

PROCESO: 05-212-60-00-201-2015-01336
DELITO: Acceso carnal violento agravado
ACUSADO: C. M. M. C.
PROCEDENCIA: Juzgado 2º Penal del Circuito de Bello
OBJETO: Apelación auto que niega pruebas a la defensa
DECISIÓN: Confirma parcialmente
M. PONENTE: Luís Enrique Restrepo Méndez

REPÚBLICA DE COLOMBIA



Medellín, veintiuno (21) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)

Radicado Nro. 05-212-60-00-201-2015-01336

Proyecto aprobado según acta Nro. 141

Por vía de apelación se pronuncia la Sala acerca de la determinación adoptada por la Juez 2º Penal del Circuito de Bello, Antioquia en desarrollo de la audiencia preparatoria celebrada el 1 de noviembre último.

HECHOS

Fueron sintetizados en el escrito de acusación por la Fiscalía Delegada, en los siguientes términos:

“Estos tuvieron ocurrencia a principios del mes de marzo de 2015, cuando la menor DLM, fue enviada por su madre a la casa de habitación de C. M. M. C., persona que frente a su precaria situación económica de la familia de DLM, les daba algunas ayudas en ropa y comida. Cuando la menor llega al inmueble ubicado en la carrera XX B No. XX-XX, apartamento XXX, del municipio de Bello, ingresa hasta la sala, donde C. M. M. C. le dice que espere y es cuando intempestivamente se le abalanza, la arroja sobre el mueble, le sube la blusa y el brasier, le toca los senos, logra bajarle el pantalón que lleva y el interior y le introduce los dedos en la vagina, la menor logra zafarse y huye del lugar.”

Sobre los hechos, la víctima da cuenta a la profesora D. M. P. S., quien cita a la madre M. J. M. D., a quien entera de lo sucedido y la conmina para que presente la respectiva denuncia, la que se lleva a cabo el 17 de marzo de 2015”.(SIC)

ACTUACIÓN PROCESAL

El 27 de marzo de 2017, ante el Juzgado 2° Penal del Circuito de Bello, Antioquia, el Fiscal 220 Seccional, formuló acusación al señor C. M. M. C. como autor del delito de acceso carnal violento agravado.

Dentro de la audiencia preparatoria llevada a cabo el 1 de noviembre pasado, el Despacho de conocimiento, al pronunciarse sobre las pruebas solicitadas por las partes negó, en forma concreta, las siguientes: i) los audios de dos conversaciones telefónicas entre presunta víctima y presunto victimario, contenidos en un CD; ii) la respuesta emitida por la empresa de telefonía TIGO sobre las llamadas entrantes y salientes del número celular 300XXXX995, así como los mensajes de texto desde el 1 de marzo al 31 de diciembre de 2016 y; iii) las fotografías del vehículo de propiedad del acusado, además de las copias de la matrícula y las placas.

Éstas fueron requeridas por la defensa en los siguientes términos:

“1. Audios de conversaciones de la menor con el acusado contenidos en un CD.

Es pertinente porque precisamente es un dialogo entre presunta víctima y presunto victimario y conducen a demostrar la teoría del caso de la defensa donde demostrará que existe una relación de confianza y que esta relación de confianza no la puede haber entre víctima y victimario. (Minuto del audio 00:31:38).

2. La respuesta que dio la empresa tigo de llamadas entrantes y salientes del número 300XXXX995 así como los mensajes de texto desde el 1 de marzo al 31 de diciembre de 2016.

Es pertinente porque son llamadas entre presunto victimario y presunta víctima donde se analiza también una relación de confianza y conducen a demostrar la teoría del caso de la defensa. (Minuto 00:32:24).

3. Las fotografías del vehículo, copia de matrícula y placas del vehículo de Carlos Mario Montoya pertenecen al proceso porque en él se transportaban presunta víctima y presunto victimario y específicamente a un motel a unas residencias íntimas en el municipio de Bello y conducen a demostrar la teoría del caso de la defensa de que entre presunta víctima y presunto victimario existía una relación de confianza no propio de violador y violada”. (Minuto 00:33:33)

“Estos elementos materiales probatorios y evidencia física serán introducidos con el investigador Rubén Darío Ortega Gallego”. (Enunció los datos personales y de ubicación).

La funcionaria de conocimiento, luego de traer a colación los artículos 375 y 376 de la Ley 906 de 2004, analizó una a una las pruebas solicitadas por la defensa y señaló que no serían admitidas por las siguientes razones:

1. Consideró que la defensa no sustentó en debida forma la pertinencia de las conversaciones contenidas en un CD de audio y no acreditó que fuera un medio de prueba legalmente obtenido, pues le surgen las siguientes dudas: quién las obtuvo, cómo se produjeron, quiénes participaron y si tenían conocimiento o no que estaban siendo grabadas, quién extrajo la información y en qué fecha; tampoco indicó quién sería el testigo de acreditación para introducirlas en el juicio.

2. Frente a la respuesta de la empresa de telefonía TIGO anunció que no se acreditó si hubo o no control de legalidad por parte de un juez de control de garantías, pues dicha información corresponde a una búsqueda selectiva en base de datos; por tanto se debe explicar cuáles fueron los números de las llamadas entrantes y salientes, a quiénes pertenecían y el período en que se produjeron. Además si dicha intromisión afectó o no derechos fundamentales como el de la intimidad.

3. Finalmente frente a las fotografías del vehículo de propiedad del acusado y demás documentos que así lo indican, señaló que no puede predicarse la pertinencia de este tipo de prueba, en cuanto no existe correspondencia entre éstas y el hecho que pretende demostrar el defensor, como es una presunta relación de confianza entre el procesado y la menor víctima.

APELACIÓN

La defensa interpuso el recurso de apelación, que sustentó inmediatamente después de adoptada la determinación por la Juez de instancia, argumentando que le resulta extraño que actúe de oficio y niegue unas pruebas que, como en el caso de los audios contentivos de las conversaciones entre acusado y víctima, fueron presentados a la Fiscalía, quien pudo haberse pronunciado frente a su legalidad, legitimidad y

necesidad y no lo hizo; sin embargo, la funcionaria que aún no los conoce, cuestionó su legalidad y la forma cómo se obtuvieron.

Adujo que la defensa no tiene como interceptar llamadas, por ello indicó que las mismas estaban contenidas en el celular de su defendido o en su computador, resaltando que si la falladora aplicó el principio de la caridad probatoria, también lo debió hacer frente al de verdad sabida, buena fe guardada; por consiguiente, si durante la práctica de la prueba observa que la misma es ilegal, simplemente puede no valorarla o declararla ineficaz.

En el mismo sentido se pronunció frente a la inadmisión del oficio de la empresa de telefonía celular, pues en éste sólo consta la sábana de llamadas del teléfono celular de su defendido, los números que ingresan y los mensajes de texto.

Respecto a la exclusión de las fotografías del vehículo de su defendido, expresó que es un medio de prueba documental que será enseñado al vigilante del motel donde presuntamente iban a ingresar acusado y víctima, de ahí su correlación con el hecho a demostrar, así como su soporte a la teoría del caso, misma que apuntala a la existencia de una relación de confianza entre el procesado y la postulada víctima.

Finalmente indicó que la decisión de la Juez de instancia cercenó su derecho a la defensa, por lo que solicitó su revocatoria a fin de obtener el decreto de la totalidad de las pruebas solicitadas durante la audiencia preparatoria.

SUJETOS PROCESALES NO RECURRENTES

El Delegado de la Fiscalía dejó a criterio de esta Sala la decisión de confirmar o no lo resuelto por la juez de primera instancia frente a la inadmisión de los audios y las fotografías del vehículo de propiedad del acusado, pues de un lado comparte los argumentos esgrimidos por la funcionaria y por la defensa, y de otro, considera que poco o nada podrán aportar a la investigación.

Frente al oficio de la empresa de telefonía celular TIGO donde constan las llamadas entrantes y salientes, así como los mensajes de texto, solicitó que se confirme la

decisión, pues considera que dicha prueba deviene ilícita, en tanto no medió control de legalidad por parte del juez de control de garantías.

El apoderado de la víctima consideró que la defensa no argumentó con suficiencia la pertinencia, utilidad y conducencia de las pruebas que pretende se admitan. En relación con los audios resaltó una posible violación al derecho de intimidad de la menor, de ahí su solicitud de confirmación de la decisión.

La representante del Ministerio Público deprecó la revocatoria de la decisión de primer grado respecto de los audios contentivos de las conversaciones entre acusado y víctima, y las fotografías del vehículo de propiedad del primero, pues la forma cómo se obtuvieron son objeto de valoración durante la práctica probatoria y no en esta instancia procesal.

Frente a la sábana de llamadas emitida por la empresa de telefonía TIGO, consideró que debe confirmarse la decisión de su inadmisión, pues en efecto no hubo control previo ni posterior, por tanto considera que dicha prueba es inconducente e impertinente.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Es competente esta Sala para resolver el recurso de apelación impetrado por el representante de la defensa contra la decisión adoptada en este proceso el 1 de noviembre pasado, de conformidad con lo establecido en el numeral 1° del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, por cuanto versa sobre un auto proferido en primera instancia por el Juzgado 2° Penal del Circuito de Bello, Antioquia.

De conformidad con el artículo 357 de la ley 906 de 2004, le compete al Juez de Conocimiento decretar las pruebas solicitadas en la audiencia preparatoria, atendiendo los parámetros de licitud, legalidad, pertinencia y admisibilidad.

En tema de pertinencia, establece el artículo 375 del C.P.P, que el elemento material probatorio, la evidencia física y el medio de prueba deberán referirse directa o indirectamente a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, así como a la identidad o a la responsabilidad penal

del acusado. También es pertinente cuando sólo sirve para hacer más o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, o se refiere a la credibilidad de un testigo o perito.

Es así como en aras de satisfacer dicho postulado, la parte que formula la postulación probatoria ostenta la ineludible carga procesal de indicar las razones que orientan la solicitud y, específicamente, los motivos de conducencia, pertinencia y utilidad del medio de convicción que imponen su decreto, obligación que comporta otorgar argumentos claros y concretos a efectos de garantizar la adecuada comprensión de la petición y, consecuentemente, el derecho de contradicción de la contraparte, quien al conocer los fundamentos de la petición adquiere elementos de juicio para oponerse a su práctica, si así lo considera.

Una vez ponderados los anteriores aspectos, el juez debe analizar el tema de admisibilidad del artículo 376 de la Ley 906 de 2004, si existe duda al respecto o si las partes lo proponen, 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.

En el caso concreto, el defensor en aras de sacar adelante su solicitud, en los distintos momentos procesales en que hizo uso de la palabra para sustentar su solicitud, o en su defecto, el recurso interpuesto, argumentó que las pruebas solicitadas son pertinentes porque con ellas demostrará la presunta relación de confianza existente entre la menor víctima y el hoy acusado.

Así entonces el debate se circunscribe a determinar en **primer lugar**, si la grabación de las conversaciones entre la menor y C. M. M. C., obtenida por éste, constituye prueba ilegal, inadmisibles como medio de convicción en el proceso penal.

El inciso 5 del artículo 29 de la Constitución Nacional establece que “*es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso*” y el canon 360 de la ley 906 de 2004 que, “*el juez excluirá la práctica o aducción de medios de prueba ilegales, incluyendo los que se han practicado, aducido o conseguido con violación de los requisitos formales previstos en este código*”.

A su turno el artículo 15 de la Carta Política preceptúa que *“Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar (...) la correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley”* (subrayas de la Sala).

Y el artículo 33 de la ley 1098 de 2006 señala que *“Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a la intimidad personal, mediante la protección contra toda injerencia arbitraria o ilegal en su vida privada, la de su familia, domicilio y correspondencia. Así mismo, serán protegidos contra toda conducta, acción o circunstancia que afecte su dignidad”*.

Existen múltiples pronunciamientos de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia¹, donde se hace alusión a los elementos esenciales para establecer en qué casos una grabación elaborada por un particular, sin orden judicial, puede tener validez al interior de un proceso penal. Estos son: i) que se realice directamente por la víctima de un delito o con su aquiescencia; ii) que se capte el momento del accionar criminoso y, iii) que su finalidad esté dirigida a preconstituir prueba del hecho punible; presupuestos que deben concurrir simultáneamente.

En el *sub examine* quien efectuó la grabación fue el acusado C. M. M. C., cuando al parecer sostenía conversaciones con la víctima dentro de este proceso, es decir, que los requisitos jurisprudenciales reseñados en párrafo que anteceden no pueden aplicarse, máxime cuando su pretensión va dirigida a utilizar dicho material en pro de sus intereses particulares, vulnerando con ello los derechos a la intimidad y a la dignidad personal de un sujeto de especial protección, como lo es una menor de edad víctima de un delito sexual.

Nótese cómo la defensa al argumentar su solicitud en manera alguna expresó que la grabación de las conversaciones que pretende aducir en favor de su defendido, fuera realizada con el consentimiento expreso de su interlocutora, ni el espacio temporal de

¹ Sentencias de casación del 30 de agosto de 2008, Rad. No. 22938, 10 de junio de 2009, Rad. No. 29267, 25 de agosto de 2010, Rad. No. 32825, 2 de febrero de 2011, Rad. No. 26347, 12 de mayo de 2011, Rad. No. 34474, 8 de noviembre de 2012, Rad. No. 34282, entre otras.

las mismas, es decir, si fue antes o después de la conducta que se le atribuye a su defendido; por tanto, luce evidente que la misma es una intromisión de un acto netamente privado, intervenido por el presunto autor de una conducta punible.

En este punto conviene recordar lo anunciado por el Máximo Órgano Constitucional en sentencia T- 237 de 2007:

“Las grabaciones de imagen o de voz realizadas en ámbitos privados de la persona, con destino a ser publicadas o sin ese propósito, constituyen violación del derecho a la intimidad personal, si las mismas no han sido autorizadas directamente por el titular del derecho y, además, en caso extremo, si no han sido autorizadas expresa y previamente por autoridad judicial competente. El resultado de la recolección de la imagen o la voz sin la debida autorización del titular implica, sin más, el quebrantamiento de su órbita de privacidad y, por tanto, la vulneración del derecho a la intimidad del sujeto. La Sala considera que la grabación de la reunión que se hizo sin el consentimiento del procesado vulneró el derecho a la intimidad de éste en aspectos como el de la reserva de la propia imagen, la reserva de las comunicaciones personales y la reserva del domicilio –entendido en el sentido amplio pertinente al derecho a la intimidad-. En esas condiciones, la grabación no podía presentarse como prueba válida en el proceso y debió ser expulsada.

Así las cosas, respecto a la introducción del CD que contiene las grabaciones de las conversaciones entre procesado y víctima, la Sala considera acertada la decisión de la funcionaria de primera instancia, en tanto las prerrogativas señaladas con anterioridad no pueden extenderse al presunto autor de la conducta punible, quien claramente es el único que dispuso de su derecho para favorecerse.

El segundo aspecto a debatir tiene que ver con la solicitud de la defensa encaminada a ingresar como prueba un oficio de la empresa de telefonía Tigo donde consta la sábana de llamadas del teléfono celular de su defendido, los números que ingresan y los mensajes de texto, desde el 1 de marzo al 31 de diciembre de 2016.

Dicha petición encontró oposición tanto en la juez de instancia como en los demás sujetos procesales, bajo la teoría de que la misma corresponde a una búsqueda selectiva en base de datos, la cual debe ser autorizada por el juez competente para ello, afirmación que desconoce las facultades establecidas en el artículo 125 numeral 9 de la ley 906 de 2004, modificado por el 47 de la ley 1142 de 2007, el cual indica

que la defensa corre con la carga de recopilar las evidencias físicas, los elementos materiales probatorios y, en general, la información que considere útil para rebatir la hipótesis fáctica incluida en la acusación o sustentar su propia teoría, sin que para ello las entidades le puedan oponer reserva.

Sin embargo, de admitirse en gracia de discusión la conculcación de alguna garantía fundamental, la misma se predicaría en principio del propio acusado, quien obviamente está consintiendo la utilización del registro de llamadas y los mensajes de texto que ingresaron a su celular en determinado espacio de tiempo, circunstancia que plantearía un aspecto diferenciador sustancial con respecto a aquellos eventos en que la Fiscalía General de la Nación debe acudir ante el Juez de Control de Garantías a efectos de autorizar la restricción, no de sus propios derechos, sino los de los ciudadanos investigados.

Y es que además dicho documento registra información básica como los números de los teléfonos que realizan las llamadas, hora, fecha y en algunos casos duración, pero no información de las personas titulares de las líneas entrantes; por consiguiente no aparece evidente trasgresión alguna a derechos fundamentales de terceros.

En consecuencia, la Sala revocará la decisión de la funcionaria de instancia respecto a la práctica de esta prueba, no sin antes indicar, que lo anterior no obsta para que la Juez de conocimiento en el momento en que se revele el contenido de los mensajes, ejerza el control necesario para proteger la intimidad de la víctima, si es que la misma llegare a verse comprometida durante la práctica probatoria.

Finalmente contrario a lo manifestado por la *A quo* respecto a las fotografías del vehículo de propiedad del acusado y los demás documentos que demuestran su titularidad, la Sala considera en si bien es cierto, su correspondencia con los hechos en principio no se advierte diáfana, también lo es que las mismas pueden servir para hacerlos más menos probables, constituyéndose entonces en criterios para su decreto, pues con los mismos la defensa pretende sostener que el trato entre el procesado y la menor era de una confianza incompatible con un vínculo entre victimario y víctima, aspecto argumentado con tal solvencia, que ninguno de los sujetos procesales se opuso a su práctica.

Por todo lo anterior, el Tribunal Superior de Medellín en Sala de Decisión Penal, **CONFIRMA PARCIALMENTE** el auto emitido por el Juzgado 2º Penal del Circuito de Bello, Antioquia. En consecuencia, se opta por la prueba solicitada por la defensa en lo que tiene que ver con la respuesta suministrada por la empresa TIGO de llamadas entrantes y salientes del número 3006609995, así como los mensajes de texto desde el 1 de marzo al 31 de diciembre de 2016, con la advertencia contenida en la parte considerativa; de igual forma, se decretan las fotografías del vehículo y demás documentos que acreditan la titularidad en cabeza del procesado.

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

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

LUÍS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ
MAGISTRADO

JOSE IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
MAGISTRADO

NELSON SARAY BOTERO
MAGISTRADO