

Proceso: 050016099166 **2020-62334**
Delito: Acceso carnal o acto sexual con persona puesta en incapacidad de resistir
Acusado: Orlando Fabián Ramírez Jiménez
Procedencia: Juzgado 19 Penal Circuito de Medellín
Objeto: Apelación de auto que inadmite unas pruebas a la defensa y que admite otras a la fiscalía
Decisión: Confirma y se abstiene
M. Ponente: Luis Enrique Restrepo Méndez
Auto No: 036-2023

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DECIMOTERCERA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, veinte (20) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Proyecto aprobado según acta Nro. 131

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la defensa de **Orlando Fabián Ramírez Jiménez**, en contra de quien se adelanta la actuación penal por el delito de acceso carnal o acto sexual con persona puesta en incapacidad de resistir, contra el auto del 8 de septiembre pasado, proferido por el Juzgado 19 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de esta ciudad, que resolvió las solicitudes probatorias de las partes.

1. HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Según el escrito de acusación fueron los siguientes:

“En la fecha 21 de noviembre del año 2020, en la calle 65 # 56-84, unidad residencial Paseo de Sevilla, del barrio El Chagualo de la ciudad de Medellín, en una oportunidad el señor ORLANDO FABIÁN RAMÍREZ JIMÉNEZ accedió

carnalmente a la menor S.R.G., de 14 años de edad para el momento de los hechos, aprovechando que la había puesto en incapacidad de resistir, pues le suministró bebidas embriagantes. La menor nació el 30 de abril de 2006 y es su hija.

Concretamente el señor Ramírez se encontraba a solas con S.R.G., en su apartamento departiendo y viendo algunas películas, le solicita que le haga unos masajes en el cuello, ante lo cual la menor accede, posteriormente le pide que le continúe los masajes en todo el cuerpo, pero la menor se negó dado que se sentía cansada, acto seguido le suministra 3 copas de vino, indicándole que era para relajarse, luego de que la menor las ingiere se siente muy mareada y el señor Ramírez aprovecha que se encuentran ambos acostados en la cama para realizarle tocamientos libidinosos en su cuerpo, le quitaba la ropa y S.R.G., se la volvía a subir, posteriormente el señor Ramírez se despoja de una pantaloneta que llevaba puesta y su ropa interior e inicia a realizarle tocamientos libidinosos en la vagina por dentro de la ropa con sus manos, se monta encima de ella y la accede carnalmente mediante introducción de los dedos de su mano en la vagina y posteriormente introduce su miembro viril vía vaginal. S.R.G., intentaba quitarlo, este la agarraba hasta que se bajó y le solicitó no contar a nadie lo sucedido”.

El 17 de mayo de 2022, ante el Juzgado 5° Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de esta ciudad, se llevó a cabo la audiencia de formulación de imputación por el delito de acceso carnal o acto sexual con persona puesta en incapacidad de resistir agravado, art. 207, 211 numeral 5° del C.P. No hubo allanamiento a cargos.

El 29 de junio de 2022, la Fiscalía 37 Seccional radicó el escrito de acusación ante el Centro de Servicios Judiciales de esta ciudad, correspondiéndole por reparto al Juzgado 19 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento quien llevó a cabo la formulación oral de los cargos el 21 de septiembre de 2022 por el mismo delito imputado.

En sesión de audiencia preparatoria celebrada el 8 de septiembre de 2023, la fiscalía entre otras, solicitó las siguientes pruebas testimoniales:

“Alison Mejía Caro: Trabajadora social que hace parte de la ESE Marco Fidel Suárez quien fue en esa atención integral de código fucsia quien tuvo contacto con la menor, con la familia, hizo este reporte de cómo era este núcleo familiar y lo ocurrido, es más hizo el reporte por correo electrónico para la creación del SPOA y la denuncia a la Fiscalía General de la Nación dando por escrito todo lo que le había ocurrido a esta menor víctima.

Catalina Pereira Coleo: Médico que activó el código fucsia, así como el psicólogo Oscar Felipe Cataño Rendón también de la ESE Marco Fidel Suárez pues cada uno intervino desde la actividad que desempeñan, el médico desde el código fucsia y el psicólogo en esta atención integral de la menor y nos vendrán a narrar lo expuesto por la víctima, lo que pudieron observar. El psicólogo frente a examen mental realizado en ese momento de la atención integral, así como la médica los hallazgos que encontró en cuanto a esas valoraciones físicas realizadas a la menor, si dio o no exámenes y los resultados.

Con estos tres se incorporará y luego de escuchados sus testimonios y como complemento, la historia clínica donde cada uno hizo sus anotaciones de la atención brindada a la menor S.R.G.

De igual manera le solicito el testimonio del médico legista Jorge Fernando Acevedo Ríos que realizó valoración sexológica y física a raíz de estos hechos. Nos dirá quien le hizo el relato, antecedentes de valoración genital, análisis precauciones y conclusiones y que pudo observar frente al estado anímico y hallazgos corporales, posterior a ello se solicitará la incorporación del dictamen pericial realizado el 27 de noviembre de 2020”¹.

El defensor contractual del acusado Ramírez Jiménez se opuso a que los anteriores testimonios, así como a la historia clínica y el dictamen pericial del médico adscrito al Instituto Nacional de Medicina legal y Ciencias Forenses fueran admitidos, por las siguientes razones:

En primer lugar, manifestó que los profesionales **Alison Mejía Caro, Catalina Pereira Coleo y Oscar Felipe Cataño Rendón**, “no pueden venir a declarar” porque suscribieron una historia clínica del Hospital Marco Fidel Suárez, que fue ilegalmente obtenida por la fiscalía. Para el efecto recordó los art. 29 de la Constitución Política y

¹ Minuto: 1:11:20

359 del C. de P.P., y agregó que cuando cualquier sujeto procesal, fiscalía o defensa va a obtener una historia clínica que goza de reserva legal debe solicitarla de conformidad con el art. 244 de la Ley 906 de 2004 ante el juez de control de garantías y en este caso, la delegada del ente persecutor no lo hizo. Para demostrar su afirmación allegó un documento donde se da cuenta que la delegada del ente investigador obtuvo esa historia clínica a través de un oficio suscrito por uno de sus funcionarios.

Para sustentar su oposición trajo a colación la sentencia SP3229-2019 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal dentro del radicado 54723 del 14 de agosto de 2019 en la que se dijo que la historia clínica al contener información sensible sólo puede producirse cuando i) es proporcionada por el mismo titular o ii) mediante la consulta selectiva en base de datos que busca el acceso a la información confidencial, ante el juez con función de control de garantías tal y como lo prescribe la sentencia C- 633 de 2007.

De esa manera solicitó que *“se excluya por ilegal la historia clínica suscrita por Alison Mejía Caro, Catalina Pereira y Oscar Felipe Cataño, todos ellos del hospital Marco Fidel Suárez pues fue obtenida de manera ilegal y por ende también son ilegales los testimonios de estos profesionales”*.

En segundo término, solicitó que se rechace la declaración del médico legista **Jorge Fernando Acevedo** y la valoración sexológica que realizó en la menor S.R.G., en atención a que, el consentimiento informado que el paciente tiene que darle a luces del art. 250 inciso 2 del C. de P.P., hace parte de dicha peritación; sin embargo, a pesar de que la defensa lo solicitó desde la audiencia de formulación de acusación y después a la fiscalía para que de manera voluntaria lo presentara, no lo hizo, por lo que a través de un derecho de petición, le pidió al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses que le fuera entregado, no obstante allí le informaron que ese consentimiento le había sido entregado a la fiscalía.

Recordó que tal y como lo indican los art. 344, 346 y 356 del C. de P.P., cuando el descubrimiento es parcial o incompleto, que no siempre extemporáneo, la sanción que

puede recaer sobre la fuente de prueba es el rechazo y esa es la sanción que pide en esta oportunidad para este medio de prueba².

Del mismo modo y para efectos del recurso interpuesto, la defensa solicitó la siguiente prueba pericial y “documental”:

“Rodrigo Andrés Tobón Palacio: Psicólogo forense que realizó valoración psicológica al acusado, con el único propósito de establecer y descartar características psicológicas usualmente encontradas en los ofensores sexuales explorando la ausencia o presencia de características de personalidad que lo acerquen a actos propios de los agresores sexuales, si es proclive a este tipo de comportamientos y nos dirá qué método utilizó para llegar a esas conclusiones y decirnos si efectivamente concluye que es una persona con un carácter desviado.

Como prueba documental autónoma e independiente como medio de conocimiento de que trata el art. 382 del C. de P.P., solicitó que le fuera decretado el certificado de la administración de la Urbanización Paseo de Sevilla, que será acreditado por el señor Deiver Alfonso Jiménez Jhons, primo del acusado para que nos diga porqué la existencia de ese documento que fue librado por la misma administradora donde se dice desde qué fecha vive en ese edificio, dónde vive su primo, cuántos apartamentos más arriba, si para ese día la niña estaba en ese edificio o no estaba, si llegó a bajar a ese apartamento donde ellos estaban viendo un partido de futbol. Con ese certificado se va a acreditar el domicilio de Deiver Jiménez y es un documento privado que lo ubicará allí y es un complemento perfecto de la declaración testimonial de Deiver Alfonso Jiménez Jhons”³.

La fiscalía se opuso al testimonio del perito **Rodrigo Andrés Tobón Palacio**, con fundamento en reiterada jurisprudencia, entre ellas el auto AP4640-2022 dentro del radicado 61078 del 24 de agosto de 2022 en el que la Corte Suprema de Justicia señaló que este medio de convicción no es pertinente porque desbordaría el tema de prueba,

² Minuto: 1:52:09

³ Minuto: 1:20:27

en el sentido de que no hace parte de la teoría del caso del ente persecutor y no hace parte de los hechos que se trate de un abusador sexual que actúe de manera compulsiva, que tenga esa forma pedofilia o rasgos de pederastia, teniendo en cuenta que, como lo dice la jurisprudencia se está frente a un derecho penal de acto y no de autor⁴.

El delegado del Ministerio Público además de coadyuvar la anterior oposición de la fiscalía, dijo que tenía reparo en que se allegara al juicio el certificado de la administración de la Urbanización Paseo de Sevilla, el cual sería introducido al juicio a través del testigo Deiver Alfonso Jiménez Jhons, pues se trata de *“una declaración por fuera del juicio por parte de la administradora”*, que fue quien lo suscribió, de ahí que si lo que se pretende acreditar es lo que dice ese certificado, a quien debió traer como testigo era naturalmente a la administradora⁵.

2. DECISIÓN RECURRIDA

La Juez 19 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de esta ciudad, al resolver las oposiciones que la defensa realizó a la solicitud probatoria de la fiscalía indicó que:

i) En relación con los testimonios de Alison Mejía, Catalina Pereira y Oscar Felipe Cataño quienes suscribieron la historia clínica de la menor S.R.G., refirió que de un lado, no es procedente aplicar la sentencia traída a colación por la defensa dentro del radicado 54723 del 14 de agosto de 2019, porque no hay un presupuesto factico que por similitud sea un referente para resolver el punto que reclama como ilegal, pues en esa oportunidad no se estaba resolviendo un caso de abuso sexual, sino de homicidio, además de acuerdo con los hechos la Corte Suprema de Justicia excluyó por ilegal una historia clínica del acusado porque la fiscalía no se la pidió al juez de garantías, además porque ésta tenía propósitos incriminatorios.

Mientras que, en este evento, por el contrario, el ente investigador no está presentando una historia clínica del acusado, sino de la víctima, además, fue la madre de ésta, su representante legal, quien puso en conocimiento los hechos

⁴ Minuto: 2:30:39

⁵ Minuto: 2:39:50

materia de juzgamiento por eso la fiscalía la pidió con el fin de, por ejemplo, refrescar la memoria de los médicos que prestarán su declaración en el juicio. De esa manera no accedió a la petición de la defensa de excluir esa prueba por ilegal y en su lugar, la admitió.

ii) Tampoco acogió la solicitud relacionada con que se rechazara la declaración del médico legista Jorge Fernando por no descubrimiento, pues en su sentir sí lo hubo, a lo sumo lo que la fiscalía no podrá usar en el juicio es ese consentimiento informado, pero ello no impide que se reciba el testimonio del perito, sobre todo cuando será él quien explique en el juicio la atención que le prestó a la víctima y los hallazgos en el examen practicado. En esa medida entendió que ese documento denominado consentimiento informado no afecta la declaración del médico y tampoco la base de opinión pericial que realizó. Por lo tanto, no acogió la solicitud de la defensa y decretó la prueba⁶.

Posteriormente al referirse a las oposiciones realizadas por la fiscalía y el delegado del Ministerio Público a la petición probatoria de la defensa indicó que no admitiría como prueba el testimonio del perito psicólogo Rodrigo Andrés Tobón, pues en efecto tal y como lo indicó el referente jurisprudencial traído a colación por la fiscalía, la Corte indicó que en estos eventos, en donde se resuelven asuntos en contra de la libertad sexual de los menores no se está juzgando la vida del acusado, o si éste tiene o no características compatibles con pedofilia, por tanto, a la manera en que lo enseñó la jurisprudencia, decidió no decretar el testimonio del perito Rodrigo Andrés Tobón, pues de un lado, las pruebas de perfiles pedófilos no son el tema de prueba y de otro, no se trata de un derecho penal de autor, sino de acto.

En cuanto al certificado emitido por la administradora del Paseo de Sevilla el cual según la defensa, sería introducido con el testimonio de Deiver Alfonso Jiménez, consideró que le asiste razón al delegado del Ministerio Público, pues se trata de un documento privado que, salvo que hubiese sido suscrito por ese testigo, puede ser ingresado por él, no obstante en la solicitud probatoria la defensa señaló que se trataba de un certificado emitido por la administradora de la unidad residencial por esa razón sería a través de la declaración de ésta en el juicio que se podría allegar.

⁶ Minuto: 2:52:12

Recordó que en el proceso existe libertad probatoria, entonces si el testigo Deiver Alfonso Jiménez declara en el juicio, la defensa le podrá preguntar todo lo concerniente al apartamento del cual se reputa propietario, es decir, todo lo que le conste.

Reiteró que si el testigo Deiver Alfonso Jiménez no suscribió la certificación no es posible el ingreso de este documento al juicio a través de su testimonio⁷.

La defensa recurrió la decisión.

3. APELACIÓN

El defensor inició su exposición indicando que sustentaría su inconformidad en los siguientes aspectos: el primero tiene que ver la solicitud de exclusión de unas pruebas, conforme al numeral 5 del art. 177 del C. de P.P., y el segundo, está relacionado con las pruebas que le fueron inadmitidas por la juez de primera instancia.

Dentro de ese primer grupo, el defensor reprochó que la juez no excluyera por ilegalidad la **historia clínica de la menor S.R.G., suscrita por los profesionales Alison Mejía, Catalina Pereira y Oscar Felipe Cataño.**

Para el efecto sostuvo que, de acuerdo con el art. 244 del C. de P.P., la información tiene que ser legalmente obtenida y que, en su sentir, la providencia que citó al momento de solicitar la exclusión del medio probatorio sí se adecúa al caso concreto pues en esa decisión la Corte refirió que para la obtención de la historia clínica las partes tienen que acudir ante un juez de control de garantías, máxime cuando, contrario a lo indicado por la a quo, ésta sí tiene efectos incriminatorios, pues es la fiscalía en quien radica la persecución penal por mandato del art. 250 constitucional; por lo tanto, considera que no le asiste razón a la juzgadora, ya que se están violando los derechos fundamentales de su asistido y se está constituyendo prueba abiertamente ilegal e

⁷ Minuto: 3:27:22

inconstitucional que deviene en lo mismo, en la violación de derechos fundamentales y garantías constitucionales.

En ese orden de ideas solicitó que las cargas fueran medidas con el mismo racero, pues al Estado le era dable y exigible solicitarle al juez de control de garantías permiso para obtener una historia clínica, empero en este asunto, la delegada del ente investigador a través de uno de sus funcionarios le solicitó al Hospital Marco Fidel Suárez que le entregara la historia clínica de la menor, así las cosas, consideró que se debe revocar la decisión de la a quo que admitió los testimonios en el juicio de los profesionales **Alison Mejía Caro, Catalina Pereira Coleo y Oscar Felipe Cataño**, y por sustracción de materia la historia clínica por ellos suscrita, pues fue obtenida de manera ilegal.

Respecto de la admisión de la **declaración del médico Jorge Fernando Acevedo** de medicina legal, solicitó su rechazo por no descubrimiento, pues tal y como lo refirió al momento de exponer sus oposiciones probatorias, si bien es cierto, dicho perito realizó el informe de valoración sexológica a la menor S.R.G., también lo es que, el consentimiento informado no se le descubrió ni se le allegó, por tanto, dicho documento al ser parte integral de ese informe pericial no puede ser admitido por la judicatura quien debe imponer la sanción de rechazo por el no descubrimiento.

Refirió que ese documento es importante para la defensa, porque es la manera de corroborar si la víctima a luces del art. 250 inciso 2º del C. de P.P., prestó su consentimiento o si se está en presencia de una prueba ilegal, por consiguiente, no se le puede coartar a la defensa de esa oportunidad.

Criticó la afirmación de la juez de primera instancia al indicar que el descubrimiento quedó completo porque a la defensa se le entregó el dictamen sexológico, sin embargo, lo que está reclamando es ese consentimiento informado y no entiende por qué la fiscalía se lo niega, pues lo que está tratando es de verificar la validez de ese dictamen médico emitido por medicina legal y rubricado por Jorge Fernando Acevedo. De esa manera solicitó que se revoque la decisión de la juez de primer grado y recaiga la sanción del rechazo sobre ese documento y consecuentemente se inadmita la declaración de Jorge Fernando Acevedo en el juicio.

En segundo término, se refirió a las pruebas que le fueron inadmitidas. De esta forma hizo alusión al testimonio en juicio del perito **Rodrigo Andrés Tobón Palacio**, quien, de acuerdo con su solicitud, es pertinente porque hará más o menos creíble el comportamiento de una persona con ocasión de unos hechos que guarda estrecha relación con el tema de prueba.

Recordó que en el auto traído a colación por la funcionaria de primer grado se dice que no se decreta esta prueba porque *“la defensa busca refutar”* y aquí hay algunas diferencias, porque él no lo solicitó como un testigo refutador, lo hizo en calidad de perito y la prueba pericial en Colombia todavía existe.

En su opinión es cierto que el derecho penal es de acto y no de autor, pero aquí no se va a decir que el acusado es muy buena gente, se trata de una cuestión inminentemente científica, por esa razón considera que la decisión debe ser revocada pues se está *“dejando huérfana e inerme a la defensa tratando de demostrar la inocencia y el comportamiento de una persona que injustamente la están llevando a un estrado judicial”*.

Finalmente, sobre la prueba documental denominada *“certificación de administración del conjunto residencial Paseo de Sevilla”*, dijo la a quo se trata de un documento privado que solamente puede ser autenticado por la persona que lo suscribió, postura de la que discrepa pues si ello fuera así, ninguna prueba al margen de que sea documento público o privado podría ingresar al juicio, al derecho hay que flexibilizarlo, en esta oportunidad está solicitud que se introduzca al juicio un documento que es un certificado donde la administradora dice que en tal apartamento vive un señor y precisamente este señor se lo entregó a la defensa, de ahí que bien puede ser autenticado por cualquiera de sus investigadores y hasta por el dueño del apartamento mismo, por esa razón, solicitó que se revoque la decisión de la a quo y se decrete esta prueba en particular con respeto del debido proceso probatorio⁸.

4. DE LOS NO RECURRENTES

⁸ Minuto: 3:53:03

4.1 La delegada de la Fiscalía, en primer lugar, advirtió que la defensa presentó el recurso de alzada contra el auto que admitió y decretó unas pruebas, bajo la excusa de tratarse de una exclusión por una presunta ilegalidad, no obstante, en decisión adoptada por el Tribunal de Santa Rosa de Viterbo dentro del rad 1523861031342013-80296-01 del 30 de junio de 2021, en un proceso de acceso carnal o acto sexual con incapaz de resistir se hizo un pronunciamiento frente a una situación similar en que se recurrió por haberse permitido y decretado tanto la historia clínica como la incorporación de la misma a través de los profesionales psicólogos que hubieren intervenido, allí ese Tribunal luego indicar si en estos casos era procedente o no el uso de esta historia clínica resaltó que no se incurre en violación al derecho a la intimidad cuando la persona propietaria de la misma la pone en conocimiento o el representante legal del paciente tratándose de personas incapaces o menores lo haga.

En este caso, continuó, es cierto que la historia clínica no se recibió por parte de la víctima, pero, fue su progenitora y representante legal quien puso en conocimiento del ente investigador unos hechos por esa razón se solicitó la historia clínica y el Hospital Marco Fidel Suárez en garantía de los derechos de la menor la remitió a la fiscalía.

Resaltó que muy diferente sería el caso si la fiscalía hubiese obtenido de esa manera la historia clínica del acusado, pues en esa situación sí le correspondería acudir ante el juez de control de garantías.

Frente al dictamen de medicina legal dejó claro que, en ningún momento, como para decir que el descubrimiento no es completo, se enunció dentro de los elementos materiales probatorios ni en el escrito de acusación, ni en los elementos enunciados para descubrir y hacer valer en juicio el consentimiento informado, lo que descubrió y enunció fue el dictamen de medicina legal en el que se dice *“previa explicación de los procedimientos a realizar en la valoración, la importancia de los mismos para el proceso judicial o administrativo se diligencia el consentimiento informado”*, es decir se toma firma y huella dactilar del índice derecho del examinado. Además, teniendo en cuenta que el profesional José Fernando Acevedo será escuchado en el juicio, en ese momento podrá decir, así como la propia víctima, si ese consentimiento fue o no dado. Solicitó no se acceda a la petición de la defensa.

Por último, reiteró los argumentos dados al momento de oponerse al testimonio del perito Rodrigo Andrés Tobón Palacio y frente al certificado de la administradora del conjunto residencial Paseo de Sevilla, dijo que existe libertad probatoria y la persona apta para hablar del contenido de ese documento es el propietario del apartamento que, para el caso, será Deiver Alonso Jiménez. En ese sentido solicitó que la decisión fuera confirmada⁹.

4.2 El delegado del Ministerio Público, pidió que se confirmara la decisión de la juez de primera instancia y recordó que en efecto la jurisprudencia aplicable a un caso concreto debe guardar relación, pues ésta se utiliza para solucionar casos similares a efectos de unificar criterios.

Respecto del consentimiento informado que reclama la defensa, dijo que, en efecto, no puede ser utilizado si no fue descubierto y en relación con la prueba pericial del perfil psicológico del acusado, dijo que no era pertinente¹⁰.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Es competente esta Sala para resolver el recurso de apelación, de conformidad con lo establecido en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, por cuanto versa sobre un auto proferido en primera instancia por el Juzgado 19 Penal del Circuito de Medellín.

2. Los problemas jurídicos propuesto por el censor, se contraen a establecer, i) si debe excluirse por haber sido obtenida de manera ilegal la historia clínica de la menor S.R.G., del Hospital Marco Fidel Suárez y los testimonios de los profesionales de la salud Alison Mejía Caro, Catalina Pereira Coleo y Oscar Felipe Cataño, que la suscribieron; ii) si se debe imponer la sanción de rechazo al informe pericial de medicina forense suscrito por el médico Jorge Fernando Acevedo, así como su testimonio en el juicio porque no se le descubrió el consentimiento informado; y iii) si se equivocó la juez de primera instancia al inadmitir a su favor el testimonio del perito

⁹ Minuto: 4:17:04

¹⁰ Minuto: 4:27:51

Rodrigo Andrés Tobón Palacio y la referida prueba documental denominada “*certificación de administración del conjunto residencial Paseo de Sevilla*”.

3. Pues bien, abordando el primero de los problemas postulados, la defensa reclama la exclusión del testimonio de los profesionales de la salud Alison Mejía Caro, Catalina Pereira Coleo y Oscar Felipe Cataño, quienes suscribieron la historia clínica de la menor S.R.G., del Hospital Marco Fidel Suárez, por haber sido obtenida de manera ilegal, en tanto la fiscalía debió acudir ante el juez de control de garantías tal y como lo rescribe el art. 244 de la Ley 906 de 2004.

Sin embargo, la Sala se abstendrá de resolver el recurso, en tanto la decisión objeto de censura no es susceptible de impugnación. Sólo cuando se trata de una decisión en la que se discute exclusión probatoria por ilicitud del medio, sea que se haya decretado o no la prueba, procede el recurso de apelación, pues en esos eventos se trata de determinar la configuración de una violación a derechos fundamentales. Así lo explicó la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia:

“Acorde con el criterio actualmente imperante (AP4812-2016, Rad. 47469), por virtud del principio de reserva legal, la facultad de establecer los recursos disponibles, su procedencia respecto de determinada decisión y los presupuestos de oportunidad para su ejercicio competen exclusivamente al legislador. De allí que, atendiendo el tenor literal de los artículos 20 y 359 de la Ley 906 de 2004, se advierte que en materia de pruebas, la intención expresa del legislador es que el recurso de apelación solo proceda contra las providencias que impiden la efectiva práctica o incorporación del medio de convicción.

Tal argumento, reforzado por la distinción que se consigna en los numerales 4 y 5 del artículo 177 Ib., respecto del efecto en que ha de concederse el recurso vertical cuando se intenta contra el auto que niega la práctica de prueba o contra el que decide sobre la exclusión de una prueba del juicio oral, diferenciación que solo cobra sentido si se entiende que en ejercicio de la libertad de configuración, el legislador sólo previó la alzada como medio de impugnación del auto que impide la práctica de la prueba mediante su

*inadmisión o rechazo, salvo cuando el elemento de convicción adolezca de ilicitud, caso en el cual procede con independencia de si la decisión excluye o acepta el medio de prueba*¹¹. (Negrilla de la Sala)

Así las cosas, frente a la solicitud de “*exclusión por ilegalidad de la prueba*” realizada por la defensa, la Sala, como se dijo, se abstendrá de conocer el recurso, pues se trata de una decisión que decreta una prueba luego de que se discutiera la vulneración de requisitos meramente formales, máxime cuando la Corte Suprema de Justicia precisó¹² que tratándose de la prueba ilegal, también llamada irregular, corresponde al funcionario realizar un juicio de ponderación, en orden a establecer si el requisito pretermitido es fundamental en cuanto comprometa el derecho al debido proceso, en el entendido de que la simple omisión de formalidades y previsiones legislativas insustanciales no conduce a su exclusión.

4. En segundo término, el censor cuestionó la decisión proferida por la *a quo*, consistente en negar el rechazo del testimonio en juicio del médico Jorge Fernando Acevedo adscrito al Instituto Nacional de Medicina legal y Ciencias Forenses, así como del informe de valoración sexológica por él efectuado a la menor S.R.G., en razón a que el acusador no descubrió el consentimiento informado que hace parte integral de ese informe pericial.

Pues bien ha de recordar la Sala que desde la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004, múltiples han sido los pronunciamientos de la jurisprudencia en punto a la importancia del descubrimiento probatorio, el cual inicia con la presentación del escrito de acusación, continua con la audiencia de su formulación oral, sigue en la preparatoria y excepcionalmente puede llegar hasta el juicio, con la denominada prueba sobreviniente.

En ese sentido ha dicho el Máximo Órgano de la Justicia Ordinaria¹³:

¹¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado 52345 del 4 de abril de 2018, ratificado en el Auto AP2344-2020 radicado 57865.

¹² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado 51917 del 31 de enero de 2018.

¹³ Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Radicado 39948 del 21 de noviembre de 2012.

“En tales términos, el artículo 337 de la mencionada normatividad preceptúa que el escrito de acusación que presenta el Fiscal ante el juez de conocimiento debe contener, entre otras exigencias, “el descubrimiento de pruebas” consignado en un anexo, copia del cual ha de ser entregado tanto al acusado como a su defensor, al igual que al Ministerio Público y a las víctimas.

Por su parte, el artículo 344 establece que en el curso de la audiencia de formulación de acusación debe cumplirse “lo relacionado con el descubrimiento de la prueba”, en el entendido que la defensa puede solicitar al juez de conocimiento que ordene a la Fiscalía el descubrimiento de un elemento material probatorio y, a su vez, la Fiscalía también podrá “pedir al juez que ordene a la defensa entregarle copia de los elementos materiales de convicción, de las declaraciones juradas y demás medios probatorios que pretenda hacer valer en el juicio”.

Adicionalmente, el artículo 356, numeral 2º, del ordenamiento jurídico en cuestión, estipula que en el curso de la audiencia preparatoria corresponde al juez disponer “que la defensa descubra sus elementos materiales probatorios y evidencia física”.

Se desprende de la anterior secuencia que el descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física se encuentra sometido a un orden metódico y cronológico, en aras de garantizar, entre otros, los principios de igualdad, contradicción y lealtad, y en ese sentido, el artículo 346 del Código de Procedimiento Penal de 2004 fija al juez la obligación de rechazar los elementos probatorios y evidencia física respecto de los cuales no se haya cumplido de manera correcta y completa el trámite de descubrimiento probatorio¹⁴”.

De lo anterior, se colige, además, que la finalidad del descubrimiento probatorio reside en garantizar que las partes intervinientes en el proceso penal puedan preparar y soportar su propia teoría del caso, evitando la introducción de pruebas en el juicio oral sin la posibilidad de realizar un adecuado contradictorio.

¹⁴ Casación N° 25920 del 21 de febrero de 2007.

Ahora bien, es cierto que de conformidad con el artículo 346 de la Ley 906 de 2004, sobre el operador judicial pesa la obligación de rechazar aquellas evidencias y elementos materiales probatorios sobre los cuales se omitió la revelación de la información, no obstante, esa sanción extrema se debe acudir solo en los casos en que se acredite actos de negligencia o dolo de quien se predica la omisión.

En el *sub judice*, desde el escrito de acusación la fiscalía descubrió como prueba testimonial la declaración de Jorge Fernando Acevedo Ríos, médico del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, así como el Informe Pericial de Clínica Forense UBMDE-DSANT-12032020 del 27 de noviembre de 2020 suscrito por ese profesional.

Posteriormente, al momento del descubrimiento probatorio realizado en la audiencia de formulación de acusación¹⁵ relacionó puntualmente los testimonios, dentro de los que se encontraba el del perito Jorge Fernando Acevedo Ríos y la evidencia física con que contaba y que descubriría a la defensa, quien al momento de indicar en la audiencia preparatoria si tenía reparos a ese acto de descubrimiento informó que no le había sido entregado como anexo a dicho informe pericial el “*consentimiento informado*”, realizado a la menor S.R.G., al momento de efectuar la valoración sexológica.

Visto lo anterior, para esta Sala no resulta jurídicamente viable acudir a la sanción de que trata el artículo 346 de la ley 906 de 2004, pues si bien es cierto, el inciso 2° del art. 250 de la Ley 906 de 2004 señala:

“Cuando se trate de investigaciones relacionadas con la libertad sexual, la integridad corporal o cualquier otro delito en donde resulte necesaria la práctica de reconocimiento y exámenes físicos de las víctimas, tales como extracciones de sangre, toma de muestras de fluidos corporales, semen u otros análogos, y no hubiera peligro de menoscabo para su salud, la policía judicial requerirá el auxilio del perito forense a fin de realizar el reconocimiento o examen respectivos.

¹⁵ Audiencia del 21 de septiembre de 2022. Minuto: 46:32

En todo caso, deberá obtenerse el consentimiento escrito de la víctima o de su representante legal cuando fuere menor o incapaz y si estos no lo prestaren, se les explicará la importancia que tiene para la investigación y las consecuencias probables que se derivarían de la imposibilidad de practicarlos. De perseverar en su negativa se acudirá al juez de control de garantías.

(...)

También, lo es que, en el presente asunto, se entiende que, en efecto dicho consentimiento informado fue suscrito por la menor o su representante legal, pues de no haber sucedido así, la valoración sexológica no se le hubiese realizado a la ofendida sin la previa autorización del juez de control de garantías, tal y como lo refiere la norma citada en párrafo que antecede. Además, en este asunto no se planteó por ninguna de las partes o intervinientes que el examen sexológico se le practicó a la víctima contra su voluntad. Sin embargo, esta situación puede válidamente verificarse en el curso del testimonio de S.R.G., o el del perito Jorge Fernando Acevedo Ríos.

Así las cosas, no resulta admisible el planteamiento del recurrente, por lo que la decisión apelada será objeto de confirmación.

5. Ahora le corresponde a esta Sala establecer si en el presente asunto, la declaración del perito psicólogo Rodrigo Andrés Tobón Palacio, fue debidamente inadmitida o si, por el contrario, debió ser decretada en favor de la defensa.

Recordemos que, para que sean decretados como pruebas, los medios de conocimiento deben ser conducentes, pertinentes, confiables y útiles. Acerca de estos atributos, la Corte ha sostenido:

“La conducencia supone que la práctica de la prueba solicitada es permitida por la ley como elemento demostrativo de la materialidad de la conducta investigada o la responsabilidad del procesado.

La pertinencia apunta no únicamente a su relación con el objeto de investigación y debate, sino a que resulte apta y apropiada para demostrar un tópico de interés en el trámite.

La racionalidad del medio probatorio tiene que ver con la viabilidad real de su práctica dentro de las circunstancias materiales que demanda su realización.

La utilidad de la prueba se refiere a su aporte concreto en punto del objeto de la investigación, en oposición a lo superfluo e intrascendente”¹⁶.

En ese orden se constituye en una carga de la parte, demostrar argumentativamente que los medios de prueba cuya práctica pretende en el juicio poseen los atributos acabados de mencionar, so pena de enfrentarse a una decisión negativa. En otros términos, la parte debe demostrar el objeto específico, consustancial de la prueba, de manera que permita al juez evaluar los mencionados presupuestos en el caso concreto.

En el *sub judice* la discusión recae en punto de la pertinencia de la prueba que fuera negada por la *a quo* y respecto de la cual insiste el recurrente. La defensa de Orlando Fabián Ramírez Jiménez en los distintos momentos procesales en que hizo uso de la palabra sustentó la pertinencia de la prueba pericial del psicólogo forense Rodrigo Andrés Tobón Palacio, así:

“(...) realizó valoración psicológica al acusado con el único propósito de establecer y descartar características psicológicas usualmente encontradas en los ofensores sexuales explorando la ausencia o presencia de características de personalidad que lo acerquen a actos propios de los agresores sexuales, si es proclive a este tipo de comportamientos y nos dirá qué método utilizó para llegar a esas conclusiones y decirnos si efectivamente concluye que es una persona con un carácter desviado”.

Estos aspectos invocados por la defensa, según la exposición acabada de reseñar, le servirá para sustentar su teoría del caso, circunstancia que observada bajo la óptica del derecho penal de acto lo torna impertinente para demostrar la inocencia del procesado, pues en los casos en los que se prevé demostrar la responsabilidad penal de un acusado, no interesa quién es o qué ha hecho con antelación sino, si cometió o no unos hechos jurídicamente relevantes que tienen connotación delictiva.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto del 12 de abril de 2010. Radicado 33.621.

Nótese como en el *sub examine*, la fiscalía en momento alguno habló de una cualidad especial del procesado, por tanto, sería impertinente que la defensa intentara probar un hecho que el ente persecutor no incluyó en su hipótesis, y si lo que se pretende es demostrar que Ramírez Jiménez no tiene un perfil psicológico compatible con la comisión de unos hechos, sencillamente le bastaría con hacer la negación indefinida para que invierta la carga de la prueba, correspondiéndole a su contraparte demostrarlo, aun cuando ello no fue el soporte de su hipótesis.

Por las razones anotadas en precedencia, la Sala considera acertada la determinación adoptada por la Juez de primera instancia en el sentido de inadmitir el testimonio del perito psicólogo Rodrigo Andrés Tobón Palacio.

6. Finalmente se tiene que la funcionaria de primer grado le negó a la defensa la prueba documental denominada “*certificado de la administración del conjunto residencial Paseo de Sevilla*”, bajo el argumento de que sería ingresado no por la administradora de dicha propiedad horizontal, que fue quien suscribió el documento, sino a través del testimonio de Deiver Alfonso Jiménez Jhons, cuya declaración fue admitida como prueba de la defensa, de ahí que en atención al principio de libertad probatoria, este ciudadano podrá exponer en el juicio lo que le conste, sin necesidad de ingresar esa certificación.

El censor, por el contrario, insiste en que no solo aquel que elabora o rubrica un documento es el legitimado para introducirlo al juicio, pues si éste hubiese sido recolectado incluso, por uno de sus investigadores, con éstos podría allegarlo al debate probatorio. Sin embargo, esta afirmación no puede ser acogida por el Tribunal, pues en efecto, tal y como lo advirtiera el delegado del Ministerio Público al momento de oponerse a la solicitud, dicho certificado no es más que una declaración anterior por fuera del juicio, suministrada por la administradora del conjunto residencial Paseo de Sevilla.

Recordemos que el art. 437 del C. de P.P., considera como prueba de referencia toda declaración rendida fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias

de atenuación o de agravación punitiva, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en juicio.

Sobre el concepto de prueba de referencia, la Corte Suprema de Justicia ha indicado que “[...] se refiere entonces a aquel medio de convicción (grabación, escrito, audio, incluso un testimonio), que se lleva al proceso para dar a conocer una declaración practicada por fuera del juicio, con el objeto de demostrar que es verdadero cuando es imposible llevar al testigo por las causas expresamente señaladas en la ley...”¹⁷.

Por su parte, el art. 438 de la Ley 906 de 2004 señala que únicamente es admisible la prueba de referencia cuando el declarante “a) manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación; b) es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar; c) padece de una grave enfermedad que le impide declarar; d) ha fallecido; e) es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales...”.

En el *sub judice* la defensa pretende ingresar esa declaración anterior de la administradora del conjunto residencial Paseo de Sevilla con el testimonio del señor Deiver Alfonso Jiménez Jhons, cuando la llamada a declarar debió ser quien suscribió ese documento, sobre todo cuando la defensa no acreditó que la declarante estuviera inmersa en alguna de las circunstancias relacionadas en el art. 438 de la Ley 906 de 2004. Por esa razón al tratarse de una prueba de referencia inadmisibles, bien hizo la funcionaria de instancia al denegar el ingreso de dicha certificación. Esta es razón suficiente para negar su decreto.

Como argumento adicional, puede destacarse que se admitió en el juicio la declaración de Deiver Alfonso Jiménez Jhons “*primo del acusado*” quien, según la defensa, daría cuenta “de la existencia de ese documento que fue librado por la misma administradora donde se dice desde qué fecha vive en ese edificio...”.

Y al sustentar la petición probatoria en relación con ese testigo resaltó que:

¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 21 septiembre de 2011. Rad. 36023.

*“Esta persona se ubica como un testigo presencial de los hechos acorde a la hipótesis de la defensa, porque para el mismo día, fecha y hecho de comisión y consumación de los hechos para el estado mi cliente se encontraba en otro lugar. ¿quién va a acreditar esta situación? El caballero que acabo de mencionar estos hechos al parecer del 21/11/2020 ocurrieron en una PH, en un edificio lo importante es que se escuchen a estos testigos a ver si estaban en el mismo piso. Usted podrá escuchar de este testigo si estaba con el acusado, en qué circunstancias estaban, qué estaban haciendo, si la presunta víctima estaba con ellos, quién más además de ellos estaban, si estaban ingiriendo bebidas, de qué tipo, si estaban viendo un certamen deportivo. Esos detalles para tratar de ubicar en tiempo y espacio al presunto victimario en esta causa. Es muy importante porque es concomitante y tiene algún grado de consanguinidad con el acusado. **Nos dirá dónde vive él, hace cuánto en esa urbanización**, al ser pariente nos dirá si existe denuncia en contra del acusado, las razones, motivos y circunstancias por en que se erige una denuncia infundada. Que hay detrás de esa denuncia y que pudo haber pasado ese día para que Fabián estuviera con él”.*

Pues bien, el artículo 375 del C. de P.P, establece que el elemento material probatorio, la evidencia física y el medio de prueba es pertinente cuando sólo sirve para hacer más o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, de ahí que el juez debe analizar el tema de admisibilidad del artículo 376 ibidem, pues aunque *“toda prueba pertinente es admisible”*, no debe ingresar al proceso cuando con su recaudo existe peligro de causar grave perjuicio, probabilidad de generar confusión, exhibe escaso valor probatorio o se torna injustamente dilatoria del procedimiento. (Subraya de la Sala)

Contrastadas entonces, la argumentación de la defensa al momento de solicitar esos medios de prueba, la certificación y la declaración de Deiver Alfonso Jiménez, la Sala advierte que es la misma, de ahí que el *“certificado de la administración del conjunto residencial Paseo de Sevilla”*, además de ser prueba de referencia inadmisibile, ofrece escaso valor probatorio y es repetitivo, pues ya se decretó a su favor ese testimonio, por tanto, será el declarante, quien exponga en el juicio de primera mano, toda la

información que requiere acerca de aquél inmueble, desde hace cuánto tiempo vive allí y los demás motivos que expuso la defensa al momento de argumentar su pertinencia, motivo suficiente para confirmar la decisión confutada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Decimotercera de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, Resuelve:

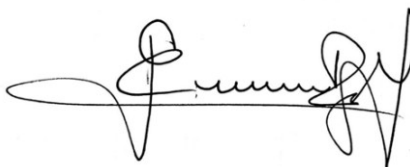
Primero: CONFIRMAR la decisión del 8 de septiembre pasado emitida por la Juez 19 Penal del Circuito de esta ciudad en lo que tiene que ver con no rechazar el testimonio en juicio del perito **Jorge Fernando Acevedo Ríos** quien suscribió el informe de valoración sexológica de la menor S.R.G., así como la inadmisión del perito psicólogo **Rodrigo Andrés Tobón Palacio** y la prueba documental denominada “*certificado de la administración del conjunto residencial Paseo de Sevilla*”, solicitados por la defensa.

Segundo: ABSTENERSE de conocer el recurso respecto a la solicitud de exclusión por ilegalidad de la prueba frente a la admisión de los testimonios de **Alison Mejía Caro, Catalina Pereira Coleo y Oscar Felipe Cataño Rendón**, así como la historia clínica del Hospital Marco Fidel Suárez por ellos suscrita

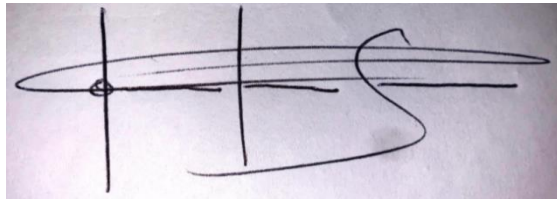
Esta decisión se notifica en estrados y contra la misma no procede ningún recurso.

Remítanse las diligencias al juzgado de origen para que continúe con el trámite de la actuación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ
MAGISTRADO

A handwritten signature in black ink, consisting of several horizontal and vertical strokes, appearing to be a stylized representation of the name.

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
MAGISTRADO

A handwritten signature in black ink, featuring a large, sweeping initial 'N' followed by several smaller, connected strokes.

NELSON SARAY BOTERO
MAGISTRADO