R E PÚ B L I C A D E C O L O M B I A

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

S A L A P E N A L

MAGISTRADO PONENTE	**:**	**JAIRO JOSÉ AGUDELO PARRA**
RADICADO No	**:**	**110016000721201700412 01**
PROCEDENCIA	**:**	**JUZGADO 37° PENAL CIRCUITO CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO DE BOGOTÁ, D.C.**
MOTIVO	**:**	**APELACIÓN AUTO EXCLUYÓ PRUEBA**
PROCESADO	**:**	**ÁNGEL ANDRÉS GIRALDO RUBIO**
DELITO:		**ACCESO CARNAL VIOLENTO**
APROBADO	**:**	**ACTA No. 030**
DECISIÓN	**:**	**CONFIRMA**
FECHA	**:**	**25 DE FEBRERO DE 2019**

ASUNTO

Resolver el recurso de apelación interpuesto por la Defensa contra auto proferido por el Juez 37° Penal del Circuito de Conocimiento de esta ciudad, mediante el cual excluyó una prueba dentro de la audiencia preparatoria.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1.1. De la formulación de *acusación* se extrae que, "*Según denuncia instaurada por la señora CLAUDIA PATRICIA GÓMEZ BOHÓRQUEZ…, el día 18-04-2017 en nombre propio e indica que para el año 2010 conoció al imputado cuando laboraban en la misma empresa, con quien entabla una relación de noviazgo al cabo de un año recibe una llamada de quien manifestó ser la esposa y por ello se alejó de él y empezó una nueva relación. Para sep. 30 de 2011 comenzaron a extorsionar a su familia ya que tienen una panadería y ese día lanzaron una granada al interior del establecimiento, a consecuencia de ello fallecio (sic) una persona.*

"Dentro de los capturados uno de ellos se allanó a cargos y reconoció que fue el imputado el presunto autor del hecho y de la extorsión. Para el año 2015 el imputado comienza nuevamente a buscarla para que salieran y accede a sus pretensiones por temor ya que conoce sus alcances.

*"La última vez que se encontró fue el 4 y 5 de abril del presente año -*2017*-, bajo amenazas se trasladó junto con el imputado a la población de Girardot a un hotel donde fue accedida violentamente y en varias oportunidades ha ocurrido lo mismo en esta capital, siendo amenazada con arma de fuego en todas las ocasiones".*

1.2. El 26 de mayo de 2017, ante la Juez 57º Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, la Fiscalía formuló imputación a **ÁNGEL**

ANDRÉS GIRALDO RUBIO como autor del punible de *acceso carnal violento*, según lo dispuesto en el artículo 205 del Código Penal.[1]

1.3. El 28 de agosto de 2017, el ente investigador radicó *escrito de acusación* por el delito de *acceso carnal violento en concurso homogéneo y sucesivo*.[2] El asunto correspondió por reparto al Juez 37º Penal del Circuito de Conocimiento de esta ciudad, ante el cual se formuló *acusación* el 27 de noviembre de 2017.[3]

1.4. La siguiente actuación procesal se adelantó el 26 de junio de 2018 con audiencia preparatoria; la defensa interpuso recurso de alzada por la exclusión de unas pruebas por ella peticionadas.[4]

El juez excluyó, por ilícita, la exhibición en juicio de la copia espejo de los videos y fotografías de diversos encuentros sexuales entre la víctima y el acusado, obtenidos del celular de éste, que sería presentada en informe pericial por el analista en evidencia digital Mauricio Javier Vargas Sánchez, en tanto afectan la intimidad de la presunta víctima, dado el alto contenido erótico de los mismos, -incorporan relaciones anales y vaginales-, pues aun cuando el acusado es el dueño del equipo celular, ha debido presentar prueba de la autorización de víctima para grabar. No por ser dueño de un teléfono celular, quien interviene en una relación sexual, está facultado para grabar; es preciso la aceptación y anuencia de quien participa con él en la mismo, razón por la cual dispuso la exclusión de esas pruebas documentales, excepto las fotografías que *no tengan talante carnal y erótico* en las que existe esa proximidad de relación afectiva a la que se refiere la defensa.

II. IMPUGNACIÓN

Siguiendo los parámetros del artículo 178 CPP,[5] modificado por la Ley 1395 de 2010, el recurrente sustentó oralmente su inconformidad con la decisión de primera instancia.

2.1. ARGUMENTOS DE LA DEFENSA.

Refiere, de conformidad con los artículos 8º y 126 y ss C.P.P. el acusado tiene derecho a defenderse y, en este sistema adversarial, ello se concreta recogiendo elementos materiales probatorios y evidencia física con la finalidad de demostrar su inocencia. En este caso, advera, se trata de la

[1] Folio 5 de la carpeta base. Audio del 26 de mayo de 2017.
[2] Folios 10 al 14 carpeta ídem.
[3] Folios 25 carpeta ibídem. Audio del 27 de noviembre de 2017.
[4] Folios 33 de la carpeta citada. Audiencia preparatoria del 26 de junio de 2018.
[5] Artículo 178 de la ley 906 de 2004. Trámite del recurso de apelación contra autos. Se interpondrá oralmente en la respectiva audiencia y se concederá de inmediato en el efecto previsto en el artículo anterior. Recibida la actuación objeto de recurso, el juez o magistrado que deba resolverlo citará a las partes e intervinientes a audiencia de argumentación oral que se celebrará dentro de los cinco (5) días siguientes. Sustentado el recurso por el apelante, y oídas las partes e intervinientes no recurrentes que se hallaren presentes, el juez o magistrado podrá decretar un receso hasta por dos (2) horas para emitir la decisión correspondiente.
Si el recurrente no concurriere se declarará desierto el recurso.

palabra de la víctima contra la de su defendido, razón por la cual éste busca defenderse de las acusaciones de Claudia Patricia Gómez Bohórquez, con quien mantenía una relación, incluso, *por encima de su hogar* y, en esa medida, debe *echar mano* de ese elemento material probatorio excluido –videos-, los cuales debatirá en el juicio. Si bien la presunta víctima afirma no haber prestado su consentimiento para grabar, precisamente para ello fue que la defensa pidió el testimonio directo de ésta, pues con los videos y audios podrá establecer si ella aceptó o no, por lo que sólo se puede saber en el juicio, acudiendo a la normatividad constitucional y legal. El acusado, señala, tiene derecho a defenderse utilizando imágenes en las que él interviene en la relación sexual y se están '*grabando los dos.'* Lo expuesto con la finalidad de acreditar que aquella fue consentida por la presunta víctima, señalando que *"el tema de lo que ella denuncia no fue la única vez que sucedió eso y sucedieron todas las veces que ellos tenían relaciones sexuales",* por ello la importancia de admitir este elemento material probatorio presentado por el acusado para que en el juicio se debata, entre otras cosas, si se está vulnerando derechos como los que mencionó el juez de instancia para excluir la prueba.

Por otra parte, reconoce, luego de la absolución de su defendido en otro proceso, haberle advertido que debía tener cuidado con Claudia Patricia Gómez Bohórquez, sugiriéndole que si volvía a aparecer *la grabara;* eso fue lo que hizo el acusado con su celular.

2.2. INTERVENCIÓN DE NO RECURRENTES –FISCALÍA-

La Fiscal solicita mantener la decisión del juez *a quo,* ya que se ajusta a la legalidad excluir la prueba de la defensa destinada a ventilar unos videos que, advera, no fueron descubiertos a la Fiscalía y están sujetos a la valoración de un analista digital.

Sorprende, dice, cuando la defensa, tardíamente, indica que no sólo son fotos y videos para demostrar que existe una relación sentimental consensuada, sino que pretende exponer relaciones erótico-sexuales vía vaginal y anal en la audiencia. La víctima ha manifestado, expresamente, que nunca dio su consentimiento para ser grabada, aunado a que no sabía que existían esos videos, por tanto, las pruebas fueron obtenidas *ilegalmente* y con las mismas se afecta el derecho a la intimidad de aquella, considerando que es *ilegal* por cuanto el acusado estaba grabando todas las relaciones por orden de su defensor, sin comunicarle a la víctima, siendo ello otra clase de agresión que debe ser objeto de investigación. En esa medida, para garantizar un derecho constitucional en cabeza de la víctima solicita mantener la decisión de exclusión de la aludida prueba.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

3.1. Esta Sala es competente para conocer del presente asunto, conforme a lo dispuesto en el artículo 34, numeral 1º, del CPP.[6]

3.2. En los términos del recurso el problema jurídico a desatar por parte de la Sala se contrae a definir si acertó el Juez de primera instancia al excluir, por ilícitas, las pruebas de carácter documental aducidas por la defensa, esto es, grabaciones de contenido erótico-sexual realizadas por el acusado con su pareja, presunta víctima.

3.3. Para la solución del problema jurídico la legislación procesal penal[7] prescribe que durante la *audiencia preparatoria* el Juez dará la palabra a la Fiscalía y luego a la defensa a fin que soliciten las pruebas requeridas para sustentar su pretensión, sin perder de vista, desde luego, que quien demanda una prueba está obligado a revelar el objeto de la misma de cara a su teoría del caso. A su turno, aquél -el juez- decretará la práctica cuando ellas se refieran a los hechos de la acusación, de acuerdo con las reglas de pertinencia y admisibilidad previstas en el código.

El artículo 359 del adjetivo penal,[8] a su turno, dispone que las partes -y también la víctima- puede solicitar al juez la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba que, de conformidad con las reglas establecidas en el código, resulten inadmisibles, impertinentes, inútiles, repetitivas o encaminadas a probar hechos notorios o que por otro motivo no requieran prueba.

Adicionalmente, se debe tener claro que la inadmisión probatoria, la exclusión y el rechazo son figuras jurídicas diversas, pues mientras la primera guarda relación con la conducencia, pertinencia y utilidad del respectivo elemento cognoscitivo y la segunda atañe a medios de conocimiento ilícitos, el rechazo deriva del incumplimiento de requisitos legales, ejemplo la sanción contemplada en el artículo 346 del C.P.P. por descubrimiento deficiente o inexistente de elementos probatorios, donde deviene la imposibilidad de ser aducidos al proceso.

Lo expuesto brevemente para fundamentar la solución del caso, luego la Sala se ocupará de aquellas probanzas, en su oportunidad excluidas, en cuanto haya sido debidamente sustentada; ello después de examinar el

---

[6] Artículo 34 del C.P.P. De los tribunales superiores de distrito. Las salas penales de los tribunales superiores de distrito judicial conocen:
1. De los recursos de apelación contra los autos y sentencias que en primera instancia profieran los jueces del circuito y de las sentencias proferidas por los municipales del mismo distrito.
(…)

[7] Artículo 357 del C.P.P y SS

[8] La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha expresado: "Tal procedencia, como ya ha sido expuesto, se encuentra vinculada a la exigencia de conducencia, pertinencia, racionalidad y utilidad del medio probatorio. La primera supone que la práctica de la prueba solicitada es permitida por la ley como elemento demostrativo para que el funcionario judicial conforme su juicio positivo o negativo sobre la materialidad de la conducta investigada o la responsabilidad del procesado. "La pertinencia de la prueba apunta no únicamente a su relación con el objeto de la investigación y debate, sino a que resulte apta y apropiada para demostrar un tópico de interés al trámite. "La racionalidad del medio probatorio tiene que ver con la viabilidad real de su práctica dentro de las circunstancias materiales que demanda su realización. Y la utilidad de la prueba se refiere a su aporte en concreto en punto del objeto de la investigación en oposición a lo superfluo e intranscendente." Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto del 17 de marzo de 2004. Rad. 22.053 M.P. MARINA PULIDO DE BARÓN.

registro audiovisual que guarda la memoria de lo acontecido en audiencia preparatoria para establecer si el censor cumplió o no el deber argumentativo exigido por la ley.

Veamos:

De cara a las pruebas documentales solicitadas por la Defensa, –videos y fotos del teléfono celular del acusado-, observa el Tribunal, en efecto, el defensor solicitó la admisión de la copia espejo del dispositivo Sony propiedad del acusado, en el cual hay varios videos y fotos de diversos encuentros sexuales entre la denunciante y el aquel mismas que, en sentir del abogado, son conducentes, pertinentes y útiles, porque con ellas pretende demostrar que la presunta víctima y su prohijado sostuvieron múltiples encuentros sexuales, de todo tipo, consentidos, pues existía una relación sentimental entre ellos. Tales pruebas documentales, se reitera, fueron excluidas por el juez *a quo,* tras considerar que vulneran el derecho a la intimidad de la víctima, máxime por cuanto ésta afirmó no haber autorizado tales grabaciones.

La Corte Constitucional se ha pronunciado por "*la protección frente a* ***la divulgación no autorizada de los asuntos que conciernen a ese ámbito de privacidad forma parte de esta garantía***.[9] *Así mismo, la Corte ha señalado que el derecho a la intimidad "permite a las personas manejar su propia existencia como a bien lo tengan con el mínimo de injerencias exteriores" y que la protección "de esa esfera inmune a la injerencia de los otros –del Estado o de otros particulares" es un "prerrequisito para la construcción de la autonomía individual que a su vez constituye el rasgo esencial del sujeto democráticamente activo".*[10] *En este orden, la Corte ha establecido que el área restringida que constituye la intimidad* ***"solamente puede ser penetrada por extraños con el consentimiento de su titular o mediando orden dictada por autoridad competente, en ejercicio de sus funciones y de conformidad con la Constitución y la ley"***[11] *y ha precisado este derecho puede ser limitado únicamente por "razones legítimas y debidamente justificadas constitucionalmente"*[12]"[13] (Resalta la Sala)

También ha precisado esa Corporación:

> "[…] *constituyen aspectos de la órbita privada, los asuntos circunscritos a las relaciones familiares de la persona, sus*

[9] M.P. Jaime Córdoba Triviño. También la sentencia T-787 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil.
[10] Sentencia C-640 de 2010, M.P Mauricio González Cuervo.
[11] Sentencia T-696 de 1996 M.P. Fabio Morón Díaz.
[12] Sentencia T-517 de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero. En esta ocasión la Corte sostuvo que la sola posibilidad de "*escuchar eventualmente risas de los guardias o el ruido producto del radioteléfono que está junto al teléfono*" o de ser informado del vencimiento del tiempo de conversación en un centro carcelario en el que las llamadas se pasan de manera directa a los patios, son circunstancias que no constituyen una violación o restricción ilegítima del derecho a la intimidad del actor.
[13] Corte Constitucional, sentencia T-634 de 2013 M.P. María Victoria Calle Correa

> *costumbres y prácticas sexuales, su salud, su domicilio, sus comunicaciones personales, los espacios limitados y legales para la utilización de datos a nivel informático, las creencias religiosas, los secretos profesionales y en general todo "comportamiento del sujeto que no es conocido por los extraños y que de ser conocido originaría críticas o desmejoraría la apreciación" que éstos tienen de aquel*".[14] (Subraya la Sala)

Con todo, dicha Corporación, igualmente, ha reconocido que el derecho a la intimidad no es absoluto y puede ser limitado, por ejemplo, a efecto de *garantizar un fin imperioso*. Las limitaciones del aludido derecho, igual que la de cualquier derecho fundamental deben, en todo caso, respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad.[15]

En tal contexto, como sucede en el asunto que concita la atención de la Sala, existen casos en los que surge una tensión entre el derecho fundamental a la defensa, –contradicción-, de una parte, y el derecho a la intimidad de la víctima, de otra. Como quiera que se trata de dos derechos fundamentales de igual rango, acorde a la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, es necesario acudir al sistema de ponderación, el cual implica un examen en 4 pasos: *i)* análisis sobre el fin buscado por la defensa con la solicitud de pruebas, a efecto de establecer si es imperioso para la defensa; *ii)* examinar si el medio para llegar a dicho fin es legítimo; *iii)* relación entre el medio y el fin con fundamento en el principio de necesidad y, *iv)* examen o juicio de proporcionalidad, en sentido estricto, para determinar si el grado de afectación del derecho a la intimidad es desproporcionado.[16]

En esa comprensión el fin que justifica una intromisión en la vida íntima de la víctima debe ser imperioso, pues sólo la búsqueda de un propósito de tal magnitud y trascendencia tornaría razonable limitar el derecho constitucional a la intimidad de las víctimas de delitos sexuales (Cfr. Sentencia T-453/05). Al respecto la Corte Constitucional ha precisado:

> "*En principio, dicho examen sólo cabría si (i) tal indagación está dirigida a demostrar que el autor del ilícito es otra persona y no el procesado; (ii) o si como consecuencia de impedir esa indagación, se vulnera gravemente el derecho de defensa del procesado, por ejemplo, porque un examen de la vida íntima común y anterior de la víctima y del acusado permitiría demostrar que hubo consentimiento. Por lo tanto, si la intromisión en la vida íntima de la víctima sólo está orientada a deducir un supuesto consentimiento a partir de inferencias basadas en relaciones privadas anteriores o posteriores y distintas de la investigada, tal intromisión no responde a un fin imperioso, y por lo tanto, debe ser rechazada. Lo que sí*

[14] SU-089 de 1995 (MP. Jorge Arango Mejía).
[15] Ver por ejemplo, las sentencias C-673 de 2001, MP: Manuel José Cepeda Espinosa, C-475 de 1997, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz; C-489 de 2002, MP: Rodrigo Escobar Gil.
[16] Corte Constitucional sentencia T-453/05

es constitucionalmente admisible es que se investiguen las circunstancias en que se realizó el acto sexual objeto de la denuncia. De tal manera que a la luz del derecho constitucional experiencias íntimas separadas del acto investigado están prima facie protegidas frente a intervenciones irrazonables o desproporcionadas".[17]

Así, de cara al caso que concita la atención de la Corporación se observa que dentro de las pruebas documentales el defensor solicitó la exhibición, en juicio, de la copia espejo de videos y fotografías de diversos encuentros sexuales entre la víctima y el acusado, obtenidos del celular de éste, que sería presentada en informe pericial por el analista en evidencia digital Mauricio Javier Vargas Sánchez; no obstante, advierte la Sala, en ningún momento el togado definió si los vídeos, cuya admisión y consecuente exhibición en el juicio oral pretende, corresponden a grabaciones realizadas en la fecha de la presunta ocurrencia de los hechos investigados, vale decir, guardó silencio respecto a una cuestión trascendental como es si los videos fueron grabadas durante los días 4 y 5 de abril de 2017, calenda en la que de acuerdo a lo denunciado por la víctima, **ÁNGEL ANDRÉS GIRALDO RUBIO**, bajo amenazas, la condujo hasta un hotel en el municipio de Girardot donde la accedió violentamente. En el momento de indicar la pertinencia, conducencia y utilidad de la aludida prueba expresó: "…*su señoría observará cómo la evidencia digital le indicará que existen fotografías, videos y archivos que demuestran que entre el señor Ángel Andrés y la presunta víctima se sostuvieron múltiples relaciones de naturaleza sexual de todo tipo, consentidas y que de hecho existía una relación entre ellos. En otras palabras se acreditará con estas imágenes que dentro de esa relación consensuada las actividades sexuales anales y vaginales eran entre ellos absolutamente normales*…"[18]

En ese orden de ideas, en tanto no aparece acreditado que el contenido de los mencionados videos corresponda al acto objeto de denuncia e investigación para, con esa certeza, examinar si hubo o no consentimiento, mal podría suponerse éste con fundamento en grabaciones realizadas presuntamente en fechas anteriores al 4 y 5 de abril de 2017 y circunstancias diferentes. Como lo señala la Corte Constitucional *tal intromisión no responde a un fin imperioso, y por lo tanto, debe ser rechazada.*

Adicionalmente, habida cuenta que la presunta víctima de manera clara y contundente señaló en la audiencia preparatoria no haber dado su consentimiento para ser grabada, aunado que no sabía de la existencia de los videos a que hace referencia la defensa del acusado y, por tanto, no autoriza su exhibición, es pertinente traer a colación un pronunciamiento de la Corte Constitucional

[17] Sentencia T-453/05
[18] A partir del record 50:28 de la Audiencia preparatoria de 26 de junio de 2018

> *"En esa medida, 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. … En esas condiciones, la grabación no podía presentarse como prueba válida en el proceso y debió ser expulsada."*[19]

Así las cosas, resulta acertada la decisión del juez *a quo* de excluir, por ilícita, la prueba documental que reclama la defensa. En consecuencia, la decisión recurrida será confirmada.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE

Primero: Confirmar, la providencia impugnada del 26 de junio de 2018, dentro de la actuación 110016000721201710041 2 01, seguida contra **ÁNGEL ANDRÉS GIRALDO RUBIO**, identificado con la cédula No. 79.967.502, por el delito de *acceso carnal violento.*

Segundo: Remitir las diligencias al juzgado de origen para que continúe con el trámite de la actuación.

La presente decisión queda notificada en estrados y contra ella no procede recurso alguno.

JAIRO JOSÉ AGUDELO PARRA
MAGISTRADO

JUAN CARLOS ARIAS LÓPEZ
MAGISTRADO

FABIO DAVID BERNAL SUÁREZ
MAGISTRADO

[19] Corte Constitucional, sentencia T-233/07