



DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN

SALA PENAL DE DECISIÓN

Medellín, lunes, veintiuno de enero de dos mil veintidós

Aprobado mediante acta número 0016

Magistrado Ponente
Ricardo De La Pava Marulanda

Por apelación interpuesta y sustentada por el defensor, conoce en segunda instancia esta Corporación la providencia proferida por la Juez Segunda Penal del Circuito de Bello en la sesión de audiencia preparatoria celebrada el 24 de agosto de 2021, mediante la cual inadmitió parte de la petición probatoria elevada por la defensa técnica, específicamente cuatro testimonios, así como el condicionamiento de otra deponencia en la que rechazó lo relacionado con la grabación de una conversación por falta del control constitucional posterior.

1. ANTECEDENTES

Los hechos fueron narrados así por la Fiscal 37 Seccional de Medellín en el escrito de acusación:

"Los hechos tuvieron ocurrencia en la madrugada del 07 de septiembre de 2020, en el inmueble ubicado en la Carrera 69 Nro 25 AA 10, del barrio Paris del Municipio de Bello, cuando en dicho lugar, donde funciona una legumbrería, se encontraban varias personas departiendo. Es así como entra el procesado FRANCISCO JAVIER LOPEZ LOPEZ y se dirige donde se encontraba durmiendo el menor JLCM de 11 años de edad, quien se despierta al sentir que le están tocando el pene por encima de la ropa y quien inmediatamente alerta a su madre SENETH YARLENI MEJIA MARQUEZ quien para ese momento se encontraba con su pareja JOSE INES MORENO LOANO, quienes proceden a sacar al procesado de la edificación, sin embargo, este continua en un estado de exaltación tratando de volver a ingresar al inmueble por lo que se llama a la policía quienes hacen presencia en el lugar y le dan captura en el momento en que es agredido por los familiares del menor víctima."

En diligencias preliminares realizadas el 10 de septiembre de 2020 ante el Juez Segundo Penal Municipal con funciones de control de garantías de Bello, luego de declararse la legalidad del procedimiento de captura, la Fiscalía le formuló imputación al señor FRANCISCO JAVIER LÓPEZ LÓPEZ por la autoría del delito de actos sexuales con menor de catorce años, cargo que no fue aceptado por el imputado. En la misma audiencia se le impuso medida de aseguramiento preventiva en su lugar de residencia.

El escrito de acusación fue radicado el 04 de diciembre siguiente y la formulación oral se celebró el 02 de febrero de 2021 en el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Bello. La audiencia preparatoria se llevó a cabo en 08 sesiones celebradas entre el 20 de abril y 24 de agosto de esta anualidad, diligencias en las cuales la Juez de primera instancia resolvió sobre las solicitudes probatorias negó parcialmente la solicitud probatoria elevada por el defensor respecto al decreto de cuatro testimonios, y además condicionó la deponencia del investigador SEBASTIÁN VASCO PALACIO al no poder ingresar la grabación auditiva de la conversación que sostuvo con la denunciante.

2. LA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La Juez de conocimiento decretó veinticuatro testimonios y todos los documentos descubiertos -excepto las actas de audiencias preliminares- como prueba de descargos, e inadmitió las deponencias de los señores JOAQUIN JUNIOR DE LA CRUZ SÁNCHEZ, DAVINSON MEJÍA ARANGO, OSCAR ANDRÉS ZAPATA ZULUAGA y BRAYAN ESTEBAN JARAMILLO MOLINA y limitó la del investigador SEBASTIÁN VASCO PALACIO, además rechazó la grabación de la conversación sostenida éste y la denunciante debido a su ilegalidad.

Sustentó la a quo que el investigador SEBASTIÁN VASCO PALACIO será escuchado conforme lo adujo la defensa, esto es, para acreditar los documentos de investigación que obtuvo legítimamente en el ejercicio propio de su labor, pero que se excluye la grabación (audio) de la conversación personal que al parecer el

investigador sostuvo con la denunciante, la señora SENETH MEJÍA MARQUEZ, por haberse obtenido con la violación del debido proceso.

Al respecto, indicó que en el artículo 15 de la constitución política que regula el derecho a la intimidad se encuentra incluida la privacidad en la comunicación personal, y que, aunque el código de procedimiento penal habilita actos de investigación que conllevan la intervención proporcional de esa garantía -artículos 234 y siguientes-, todos ellos deben estar sujetos a un protocolo legal que de no observarse tornará en ilegal la actividad probatoria, destacando la falladora el artículo 237 ibídem que prevé la audiencia de control de legalidad posterior en eventos como el aquí analizado.

Mencionó que con su determinación no se vulnera el principio de igualdad de armas, desarrollado en la sentencia C-536 de 2008, pues la facultad probatoria de la defensa no está desprovista de controles y si alguna actividad de investigación que realice implica la intervención de derechos fundamentales tiene el deber de sujetarse a las exigencias de control constitucional que la norma señala.

Y frente al desarrollo jurisprudencial sobre el manejo de grabaciones por parte de terceros o particulares que pretendan ser introducidas como pruebas al interior de los procesos penales, expresó que en la providencia hito N° 41790 del 11 de septiembre de 2013 se estableció que sin autorización o control judicial se admiten únicamente los registros fílmicos o auditivos realizados por la víctima de un hecho punible, pero que esa no es la regla que aplica en el sub judice porque aquí se está hablando de

una actividad de investigación de la defensa que involucró la conversación con la denunciante y sobre la cual no se demostró la debida verificación constitucional.

Ahora, sobre el testimonio de JOAQUIN JUNIOR DE LA CRUZ SÁNCHEZ, médico del Hospital Marco Fidel Suárez, explicó la a quo que si bien este perito conoció de la valoración médico legal del acusado en razón de las lesiones físicas que sufrió, ese asunto no se va a someter a controversia en este escenario judicial porque (i) no tiene que ver con los hechos jurídicamente relevantes; (ii) tampoco constituye, de manera alterna, una tesis de resistencia legítima; (iii) es un hecho que se está juzgando por cuerda separada; y (iv) porque si lo que se pretende es establecer si el señor LÓPEZ LÓPEZ estaba en condiciones de cometer el comportamiento delictivo para el momento denunciado, pues el examen del estado de salud físico, no mental, cognitivo ni volitivo, no reviste utilidad de cara a la especialidad y en esa medida no tiene pertinencia ya que lo que probaría este testigo no es el tema del juicio.

Respecto al señor DAVINSON MEJÍA ARANGO sostuvo la Juez Segunda Penal del Circuito de Bello que se trata de un testigo de oídas atendiendo a las argumentaciones hechas por la defensa, pues en el juicio de pertinencia, conducencia y utilidad se adujo que el ciudadano dará cuenta de las manifestaciones que hizo la madre de quien funge como víctima a los agentes de la policía, por lo que queda claro que sus dichos no girarán en torno a un conocimiento personal conforme manda el artículo 402 del código de procedimiento penal.

Frente al señor OSCAR ANDRÉS ZAPATA ZULUAGA, razonó la judicatura de primera instancia que la sustentación de la prueba no se remite a ninguno de los aspectos que establece la norma como criterios de pertinencia y en esa medida no está habilitada para la orden teniendo en cuenta que los documentos preparativos de actos de investigación que posteriormente se recaudaron y que van a ser legítimamente allegados al juicio no tienen por qué ser sujetos a debate.

Agregó que es poca la utilidad que revestiría conocer los anexos sobre las solicitudes de antecedentes siendo este un asunto propio de la individualización de la sentencia, si se hizo la entrevista del menor cuando en juicio va a ser interrogada la entrevistadora forense, o el examen sexológico cuando va a escucharse al perito, la evaluación médico legal del acusado que no va a ser materia de debate, o cuestiones de por qué el SPOA se hace con ocasión a un *nomen iuris* diverso son ítems que no revisten ninguna trascendencia y no ameritan el desgaste del debate probatorio que se va a ocupar con mucha amplitud en criterios propios de la tesis, la pretensión y la posible resistencia.

Por último, frente al investigador BRAYAN ESTEBAN JARAMILLO MOLINA, la falladora negó el decreto de su testimonio indicando que no se ofrecieron argumentos que acrediten su conducencia pues en la sesión del 24 de junio de 2021, a partir del minuto 00:50:50, el defensor refirió: "*solicito el testimonio de BRAYAN ESTEBAN JARAMILLO MOLINA, investigador que colaboró en otro momento y servirá como testigo de acreditación de otros elementos*", razonamiento del que se colige que la persona mencionada en algún momento realizó actos de investigación sin

que ello sea suficiente para establecer su pertinencia en el juicio en tanto que por el hecho de que sea investigador no es necesariamente útil para el propósito de establecer o no la existencia de la conducta punible y la responsabilidad del acusado, o refutar la credibilidad de otro testigo o hacer menos probable la comisión de la conducta, ya que todos estos criterios no devienen por sí solos de la persona.

Manifestó que, ante la omisión de la presentación relacionada con la labor puntual de este investigador, no es posible anticipar si su intervención será en realidad útil, si se amerita el examen de un testigo más dentro del abultado número que van por cuenta de la defensa y si los elementos de juicio que aportará son legales y tienen ese criterio de demostración para irradiar la orden probatoria.

Y que aunque a minuto 1:21:55 de esa misma sesión el abogado de manera superficial volvió a traer al testigo ya mencionado cuando estaba haciendo referencia a una prueba documental, oportunidad en la que dijo que *"el registro de audio de la conversación entre el investigador SEBASTIAN VASCO PALACIO y la madre del menor, SENETH MARLENY MEJÍA MARQUES, que introduciré a través del investigador SEBASTIAN VASCO PALACIO y BRAYAN ESTEBAN JARAMILLO MOLINA"*, de esta segunda sustentación se deducen varias cuestiones relevantes: (i) que la actividad de investigación que refiere la defensa no la realizó JARAMILLO MOLINA, de modo entonces que no es él el instrumento probatorio adecuado para introducir el material documental; (ii) que ese elemento (comunicación personales de la denunciante) fue sujeto de exclusión y en esa medida se extiende el compromiso en

cuanto a la posibilidad de ordenar la prueba; y (iii) en rigor, la argumentación se está aduciendo para establecer la pertinencia, admisibilidad y conducencia de SEBASTIÁN VASCO PALACIO.

3. LOS MOTIVOS DEL DISENSO

El señor defensor presentó su inconformidad frente a las cinco pruebas que le fueron negadas y comenzó indicando que la primera tiene que ver con la negativa a que el investigador de la defensa declare sobre las conversaciones que sostuvo con la madre del menor que funge como víctima y la incorporación de la grabación de audio de dicha plática.

Al respecto, sostuvo hay que examinar en qué contexto se realizó esa comunicación y cuál es la naturaleza de la información suministrada, pues de ello dependen los requisitos de admisibilidad de la evidencia ya que la Corte Constitucional desde la sentencia T-629 de 2002 ha diferenciado la información pública, privada y semiprivada, y en la sentencia T-276 de 2015 también distinguió el escenario donde se dan las conversaciones entre las personas entre espacios públicos, semi públicos, semi privados y privados para llegar a determinar si se viola o no el derecho a la intimidad y cuál es el nivel de afectación de esta garantía.

Y sobre el caso específico argumentó que la conversación entre el investigador de la defensa y la denunciante se dio en un espacio que no era privado y dentro del marco de una investigación penal cuyos resultados pueden ser objeto de publicidad, además, que el objetivo de esa comunicación era realizar

una entrevista para ser utilizada dentro de un juicio oral y público y por tanto no puede considerarse como reservada la información atendiendo a que la finalidad de la conversación era oficial, contexto bajo el cual, asevera el recurrente, ninguna parte o testigo puede reclamar una expectativa de intimidad frente a la conversación.

Señaló que luego de establecer, como ya lo hizo, el contexto en el que se dio la conversación y la naturaleza de la misma, corresponde examinar quiénes son los interlocutores, cuál es el contenido de la conversación y el objeto de la grabación específica en este caso, por lo que continúa exponiendo que el tema tratado en la entrevista fue la propuesta de la madre del menor para conciliar y ponerle fin al proceso de manera extrajudicial, para lo cual hubo la intervención de terceros a los cuales se les relaciona con grupos criminales por solicitud de ésta, lo que se traduce en actos ilegales realizados por la denunciante y frente a los cuales el investigador queda facultado para defenderse y además evitar que a futuro se le impute una coacción o injerencia indebida ejercida sobre la testigo.

Agregó que el investigador tiene la posibilidad de declarar sobre la manera en la que condujo los actos de investigación y las memorias de los mismos, y que los artículos 206 y 271 del código de procedimiento penal autorizan a la defensa a registrar por audio y video las entrevistas que realice en ejercicio de su función, lo que quiere decir que por disposición expresa de la ley su investigador estaba facultado para grabar la multicitada entrevista, máxime cuando en este evento no se trata de la interceptación de una conversación privada sino de una información que hace parte de un proceso penal.

En virtud de lo anterior solicitó el censor que se permita incorporar los audios de la conversación sostenida entre el investigador y la denunciante y, subsidiariamente, si no se admite la incorporación de dicha grabación se decrete el testimonio del señor SEBASTIÁN VASCO PALACIO para que declare sobre la entrevista realizada a la madre del menor que funge como víctima.

Por otra parte, luego de hacer una cita textual de la providencia AP 5785 de 2015 en lo que tiene que ver con la prueba de referencia, el defensor planteó que el señor DAVINSON MEJÍA ARANGO si bien hablará sobre las manifestaciones que hicieron dos testigos de la Fiscalía ello no será como medio de prueba, pues no pretende probar que lo que se dijo es verdad sino que eso fue lo realmente dicho por la deponente, manifestación que escuchó de manera personal y por tanto no puede ser catalogado como un testigo de oídas o de referencia, por tanto, su intención es introducir la declaración del señor MEJÍA ARANGO como parte del tema de prueba que resulta pertinente en aras de hacer más o menos probable lo relatado por esa ciudadana y establecer su credibilidad.

Aclaró que no hay otra manera de establecer la existencia de esa manifestación por fuera del juicio y citó como ejemplo los testimonios de los agentes de la policía ya que uno de los fundamentos para decretarlos es porque van a dar cuenta, entre otras cosas, de las revelaciones que hicieron terceros en el lugar, por lo estima que existe un rasero diferente ya que esas revelaciones que hicieron algunas personas valen para la Fiscalía a través de los gendarmes pero no para el testigo de la defensa.

En tercer lugar, frente la declaración del doctor JOAQUIN JUNIOR DE LA CRUZ SÁNCHEZ indicó que sí es pertinente porque el objetivo de ese testimonio es establecer el grado de alicoramiento y de alteración de la conciencia del acusado al momento de los hechos, lo que resulta relevante porque la racionalidad y verosimilitud de la conducta que se le atribuye a su prohijado de alguna manera dependen de su estado de conciencia porque los hombres obran según el dominio que tengan de sus facultades, razón por la cual, aseveró, el comportamiento delictivo aquí endilgado debe juzgarse desde la óptica de la psicología y la criminología.

Así las cosas, expresó que el doctor DE LA CRUZ SÁNCHEZ fue quien atendió al acusado inmediatamente después de los hechos, cuando lo llevaron lesionado al hospital Marco Fidel Suarez, que es un médico que no solo tiene el conocimiento, la capacidad y la calidad de testigo experto, sino que percibió los momentos inmediatamente posteriores, condiciones por las que no solo puede establecer las eventualidades narradas en el párrafo anterior sino que además está en condiciones emitir opinión sobre lo que percibió, por ende, es un testigo pertinente no solo por el objeto sobre el cual va a declarar sino por la calidad que tiene.

Ahora, respecto a la declaración del subintendente OSCAR ANDRÉS ZAPATA ZULUAGA, informó que a la defensa se le autorizó incorporar como prueba los documentos anexos al informe ejecutivo suscrito por él en calidad de responsable de los primeros actos de investigación, por lo que deviene necesaria la declaración del funcionario como testigo de acreditación de esos elementos

probatorios que ya fueron admitidos, lo que por sí solo justifica y avala el testimonio del agente de policía.

Y de manera adicional razonó que esos documentos tienen una rotunda relevancia para la defensa porque allí se le da una calificación jurídica a los hechos muy distinta a la consignada en el escrito de acusación, lo que no resulta irrelevante porque estamos ante un subintendente de la policía judicial que dice sobre qué hechos está investigando y le asigna una denominación con base a su experiencia, sabiendo distinguir muy bien entre un acto sexual con violencia y uno sin violencia.

Por último, y en lo atinente a la declaración del señor BRAYAN ESTEBAN JARAMILLO MOLINA, afirmó que cuando se hizo la enunciación de la prueba en la primera sesión de la audiencia preparatoria dijo quienes actuaban como testigos de acreditación de cada uno de los documentos que va a aportar, mismos que fueron decretados como prueba y por tanto no entiende cómo no se admite el deponente que precisamente va a hablar sobre la autenticidad y mismidad de esos elementos.

En esos términos el defensor dejó sustentado el recurso de apelación, solicitando que se decreten los testimonios de DAVINSON MEJÍA ARANGO, JOAQUIN JUNIOR DE LA CRUZ SÁNCHEZ, OSCAR ANDRES ZAPATA ZULUAGA y BRAYAN ESTEBAN JARAMILLO MOLINA, así como el ingreso de la grabación de la conversación sostenida entre el investigador de la defensa y la denunciante y que el señor SEBASTIÁN VASCO PALACIO pueda declarar sobre esas conversaciones.

4. LOS NO RECURRENTE

El delegado de la Fiscalía deprecó la confirmación de la decisión impugnada indicando que el recurso de apelación no está instituido para complementar la argumentación que quedó faltando en la audiencia preparatoria, pues considera que el defensor en algunos aspectos adicionó la conducencia, pertinencia y utilidad de la prueba con argumentos que no había enunciado antes.

Expuso que la grabación es ilegal ya que si bien el censor citó la providencia T-276 de 2015, no debemos olvidar que se trata de una sentencia de tutela que tiene efectos inter partes y no erga omnes, y que aunque se dijo que debe examinarse el contexto de la grabación y el espacio en el que se dio, precisamente el hecho de admitir que se está haciendo en el marco de una investigación penal implica necesariamente que se requiere ese control posterior, pero que ese es uno de los argumentos que se trae a colación en el disenso porque después se plantea otro completamente distinto, pues dijo que se buscaba hacer una entrevista, caso en el cual la denunciante nunca accedió a rendirla.

Y que como tercera hipótesis dijo el recurrente que su investigador quería era defenderse de un delito del que podía ser víctima y que para ello estaba preconstituyendo prueba, argumento que nunca se planteó en el juicio de pertinencia y conducencia, además, en ese contexto lo que debe hacer es formular la correspondiente denuncia por el punible con el que él presuntamente iba a salir perjudicado.

Aseveró el delegado de la Fiscalía que lo que se tiene es una conversación sostenida entre el investigador de la defensa y la víctima sin que se le dijera a ésta que estaba siendo grabada la interlocución, motivo por el cual solicita que se confirme la exclusión de esa prueba al no haberse cumplido con el requisito exigible del control posterior para la ponderación de la intervención del derecho fundamental a la intimidad de la denunciante.

En lo que tiene que ver con DAVINSON MEJÍA ARANGO, consideró que nuevamente se utiliza el recurso de apelación para complementar la pertinencia alegada en su momento pues en un principio se hizo relación a las manifestaciones que la denunciante hizo a los policías, y acá ya se habla de los dichos dos deponentes. Y sobre la crítica hecha a la argumentación de la a quo en el sentido de que no se mide con el mismo rasero porque se permite que los policiales declaren y que ellos sí son prueba de referencia, olvida el señor defensor que los agentes van a declarar sobre el procedimiento que como funcionarios públicos realizaron esa noche, del motivo por el cual llegaron allá, la información que recibieron y por qué le dieron captura al procesado, temas que no constituyen prueba de referencia.

En relación con el médico general del Hospital Marco Fidel Suárez, el doctor JOAQUIN JUNIOR DE LA CRUZ SÁNCHEZ, apuntó que la defensa lo solicitó para determinar *“el estado de conciencia al momento de los hechos y si podía realizar el acto o no”*, circunstancia de la que no puede dar cuenta el testigo porque según lo que se estableció en la audiencia preparatoria es que fue con posterioridad al evento delictivo aquí investigado que se presentó la agresión física y la atención médica se dio en razón de

esas lesiones personales que llevaron al procesado a la inconciencia, razón por la cual el galeno no puede dar cuenta de cuál era el estado anímico del señor LÓPEZ LÓPEZ al momento de presuntamente cometer la conducta punible y su deponencia se torna impertinente para el objeto de prueba de este proceso.

Frente al subintendente OSCAR ANDRÉS ZAPATA ZULUAGA, estimó que los documentos anexos al informe ejecutivo suscrito por éste son irrelevantes puesto que la defensa centra su argumentación en que es importante para el proceso la calificación jurídica que en su momento el referido funcionario público hizo de los hechos porque él tiene que saber cuál es la diferencia entre un acto sexual abusivo y uno violento, hipótesis que no es cierta teniendo en cuenta que el título cuarto del código penal es bien complejo y por eso requiere mucho estudio, pero que al fin de cuentas este asunto deviene superfluo, intrascendente y no va a aportar nada al proceso.

Destacó que hay que tener en cuenta que estamos frente a actos urgentes y no ante una investigación que se dio en el transcurso del tiempo, que este investigador lo que hace es la reseña decadactilar, busca antecedentes penales y entrevista eventualmente a algunos testigos, y que hubo otra funcionaria que realizó la entrevista a la víctima y se la entregó al Fiscal para que con base en esa información se determine cuál es el punible por el cual se va a proceder, que la carpeta se envía a la Alpujarra y allí la recibe otro Fiscal que realizará la audiencia de imputación y puede considerar que el delito que aparece en la caratula no es y lo cambia conforme a los medios de conocimiento que él tiene en ese momento, siendo entonces es una cuestión completamente

irrelevante si el subintendente sabía o distingue un acto sexual abusivo de un acto sexual violento.

Finalizó su intervención el delegado Fiscal refiriendo que sobre el investigador BRAYAN ESTEBAN JARAMILLO MOLINA solo se dijo que ingresaría unos documentos, pero no se dijo cuales, y subrayó se va a presentar un problema en el juicio porque al defensor le decretaron toda la prueba documental y pretende ingresarla al juicio con testigos que no la suscribieron.

5. CONSIDERACIONES

De conformidad con el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, es competente esta Corporación para conocer, por vía de apelación, el auto proferido por la Juez Segunda Penal del Circuito de Bello en la audiencia preparatoria en punto de que excluyó una prueba documental -grabación- al considerarla violatoria de derechos fundamentales, e inadmitió parte de la solicitud probatoria realizada por la defensa relativa a cuatro testimonios y la limitación temática a otro.

Entonces, con la finalidad de resolver los problemas jurídicos planteados por el disenso, se procederá a esclarecer los puntos concretos de inconformidad expuestos por el defensor del señor FRANCISCO JAVIER LÓPEZ LÓPEZ, así: (i) el cumplimiento de los requisitos legales en la obtención de la grabación de la conversación sostenida entre el investigador SEBASTIÁN VASCO PALACIO y la denunciante; y (ii) la adecuada sustentación de los presupuestos de pertinencia, conducencia y utilidad de los

testimonios inadmitidos, de manera tal que frente a estos se cumplan los criterios fijados en la ley y la jurisprudencia respecto a este tema.

Para comenzar con el análisis del primer tema establecido en precedencia, y teniendo en cuenta que el recurrente calificó en su disenso de tres maneras diferentes la grabación, pues dijo que era una conversación sostenida en un lugar público, también refirió que se trataba de una entrevista, y luego aseveró que se estaba preconstituyendo una prueba para evitar que se le endilgara algún delito a su investigador, esta Corporación procederá a verificar la manera como fue elevada la solicitud probatoria para luego proceder a establecer si era necesaria la supervisión posterior por parte del juez de control de garantías para su adecuada aducción al juicio.

Pues bien, en la sesión de la audiencia preparatoria celebrada el 24 de junio de 2021, entre los minutos 1:21:56 y 1:23:23, el defensor expresó: *“el registro de audio de la conversación entre el investigador SEBASTIÁN VASCO PALACIO y la madre del menor, SENETH YARLENI MEJÍA MARQUEZ, que se introducirá a través del investigador SEBASTIÁN VASCO PALACIO y BRAYAN ESTEBAN JARAMILLO MOLINA. Señora Juez, ese audio registra la conversación entre la madre del menor y el investigador de la defensa SEBASTIÁN VASCO PALACIO sobre los actos que éste estaba adelantando, y dan cuenta de la actuación, la intención y la propuesta realizada por la madre del menor para llegar a un acuerdo sobre la denuncia formulada por ella y sobre el proceso. Para la defensa es relevante para confrontar e impugnar la credibilidad de los testigos en que se funda la acusación, y en especial de la madre*

del menor. Eso nos puede servir para establecer realmente, porque de ahí surge precisamente la propuesta de acuerdo, el motivo y el interés detrás de la denuncia de los actos sexuales que se le atribuyen al procesado y nos servirán para hacer menos probable que estos hayan sucedido y los hechos hayan tenido otro cauce, otro motivo, otro curso distinto al que se anuncia en la acusación”.

Como viene de verse, la prueba deprecada por la defensa tiene el carácter de una comunicación verbal privada entre dos personas y que fue grabada en un registro de audio por un particular sin la autorización de su interlocutora¹, circunstancia bajo la cual se requería de la verificación por parte de un juez de control de garantías sobre el grado de intervención o limitación del derecho fundamental a la intimidad de quienes intervinieron en la referida conversación, ello en los términos del artículo 237 de la Ley 906 de 2004.

Y aunque en el disenso el defensor planteó la tesis de que no resulta exigible el control judicial posterior echado de menos teniendo en cuenta que la conversación se dio en un lugar que no era privado y dentro del marco de una investigación penal cuyo resultado es público dentro del proceso, además que la finalidad era realizar una entrevista que puede ser válidamente grabada por autorización expresa de los artículos 206 y 271 del código de procedimiento penal, debe indicar esta Colegiatura que el documento digital no fue enunciado ni solicitado como una entrevista, pues dicho concepto no fue pronunciado por el defensor antes de la sustentación de su recurso de apelación, y,

¹ Información brindada por el delegado de la Fiscalía en su intervención realizada como oposición frente a la solicitud probatoria realizada por la defensa. Registro audio visual “06ContinuaciónPreparatoria 04-08-21.mp4” (audiencia preparatoria celebrada el 04 de agosto de 2021). Minuto 31:15 a 33:01.

adicionalmente, a la señora SENETH YARLENI MEJÍA MARQUEZ tampoco se le puso de presente que sería entrevistada y que sus respuestas quedarían grabadas con la finalidad de ser utilizadas como prueba dentro del proceso penal, razón por la cual el argumento sobre la clasificación de este acto investigativo como una entrevista no tiene vocación de prosperidad.

Lo que observa esta Corporación es que en este evento se dio una grabación auditiva, sin ningún consentimiento, de las manifestaciones realizadas por un tercero dentro de una conversación, y que ello se hizo dentro de la labor desplegada por un investigador de la defensa en razón de sus funciones, actuación que se encuentra prevista indiscutiblemente del control de legalidad posterior a los resultados de dicha tarea, independiente de que el espacio en el que se haya dado la comunicación verbal hubiese sido un lugar público, pues ese aspecto físico de ninguna manera define si el ámbito de la conversación es privado o no, como se propone de manera imprecisa en el disenso.

Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia T-233 de 2007, al estudiar el derecho a la intimidad y aporte de la prueba ilegal en las diferentes áreas del derecho, aclaró que:

"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.”

Finalmente, si lo que pretende el investigador de la defensa es pre constituir una prueba en caso de que se le endilgue la comisión de algún delito con ocasión a su intervención investigativa en este asunto, pues será únicamente en ese escenario, si se llegase a dar, que podrá utilizar el referido documento digital por cuanto solo en ese evento se cumpliría con la excepción fijada por la jurisprudencia para que se admita la incorporación de una grabación sin el requisito del control posterior, pues en esas circunstancias quien grabó la conversación tendría la calidad de víctima. En conclusión, ninguno de los argumentos expuestos en este punto por el recurrente logran constituir una excepción a la normativa sobre el control posterior que debe ejercer el juez constitucional en orden a verificar si fue legal la forma en la que se intervino el derecho a la intimidad de una persona respecto de sus comunicaciones y conversaciones.

Entonces, como se constata la ausencia de verificación posterior por parte del juez de control de garantías sobre el documento digital obtenido con la grabación de la conversación sostenida entre el investigador SEBASTIÁN VASCO PALACIO y la denunciante, se confirmará la exclusión de la misma ya que adolece de legalidad, circunstancia que hace que el aludido testigo tampoco pueda abordar este asunto dentro de su deponencia por cuanto se trata de una labor investigativa tachada de ilegal.

Por otra parte, con la finalidad de entrar a estudiar el segundo dilema planteado, esto es, el cumplimiento de la

exigencias requeridas para que proceda el decreto de pruebas, en este caso cuatro testimonios, resulta importante señalar que la negativa a ordenar la práctica de determinados medios de conocimiento por parte de la judicatura, habiendo sido descubiertos oportunamente por las partes, solo puede obedecer a la circunstancia de que ella no conduzca a establecer la verdad sobre los hechos y circunstancias materia del proceso o que estén legalmente prohibidas o sean ineficaces o versen sobre hechos notoriamente impertinentes o manifiestamente superfluos.

Si se concibe la conducencia como la capacidad legal que tiene una prueba para demostrar ciertos hechos, ella se halla en la evaluación que realiza el juez entre la ley y la utilización de ese medio de convicción sin dificultades legales que anule el valor probatorio que se pretende. La pertinencia por su parte se fundamenta en que el hecho a demostrar tenga relación con los demás hechos que interesan al proceso, es decir, la relación que guarda el medio de prueba propuesto con el tema de prueba (tema decidendi).

El derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes, inseparable de la garantía fundamental a la defensa, implica el derecho a la proposición de la prueba y a que la que sea propuesta se admita cuando supera los parámetros de admisibilidad legalmente previstos (pertinencia, utilidad y legalidad) y se haya propuesto conforme a los factores legales.

Esa garantía al uso de la prueba pertinente demanda de quien la solicita, como carga procesal, argumentar en torno de su pertinencia y conducencia, esto es, explicar cuál es su

objeto, qué se pretende demostrar con ese medio de conocimiento, que se avenga con la teoría del caso que sustenta su posición dentro del contradictorio (artículo 357 de la Ley 906 de 2004). En otras palabras, que lo requerido como prueba se halla inescindiblemente ligado a los intereses que fundamentan su específica teoría del caso. Ahora bien, la denegación debe ser razonada y motivada, lo que se traduce en una obligación para el juez de sustentar adecuadamente las razones de inadmisión por impertinencia.

En este caso concreto, razón le asiste a la a quo frente a la impertinencia del testimonio del doctor JOAQUIN JUNIOR DE LA CRUZ SÁNCHEZ, pues si bien es cierto el galeno atendió al procesado en el Hospital Marco Fidel Suarez como consecuencia de la agresión física que padeció con posterioridad a la presunta comisión de los hechos denunciados, deviene completamente evidente que por el momento en el que tuvo contacto el médico con el señor LÓPEZ LÓPEZ no es posible que pueda determinar el grado de "*conciencia*" que tenía éste en los momentos previos a la atención en salud que le brindó, pues los golpes y lesiones que le fueron infligidas al procesado claramente modificaron su estado de salud física y por ende su capacidad de reaccionar o intervenir en una situación específica como la endilgada.

Por lo anterior, la deponencia no es admisible por cuanto, si bien el galeno tuvo conocimiento de un hecho posterior al comportamiento delictivo endilgado, en este evento se presentó una eventualidad que modificó notablemente el estado de salud del acusado y bajo esas condiciones todo lo que se diga, con base solo en ese conocimiento subsiguiente, carecerá de credibilidad al no ser posible establecer con suficiencia la capacidad real que tenía el

señor FRANCISCO JAVIER para desplegar la conducta aquí investigada.

Igual de impertinente resulta el testimonio del investigador BRAYAN ESTEBAN JARAMILLO MOLINA ya que, en efecto, el juicio de pertinencia, conducencia y utilidad fue insuficiente en aras de acreditar lo que se intenta demostrar con su declaración pues no se especificaron los actos investigativos que realizó para poder soportar su intervención en la vista pública. Además, en el disenso tan solo se dijo que como en la enunciación de la prueba se mencionaron los testigos de acreditación de cada uno de los documentos que se pretendían aportar al juicio, ello era suficiente para que quedará establecida la necesidad de decretarse esta prueba testimonial.

Por lo anterior, deviene incuestionable la falta de una debida y suficiente sustentación frente a la pertinencia de este deponente.

Y para continuar con el testimonio del señor DAVINSON MEJÍA ARANGO, se tiene que una vez escuchado el registro de la intervención de la defensa en su solicitud probatoria, el abogado explicó que *“este testigo escuchó de manera directa, personalmente, y hablará de las manifestaciones que dos de los testigos de la Fiscalía, entre ellas, la madre del menor, le hicieron a las autoridades de policía que atendieron el caso... no se trata de que con este testigo voy a probar que esas manifestaciones fueron verdad, porque en ese caso estaríamos hablando de prueba de referencia, no lo traigo para probar que eso que dijeron los testigos es la verdad, ni lo traigo para comprobar ese contenido, traigo al*

testigo para establecer, para hacer menos probable que esto haya sucedido porque esas manifestaciones, lo que se quiere probar son las manifestaciones que hicieron los testigos, porque esas manifestaciones nos explican la causa de los hechos y del conflicto, nos permiten confrontar el relato de los testigos de la Fiscalía, establecer por vía indirecta los motivos para la denuncia y para hacer más probable que los hechos hayan ocurrido de otra manera, y que ese conflicto se haya presentado por otros motivos.”²

Al respecto, observa esta Colegiatura que sí aparece sustentada la pertinencia del testimonio del señor DAVINSON MEJÍA ARANGO en punto de afianzar la teoría del caso planteada por el defensor, esto es, que la denuncia se suscitó por una razón diferente a la comisión de unos actos sexuales, pues se trata de una persona que, al parecer, escuchó de manera directa las manifestaciones realizadas en el lugar de los hechos por parte de dos ciudadanos que acudirán al juicio en calidad de testigos de cargos, y que con dichas expresiones se demuestra un móvil diferente para endilgarle la responsabilidad penal al procesado.

Y es que así como lo sostuvo el censor, este testimonio no podría catalogarse de referencia por cuanto el peticionario de la prueba clarificó insistentemente las razones por cuales solicitaba escuchar al testigo, haciendo expresa relación a que pretende demostrar que dos personas, entre ellas la denunciante, hicieron a los agentes de la policía unas afirmaciones concretas que confirmarían la hipótesis defensiva, más no dijo que lo aseverado por esos ciudadanos hubiese ocurrido de esa manera.

² Registro audio visual “04ContinuacionPreparatoria 24-06-21.mp4” (audiencia preparatoria celebrada el 24 de junio de 2021). Minuto 42:55 a 44:31.

Finalmente, sobre el Subintendente OSCAR ANDRÉS ZAPATA ZULUAGA, argumentó la defensa que *"éste fue el funcionario de policía judicial que tuvo bajo su responsabilidad los primeros actos de la investigación... si recordará bien señora juez usted nos autorizó en el primer escenario de la audiencia preparatoria la utilización de unos documentos que no tenía la Fiscalía y que esta defensa le corrió traslado... unos anexos al informe presentado por este subintendente, la defensa tiene interés en presentar esos documentos y él es el testigo de acreditación de esos anexos porque fue quien lo suscribió, la pertinencia de esos anexos la explicaremos más adelante, pero él declarará sobre algunos actos de investigación que le interesan a la defensa y que son relevantes de su actuación porque nos permitirán impugnar el relatos de los hechos en que se funda la acusación, de hecho, como lo mencionaré más adelante, también, eventualmente, incidirían en la calificación jurídica de la conducta, o tendrán que ver y ya haremos referencia a ese tema."*³

Al respecto debe indicar esta Corporación que, tal y como lo expresó el representante del ente acusador en su intervención como no recurrente, los documentos o conclusiones producto de los actos preliminares de la investigación no son vinculantes para el Fiscal, específicamente en lo que tiene que ver con la calificación jurídica de la conducta delictiva investigada, pues se tiene conocimiento que en la práctica esa denominación punitiva inicial puede variar de conformidad con los avances y resultados que vayan arrojando los nuevos trabajos explorativos, razón por la cual la ley faculta a la Fiscalía General de la Nación para que, incluso en la formulación de la acusación, se pueda modificar la imputación

³ *Ibíd.* Minuto 51:27 a 53:16.

jurídica que se hubiese hecho para cumplir así con el principio de legalidad.

Por lo tanto, la conducta punible que hubiese registrado en su informe de policía judicial el subintendente OSCAR ANDRÉS ZAPATA ZULUAGA bajo su propia inferencia de los hechos que a él le fueron narrados por algunos testigos no será objeto de interrogatorio, pues, se insiste, el desarrollo investigativo puede proporcionarle al proceso circunstancias modales y fácticas que hacen que esa calificación inicial -dada por el funcionario competente para hacerla, esto es, el delegado de la Fiscalía- pueda ser válidamente modificada al momento de iniciarse la etapa de juzgamiento.

Y frente el argumento según el cual la falladora de primera instancia permitió la utilización de los anexos del informe presentado por el subintendente ZAPATA ZULUAGA, debe recordarse que los documentos signados por un funcionario público en razón de sus funciones gozan de la presunción de legalidad y por tanto pueden ser utilizados dentro del juicio oral sin necesidad de la acreditación que reclama el censor.

En estas condiciones y en relación con lo que es objeto de apelación, puede el censor escuchar en el juicio oral el testimonio del señor DAVINSON MEJÍA ARANGO e interrogarlo sobre los aspectos referidos en su solicitud y siendo allí donde se establecerá su verdadera pertinencia, pues como lo ha venido sosteniendo esta Sala de decisión, en la audiencia preparatoria estamos frente a una hipótesis de pertinencia que no necesita profundas explicaciones, basta con que el interesado señale cuál es

el objeto del medio de convicción que reclama y qué pretende demostrar con él, obligación que frente a este deponente cumplió la defensa en la medida suficiente para admitir su solicitud porque se refiere directa o indirectamente a los hechos y circunstancias y a la participación del acusado en ellos, tal como lo demanda el artículo 375 del catálogo procesal penal acusatorio.

En conclusión, se admitirá como prueba de descargos el testimonio del señor DAVINSON MEJÍA ARANGO al considerarse que ese medio de conocimiento resulta pertinente en aras de probar el objeto de la teoría del caso defensiva.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la providencia de naturaleza y origen conocidos en cuanto inadmitió como prueba a practicar en el juicio oral y público por parte la defensa el testimonio del señor DAVINSON MEJÍA ARANGO, y en su lugar **SE ADMITE** en atención a su adecuado juicio de pertinencia, conducencia y utilidad respecto al mismo.

SEGUNDO: En lo demás, objeto de apelación, **SE CONFIRMA** la providencia materia de alzada

TERCERO: Contra esta decisión no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RICARDO DE LA PAVA MARULANDA

Magistrado



RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ

Magistrado



JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ

Magistrado