipal de Pueblo Rico[[1]](#footnote-1), con funciones de control de garantías, mediante las cuales: a) Se legalizó la captura de la entonces indiciada PIOA, a quien posteriormente se le endilgaron cargos por incurrir en la presunta comisión del delito de tráfico de estupefacientes, (Artículo 376, inciso 3º, C.P.) en la modalidad de *llevar consigo*; b) A la procesada se le definió la situación jurídica con la medida de aseguramiento de detención preventiva.
2. Presentado de manera oportuna el escrito de acusación, el conocimiento de la actuación le correspondió al Juzgado 2º Penal del Circuito de Dosquebradas, ante el cual el 26 de septiembre de 2.019 se llevó a cabo la audiencia de acusación en la que la Fiscalía reiteró los cargos enrostrados a la procesada PIOA, por incurrir en calidad de coautora en la presunta comisión del delito de tráfico de estupefacientes, pero adujo que dicho delito de perpetró en la modalidad de *transportar*.
3. La audiencia preparatoria tuvo lugar el 6 de febrero de los corrientes, mientras que la audiencia de juicio oral se celebró en sesiones acaecidas los días 12 y 21 de mayo hogaño. Pero en esta última sesión de la audiencia de juicio oral, la Defensa se opuso a la práctica del testimonio del perito VÍCTOR HUGO LAVERDE, aduciendo que el informe base de la opinión pericial de dicho experto no le fue descubierto dentro de las oportunidades establecidas en el artículo 415 C.P.P.
4. El Juzgado *A quo,* luego de escuchar a los demás intervinientes, decidió no acceder a la petición de rechazo del testimonio del perito VÍCTOR HUGO LAVERDE deprecada por la Defensa, lo que suscitó que dicho sujeto procesal procediera a interponer un recurso de apelación, el cual fue sustentado en debida forma.

**EL AUTO OPUGNADO:**

Como ya se dijo, se trata de la providencia interlocutoria proferida por el Juzgado 2º Penal del Circuito de Dosquebradas el día 21 de mayo hogaño, mediante la cual no se accedió a una petición deprecada por la Defensa en el sentido de que se debía rechazar el testimonio del perito VÍCTOR HUGO LAVERDE.

Los argumentos esgrimidos por el Juzgado *A quo* para no acceder a la petición de rechazo deprecada por la Defensa, se fundamentaron en argüir que la Defensa le dio un mal entendimiento a lo regulado en el artículo 415 C.P.P. respecto al término que les asiste a las partes para descubrir a su contraparte el informe base de la opinión pericial, el cual, según el Juzgado *A quo,* es de cinco días antes de la fecha programada para la declaración del perito y no de cinco días antes de la instalación de la audiencia del juicio oral como lo reclama la Defensa; y como quiera que en el presente asunto está demostrado que la Fiscalía le descubrió a la Defensa con siete días de antelación a la declaración del perito el informe base de su opinión pericial, era obvio que frente a ese descubrimiento probatorio se cumplieron los requisitos exigidos por el artículo 415 C.P.P., y por ende no era procedente la petición de rechazo deprecada por la Defensa.

**LA ALZADA:**

La tesis propuesta por la Defensa para expresar su inconformidad con lo decidido por el Juzgado de primer nivel, básicamente consistió en aducir que con la decisión opugnada se desconoció la existencia de una serie de irregularidades en las que con dicha prueba pericial había incurrido la Fiscalía, por cuanto omitió, tanto en la acusación como en la audiencia preparatoria, anunciar quién iba a ser la persona que fungiría en calidad de perito para atestiguar sobre la certeza de la calidad de estupefaciente de la sustancia incautada, ni se sabía nada de la existencia del informe base de la opinión pericial.

Tales irregularidades se hicieron extensivas a la víspera del inicio del juicio oral, porque solo la noche anterior a su instalación, o sea el 11 de mayo hogaño, fue que la Fiscalía le traslado, vía correo electrónico, el informe base de la opinión pericial de lo que sería el eventual testimonio del perito VÍCTOR HUGO LAVERDE.

Dichas anómalas situaciones han generado una violación del derecho a la defensa y a la contradicción que la asiste a la Defensa como consecuencia de un mal entendimiento de lo regulado en el artículo 415 C.P.P., el cual es claro en señalar que el informe base de la opinión pericial se debe poner a disposición de la contraparte dentro de los cinco días anteriores a la instalación de la audiencia de juicio oral.

Con base en lo anterior, el apelante solicitó la revocatoria del auto confutado, y que en consecuencia se ordene el rechazo tanto del informe base de la opinión pericial como el testimonio del perito VÍCTOR HUGO LAVERDE.

**LAS RÉPLICAS:**

Al ejercer su derecho de réplica, la Fiscalía en sus alegatos de no recurrente se opuso a las pretensiones del apelante al aducir que no le asistía la razón, por cuanto el informe base de la opinión pericial se debía poner en conocimiento de la contraparte dentro de los cinco días antes de la fecha programada para la declaración del perito, lo cual acaeció de manera correcta en el presente asunto, por cuanto dicho informe se puso a disposición de la Defensa siete días antes de celebrarse la audiencia para la cual fue convocada a testificar el perito VÍCTOR HUGO LAVERDE.

De igual manera, la Fiscalía adujo que ese dictamen estuvo pendiente de ser descubierto como consecuencia de una serie percances acontecidos en el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, (INMLCF), pero que pese a la demora en su aducción al proceso, en momento alguno se está sorprendiendo ni ocasionándole daño alguno a la Defensa, por cuanto se sabe que la prueba que hace el laboratorio sobre la certeza de la naturaleza del narcótico siempre ratifica lo acreditado en el P.I.P.H. en el cual se dijo que era marihuana la sustancia estupefaciente incautada a la procesada.

**PARA RESOLVER SE CONSIDERA:**

**- Competencia:**

Esta Sala de Decisión, acorde con lo consagrado en el numeral 1º del artículo 34 del C.P.P. es la competente para resolver la presente alzada, en atención a que estamos en presencia de un recurso de apelación que fue interpuesto en contra de un auto proferido en primera instancia por un Juzgado Penal del Circuito que hace parte de este Distrito judicial.

**- Problema Jurídico:**

De la sustentación del recurso de alzada y de lo dicho por la no recurrente, a juicio de la Sala se desprende el siguiente problema jurídico:

¿Cuándo tiene lugar la oportunidad que le asiste a una de las partes para ponerle a disposición de su contraparte la base de la opinión pericial de lo que un experto testificará en el juicio: a) Cinco días antes de la instalación del juicio; b) Cinco días antes de la fecha programada para la declaración del perito?

**- Solución:**

La controversia surgida en el presente asunto gira en torno a determinar, acorde con lo consagrado en el artículo 415 C.P.P., a partir de qué momento empieza a contabilizarse el término de cinco días en el que debe ser puesto a conocimiento de la contraparte el informe que sería la base de la opinión pericial de lo que un experto habrá de declarar en el juicio. Así, tenemos que para el Juzgado *A quo,* secundado por la Fiscalía, dicho término correspondería a cinco días antes de la fecha programada para el testimonio del perito en el juicio; mientras que la Defensa aduce que el término de marras es de cinco días antes de la instalación del juicio.

Frente a la anterior polémica, la Sala desde ya dirá que le asiste la razón a la Defensa, por cuanto de una adecuada hermenéutica de las disposiciones consagradas en el aludido artículo 415 C.P.P. se desprende, sin hesitación alguna, que el término que tiene una de las partes para poner en conocimiento de su contraparte el informe base de la opinión pericial de lo que eventualmente declarará un experto en el juicio es el de cinco días antes de la instalación del juicio.

Tal situación implicaría, en caso que un informe base de una opinión pericial no haya sido puesto en conocimiento de las demás partes dentro de los aludidos términos, que nos encontremos en presencia de una vulneración de los deberes del descubrimiento probatorio que le asistiría a la parte interesada en la prueba pericial, lo que implicaría que dicha prueba sea susceptible de la sanción del rechazo consagrada en el artículo 346 C.P.P.

Para poder llegar a la anterior conclusión, es menester inicialmente recordar que de lo hasta ahora acontecido en el proceso, se tiene que el juicio se instaló el 12 de mayo de lo corrientes, y que prosiguió el 21 de mayo hogaño, calendas estas últimas en la que fue convocado a testificar el perito VÍCTOR HUGO LAVERDE. De igual, manera no existe duda alguna que en la actuación está plenamente acreditado que las partes admitieron que un día antes de la instalación del juicio, o sea el 11 de mayo de esta anualidad, la Fiscalía puso en conocimiento de la Defensa el contenido del informe base de la opinión pericial rendido por el experto VÍCTOR HUGO LAVERDE.

Lo acontecido, o sea cuando la Fiscalía un día antes de la fecha programada para la instalación del juicio, fue que puso a disposición de la Defensa el aludido informe base de la opinión pericial, contradice lo consignado en el inciso 1º del articulo 415 C.P.P. el cual, es del siguiente tenor:

“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…”[[2]](#footnote-2).

Decimos lo anterior, por cuanto lo consignado en dicha norma debe ser armonizado con el principio de la concentración consagrado en el artículo 17 C.P.P. el que *«Deviene de garantizar que las pruebas se obtengan e incorporen al debate oral sin que medien grandes espacios de tiempo entre una y otra sesión que le resten capacidad persuasoria al funcionario judicial encargado de apreciarlas…»[[3]](#footnote-3)*. A lo que se le debe sumar lo consistente en que en la etapa del juicio, luego de su instalación, este se puede celebrar en una sola audiencia, o en diferentes sesiones en las que tendrá lugar el debate probatorio, en las cuales se ha de recepcionar el testimonio del perito, por lo que es obvio que esas diferentes sesiones o vistas, acorde con el aludido principio de la concentración, son partes que integran o hacen parte de un todo único: la audiencia del juicio oral, la cual, como bien se desprende del contenido del artículo 366 C.P.P., se inicia a partir del momento de su instalación.

Acorde con lo anterior, para la Sala no existe duda alguna que la audiencia a la que hace mención el aludido artículo 415 C.P.P. no es otra diferente que aquella en virtud de la cual se ha de instalar el juicio oral, y por ende, la vista en la que se practicará la prueba pericial, de la que previamente se debe descubrir el informe base de la opinión pericial, hace parte integrante del juicio oral. Por lo tanto, pensar lo contrario sería tanto como someter a un injustificado estado de incertidumbre a la parte a quien se le deba descubrir el informe base de la opinión pericial, quien estaría condicionada para enterarse del contenido de dicho informe a la fecha incierta en la que se programe la vista en la que se recepcionará la declaración del perito.

Para la Sala, tal situación de incertidumbres a la que se vería expuesta una de las partes, es un atentado que no se compadece en nada con los postulados que orientan los principios de la contradicción y de la lealtad, porque si la razón de ser de ese descubrimiento es el de que la contraparte pueda saber en su debida oportunidad lo que irá a declarar el perito, para de esa forma poder ejercer el contrainterrogatorio o hacer uso de pruebas de refutación, es obvio que no podrá ejercer una debida contradicción de encontrarse expuesta ante semejante estado de incertidumbres, a lo cual se le debe adicionar que dichas fluctuaciones le otorgarían ciertas ventajas a la parte obligada a presentar el informe base de la opinión pericial, quien tendría más tiempo para que los expertos pudieran proceder según sus designios, lo que además de contrariar el principio de la lealtad procesal, de igual manera generaría un desequilibrio frente a lo que propende el principio de igualdad de armas.

Por otra parte, la Sala no puede desconocer que de una interpretación gramatical de las disposiciones consagradas en el aludido artículo 415 C.P.P., es factible que se pueda llegar a conclusiones similares a las que llegó el Juzgado *A quo* en el proveído confutado, o sea que *el término que tendría la parte para descubrir el informe base de la opinión pericial, sería el de los cinco días antes de la fecha programada para el testimonio del perito en el juicio*. Tal situación nos haría concluir que de la norma en comento podrían surgir dos interpretaciones plausibles y un tanto disimiles, de las cuales, acorde con lo que recomienda el principio de la interpretación *pro homine*, el que *«impone aquella interpretación de las normas jurídicas que sea más favorable al hombre y sus derechos, esto es, la prevalencia de aquella interpretación que propenda por el respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales consagrados a nivel constitucional…»[[4]](#footnote-4)*, debe prevalecer a la que ha llegado la Sala, por ofrecer está un espectro más amplio para la protección de las garantías procesales de las partes e intervinientes.

A modo de corolario, para la Sala no existe duda alguna que le asiste la razón a los reproches formulados por el recurrente, pero la solución en el presente asunto no será la aplicación de la sanción procesal del rechazo, como lo pretende el apelante, porque dicha sanción no procede de *facto* sino como una consecuencia de un acto inexcusable de la parte obligada a descubrir, como bien se desprende del contenido de lo regulado en el artículo 346 C.P.P. en cual es del siguiente tenor:

“Los elementos probatorios y evidencia física que en los términos de los artículos anteriores deban descubrirse y no sean descubiertos, ya sea con o sin orden específica del juez, no podrán ser aducidos al proceso ni convertirse en prueba del mismo, ni practicarse durante el juicio. ***El juez estará obligado a rechazarlos, salvo que se acredite que su descubrimiento se haya omitido por causas no imputables a la parte afectada***…”[[5]](#footnote-5).

Lo antes expuesto nos quiere decir que la aludida sanción procesal no procedería en aquellos eventos en los cuales la parte obligada a cumplir con el descubrimiento haya podido justificar de manera plausible el por qué incumplió con esos deberes.

Al aplicar lo antes expuesto al caso en estudio, observa la Sala que la Fiscalía en sus alegatos de no recurrente justificó válidamente el por qué no le pudo descubrir oportunamente a la Defensa el informe base de la opinión pericial rendido por el experto VÍCTOR HUGO LAVERDE, lo que se debió a ciertos inconvenientes presentados en el INMLCF, entidad encargada de elaborar en sus laboratorios la experticia, los cuales obviamente no le pueden ser imputables a la Fiscalía, lo que a su vez generó una especie de estado de caso fortuito o de fuerza mayor que válidamente excusaba al Ente Acusador.

Ante tal situación, considera la Sala que pese a que la Fiscalía no descubrió dentro de las oportunidades de ley el informe base de la opinión pericial de lo que eventualmente habría de declarar en el juicio el experto VÍCTOR HUGO LAVERDE. De igual forma, el Ente Acusador pudo justificar válidamente el por qué no pudo cumplir de manera oportuna con tales deberes, lo cual, como ya se dijo, tornaría en improcedente la sanción procesal del rechazo.

Pese a lo anterior, lo acontecido en momento alguno le cerraría las puertas a la Defensa, porque en caso que lo considere pertinente puede hacer uso de una prueba de refutación para de esa forma poder controvertir lo que testificara en el juicio el perito de la Fiscalía.

En tal sentido, en el pasado reciente, un caso similar, la Sala expuso:

“Dado entonces que por parte del abogado defensor se anunció en su debida oportunidad como medio de prueba el testimonio del psicólogo que realizó el dictamen al señor CRISTIAN FERNANDO PATIÑO OSORIO, como así fue decretado, y aunque la base de opinión pericial no fue descubierta a la Fiscalía dentro de la oportunidad procesal pertinente, tal situación específica no es óbice al decir de la jurisprudencia referida para que la defensa presente al deponente en juicio sin la previa rendición del informe respectivo, con miras a que éste lo presente en desarrollo de la audiencia del juicio oral.

Como consecuencia de lo anterior y como así lo tiene decantado tanto la doctrina como la jurisprudencia, ante una situación de tal naturaleza, la contraparte, en este caso la Fiscalía, tiene todo el derecho de pedir pruebas de refutación con miras a contrarrestar la fuerza de convicción de esa nueva información procesal que inicialmente no podía ser atendida…”[[6]](#footnote-6).

Acorde con lo que se ha dicho en precedencia, para esta Sala de decisión es evidente que la determinación a tomar dentro del presente asunto debe ser la de confirmar la decisión adoptada por el Juzgado *A quo* de no rechazar la prueba pericial deprecada por la Fiscalía, pero de igual manera se exhortará al Juzgado de primer nivel, para en caso que la Defensa lo considere pertinente, se le brinde un espacio para que pueda hacer uso de la prueba de refutación.

Como anotación final, se indicará que la notificación de la presente decisión no se realizará en audiencia de lectura de sentencia como lo establece la norma procesal penal, esto en atención a la situación de amenaza de contagio generada por la propagación del virus COVID-19, y siguiendo lo dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 4º del Acuerdo PCSJA20-11518 del 16 de marzo de 2020 y en la Circular CSJRIC20-75 expedida por el Consejo Seccional de la Judicatura de Risaralda, y en lo consignado en el Decreto 417 de 2.020, en el que declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional, ante la pandemia generada por el coronavirus; el Decreto 457 de 2.020 que fijó los parámetros de las normas del aislamiento obligatorio o cuarentena, y el Decreto 806 de 2.020, que reguló la forma como se deben notificar los fallos, y los posteriores decretos y acuerdos que ampliaron las normas en cita, se tiene que tales normas obligan a que la presente decisión se le deba notificar a las partes e interesados vía correo electrónico por intermedio de la Secretaría, medio por el cual, de ser procedente, podrán interponer los recursos de ley en las oportunidades pertinentes.

En mérito de todo lo antes expuesto, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de Pereira,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la providencia proferidapor el Juzgado 2º Penal del Circuito de Dosquebradas el día 21 de mayo hogaño, mediante el cual se no se accedió a una petición deprecada por la Defensa en el sentido que se debía rechazar el testimonio del perito **VÍCTOR HUGO LAVERDE.**

**SEGUNDO: EXHORTAR** al Juzgado de primer nivel, para que en el caso que la Defensa haga uso de la prueba de refutación, se le brinde un espacio para que proceda en tal sentido.

**TERCERO: DISPONER** que en atención a la situación de amenaza de contagio generada por la propagación del virus COVID-19, y siguiendo lo dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 4º del Acuerdo PCSJA20-11518 del 16 de marzo de 2020 y en la Circular CSJRIC20-75 expedida por el Consejo Seccional de la Judicatura de Risaralda, y en lo consignado en el Decreto 417 de 2.020, en el que declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional, ante la pandemia generada por el coronavirus; el Decreto 457 de 2.020 que fijó los parámetros de las normas del aislamiento obligatorio o cuarentena, y el Decreto 806 de 2.020, que reguló la forma como se deben notificar los fallos, y los posteriores decretos y acuerdos que ampliaron las normas en cita, se tiene que tales normas obligan a que la presente decisión se le deba notificar a las partes e interesados vía correo electrónico por intermedio de la Secretaría, medio por el cual, de ser procedente, podrán interponer los recursos de ley en las oportunidades pertinentes.

**CUARTO:** **DECLARAR** que contra la presente decisión no procede recurso alguno, por ende, se **ORDENA** devolver el expediente al Despacho de origen para que se continúe con los trámites dentro de la causa penal.

**COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE:**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**Magistrado**

*Con aclaración de voto*

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

**Magistrado**

*Con incapacidad médica*

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SÁNZ**

**Magistrado**

**ACLARACIÓN DE VOTO**

El proceso de la referencia correspondió por reparto al magistrado MANUEL YARZAGARAY BANDERA, quien radicó un proyecto respecto del cual me veo en el deber de presentar ACLARACIÓN DE VOTO con miras a esclarecer algunos puntos frente a los cuales guardo reparo, y de esa forma poder dejar consignado mi personal punto de vista.

Para comenzar diré que comparto la parte resolutiva de la ponencia en cuanto se confirma lo decidido por parte de la primera instancia, pero no estoy conforme con la motivación que se aduce para llegar a una tal conclusión.

Se debe recordar que el señor juez a quo optó, en consonancia con los sujetos procesales no recurrentes, por la interpretación según la cual: el traslado del informe base de opinión pericial se debe presentar a más tardar cinco (5) días antes “de la respectiva audiencia en donde comparecerá el perito”; de ese modo, desechó el entendimiento que propuso la defensa en cuanto lo que debería entenderse es que un tal traslado debió realizarse cinco días “antes de la iniciación del juicio oral”, que es sustancialmente diferente. En otras palabras, el funcionario de primer grado concluyó que el traslado se había dado en tiempo oportuno y que no ameritaba la exclusión probatoria solicitada, a consecuencia de lo cual se sobrevino el recurso de apelación.

En mi criterio, la Sala Mayoritaria debió mantener vigente el entendimiento que ya se había adoptado por parte de esta Corporación en múltiples ocasiones anteriores -entre ellas decisión del seis 06 de abril de 2017, radicado 660886000062201500041-01, con ponencia de quien suscribe esta aclaración de voto- en las cuales se dejó debidamente analizado, de fondo, el por qué se debía hacer primar una interpretación por sobre la otra; esto es, que esos cinco días a los cuales se hace referencia no se contaban “antes del juicio”, sino “antes de la audiencia en donde comparecerá el perito”.

Como eso no sucedió así, es decir, como la Sala Mayoritaria desconoció el precedente horizontal, me siento obligado a exponer los motivos por los cuales me mantengo en idéntico criterio que se traía desde antes. Pero más allá de eso, lo que me corresponde expresar, es que la argumentación que ahora se trae en la ponencia mayoritaria en realidad no protege los principios o garantías procesales que dice proteger. Y explico por qué:

Antes de penetrar en el asunto, importa mencionar que con cualquiera de las dos posiciones antagónicas se respeta el principio de legalidad o literalidad. Así es, porque si se mira bien el texto de la norma, en realidad cualquiera de las dos posiciones podría ser potencialmente viable, es decir, que el método gramatical no nos sirve para solucionar la controversia, y ese es un primer punto de partida con respecto del cual TODOS los magistrados que integramos la Sala estamos de acuerdo y coincidimos.

Había que buscar la solución por tanto en otras vías hermenéuticas, de allí que la Sala Mayoritaria optara, así lo entiendo, por intentar probar un argumento sistémico consistente en respaldar aquella tesis que en mayor medida esté llamada a proteger los principios generales que orientan el derecho procesal penal vigente, a cuyo efecto se llegó a sostener que por el hecho de elegir la opción de que esos cinco días de traslado eran “antes de iniciar el juicio” y no “antes de la audiencia donde será escuchado el perito”, tal alternativa de solución servía supuestamente para proteger los principios de: igualdad de armas, contradicción y concentración.

Lamentablemente, a mi entender, esa propuesta no solo no logra el cometido buscado, sino que al final podría llegar a contrariar las reglas que orientan tales principios. Miremos cada uno de ellos por separado para una cabal comprensión del problema.

- *Igualdad de armas*: El interrogante sería: ¿por qué razón el hecho de que esos cinco días se cuenten “antes de iniciar el juicio” y no “antes de iniciar la audiencia donde declara el perito”, sirve para proteger la igualdad material entre las partes? La respuesta que surge es que ello ni quita ni pone en términos sustanciales, porque el derecho a la igualdad se materializa cuando ambas partes confrontadas tienen, para bien o para mal, idéntica posibilidad de acción y de omisión. Así que lo importante es que tanto la Fiscalía como la defensa cuenten CON LOS MISMOS CINCO DÍAS para presentar el informe pericial, independientemente de si ese plazo se cuenta “antes del juicio” o “antes de la audiencia donde se presentará el perito”. En otras palabras, no importa si se elige uno u otro criterio, lo realmente trascendente es que la regla que se escoja sea aplicada indistintamente PARA TODOS.

-*Derecho de contradicción:* Nos preguntamos de nuevo: ¿por qué razón, motivo o circunstancia, el que esos cinco días se cuenten “antes del juicio” y no “antes de la audiencia en que comparecerá el perito”, garantiza un mejor derecho a la contradicción? La respuesta es que esa elección interpretativa tampoco aporta a esa garantía, porque lo realmente relevante es que el citado término sea antes de llegado uno u otro momento, es decir, con anticipación a la audiencia, independientemente de cuál de ellas sea. Eso sí, lo que importa es que sea “A MÁS TARDAR” de aquella en donde se presentará al perito, con lo cual, la parte que pretende introducir como prueba una pericia, puede dar traslado del respectivo informe -si es que lo tiene- “desde” el mismo momento en que anuncia y descubre la prueba, o sea, desde la acusación en el caso de la Fiscalía General de la Nación, o desde la preparatoria para el caso de la defensa. Como quien dice que el término es realmente amplio.

Ahora, que ese plazo de cinco días es mucho o es poco, se trata de una discusión que escapa al intérprete, porque proviene del poder de configuración que le ha sido asignado al legislador. E incluso si se mira bien la finalidad de ese traslado (que entre otras cosas, como lo ha sostenido la jurisprudencia nacional, no es del todo indispensable -cfr. *C.S.J.* casación penal del 14-09-09, radicación 31981-[[7]](#footnote-7)), se debe considerar suficiente en cuanto el objetivo de poner en conocimiento de la contraparte el informe pericial no es en modo alguno que el contrincante pueda mirar si trae o no trae otra prueba de refutación -como al parecer se entendió en la ponencia mayoritaria-, ya que esa oportunidad pasó desde la misma audiencia preparatoria, sino el que pueda utilizarlo al momento de ejercer el contrainterrogatorio. Con respecto a este tema puntual volveré más adelante.

- *Principio de concentración*: ¿Será que, como lo pretende la Sala Mayoritaria, optar por los cinco días “antes del juicio” y no por los cinco días “antes de la audiencia donde comparecerá el perito”, da un mayor cumplimiento al citado principio de la concentración? No lo creo, porque: (i) el perito puede ser llamado a declarar en la PRIMERA audiencia del juicio oral, con lo cual, no habría diferencia si se aplica uno u otro de los criterios supuestamente confrontados; (ii) si esa coincidencia descrita en el punto anterior se da, entonces en términos lógicos ¿qué sentido tiene asegurar que es mayor la garantía si se hace antes del juicio que si se hace antes de la audiencia donde declarará el perito?, ninguna; y (iii) la realidad enseña que nadie garantiza que un juicio se lleve a cabo en un solo acto, e incluso, eso no es lo que comúnmente en la práctica judicial acontece. Lo cotidiano es que se lleve a cabo en varios episodios, con lo cual, cada una de esas partes desmembradas constituyen en realidad el comienzo de un nuevo juicio, que como tal ya perdió, en su esencia, la garantía de la concentración.

Anotación final:

Observo que en el proyecto mayoritario se quiso justificar esa supuesta trasgresión de los términos para presentar el respectivo informe por parte de la Fiscalía, abriéndole un espacio adicional a la defensa para presentar “pruebas de refutación”.

No diré que eso no sea correcto, porque desde luego se trata de una salida válida en ciertas y determinadas circunstancias, e incluso queda claro que ha sido una de las alternativas a las que ha acudido el Tribunal en diversas ocasiones con apego en la jurisprudencia nacional.

Lo que me preocupa, es que a esa alternativa no se le dé el manejo apropiado en cada caso, porque podría caerse indebidamente en el entendimiento que siempre que un informe pericial llega supuestamente en forma tardía porque por culpa de un tercero se demoró (como en este caso por la tardanza del Instituto de Medicina Legal en allegar lo pertinente), entonces se deba abrir de una vez y sin miramiento alguno la oportunidad de pedir pruebas de refutación y contrarrefutación, cuando ello no es así. Me explico:

Una es la finalidad que justifica la prueba de refutación, y otra muy distinta la finalidad que lleva aparejada la presentación del informe pericial -acerca de lo cual ya me referí en párrafos anteriores-. Una y otra cosa no se pueden confundir.

Hay que comenzar diciendo que tan pronto la parte contraria sabe desde la acusación o desde la preparatoria (según de qué sujeto procesal se trate) que su oponente presentará en juicio una prueba pericial con un objetivo específico, a partir de allí se abre la posibilidad para que a su vez el oponente solicite la práctica de una prueba de similar calibre con miras a contraponerse a las pretensiones del contrario y sustentar su personal teoría del caso. Siendo así, la garantía de contradicción está garantizada desde aquél mismo instante.

La razón de la prueba de refutación no consiste, por tanto, en tener la posibilidad de presentar otra prueba de similar envergadura a la que llevará la parte contraria, sino que, y ello es diferente, en que cuando aparece en juicio un hecho nuevo o una prueba nueva (no conocida), se le permita la apertura de un espacio adicional al contrincante que resultó sorprendido con esa aparición de una prueba inesperada, para que a su vez pueda contraponerse con otro elemento probatorio.

Preguntémonos por tanto: ¿será que cada vez que no se presenta “a tiempo” un informe pericial, a la parte contraria se le abre la posibilidad, por ese simple y mero hecho, de pedir un nuevo perito para hacer lo propio, no obstante que esa opción ya la tuvo desde el mismo instante en que supo que el rival llevaría al juicio a un experto que trataría tal o cual tema? No debe ser así, eso no opera de esa manera y menos automáticamente, se requiere analizar por parte del juez en cada caso concreto el grado de “sorprendimiento” que una tal circunstancia le generó al oponente.

Todo lo anterior me lleva a concluir lo siguiente:

Es muy conveniente que las partes (AMBAS) cuenten con UN TIEMPO MÁXIMO LO SUFICIENTEMENTE AMPLIO para poder allegar el susodicho informe. De lo contrario, como con frecuencia sucede, llegada la “audiencia donde se presentará el perito” aún no se cuenta con el reporte oficial por culpa de terceros. Y eso, desde luego, no puede ser fuente que desencadene o viabilice a toda costa la introducción de pruebas de refutación y de contrarrefutación.

Teniendo claro todo lo dicho, ahora sí preguntémonos: ¿por qué o para qué poner un toque de angustia adicional a AMBAS PARTES, anticipando esa obligación de presentar el informe pericial “antes de iniciarse el juicio” y no, como debería ser, “antes de iniciarse la audiencia donde se hará presente el perito”? O en otras palabras: ¿para qué forzar la tesis consistente en que esos cinco días tienen que ser contados “antes de iniciarse el juicio”, cuando al final toca aceptar que la rendición de esos informes por parte de terceras personas son demorados, y con fundamento en ello tener que justificar la apertura de otro espacio para pruebas de refutación, situación que a lo único que lleva es a un mayor desgaste procesal en contravía de todos los principios que teóricamente se quisieron proteger?

Dejo así rendido mi personal punto de vista en este tema que será y seguirá siendo de recurrente discusión en los estados judiciales.

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

Pereira, agosto 28 de 2020

1. El cual se encontraba en turno de disponibilidad en la ciudad de Pereira. [↑](#footnote-ref-1)
2. Negrillas son nuestras. [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 4 de mayo de 2.011. Rad. # 33.844. [↑](#footnote-ref-3)
4. Corte Constitucional: Sentencia # T-191 del 20 de 2.009. [↑](#footnote-ref-4)
5. Negrillas en cursiva son nuestras. [↑](#footnote-ref-5)
6. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Penal: Providencia del 12 de septiembre de 2016. Rad. # 660886000062201400005-01. M.P. JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE. [↑](#footnote-ref-6)
7. En la citada jurisprudencia se afirma textualmente: “[…] 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, sometido a interrogatorio y contrainterrogatorio, realice esa tarea”.** [↑](#footnote-ref-7)