



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Tribunal Superior del Distrito Judicial
Secretaría Sala Penal
Neiva - Huila

Neiva, 27 de agosto de 2020

Oficio N° 6431
Rad. N°: 2014 00190 01
NOTIFICACIÓN VIRTUAL

Señor
JHON DARÍO LOZANO ACEVEDO
Villa Amarilla Etapa I
Ciudad

REFERENCIA: Proceso penal contra **JHON DARÍO LOZANO ACEVEDO, acusado por la presunta comisión del delito de ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS AGRAVADO Y EN CONCURSO.**

En cumplimiento a lo dispuesto en providencia, se procede a notificar de manera virtual el auto del 26 de agosto de 2020, proferido por la Sala Tercera de Decisión Penal de esta Corporación, que resolvió el recurso de apelación interpuesto en el proceso de referencia y dispuso lo siguiente:

“...PRIMERO. REVOCAR el auto de fecha y origen anotados, para en su lugar rechazar la historia clínica o el reporte de epicrisis de I.B.G. SEGUNDO. MANIFESTAR que la presente decisión se notificará en los términos arriba señalados, esto es, a la luz del inciso 3° del artículo 169 del Código de Procedimiento Penal, y contra la misma no procede ningún recurso. NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE...”

Fdo. Magistrado Ponente **Javier Iván Chávarro Rojas.**

Se adjunta copia de la citada providencia.

Atentamente,

ANDRÉS FELIPE YUSTRES
(OFICIO VIRTUAL)



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE NEIVA
SALA TERCERA DE DECISIÓN PENAL**

Neiva, miércoles veintiséis (26) de agosto de dos mil veinte (2020)

Aprobado Acta N° 844

Magistrado Ponente: JAVIER IVÁN CHÁVARRO ROJAS

2014 00190 01

I. ASUNTO

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la Defensa contra el auto proferido el pasado 30 de julio por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Neiva, en la audiencia preparatoria realizada en el proceso seguido contra JHON DARÍO LOZANO ACEVEDO, acusado por la presunta comisión del delito de *actos sexuales con menor de 14 años* agravado y en concurso, mediante el cual se negó una solicitud de rechazo probatorio.

II. ANTECEDENTES

A. HECHOS

Según se colige de la denuncia interpuesta el 23 de octubre de 2014 por Liliana Gómez Mayorga, madre de la menor I.B.G, ocho días antes, su hija le comentó que, cuando la dejaba al cuidado de Carolina, su esposo Jhon Darío *“le metía la mano debajo de la*

ropa y le tocaba su vagina, le mostraba el pene, el cual untaba de salsas (sic) y le decía que se lo chupara", le advertía que le haría "algo peor" y le prohibiría la amistad con su hija, si llegaba a contar lo sucedido.

En la entrevista forense rendida por la menor el 27 de octubre de 2015, indicó que, Jhon Darío "le introducía el pene en su vagina" y "le frotaba el pene en sus glúteos cuando la llevaba en la parte delantera de su motocicleta", lo cual ocurrió en varias oportunidades.

B. ACTUACIÓN PROCESAL

Radicado el escrito de acusación y asignado el conocimiento del asunto al Juzgado Primero Penal del Circuito de Neiva, el 11 de mayo de 2020 se celebró la respectiva audiencia y el 30 de julio siguiente se inició la audiencia preparatoria, en cuyo trámite se adoptó la decisión objeto de alzada.

III. EL AUTO¹

En suma, el *a quo* tras precisar que, contrario a lo estimado por el Fiscal, la historia clínica o epicrisis no reúne las características señaladas en el artículo 415 del Código de Procedimiento Penal para considerársele un dictamen pericial o base de la opinión de un perito, negó la petición de rechazo elevada por el defensor, porque la falta de descubrimiento de ese elemento probatorio no puede enrostrársele a la Fiscalía, máxime si no se advierte en el ente acusador

¹ A partir de 00:16:33

el ánimo de ocultar ese medio de prueba. Adicionó que la Fiscalía no descubrió esa historia clínica, por no tenerla en su poder, ya que la E.P.S, Medimás no ha respondido a su solicitud radicada el pasado seis de febrero.

Sobre la forma como la Fiscalía pretende obtener la historia clínica o epicrisis de la víctima menor de edad, esto es, si contó o no con el consentimiento de la madre de la menor o la autorización de un juez de garantías, estimó tratarse de un asunto ajeno al rechazo de pruebas en razón a su no descubrimiento, por lo que se abstuvo de emitir pronunciarse en ese sentido.

Negó que la defensa hubiese explicado cuál fue el perjuicio real y efectivo creado a raíz de la falta de descubrimiento de la historia clínica o epicrisis, siendo éste uno de los requisitos exigidos jurisprudencialmente para la prosperidad del rechazo o la sanción por incumplirse el deber de revelar información, máxime si se contentó con hacer alusiones genéricas de las cuales el despacho logra inferir tal daño.

En razón básicamente a lo antes expuesto, denegó el rechazo de la historia clínica o epicrisis, pues de un lado, la Fiscalía justificó el motivo por el cual no pudo descubrir ese elemento antes de la audiencia preparatoria y, de otro, la defensa incumplió la carga argumentativa sobre la existencia del perjuicio real y efectivo ocasionado por esa falta de descubrimiento.

IV. LA APELACIÓN²

El defensor expresó desacuerdo con la negativa del *a quo* a rechazar la historia clínica o epicrisis de la víctima I.B.G. en razón a su no descubrimiento, pues estimó que esa omisión sí es imputable a la Fiscalía, toda vez que se limitó a pedirle a la EPS las respectivas copias, sin embargo, ninguna gestión desplegó a fin de obtener la autorización del juez de control de garantías o del paciente, máxime si ese documento tiene reserva legal.

También se quejó por habersele exigido brindar explicaciones sobre cuál había sido el perjuicio causado por la falta de revelación de ese documento, pues desconociendo su contenido, imposible resulta determinar si favorece o no su teoría del caso.

Finalmente, reclamó del Tribunal la revocatoria de la providencia recurrida para que en su lugar se rechace la historia clínica o epicrisis de la víctima menor de edad, por falta de descubrimiento.

V. NO RECURRENTES

A. La Fiscalía³.

Reclamó la confirmación del auto apelado, por cuanto el investigador de policía judicial en febrero del año en curso solicitó a Medimás E.P.S. la historia clínica o epicrisis de la menor víctima, sin embargo, esa entidad no ha dado respuesta. Añadió que, ese

² A partir de 00:21:52

³ A partir de 00:27:02

elemento probatorio es fundamental para fortalecer su teoría del caso.

B. Apoderado de la Víctima⁴.

En suma, luego de negar que la Fiscalía haya actuado con negligencia, abogó por la confirmación de la decisión de primera instancia, ya que la falta de descubrimiento de la historia clínica de la menor no es atribuible al ente acusador, pues en febrero pasado solicitó la expedición de ese documento, pero aún no ha sido entregado por la respectiva E.P.S.

C. Ministerio Público⁵.

Criticó el pedido de la defensa, en razón a estar confundiendo el rechazo de la prueba por la falta de descubrimiento, con la exclusión probatoria por vicios en su recolección u obtención.

En su opinión, el *a quo* acertó al negar el rechazo de la historia clínica, pues la discusión sobre si la Fiscalía acudió o no ante un juez de control de garantías a obtener la autorización para recolectar la historia clínica de la menor víctima, no guarda relación con la sanción por incumplirse el deber de revelar los elementos probatorios.

⁴ A partir de 00:28:35

⁵ A partir de 00:30:53

VI. CONSIDERACIONES

Atendiendo la realidad procesal revelada por la actuación y los términos del disenso del apelante, la Sala resolverá el siguiente problema jurídico: ¿Erró o no el *a quo* al negar el rechazo de la historia clínica o reporte de epicrisis de la menor víctima I.B.G., por no haber sido descubierto a la Defensa?

Con miras a absolver el anterior interrogante, recuérdese preliminarmente que, según voces del numeral 1º del artículo 356, la figura del rechazo se constituye como herramienta jurídica a ser utilizada por el juez cuando en audiencia preparatoria al verificar el descubrimiento probatorio, advierte que el mismo no fue pleno. De esta última manera ha sido entendida la figura del rechazo de la prueba por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, cuando al aludir a la labor del juez en la audiencia preparatoria, ha señalado que “*si aparece demostrado que la parte que tenía a cargo el descubrimiento incumplió sus obligaciones, debe resolver sobre la procedencia del rechazo de las pruebas sobre las que recayó la omisión*”⁶, es decir, el rechazo es una sanción al descubrimiento probatorio indebido o incompleto⁷.

Sobre este mismo asunto, especialmente en lo relacionado con los presupuestos necesarios para aplicar la sanción por el incumplirse la obligación de revelar los elementos probatorios, la jurisprudencia expresó:

“No cabe duda tampoco, que el descubrimiento es uno de los pilares del sistema, pues permite el ejercicio de los

⁶ CSJ. AP948-2018, Auto del siete de marzo de 2018, Rad. 51.882, MP Dra. Patricia Salazar Cuéllar

⁷ CSJ. AP5785-2015, Auto del 30 de septiembre de 2015, Rad. 46.153, MP Dra. Patricia Salazar Cuéllar.

derechos que tienen las partes, particularmente la defensa, por tanto, la vulneración del mismo tiene como sanción el rechazo del medio de prueba así afectado. (Artículos 346 y 356 de la Ley 906 de 2004).

Pues bien, como la piedra angular del problema es la posible afectación al debido proceso probatorio en punto del deber de descubrimiento, es necesario precisar que **sólo se configura la causal de rechazo** prevista normativamente, según el propio artículo 346 del Código de Procedimiento Penal, **cuando su vulneración se provoca por causas atribuibles a quien aspira a la incorporación del medio.**
(...)

De la norma mencionada se infiere que **la sanción de rechazo es consecuencia de una acción u omisión** atribuible a la Fiscalía, luego si **no se descubrió por un evento que no puede endilgarse a esa Entidad, no puede aplicarse la consecuencia jurídica establecida**, debiendo entonces no rechazarse el medio de conocimiento"⁸. (Destaca la Sala)

En cuanto a los principios sobre los cuales se soporta el descubrimiento probatorio y los fines perseguidos con esta Institución, la Corte Suprema de Justicia concluyó:

"...es de la esencia del sistema acusatorio consagrado en nuestra legislación el descubrimiento probatorio, el cual consiste en que la fiscalía y la defensa deben **suministrar, exhibir o poner a disposición de la contraparte todos los elementos materiales probatorios y evidencia física** que posean como resultado de sus averiguaciones y que, **en un momento procesal posterior, eventualmente le pedirán al juez de conocimiento que sean decretadas y practicadas en el juicio oral como sustento de sus argumentaciones.**

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, AP8489-2016, Radicación No. 48.178 del cinco de diciembre de 2016 M.P. Eyder Patiño Cabrera.

Significa lo anterior que el instituto procesal del descubrimiento probatorio encuentra su razón de ser en los **principios de igualdad, lealtad, defensa, contradicción, objetividad y legalidad**, entre otros, **permitiendo de esa manera que ninguno de los intervinientes sea sorprendido por los elementos de prueba que posteriormente pida su oponente** para hacerlos valer en el juicio oral; se trata, pues, de que tanto el fiscal como la defensa **conozcan oportunamente** cuáles son los elementos de prueba sobre los cuales el adversario fundará su teoría del caso y, de ese modo, cada uno pueda elaborar las distintas estrategias propias de su rol particular”⁹.

Adicionalmente, téngase presente la secuencial y metódica organización de los momentos procesales a ser agotados con miras al descubrimiento probatorio, estando el primero de ellos a cargo exclusivo de la Fiscalía, quien por mandato del numeral 5° del artículo 337 del Código de Procedimiento Penal, consignará en un documento anexo al escrito de acusación “el descubrimiento de las pruebas”, es decir, elaborará una relación de los elementos materiales probatorios, evidencias físicas e información legalmente obtenida. El segundo momento, según postura jurisprudencial, “se consolida en la audiencia de formulación de acusación, acto en el cual, según el artículo 344, “se cumplirá lo relacionado con el descubrimiento de la prueba”, pues la defensa podrá solicitar al juez de conocimiento que ordene a la fiscalía el descubrimiento de un elemento material probatorio y, a su vez, ésta 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”¹⁰. Por último, el descubrimiento concluye en la audiencia preparatoria, escenario procesal, donde a la luz del numeral 2° del artículo 356 *ibidem*, el juez dispondrá que la defensa

⁹ CSJ. Auto del ocho de noviembre de 2011, Radicación 36177, MP Dr. José Luis Barceló Camacho.

¹⁰ *Idem*

descubra sus elementos materiales probatorios. Lo anterior sin perjuicio de la excepcional posibilidad de descubrirse nuevos elementos en etapas posteriores, cuando se está de cara a la prueba sobreviniente. Sobre la razón de tales etapas en el proceso de descubrimiento probatorio, la Corte Suprema de Justicia sentenció:

“No es caprichoso, entonces, que dentro de esa sucesión de pasos teleológicamente concebidos por el legislador, se permita que sea la defensa quien solicite en primer lugar el descubrimiento probatorio, pues, se reitera, hasta ese momento se está consolidando su conocimiento frente al contenido de la acusación y de los elementos materiales probatorios y evidencia física que la apoyan, pues no puede olvidarse que, en principio, la fiscalía ha contado con todas las prerrogativas y medios de investigación para sustentar y materializar dicha acusación, siendo factible (por eso se dice que en principio) que la defensa no cuente en ese instante con sus propios elementos materiales de convicción, o bien que teniendo algunos, de todos modos vea la necesidad de buscar otros que en ese acto (audiencia de formulación de acusación) aún no han sido precisados, debido a que hasta ahora elaborará su estrategia defensiva, o contando con ella advierta la necesidad de complementarla o adicionarla frente a los cargos de la acusación y a las pruebas exhibidas o por exhibir en el plazo que la ley contempla”¹¹.

Por consiguiente, el fin medular perseguido por el descubrimiento probatorio es permitirles a las partes enfrentadas en el proceso penal, tener conocimiento oportuno de las pruebas en manos de su contendor y a ser potencialmente usadas en el juicio, para así ajustar su respectiva teoría de caso, preparar la controversia, y en el evento de la defensa, reunir las pruebas para la refutación o contradicción. Por ello, previamente a elevarse las respectivas solicitudes probatorias en la audiencia preparatoria, ya deben haberse resuelto las

¹¹ *Ibidem*

Radicación: 41001 6001 279 2014 00190 01
Procesado: Jhon Darío Lozano Acevedo
Delito: Actos sexuales con menor de 14 años agravado en concurso homogéneo y sucesivo

observaciones o cuestionamientos al descubrimiento probatorio y a las peticiones de rechazo, pues de un lado, según el artículo 346 del Código de Procedimiento Penal, si el descubrimiento no se cumple, los elementos materiales probatorios "no podrán ser aducidos al proceso ni convertirse en prueba del mismo, ni practicarse durante el juicio", esto es, ni siquiera podrían ser pedidos en la audiencia preparatoria, ya que en principio el juez "estará obligado a rechazarlos"; y de otro lado, solo tras definirse si el descubrimiento fue completo y adecuado, subsanarse sus falencias o constatarse sobre el conocimiento de la parte sobre el contenido o sentido de un elemento de prueba, la misma ya contará con razones suficientes para cuestionar su legalidad, licitud, pertinencia o utilidad, y si es del caso, pedir su exclusión o inadmisión.

Entrando ya en materia, declárese que si el recurrente se dolió por no haberse rechazado la historia clínica o reporte de epicrisis de la víctima I.B.G.; si según sus palabras, la Fiscalía no le descubrió ese elemento material probatorio, pese a así haberse ordenado en la audiencia de formulación de acusación; si le reprochó a la Fiscalía el haberse limitado a elevar una petición a la E.P.S. Medimás a fin de obtener el aludido documento, cuando debió acudir al juez de control de garantías o pedir el consentimiento del paciente para lograr ese mismo fin, máxime si la historia clínica o epicrisis tiene reserva legal; si no compartió lo relativo con la carga impuesta de argumentar en qué consistía el daño causado por la omisión del ente acusador a develarle ese específico elemento de prueba; si según la Fiscalía, el pasado seis de febrero el investigador Ángel Beltrán pidió a Medimás E.P.S. copia de la historia clínica o epicrisis de la menor I.B.G, sin obtener respuesta; si aseguró que, antes de iniciarse la audiencia preparatoria, ese investigador le aseguró haber insistido en la mentada petición, sin embargo, "por efectos de pandemia no se ha

Radicación: 41001 6001 279 2014 00190 01
Procesado: Jhon Darío Lozano Acevedo
Delito: Actos sexuales con menor de 14 años agravado en concurso homogéneo y sucesivo

allegado esa historia clínica o epicrisis"¹²; si acatando la directriz jurisprudencial arriba citada, la Fiscalía contó con tres fases o momentos dentro del procedimiento para cumplir el deber de descubrir el referido elemento de prueba a la defensa, esto es, en el escrito de acusación, en la audiencia de formulación de acusación y en la audiencia preparatoria; si en el escrito de acusación radicado el pasado seis de febrero se anunció que la historia clínica o reporte de epicrisis estaba "*pendiente*"; si según lo admitió el Fiscal, ese mismo día solicitó a Medimás E.P.S. copia del tal documento; si el 11 de mayo de 2020, cuando se celebró la audiencia de acusación, no había cambiado el estado de "*pendiente*" del elemento relacionado con la historia clínica o reporte de epicrisis de la menor víctima; si el pasado 30 de julio, cuando se llevó a cabo la audiencia preparatoria, esto es, aproximadamente cinco meses después de radicada la mentada petición de copias ante Medimás E.P.S, aún estaba "*pendiente*" la obtención del multicitado documento por la Fiscalía; si lo anterior permite inferir que la gestión del ente acusador a fin de conseguir la historia clínica o epicrisis de la menor víctima se limitó a elevar una petición, reiterada el mismo día de la audiencia preparatoria, cuando para ese momento procesal ya debía tener disponible ese documento para su exhibición; si esa actividad, lejos está de ser considerada como una labor diligente, seria y acuciosa; si en el marco de la declaratoria de emergencia sanitaria por el COVID – 19, el Gobierno Nacional implementó una serie de medidas para asegurar la atención y prestación de servicios de las entidades públicas, siendo una de ellas el uso de los medios tecnológicos y electrónicos; si en razón a lo anterior, desacertada resulta la manifestación de la Fiscalía sobre la imposibilidad de obtener el aludido elemento de prueba por "*efectos de la pandemia*", pues bien pudo valerse de los medios electrónicos para recolectar esa historia clínica o epicrisis; si de otro lado,

¹² A partir de 00:07:40

atendiendo lo dispuesto en el artículo 346 del Código de Procedimiento Penal, solo se configura la causal de rechazo cuando el descubrimiento se omite por causas atribuibles a quien aspira a la incorporación del medio probatorio; si por lo tanto, innecesario resulta que, quien pide el rechazo, argumente o explique cuál fue el perjuicio causado con la omisión del descubrimiento, pues equivaldría a exigirle sustentar los motivos por los cuales requiere conocer las pruebas de su contraparte, lo cual contraviene los principios y la esencia misma del sistema adversarial; y si ello permite inferir que la Defensa está relevada de cumplir la carga argumentativa sobre el perjuicio real y efectivo creado por falta de descubrimiento; significa que la togada debió rechazar el referido elemento probatorio, pues la falta de diligencia de la Fiscalía en su obtención, le impidió a la defensa conocerlo oportunamente, agraviándose así el derecho fundamental al debido proceso probatorio.

Obsecuente a la anterior motivación, la Sala revocará la providencia recurrida, para en su lugar rechazar la historia clínica o reporte de epicrisis de la menor de edad I.B.G., por no haber sido descubierto a la defensa.

Marginalmente, si en atención a la emergencia sanitaria declarada en todo el territorio nacional por el Presidente de la República a través del Decreto 385 del 12 de marzo de 2020 con miras a contrarrestar los efectos de la pandemia ocasionada con el Covid-19, la Presidencia del Consejo Superior de la Judicatura expidió el Acuerdo PCSJA20-11517 del pasado 15 de marzo, mediante el cual suspendió los términos judiciales y ordenó a los servidores judiciales trabajar desde sus casas; si mediante Acuerdo PCSJA20-11567 expedido el 5 de junio de 2020 se previeron excepciones a esa regla en ciertos asuntos de competencia de los jueces penales de conocimiento, y se dispuso

continuar prestando el servicio desde las residencias de los servidores judiciales mediante el uso de las tecnologías de la información, precisándose que, los memoriales y comunicaciones podrían enviarse o recibirse por correo electrónico; si a luz del artículo 169 del Código de Procedimiento Penal, por regla general las providencias deben notificarse en estrados a las partes, pero el inciso 3º de esa norma señala que, *“de manera excepcional procederá la notificación mediante comunicación escrita dirigida por telegrama, correo certificado, facsímil, correo electrónico o cualquier otro medio idóneo que haya sido indicado por las partes”*; y si el pasado 30 de abril la Presidencia de la Sala Penal de esta Corporación expidió el *“PROTOCOLO PARA EL TRÁMITE DE PROCESOS PENALES Y CONTABILIZACIÓN DE TÉRMINOS EN LA SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE NEIVA”*, en el cual se ordena que la notificación de las providencias dictadas en los procesos penales se realice a través del correo electrónico; se dispondrá que por Secretaría se notifique la presente decisión de forma virtual o a través del medio más expedido a su disposición a las partes e intervinientes, siguiendo los lineamientos del inciso 3º del artículo 169 del C.P.P.

En razón y mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Penal del Tribunal Superior de Neiva,

RESUELVE:

PRIMERO. REVOCAR el auto de fecha y origen anotados, para en su lugar rechazar la historia clínica o el reporte de epicrisis de I.B.G.

SEGUNDO. MANIFESTAR que la presente decisión se notificará en los términos arriba señalados, esto es, a la luz del inciso 3º del artículo 169

Radicación: 41001 6001 279 2014 00190 01
Procesado: Jhon Darío Lozano Acevedo
Delito: Actos sexuales con menor de 14 años agravado en concurso homogéneo y sucesivo

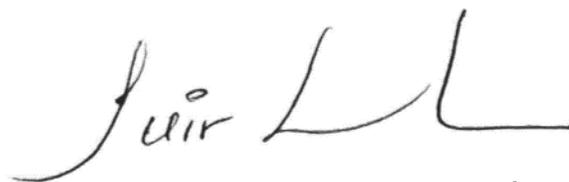
del Código de Procedimiento Penal, y contra la misma no procede ningún recurso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JAVIER IVÁN CHÁVARRO ROJAS¹³
(Providencia virtual)

HERNANDO QUINTERO DELGADO
(Con excusa médica)


ÁLVARO ARCE TOVAR


LUISA FERNANDA TOVAR HERNÁNDEZ
Secretaria

Folio No. Tomo No. del Libro de Autos Penales.

¹³ La presente decisión se suscribe de forma virtual de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 491 de 2020 que autorizó la utilización de firmas escaneadas, en concordancia con lo señalado en el Acuerdo PCSJA20-11567 expedido el 5 de junio de 2020 por el Consejo Superior de la Judicatura sobre el deber de los servidores judiciales de prestar el servicio preferentemente desde sus casas y emplear las tecnologías en sus actuaciones.