

Proceso: 0500160002072017-01691  
Delito: Acceso carnal abusivo con menor de 14 años  
Procesado: León Darío Pabón Cartagena  
Procedencia: Juzgado 16 Penal del Circuito de Medellín  
Objeto: Apelación auto que negó el rechazo de unas pruebas  
Decisión: Confirma y se abstiene  
M. Ponente: Luis Enrique Restrepo Méndez  
Auto No. 009-2022

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



**Medellín, dieciocho (18) de abril de dos mil veintidós (2022)**

**Proyecto aprobado según acta Nro. 050**

El Juzgado 16 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín, a cuyo cargo discurre el juzgamiento de **León Darío Pabón Cartagena**, a quien en su contra la Fiscalía formuló acusación por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, se pronunció, en desarrollo de la audiencia preparatoria realizada el pasado 25 de febrero de este año, de manera adversa frente a la solicitud de la defensa sobre el rechazo y exclusión de unos elementos materiales probatorios de la fiscalía. Como tal decisión fue oportunamente apelada por el defensor, su adecuada sustentación hace surgir la competencia de este Tribunal para dirimir la controversia en segunda instancia, objetivo hacia el cual se orienta entonces este proveído.

### **2. DECISIÓN QUE SE REvisa Y SUS ANTECEDENTES**

2.1 El 27 de agosto de 2020 le correspondió por reparto al Juzgado 20 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías, las audiencias preliminares, de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, en contra de **León Darío Pabón Cartagena**, por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado.

2.2 El 5 de noviembre de 2020 la fiscalía radicó el escrito de acusación, correspondiéndole su conocimiento por reparto, al Juzgado 16 Penal del Circuito con Funciones de

Conocimiento de Medellín, quien fijó fecha para su formulación oral el 8 de marzo de 2021 por el mismo delito que le fuera imputado y que está contenido en los art. 208, 211 numeral 2º y 212 del C. P.

2.3 El 25 de octubre de 2021, inició la audiencia preparatoria, trámite durante el cual la defensa dijo tener dos reparos. Sin embargo, planteó los siguientes:

i. Descubrimiento extemporáneo de la entrevista forense del menor J.A.M.J. Esta sólo le fue entregada el 8 de abril de 2021, es decir un mes después de haberse llevado a cabo la audiencia formulación de acusación, cuando el art. 344 del C. de P.P es muy claro en señalar que la fiscalía tenía 3 días para hacer el descubrimiento probatorio.

Mencionó que el Magistrado Nelson Saray Botero indicó en su libro de Procedimiento Penal Acusatorio que el deber de descubrimiento es constitucional y así está consagrado en el art. 250 numeral 9 inciso 3º de la Constitución Nacional.

Resaltó que la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia permite el descubrimiento extemporáneo siempre que se haya garantizado la controversia probatoria y el derecho a la defensa y que éste se puede justificar cuando hayan obrado algunas circunstancias que le impidieron al ente acusador el descubrimiento oportuno.

En ese sentido solicitó que se aplicara la sanción de rechazo de que trata el art. 346 del C. de P.P, pues la fiscalía contaba con el CD contentivo de la entrevista forense al niño J.A.M.J. desde el 21 de junio de 2018, por lo que no hay excusa válida que justifique ese descubrimiento tardío.

ii. La entrevista forense del niño J.A.M.J. además de haberse descubierto de manera extemporánea, es también una prueba ilegal. La razón, tiene que ver con que fue conseguida con violación de requisitos formales, ya que el art. 206A del C. de P.P indica que ésta se debe recepcionar ante el defensor de familia, previo cuestionario autorizado por él. Igual vició presenta la entrevista a su hermanita C.A.M.J. En consecuencia, solicitó la exclusión de esos medios de prueba<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Audiencia preparatoria del 25 de octubre de 2021. Minuto: 03:14

iii. Existe un informe de investigador de campo del 12 de abril de 2018 suscrito por Benjamín Torres Herrera donde, en atención a una misión de trabajo del fiscal 83 del CAIVAS, identificó e individualizó a su asistido y solicitó la tarjeta alfabética de preparación a la Registraduría Nacional del Estado Civil. Sin embargo, dicho medio de prueba adolece de un problema grave pues no existe constancia alguna que dé cuenta del control posterior, en tanto se trató de una búsqueda selectiva en base de datos, tal y como lo ordena el art. 244 inciso 3º del C. de P.P. Por tanto, solicitó su exclusión al no ser legalmente obtenida.

2.4 La fiscalía se opuso a la petición realizada por el defensor y adujo que el descubrimiento probatorio inicia con el escrito de acusación, continúa con la audiencia de formulación oral de cargos y finaliza con la audiencia preparatoria.

Reconoció que a los tres días de haberse celebrado la audiencia de formulación de acusación se le descubrieron a la defensa los elementos materiales probatorios, ésta realizó algunas observaciones que le fueron satisfechas al punto que al darse inicio a la audiencia preparatoria, que se está realizando seis meses después de la acusación, ya está en poder de todos los medios de convicción con que contaba la fiscalía, lo que le permite realizar las reclamaciones que, en su sentir, no son procedentes en este momento, pues aún no ha realizado la solicitud probatoria.

Reprochó que solicite el rechazo del informe suscrito por la investigadora Clarinda Yates Pomares, bajo el argumento de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, cuando éste le puede servir más a él ya que puede impugnar la credibilidad del menor cuando declare en el juicio.

Respecto de la consulta en base de datos de la tarjeta de preparación del acusado, recordó que la fiscalía tiene un enlace con la Registraduría Nacional del Estado Civil quien autorizó a esa entidad para consultar su página web, por tanto, no requiere control previo ni posterior<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Ídem. Minuto: 30:05

2.5 La representante de las víctimas indicó que para este momento la defensa ya cuenta con todos los elementos materiales probatorios y respecto de la exclusión por ilegalidad de la prueba, resaltó no era el momento oportuno<sup>3</sup>.

2.6 El delegado del Ministerio Público señaló que en este punto lo que se debe estudiar es si procede o no la consecuencia del art. 346 del C. de P.P en cuanto reza a la sanción del inciso 1º, porque lo que corresponde a negar o excluir la prueba por ilegal o ilícita corresponde a la fase del decreto probatorio y depende de las solicitudes que en ese sentido realice la fiscalía.

Recordó que la sanción por descubrimiento extemporáneo es un mecanismo de aplicación de carácter extremo y para ello trajo a colación una decisión de esta Sala dentro del radicado 2018-14408 del 17 de marzo de 2021 y agregó que lo que se debe probar es la negligencia de la fiscalía para dicho acto. Sin embargo, en este asunto si bien es cierto, el descubrimiento fue extemporáneo respecto de esos 3 días, también lo es que, la defensa ya lleva 6 meses en poder de los elementos materiales probatorios, por lo que la solicitud no debe ser atendida.

En punto a la solicitud de exclusión de medios de prueba por ilegal, solicitó al *a quo* que su pronunciamiento se realizara una vez decretara las pruebas<sup>4</sup>.

En este punto el juez de primera instancia suspendió la diligencia.

2.7 El 25 de febrero de este año, se continuó con la realización de la audiencia preparatoria, momento en el que, el funcionario de primer grado resolvió la solicitud de la defensa así:

***Decisión recurrida primera parte.***

Dijo no asistirle razón a la defensa por cuanto la sanción establecida en el art. 346 del C. de P.P no puede interpretarse de manera aislada sino en el contexto de los principios que orientan y gobiernan la ley 906 de 2004, entre ellos los art. 5º, 26 y 27, por lo que de

---

<sup>3</sup> Audiencia preparatoria del 25 de octubre de 2021. Minuto: 35:50

<sup>4</sup> Audiencia preparatoria del 25 de octubre de 2021. Minuto: 37:20

acceder a dicha petición éstos se verían vulnerados y se le daría más importancia a la forma que al contenido.

De otro lado afirmó que la sanción del art. 346 del C. de P.P se refiere no al deber de descubrir sino de revelar el cual hace relación a tres situaciones relacionadas con los elementos materiales probatorios, descubrir, exhibir o entregar y lo que entiende es que la fiscalía los descubrió en el sentido de que primero los informó a las partes, luego la defensa amparada en la ley le exigió su entrega y así ocurrió un mes después, de tal manera que ese “*descubrimiento imperfecto*” puede equiparse a la mora de que trata el Código Civil en sus art. 1608 y 1609.

Del mismo modo indicó que en este caso la defensa no acreditó que tal revelación fuera maliciosa, tendenciosa o que hubo temeridad y en ese sentido negó la solicitud de sanción de rechazo por descubrimiento extemporáneo.

Respecto de la exclusión de algunos medios de prueba por haber sido obtenidos de manera ilegal y que también peticionó la defensa en su intervención, dijo que la resolvería más adelante y enseguida dio continuidad a la celebración de la audiencia preparatoria, solicitándole al apoderado del acusado Pabón Cartagena que descubriera los elementos materiales probatorios que haría valer en el juicio<sup>5</sup>.

#### ***Continuación audiencia preparatoria***

La defensa descubrió y enunció los siguientes:

- i) La historia clínica y exámenes de laboratorio del niño JAMJ practicados en el Hospital Pablo Tobón Uribe.
- ii) El informe de la Institución Educativa Estela Vélez Londoño del municipio de Medellín y
- iii) El informe pericial, el escrito base de opinión pericial de la entrevista de psicología forense<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Audiencia del 25 de marzo de 2022. Minuto: 05:10

<sup>6</sup> Ídem. Minutos: 10:07 y 17:07

Al momento de hacer sus solicitudes probatorias con indicación de pertinencia y conducencia, el apoderado del acusado dijo:

*“i) Historia clínica y exámenes de laboratorio del niño J.A.M.J., practicados en el Hospital Pablo Tobón Uribe. Primero aclarar que, si bien es una prueba que podría ser tomada como ya previamente solicitada por la fiscalía, esta que yo ofrezco es más completa porque la historia clínica que descubrió el señor fiscal no contiene los resultados de los exámenes de laboratorio, por tanto, sería una prueba complementaria a la de la fiscalía no repetitiva ni violatoria de derechos y no pretende dilatar el proceso ni nada.*

*Es pertinente porque permitirá hacer menos probable las circunstancias que demostrará la fiscalía de probar el supuesto acceso carnal del niño J.A.M.J., la doctora Oriana María Ramírez será la persona encargada de incorporar estos exámenes de laboratorio igual que los profesionales de medicina que mencionó previamente el señor fiscal, doctor Andrés Cifuentes y doctora María Londoño, cada uno en lo pertinente con cada uno de ellos, pero la doctora Oriana María Ramírez quien era bacterióloga del Hospital Pablo Tobón Uribe para la fecha de los hechos, nos ilustrará en este proceso sobre el contenido de estos exámenes de laboratorio, qué incidencia pueden tener, la presencia de ciertos patógenos o ciertas bacterias en el cuerpo del niño y de las lesiones encontradas en su cuerpo y hará probable una teoría alterna a la de la fiscalía que alguna lesión que apareció en el cuerpo del menor no se debió a un acceso carnal sino a otras circunstancias de índole médico.*

*Esta prueba reúne los requisitos del art. 375 del C. de P.P al igual que lo que decía el señor fiscal tiene relación directa con los hechos porque estos exámenes de laboratorio fueron practicados en un término muy cercano a la ocurrencia de los hechos con los cuales se lleva esta investigación y por lo tanto, tiene relación directa y es absolutamente pertinente, además conducente porque es un medio de prueba que permite, tiene la vocación de desvirtuar algunos de los hechos que utiliza la Fiscalía general de la Nación para lograr la condena de mi defendido.*

*ii) El informe de la Institución educativa Estela Vélez Londoño del municipio de Medellín; nos probará que el niño presunta víctima estaba desescolarizado y*

*también un bajo nivel de cuidado parental de los parientes particularmente de los padres, hallazgo que junto con los hallazgos de la historia clínica pueden hacer menos probables los hechos o circunstancias que mencionó la fiscalía para probar el supuesto abuso. Tiene relación directa con los hechos, será incorporado por el rector de la Institución Educativa Estela Vélez Londoño y/o en su defecto como es un documento autentico podrá ser incorporado directamente por la defensa vía lectura y exhibición del documento en el juicio oral como ya fue descubierto a las partes, permite la controversia probatoria, además a este documento se le hizo control previo y posterior de legalidad. Tiene relación directa con los hechos porque se refiere directamente a la alegada víctima y por tanto es pertinente y es conducente porque permite probar hechos que hacen menos probable la ocurrencia de las conductas por las que se investiga al procesado.*

*iii) El informe pericial, el escrito base de opinión pericial de la entrevista de psicología forense que será incorporado a través de la dra. Natalia Gómez bueno, quien fue la profesional encargada de adelantar la entrevista forense del perfil criminológico del aquí procesado y es muy pertinente porque tiene relación directa con él, servirá para probar que no es un agresor sexual de niños porque no tiene esos rasgos de personalidad y tampoco registra problemas de salud mental y servirá para probar que no tiene características de personalidad, patrones de comportamiento ni factores de riesgo de los abusadores de niño, por tanto tiene relación directa con los hechos, tiene pertinencia legal art. 375 del C. de P.P. y no es un medio que viole derechos, dilate la investigación, entonces por ser pertinente y conducente los tres medios de convicción que usará la defensa por pertinentes, conducentes y son útiles y debe ser admitidos.*

*Usted me dirá señoría cuando solicito las pruebas y documentos comunes”<sup>7</sup>.*

En este punto el a quo le recordó que su solicitud probatoria estaba “*amarrada*” a ese descubrimiento y enunciación que realizó anteriormente, es decir que no se podía pedir pruebas que no hubiese enunciado y que, por tanto, su intervención al momento de la solicitud probatoria se redujo a lo descrito anteriormente por él<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Audiencia del 25 de marzo de 2022. Minuto: 41:58

<sup>8</sup> Ídem. Minuto: 49:27

### ***Oposiciones probatorias***

i) La Fiscalía se opuso a la solicitud probatoria de la defensa en tanto sólo hizo alusión desde el descubrimiento de documentos sin indicar quienes serían los testigos con los cuales ingresarían, en ese sentido pidió que se inadmitieran todas sus pruebas. Recordó que los documentos no son prueba autónoma y tendrían que ser ingresados como lo dispone el numeral 2º del art. 429 del C. de P.P.

Respecto del informe de la Institución Educativa indicó que sería ingresada con el rector sin hacer mención de su nombre, además no es pertinente porque nada tiene que ver que el menor estuviera desescolarizado para el momento del acceso; frente a la historia clínica dijo que sería ingresada con la bacterióloga Oriana Ramírez, pero ella no fue descubierta en su oportunidad, lo mismo ocurrió con el informe pericial de psicología, pues de manera extemporánea mencionó a la doctora Natalia Gómez<sup>9</sup>.

ii) La representación de las víctimas y el delegado del Ministerio Público dejaron a consideración del juez de instancia la decisión de admitir o no las pruebas de la defensa, la primera recordó que éste sólo descubrió y enunció documentos<sup>10</sup>.

### ***Decisión recurrida segunda parte***

El Juez 16 Penal del Circuito luego de admitir todas las pruebas solicitadas por la fiscalía, indicó que la solicitud probatoria de la defensa presentó varios problemas; el primero, tiene que ver con la forma cómo se introducen al juicio oral los documentos, para ello hace una diferenciación entre los públicos y privados; en segundo término, tiene que ver con los denominados informes, los cuales no ingresan al juicio de manera autónoma sino a través de un testigo, por tanto, dijo observar en la defensa una confusión “*porque habló de unos elementos que por sí solos no tienen esa condición de documentos, que son unos informes y además no hizo la pertinencia y la justificación de que se trataba de documentos, es decir de elementos que contienen una afirmación independiente que se incluye para el proceso*”.

---

<sup>9</sup> Audiencia del 25 de marzo de 2022. Minuto: 51:09

<sup>10</sup> Ídem. Minutos: 57:05 y 58:27

Agregó que cuando se trata de declaraciones de expertos, que es lo que cree, quiso decir el defensor, se necesita del declarante, la declaración sin éste no se puede recibir, bajo esta perspectiva y porque le pareció importante velar por la suerte del procesado y en aplicación del principio de caridad, entendió que la solicitud de la defensa estaba dirigida a que se escuchara en el juicio la declaración de un experto, tal es el caso de las doctoras Oriana María Ramírez y Natalia Gómez, en consecuencia admitió estos testimonios, bajo la advertencia de que la defensa deberá allegar con 5 días de antelación al juicio, el informe base de opinión por éstas suscrita y rechazó lo que el apoderado del procesado calificó como documentos.

Posteriormente, negó la exclusión o nulidad, como lo denominó la defensa, de los siguientes elementos materiales probatorios por haber sido obtenidos de manera ilegal: i) las entrevistas forenses recepcionadas a los menores J.A.M.J y su hermana C.A.M.J, bajo el argumento de que la defensa no está legitimada en la causa para alegarla, pues las garantías establecidas en el art. 206A del C. de P.P son en función exclusiva de los menores y no del procesado; ii) la denominada búsqueda selectiva en base de datos o mejor, la consulta de la tarjeta decadactilar y de preparación del procesado en la Registraduría Nacional del Estado Civil, por considerar que no se le hizo control posterior, como lo ordena el art. 244 inciso 3° de la ley 96 de 2004 y recordó que la fiscalía tiene la facultad para investigar la identidad del acusado, al punto que, el ente investigador tiene conexión directa con la página web de dicha entidad y la defensa no ha presentado ninguna objeción respecto de que no es el procesado quien debe responder por los hechos imputados<sup>11</sup>.

### **APELACIÓN**

La defensa interpuso los recursos de reposición y en subsidio apelación, el mismo que sustentó de la siguiente manera:

En primer lugar, indicó que el art. 346 de la ley 906 de 2004 señala que el juez está obligado a rechazar los medios de prueba que no hayan sido descubiertos oportunamente, salvo que se acredite que su incumplimiento se haya omitido por causas no imputables a la parte afectada. En este asunto, la fiscalía no explicó por qué no hizo el descubrimiento

---

<sup>11</sup> Audiencia del 25 de marzo de 2022. Minuto: 1:02:34

dentro de ese término que otorga la ley que es de 3 días, sin que le corresponda a la defensa probar la negligencia o mala fe del ente persecutor como lo indicó el funcionario de primer grado, pues se trata de una “*inversión probatoria*” que a él no le corresponde y si bien es cierto, los medios de prueba le fueron descubiertos antes de la audiencia preparatoria, también lo es que, este ocurrió un mes después de celebrada la audiencia de formulación de acusación.

En segundo término y respecto a la decisión de no excluir la entrevista forense del niño J.A.M.J y su hermana C.A.M.J indicó que el debido proceso como derecho fundamental está compuesto por una serie de principios en especial que toda persona procesada debe serlo de acuerdo a las formas propias de cada juicio.

Resaltó que el art. 206A del C. de P.P establece claramente, con carácter imperativo unas formalidades para la realización de estas entrevistas forenses a los niños, entre ellas que el defensor de familia debe estar presente al momento de la entrevista, previa aprobación del cuestionario por este mismo funcionario, y en este caso dichos requisitos se encuentran ausentes.

Advirtió que el juez en su decisión tampoco excluyó la búsqueda selectiva en base de datos de la tarjeta alfabética y de preparación de la cedula de ciudadanía de su asistido, cuando el art. 244 del Estatuto Procesal Penal indica que una vez obtenida la información confidencial se debe hacer un control posterior de legalidad dentro de los 36 horas siguientes. La norma no indica que si la fiscalía tiene acceso directo a la base de datos de la Registraduría se puede omitir este requisito, por consiguiente, se trata de una prueba que está viciada porque no se siguió el procedimiento.

En caso de que el juez de primera instancia no reponga su decisión solicitó a este Tribunal que “*i) decrete el rechazo por extemporaneidad del descubrimiento injustificado de la fiscalía de esa entrevista en CD del niño J.A.M.J; ii) que excluya por no haber cumplido los requisitos del art. 206<sup>a</sup>A las dos entrevistas forenses a menores de edad y iii) que excluya la búsqueda selectiva en base de datos de la Registraduría Nacional del Estado civil por parte de la fiscalía por no haber cumplido el requisito de control posterior de legalidad*”.

Por último, frente al auto de decreto de pruebas señaló que el *a quo* admitió el testimonio de la doctora Oriana Ramírez indicándole que debía dar traslado del informe base de opinión pericial por ella suscrito por lo menos 5 días antes de que se lleve a cabo dicha declaración. Sin embargo, “*lo que ella va a rendir es su testimonio de lo que observó al momento de practicarle esos exámenes al niño J.A.M.J, no se trata de un experticio*”, es decir, explicará y aclarará qué significa el contenido del examen de bacteriología practicado en el Hospital Pablo Tobón Uribe al niño J.A.M.J.

Enseguida le solicitó al funcionario de primer grado que le permitiera enunciar sus testigos y los comunes con la fiscalía<sup>12</sup>.

#### DE LOS NO RECURRENTES

i) **La fiscalía** solicitó que la decisión del juez de instancia fuera confirmada. Respecto del rechazo de elementos materiales probatorios por descubrimiento extemporáneo insistió que éste se realiza en varias etapas y que tanto conocimiento tuvo la defensa de la entrevista forense realizada al menor que ha hecho reparos a la misma, al punto de señalar que para su recepción se incumplió el art. 206A del C. de P.P.

Señaló que la plena identidad del procesado está acreditada desde la audiencia de formulación de imputación y en las demás que se han practicado, al punto que él mismo se identificó con su nombre y número de cedula de ciudadanía. En cuanto a la entrevista realizada al menor que se postula como víctima dice la defensa que no estuvo presente el defensor de familia, cuando en realidad existe constancia de su autorización.

Indicó que la defensa está solicitando la exclusión de un medio de convicción que no fue solicitado como prueba y que frente a las preguntas sugestivas que dice, contiene el cuestionario, no demostró su trascendencia y cómo influyó en el menor, para ello trajo a colación una decisión de este Tribunal dentro del proceso 2014-03964 del 22 de enero de 2019, Magistrado Ponente Pío Nicolas Jaramillo.

---

<sup>12</sup> Audiencia preparatoria del 25 de marzo de 2022. Minuto: 1:27:00

Del mismo modo solicitó que la decisión del juez de instancia de admitir, bajo el argumento del principio de caridad el testimonio de Oriana Ramírez, se mantenga<sup>13</sup>.

ii) **La representante de las víctimas** le solicitó al funcionario de primer grado no reponer su decisión y en caso de conceder la alzada, se confirme la misma porque contrario a lo manifestado por el censor, se le garantizó ese derecho de igualdad de armas<sup>14</sup>.

iii) **El delegado del Ministerio Público** en el mismo sentido solicitó que la decisión se mantenga, advirtiendo eso sí, que en lo que se refiere a la prueba testimonial se trata de un decreto de pruebas y se ha señalado que la apelación procede contra el auto que las niega y cuando se ha efectuado por alguna de las partes una objeción en lo que se refiere a rechazo o exclusión.

En punto al rechazo por una falta de descubrimiento oportuno señaló, que el término de los 3 días con que cuenta la fiscalía, posterior a la audiencia de acusación, para efectuar ese descubrimiento probatorio debe ser mirado con los criterios de corrección de la actividad judicial que es una norma rectora, de manera que no siempre que se falte a ese término la sanción es la exclusión y aunque es cierto que no le correspondía a la defensa probar la mala fe, el art. 83 de la Constitución Nacional indica que la buena fe se presume, de manera que es suficiente con lo señalado por la fiscalía de que este descubrimiento se hizo con anterioridad a la audiencia preparatoria, es decir, el defensor del procesado tuvo la oportunidad de analizar los elementos materiales probatorios y oponerse a algunos de ellos.

Frente a las entrevistas forenses de los menores recordó que si bien no estuvo el defensor de familia existen las correspondientes constancias acerca de su presentación, sin embargo, dijo que solo será prueba aquella que va a ser debatida en el juicio oral.

En lo que se refiere a que se desestime la búsqueda selectiva en base de datos por falta de un control posterior, indicó que la Corte Suprema de Justicia en decisión 2140 de 2015 subrayó que la plena identidad sería un aspecto superado en las voces del art. 128 y 286 del C. de P.P y 286, en consecuencia, que se excluya o no, en nada afecta lo que debe discutirse en el juicio oral, pues la plena identidad del ciudadano acusado ya está superada.

---

<sup>13</sup> Audiencia preparatoria del 25 de marzo de 2022. Minuto: 1:53:20

<sup>14</sup> Ídem. Minuto: 2:05:22

Finalmente frente a la prueba testimonial señaló que el juez de instancia haciendo una interpretación del principio de caridad decretó el testimonio de la bacterióloga Oriana Ramírez quien vendrá a declarar acerca del documento que ella expidió y en las condiciones en las cuales lo expidió, pero la defensa solicita que amplíe su testimonio a la manera cómo observó al niño señalado como víctima, aspecto que debió argumentar la defensa, quien la solicitó como prueba documental, en su momento oportuno<sup>15</sup>.

El juez de instancia no repuso su decisión y le negó al defensor la oportunidad de enunciar sus testigos y aquellos comunes con la fiscalía por ser una petición extemporánea, del mismo modo, concedió nuevamente la palabra al defensor para que sustentara el recurso de apelación y a los demás sujetos procesales para que se pronunciaran como no recurrentes, intervenciones que guardan similitud y coherencia con aquellas que resumió la Sala en los apartes del recurso y de los no recurrentes<sup>16</sup>.

#### 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 16 Penal del Circuito de Medellín.

2. Los problemas jurídicos propuesto por el censor, se contraen a establecer, i) si se equivocó el juez de primera instancia al no imponer la sanción de rechazo a la entrevista forense rendida por el menor J.A.M.J ante la investigadora de la fiscalía y que se encuentra contenida en un CD, ii) si deben excluirse por haber sido obtenidos de manera ilegal los siguientes elementos materiales probatorios: a) La entrevista forense del menor J.A.M.J y su hermana C.A.M.J. y b) El informe suscrito por el investigador Benjamín Torres Herrera que contiene la consulta de plena identidad del procesado; y iii) si la admisión del testimonio de la bacterióloga Oriana María Ramírez por parte del juez de instancia fue acertada o no.

---

<sup>15</sup> Audiencia preparatoria del 25 de marzo de 2022. Minuto: 2:09:08

<sup>16</sup> Ídem. Minuto: 2:20:24

3. Pues bien, abordando el primero de los problemas postulados, ha de recordarse 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 Ordinaria<sup>17</sup>:

*“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 2°, 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*

---

<sup>17</sup> Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Radicado 39948 del 21 de noviembre de 2012.

*probatorios y evidencia física respecto de los cuales no se haya cumplido de manera correcta y completa el trámite de descubrimiento probatorio<sup>18</sup>”.*

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.

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.

4. En el *sub judice*, se tiene que la defensa cuestionó la decisión proferida por el *a quo*, consistente en negar el rechazo de la entrevista forense del niño J.A.M.J y que se encuentra contenida en un C.D, en razón a que el acusador no la descubrió dentro de los 3 días siguientes a la celebración de la audiencia de formulación de acusación como lo ordena la norma.

Revisada la actuación, se evidencia que, en el escrito de acusación, más exactamente en el numeral 6 de “EMP/EV/ILO” se anunció entre otros, el siguiente medio de convicción:

*“6. Informe de investigador de campo FPJ-11 con fecha 30 de abril de 2018, suscrito por la investigadora del CTI, de la fiscalía, CLARINDA YATES POMARES, dando cuenta de la entrevista recibida al menor y C.D que contiene grabación de la entrevista en mención”.*

Posteriormente, al momento del descubrimiento probatorio realizado en la audiencia de formulación de acusación<sup>19</sup>, relacionó puntualmente los documentos y evidencia física con que contaba y que descubriría a la defensa, dentro de los 3 días siguientes, lo que en efecto sucedió de manera parcial, pues ante el reclamo de la defensa de que le faltaban algunos de los relacionados en el escrito de acusación, el fiscal delegado explicó que los

---

<sup>18</sup> Casación N° 25920 del 21 de febrero de 2007.

<sup>19</sup> Audiencia de formulación de acusación del 8 de marzo de 2021. Minuto: 15:02

estaba solicitando a la policía judicial. En ese sentido, la entrega se completó el 8 de abril de 2021, es decir, un mes después de celebrada la audiencia de formulación de acusación, tal y como lo informó la defensa<sup>20</sup>.

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, independientemente que haya podido presentarse alguna tardanza en la entrega de los elementos materiales probatorios o evidencia física a la defensa, específicamente la entrevista forense del menor J.A.M.J, pues nada sugiere un acto voluntario de dilación o una estrategia dirigida a ocultarla. Además, si bien la fiscalía no explicó el motivo por el cual no hizo entrega completa de los elementos materiales probatorios dentro de los 3 días siguientes a la celebración de audiencia de formulación de acusación, como lo reclama la defensa, también lo es que, su entrega efectiva se realizó con la antelación suficiente, 6 meses, a la celebración de la audiencia preparatoria, circunstancia que le permitió al defensor de León Darío Pabón Cartagena estudiarlos a fondo y trazar su estrategia defensiva. En otros términos, la finalidad de la norma que impone el descubrimiento se cumplió a cabalidad, lo que hace improcedente la sanción deprecada por la defensa.

En síntesis, la situación expuesta impide concluir que hubo incumplimiento del descubrimiento, o que su demora afectó de manera insubsanable los derechos del acusado, de modo que es acertada la negación de la solicitud de rechazo de la entrevista forense realizada al menor postulado como víctima, pues la falta de entrega material en el tiempo estipulado para ello no fue producto de alguna maniobra maliciosa u obstructiva por parte de la Fiscalía.

5. Ahora bien reclama la defensa que deben excluirse las siguientes “pruebas” por haber sido obtenidas de manera ilegal i) la entrevista forense del menor J.A.M.J y su hermana C.A.M.J por haber sido practicada sin la totalidad de requisitos estipulados en el art. 206<sup>a</sup> del C. de P.P, esto es, que no se contó con la presencia del defensor de familia y que, previamente no hubo revisión del cuestionario por parte de este mismo funcionario; ii) el informe suscrito por el investigador Benjamín Torres Herrera que contiene la consulta de plena identidad del procesado, ya que no fue sometido a control de legalidad posterior, al considerar que se trató de una búsqueda selectiva en base de datos.

---

<sup>20</sup> Audiencia preparatoria del 25 de octubre de 2021. Minuto: 03:14

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”<sup>21</sup>.* (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.

---

<sup>21</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado 52345 del 4 de abril de 2018, ratificado en el Auto AP2344-2020 radicado 57865.

6. El problema jurídico pendiente de desatar es si la admisión del testimonio de la bacterióloga Oriana María Ramírez por parte del juez de instancia fue acertada o no. Para ello basta con recordar que la defensa durante el descubrimiento probatorio y luego la enunciación de las pruebas que haría valer en el juicio mencionó i) la historia clínica y exámenes de laboratorio del niño J.A.M. J practicados en el Hospital Pablo Tobón Uribe.ii) el informe de la Institución Educativa Estela Vélez Londoño del municipio de Medellín y iii) el informe pericial, el escrito base de opinión pericial de la entrevista de psicología forense<sup>22</sup>, olvidando al parecer, que la manera idónea de incorporar la información allí contenida es a través del testimonio de quienes suscribieron dichos informes o que de tratarse de una base de opinión pericial, es a través del perito que la realiza. En otras palabras, tales documentos son simples contenedores de la declaración que no por eso muta la naturaleza de la prueba testimonial en documental.

El Juez de primera instancia salvaguardando los derechos del acusado y en virtud del principio de caridad, decretó como prueba los testimonios de Oriana María Ramírez, bacterióloga y Natalia Gómez, psicóloga. El defensor censuró que la primera de éstas fuera admitida como perito, cuando en realidad *“lo que ella va a rendir es su testimonio de lo que observó al momento de practicarle esos exámenes al niño J.A.M.J, no se trata de un experticio”*.

La Sala haciendo una abstracción de los yerros en los que pudo incurrir el *a quo* al invocar ese principio de caridad, considera que en el fondo lo que está controvirtiendo el defensor es un decreto de prueba que solo involucra un tema de admisión y no de rechazo o exclusión, decisión frente a la cual no procede el recurso de apelación porque, *“conforme el debido proceso y la libertad de configuración del legislador, la apelación solamente resulta procedente contra la decisión del juez o Corporación de conocimiento que deniega la solicitud de práctica de pruebas, no así contra la que accede”*<sup>23</sup>. En consonancia con lo anterior, la Sala se abstendrá también de conocer el recurso en lo que a este tópico se refiere.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Penal de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, Resuelve: **CONFIRMAR** la decisión del 25 de febrero pasado emitida por el Juez 16

---

<sup>22</sup> Audiencia preparatoria del 25 de marzo de 2022. Minutos: 10:07 y 17:07

<sup>23</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala d Casación Penal. Radicado 47469 del 27 de julio de 2016.

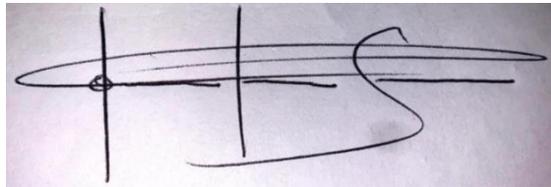
Penal del Circuito de esta ciudad en lo que tiene que ver con no rechazar los medios de prueba solicitados por la defensa y se **ABSTENDRÁ** de conocer el recurso respecto a la solicitud de exclusión por ilegalidad de la prueba y frente a la admisión del testimonio de Oriana María Ramírez.

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

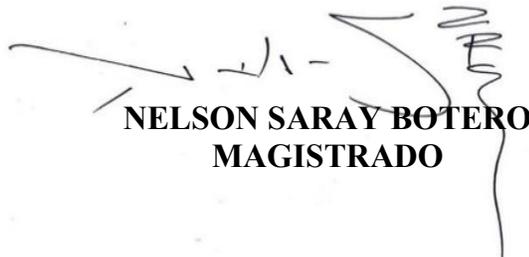
**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ  
MAGISTRADO**



**JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE  
MAGISTRADO**



**NELSON SARAY BOTERO  
MAGISTRADO**