



SALA PENAL

Magistrado Ponente:

JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ.

Auto pruebas.

Radicado: 2021-01468

Aprobado mediante acta: 168

Medellín, noviembre once (11) de dos mil veintidós (2022).

Se resuelve sobre la admisibilidad del recurso de apelación presentado por la defensa contra el auto proferido por la Juez Octava Penal del Circuito con función de conocimiento de esta ciudad el pasado 12 de octubre, remitido el 19 posterior, mediante el cual negó la exclusión de "*las historias clínicas*" relacionadas por la Fiscalía en el proceso que se adelanta en contra del señor **David Santiago Quintero Palacio**, como presunto autor de las conductas de acceso carnal abusivo y actos sexuales con menor de 14 años, este último en concurso homogéneo y sucesivo.

ANTECEDENTES

1. La acusación.

En la audiencia realizada el 5 de agosto del presente año el señor **David Santiago Quintero Palacio** fue acusado como autor de los delitos de acceso carnal abusivo y actos sexuales con menor de 14 años, este último en concurso homogéneo y sucesivo, descritos en los artículos 208 y 209 del Código Penal, conforme a los siguientes hechos que fueron aclarados en la audiencia:

“Los hechos ocurrieron en la carrera 67 # 52 A sur-72 bloque 2 piso 17, Edificio Portón de la Hacienda en el barrio San Antonio de Prado en Medellín, que es el domicilio del indiciado, de la siguiente manera:

- Entre los meses de abril y junio de 2021, **David Santiago Quintero Palacio** le envió a la menor de 12 años Mariana Rúa Cano, 2 videos pornográficos tocándose el pene y 2 fotografías pornográficas tocándose el pene, con el fin de despertar en ella o inducir a prácticas sexuales.

- Entre los meses de marzo y junio de 2021, **David Santiago Quintero Palacio** con sus manos, realizó tocamientos con contenido erótico sexual en la vagina y las nalgas por encima de la ropa de la menor de 12 años M.R.C.

- Entre los meses de marzo y junio de 2021, **David Santiago Quintero Palacio** con sus manos realizó tocamientos con contenido erótico sexual en los senos por debajo de la ropa y con su boca le besó los senos por dentro de la ropa a la mencionada menor que aun contaba con 12 años de edad, la menor M.R.C.

- En el mes de agosto del 2021 **David Santiago** accedió carnalmente al introducir su asta viril en la boca de la menor de 12 años M.R.C.”

Como aspectos importantes para nuestro estudio, en esa diligencia no se enunciaron de manera verbal los elementos materiales probatorios, como los testigos y/o pruebas

documentales relacionados en el escrito de acusación, respecto de lo cual manifestó el defensor: *"la defensa no se opone a que se omita la lectura de los elementos si son los mismos que contiene el escrito"* (minuto 12:37).

2. La audiencia preparatoria y la oposición.

La preparatoria se realizó en dos sesiones y centrándonos en lo que es materia de impugnación, en la primera de ellas (7 de septiembre) el defensor solicitó *"la exclusión de un documento"*, refiriéndose a las *"historias clínicas"*, que la Fiscalía indicó que necesita para refrescar memoria o impugnar credibilidad, argumentando que tiene información sumamente sensible sobre la intimidad de un paciente, y que por ello esa historia clínica solamente puede obtenerse de manera legal de dos formas en nuestro sistema: una con control previo y posterior por parte del juez de control de garantías a petición de la fiscalía y la otra cuando el titular del derecho lo autoriza. La Fiscalía no sustentó nada acerca de la legalidad de la obtención de ese documento, puesto que no se aportaron actas de control previo o posterior para su obtención, y ello es evidente porque no aparecen en el escrito de acusación, nunca se descubrió y *"no se expuso nada de cómo se obtuvo... cayó del cielo"*, por lo que tocaría especular si el ente acusador lo consiguió por una petición realizada al hospital.

Explicó que la Corte Suprema de Justicia indicó en sentencia del 14 de agosto de 2019, radicado 54723 (SP3229-2019), que la historia clínica requiere unos controles previo y

posterior para acreditar la legalidad en cuanto a su obtención como acto de investigación, que debía someterse a los términos de la sentencia C-336 de 2007, o ser autorizado o proporcionado directamente por el titular de la historia clínica, pero en este caso la fiscalía *"no dijo absolutamente nada y como no dijo, pero más aun no probó la forma legal en que obtuvo ese elemento material de prueba, la defensa solicita que ese elemento material de prueba sea excluido de la actuación y no pueda ser usado ni siquiera para refrescar memoria e impugnar credibilidad, que es como ella quiere usarlo"*.

3. La decisión.

La Juez negó la solicitud de exclusión.

Argumentó que la fiscal indicó que fue de manos de la madre que obtuvo la historia clínica, nunca se indicó que fuera necesario hacer un requerimiento a la clínica o al centro asistencial, sino que siempre *"y por lo menos creo así recordarlo"*, se manifestó que fue la madre de la menor quien la suministró a la Fiscalía para que se conociera su contenido y por ese motivo la fiscal explicó que sería utilizada estrictamente con los fines por ella indicados, lo que le parece a la Juez que también podría ser de utilidad para el defensor de cara a su teoría del caso, si lo que se quiere es inclusive impugnar la credibilidad de la testigo.

4. La impugnación.

El defensor interpuso los recursos de reposición y apelación, solicitando se revoque la decisión.

Reprochó inicialmente que *"amén de que no se precisa que clase de historia clínica es, el paciente, el número de folios"*, la oposición estuvo relacionada con que se indicó que se va a usar una historia clínica, pero se trata de un documento reservado acerca del cual tenía que acreditarse la legal forma en que se había obtenido, si hubo un control previo y posterior, o si el titular del mismo fue quien lo entregó renunciando el derecho a la intimidad, pero el juzgado señaló que no se puede excluir porque fue la madre quien lo suministró, pero eso no se dijo. No encontró en qué momento la fiscal sustentó esa forma de obtención, ya que nunca argumentó que el titular del derecho haya renunciado a él y haya entregado la historia clínica, con cualquier constancia de entrega.

Por lo anterior, solicitó *"se sirva reponer para revocar ese decreto probatorio cuando autoriza el uso de una historia clínica, historias clínicas de atenciones psicológicas, en razón a que evidentemente la fiscalía nunca sustentó la legal forma de obtención de ese elemento material de prueba y lo relativo a que se obtuvo de manos de la madre"*, porque ello no fue sustentado en ninguna de las intervenciones de la fiscalía.

Concluyó que como no se pudo acreditar la legalidad de la obtención del documento sometido a reserva, procedía la exclusión, y si eventualmente no se reponía la decisión solicitó que se concediera la apelación para que se excluyera

la historia clínica y no se permita su uso, reiterando que no se acreditó la legal forma de su obtención.

5. No recurrentes.

5.1. La fiscal solicitó se confirme la decisión, porque considera que la Juez realizó un análisis claro y comprendió la forma en que se solicitaron las pruebas.

Criticó que el defensor simplemente estaba repitiendo la oposición, más que sustentar el recurso, y que parecía que *"no hubiese observado el descubrimiento cuando dice que aquí la fiscalía habla de una historia clínica que quien sabe a quién pertenece. Es obvio que las pruebas que se traen a los procesos es porque pertenecen al proceso, porque inmediatamente si en juicio oral un médico viniera a hablar de una historia clínica que no tiene que ver con los hechos, que no tiene que ver con una atención originada en el hecho, pues efectivamente allí mismo también tiene la defensa el control, sobre esos elementos"*, también dejando en entredicho el principio de la buena fe.

Afirmó que el decreto probatorio fue acorde con lo que solicitó la Fiscalía, y en el tema específico a la historia clínica es cierto que la madre la trajo *"y diría yo que tengo 150 juicios de estos a mi cargo... que siempre la historia clínica llega de manos de las víctimas, ellos las aportan al proceso, y es que la fiscalía en ultimas también es un representante de la víctima y eso hace que efectivamente pueda obtener esas historias clínicas de parte de las personas que son víctimas,*

y no podemos dejar de lado que estamos hablando de una víctima menor de edad...". La madre es la representante legal de la menor, quien estará presente para indicar si existió o no la conducta, al igual que la progenitora, quien podrá indicar si trajo o no esa historia clínica.

Concluyó que como titular de la persecución penal, tiene la facultad de obtener esas historias clínicas de manos de las víctimas para traerlas al proceso.

5.2. La representante de la víctima expuso que se encontraba de acuerdo con lo argumentado por la fiscalía y se acogía a su solicitud.

5.3. El Procurador Judicial manifestó, en lo que tiene que ver con lo que es materia de apelación, que acerca de la historia clínica es un tema que no debía debatirse en esa audiencia porque según escuchó del defensor quedaba claro que tanto la fiscalía como la defensa tenían plenamente delimitado que ésta no se iba a aportar como documento autónomo sino que fueron parte de un conjunto de documentos que fueron descubiertos y que servirán para impugnar credibilidad o refrescar memoria, y para esos efectos el único requisito es que hubiesen sido descubiertos, y entiende que no hubo manifestación de rechazo.

Expuso que no se trata de un decreto probatorio ni una petición probatoria, y que el juzgado no tendría que pronunciarse para decir que son admisibles y que de llegar a necesitarse su utilización, allí será el momento para alegar su

inviabilidad o no, y tendrá la oportunidad la fiscal de demostrar por quien fue aportada y si puede haber alguna limitación al derecho a la intimidad. No se trata de una prueba ordenada, sino que son documentos para refrescar memoria o impugnar credibilidad, y lo son desde el momento en que son descubiertos y no necesitan de orden judicial para que tengan esa característica.

6. La negativa de la reposición.

La Juez no repuso la decisión. Explicó que como lo manifestó la fiscal, la historia clínica sería utilizada solamente para refrescar memoria o impugnar credibilidad, es decir con los efectos de un informe o de una denuncia, y al no ser prueba documental no hacían parte del decreto probatorio.

Expuso que hizo un esfuerzo argumentativo por indicar que la historia clínica no daba cuenta del nacimiento de la menor o de una dolencia o enfermedad, sino que obviamente tenía relación estricta con los hechos, que le fue descubierta de manera oportuna al defensor, y al no tener el talante de prueba documental, no se requería advertir si fue arrimada debidamente o no al proceso penal, sino que por "*la practica judicial*" entendió que fue la víctima quien la entregó, pero igual no se mencionó que se hubiese tenido que acudir a la clínica para acceder a la historia clínica, resultando inane cualquier consideración respecto a si la menor o su madre, como su representante legal, estaba en imposibilidad en este caso de no sentirse vulneradas en su derecho a la intimidad respecto de la información que resultaba ventilada, porque al

ponerse este documento en manos de la fiscalía, para ser utilizado estrictamente como un documento para refrescar memoria o impugnar credibilidad, pues no tendría en este caso la connotación de un documento pasible de ser considerado como prueba en el juzgamiento.

Concedió, entonces, el recurso de apelación.

CONSIDERACIONES

Conforme al panorama de discusión previamente descrito, la Sala rechazará el recurso de apelación interpuesto por la defensa.

Si bien es claro que la apelación procede cuando se está discutiendo la exclusión de una prueba en virtud de la cláusula del artículo 23 del Código de Procedimiento Penal, en este caso, como correctamente lo afirmó el delegado del Ministerio Público, la discusión u oposición no estuvo enfocada en una prueba autónoma que haya sido solicitada para su práctica en el juicio, bien sea por su admisión o por su negativa.

En ese sentido, verificados los audios, encontramos que la fiscal al finalizar su intervención en las solicitudes de los elementos que pretendía fueran decretados para su práctica en el juicio, en el minuto 50:30 manifestó de manera general lo siguiente: "... y los demás documentos como entrevistas, noticias criminales, historias clínicas, certificaciones o atenciones psicológicas de la menor, **esta delegada**

solamente los va a utilizar para refrescar memoria o impugnar credibilidad". Ninguna pertinencia, conducencia o utilidad concretas fueron manifestadas, obviamente porque no se trataba de una prueba autónomamente solicitada que permitiera un pronunciamiento judicial en ese momento.

En relación con esta particular utilización de declaraciones previas o documentos en general, recordemos que el artículo 392 de la Ley 906 de 2004 establece que *"el juez podrá autorizar al testigo **para consultar documentos necesarios que ayuden a su memoria**. En este caso, durante el interrogatorio se permitirá a las demás partes el examen de los mismos"*¹, mientras que el artículo 403 de la misma noma determina que la impugnación de la credibilidad se puede realizar respecto de *"manifestaciones anteriores del testigo incluidas aquellas hechas a terceros, o en entrevistas, exposiciones, declaraciones juradas o interrogatorios en audiencias ante el juez de control de garantías"*.

En nuestro caso, ante la ausencia de una petición de rechazo por falta de descubrimiento, ningún pronunciamiento de fondo debió haberse realizado por parte de la Juez de primera instancia, puesto que será en el juicio, ante la eventual utilización de esos documentos, en este evento de la historia clínica, que podrá exigirse el conocimiento de su origen y alegarse su exclusión por la posible trasgresión de normas o garantías fundamentales. La única regla para la utilización de

¹ Negrilla nuestra.

ese tipo de documentos es el descubrimiento, conforme lo ha recordado la Sala de Casación Penal de la Corte:

Aquí corresponde aclarar que la utilización de una entrevista o declaración anterior con el fin de refrescar la memoria del testigo, no puede condicionarse, como equivocadamente lo plantea el agente del Ministerio Público, en su calidad de no recurrente, a que sea solicitada y decretada como prueba autónoma por la parte que pretende valerse de ella en juicio, en este caso la defensa, puesto que solo es necesario haber agotado su descubrimiento.

Así lo ha reiterado la jurisprudencia de la Sala:

*A juicio de la Corte, sin embargo, el supuesto error de derecho por falso juicio de legalidad no existió. La razón de la afirmación, en la cual se profundizará enseguida es sencilla: **la entrevista fue descubierta en la audiencia de formulación de acusación y en esa medida podía utilizarse en el juicio oral para refrescar memoria »o impugnar credibilidad, sin necesidad de ningún procedimiento especial para su introducción.***

(...)

El solo descubrimiento de la entrevista de la manera como tuvo ocurrencia en el escrito de acusación y en la audiencia de formulación de la misma, bastaba para que la fiscalía e igual la defensa, pudieran hacer uso de ella en el juicio para refrescar memoria o impugnar credibilidad.

(...)

Simplemente descubiertas, Fiscalía y defensa las pueden utilizar para los fines mencionados de refrescar memoria o impugnar credibilidad. (CSJ SP 21 Oct 2009, rad.31001)- (Negrilla fuera de texto).

Así las cosas, el defensor de los acusados estaba facultado para hacer uso de la declaración contenida en la denuncia de 23 de febrero de 2013 para refrescar memoria del testigo.

En tal medida, es errada la apreciación del delegado de la Procuraduría al señalar que la defensa tenía que haber solicitado como prueba autónoma la entrevista que se le impidió utilizar durante el conainterrogatorio a la defensa, por cuanto la intención del abogado era la de refrescarle la memoria al deponente Luis Rafael Lozano acerca de la manifestación que hizo en el juicio, relativa a que el mismo día de los hechos había vertido una declaración ante la Policía Judicial en la que señaló ignorar la identidad o el apodo de los hombres que lo secuestraron y hurtaron el vehículo en el que se movilizaba².

Con este principal derrotero, debemos concluir que la oposición de la defensa resulta anticipada, al igual que la decisión de la Juez de negar su exclusión con base en supuestos que no conocemos, y con base en ello, para esta Sala no es posible realizar un pronunciamiento de fondo, por lo menos no en este momento, acerca de una posible trasgresión de derechos o garantías, por la sencilla razón de que la prueba no pudo haber sido decretada de manera autónoma, puesto que así no fue solicitada y fundamentada, y solo en el caso de que llegara a utilizarse en el juicio, podrá argumentarse su exclusión.

En mérito de lo expuesto, **el Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Penal:**


² Subraya nuestra. Sentencia del 10 de diciembre de 2015, radicado 45.858 (SP17059-2015), con ponencia del doctor Fernando Alberto Castro Caballero.

RESUELVE

Rechaza el recurso de apelación presentado por el defensor de **David Santiago Quintero Palacio**. Cítese a audiencia para su notificación.

CÓPIESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,

**JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ****MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS****PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN**