

ACCESO CARNAL ABUSIVO CON INCAPAZ DE RESISTIR – PRUEBA SOBREVINIENTE: Facultad excepcional que el legislador otorgó a los sujetos procesales para realizar solicitudes probatorias por fuera de la etapa procesal procedente, esto es, la audiencia preparatoria, excepción que se encuentra justificada en la imprevisibilidad de la prueba, la que se hace visible para las partes únicamente en el desarrollo del juicio oral, de suerte que hasta ese momento no tiene conocimiento de su existencia, lo que hace imposible que, previamente, se solicite su decreto. / **PRUEBA SOBREVINIENTE – DEBE ACREDITARSE DOS CIRCUNSTANCIAS CONCRETAS:** Primero que cumple con los presupuestos de procedencia de la prueba sobreviniente, y segundo, que se acredite su conducencia, pertenencia y utilidad.

Tal y como se advierte de la lectura de la norma, se trata de una facultad excepcional que el legislador otorgó a los sujetos procesales para realizar solicitudes probatorias por fuera de la etapa procesal procedente, esto es, la audiencia preparatoria, excepción que se encuentra justificada en la imprevisibilidad de la prueba, la que se hace visible para las partes únicamente en el desarrollo del juicio oral, de suerte que hasta ese momento no tiene conocimiento de su existencia, lo que hace imposible que, previamente, se solicite su decreto. Precisamente, por tratarse de una prueba excepcional, la jurisprudencia de la Corte ha estimado que para que ella sea procedente deben concurrir algunos elementos estructurales, que hacen viable su decreto y práctica en desarrollo del juicio oral. (...) Implica lo anterior que, para que el funcionario judicial decrete la prueba sobreviniente, resulta indispensable que quien solicite tal medio de convicción acredite dos circunstancias concretas, primero que cumple con los presupuestos de procedencia de la prueba sobreviniente, y segundo, que se indiquen los presupuestos de admisibilidad de la prueba, bajo los mismos criterios exigidos en audiencia preparatoria, esto es, que se acredite su conducencia, pertenencia y utilidad. CSJ AP8489-2016; AP1083-2015 y CSJ SP, 30 mar. 2006, rad. 24468.

PRUEBA SOBREVINIENTE – GRABACIÓN REALIZADA POR UNO DE LOS ASISTENTES A LA FIESTA EN LA QUE SUCEDIERON LOS HECHOS: El testimonio de la persona que realizó la grabación, constituye un elemento de convicción que, en un ejercicio razonable, pudo ser conocida de manera previa por la defensa y su representado en desarrollo del rol que les compete. / **GRABACIÓN COMO PRUEBA SOBREVINIENTE – DEBIÓ ACREDITAR LA DEFENSA EN JUICIO QUE NUNCA SE ENTERÓ DE LA EXISTENCIA DE LA GRABACIÓN:** Bien porque el testigo lo ocultó, o porque se trató de un aspecto al que le restó importancia, lo insólito es que, con tanta relevancia para un proceso, haya permanecido por más de dos años sin que se supiera nada de ella. / **PRUEBA SOBREVINIENTE - ES EXCEPCIONALÍSIMA Y LA CARGA ARGUMENTATIVA PARA SU DECRETO, EN MODO ALGUNO, PUEDE LIMITARSE A LAS SIMPLES MANIFESTACIONES DEL INTERESADO:** Si ello fuera así, bastaría con la simple solicitud para habilitar otra oportunidad procesal para el decreto de pruebas. /

No obstante, basta tan solo con verificar los argumentos expuestos por el recurrente dentro de la audiencia de juicio oral, para advertir que la defensa no ha acreditado con suficiencia que se trataba de un medio de convicción desconocido para la parte que pretendía su práctica. En primera medida, la grabación que se pretende introducir, se dice, fue realizada por uno de los asistentes a la fiesta en la que sucedieron los hechos; por tanto, puede que no, la prueba documental propiamente dicha, pero si el testimonio de la persona que realizó la grabación, constituye un elemento de convicción que, en un ejercicio razonable, pudo ser conocida de manera previa por la defensa y su representado en desarrollo del rol que les compete. Así, lo que debió, inicialmente, acreditar la defensa en juicio es que, a pesar de haber obtenido la entrevista de ese asistente a la reunión social, lo cual pudo acreditar incluso en desarrollo de su interrogatorio, nunca se enteró de la existencia de la grabación, bien porque el testigo lo ocultó, o porque se trató de un aspecto al que le restó importancia. Sin embargo, se desconoce por completo, si en el ejercicio defensivo que está llamado a realizar la defensa se asumió o no la carga de entrevistar a los invitados a esa fiesta, que presenciaron aspectos concomitantes al hecho punitivo que se indica. Ello resulta aún más extraño, si se tiene en cuenta que, como asegura, fueron varias las personas que participaron en esa conversación, desconociendo por completo el nombre de estas y mucho menos, si se trata de alguno de los testigos que fueron convocados al juicio oral, aspecto que devenía trascendental para entender lo insólito de que una grabación, con tanta relevancia para un proceso como este, haya permanecido por más de dos años sin que se supiera nada de ella. Y es que mírese que, en la forma como se describen los hechos en la acusación, las personas que tenían conocimiento de la aludida grabación o por lo menos que podrían saber de ella no son ajenas ni al acusado ni a la situación fáctica que se describe, luego, la argumentación en este caso debió ser tan precisa, que no dejara duda de que se trataba de aspectos y personas completamente desconocidas. En modo alguno pretende la Sala restar importancia a los hechos considera relevantes el defensor, pero es que no puede dejarse de lado que la prueba sobreviniente es excepcionalísima y la carga argumentativa para su decreto, en modo alguno, puede limitarse a las simples manifestaciones del interesado, pues si ello fuera así, bastaría con la simple solicitud para habilitar otra oportunidad procesal para el decreto de pruebas. En ese entendido, no encuentra la Sala que la prueba solicitada se enmarque dentro de la excepcionalidad de la prueba sobreviniente, esencialmente porque, por lo menos la declaración de la persona con la que se pretendería introducir el audio, corresponde a medios de convicción que pudieron haber sido plenamente conocidos con antelación por la defensa y si no hizo uso de ellos en las oportunidades procesales legalmente previstas para el efecto, mal podría en este estadio habilitar una nueva oportunidad para su decreto y práctica, como remedio a la omisión de la parte interesada. Lo anterior lleva a concluir que, contrario a lo considerado por el recurrente, no se cumple con el presupuesto de procedencia de la prueba sobreviniente. Corte Suprema de Justicia en auto penal AP393-2019, Radicación N° 54182, del 06 de febrero de 2019.

ILICITUD DE PRUEBA SOBREVINIENTE CORRESPONDIENTE A GRABACIÓN – DEBE VERIFICAR SE SI SE AFECTA EL DERECHO A LA INTIMIDAD DE ALGUNO DE LOS INTERLOCUTORES Y, POR ENDE, SI RESULTA VIABLE O NO SU SIMPLE INTRODUCCIÓN AL PROCESO: Al Estado le está vedado acceder a cualquier información que trasgreda el derecho fundamental a la intimidad de una persona en alguno de los ámbitos ya referenciados. / ILICITUD DE PRUEBA SOBREVINIENTE CORRESPONDIENTE A GRABACIÓN – EXCEPCIONES A ACCEDER A CUALQUIER INFORMACIÓN QUE TRASGREDA EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INTIMIDAD: Son legales si quien graba es el destinatario de la llamada o víctima de la conducta punible. / IMPROCEDENCIA DE PRUEBA SOBREVINIENTE CORRESPONDIENTE A GRABACIÓN – ILEGALIDAD DE TAL MEDIO DE CONVICCIÓN: La grabación que pretende introducir fue realizada por el procesado, quien se dirigió a la víctima con la intención de interrogarla sobre lo sucedido, decidió grabar sus respuestas sin autorización para el efecto y, más grave aún, ocultó esa información por alrededor de dos años.

Ahora bien, aún si engracia de discusión se pasará por alto el referido presupuesto de procedencia, claramente le asiste razón a la juez de primera instancia en punto de la licitud de la prueba que se pretende introducir, aspectos que, indudablemente se debate al momento de su decreto. Recuérdesse que lo que pretende introducir es la grabación que un tercero realizó a la conversación que, dice la defensa, sostuvo la víctima y otras personas el día de los hechos; de ahí que deba establecerse si con ella se afecta el derecho a la intimidad de alguno de los interlocutores y, por ende, si resulta viable o no su simple introducción al proceso en la forma en que se pretende. El artículo 15 de la Constitución Política protege el derecho a la intimidad de las personas, garantía constitucional que ha sido reconocida por la Corte Constitucional desde tres aristas, a saber: i) la prohibición para terceros de divulgar hechos, datos o situaciones que el titular no quiere dar a conocer; ii) la no intromisión en los ámbitos físicos o espaciales donde la persona desarrolla su vida y; iii) la no intromisión en el cuerpo humano. Implica lo anterior que, en principio, al Estado le está vedado acceder a cualquier información que trasgreda el derecho fundamental a la intimidad de una persona en alguno de los ámbitos ya referenciados; sin embargo, como todos los derechos, este no es absoluto y, por ello, se han previsto excepciones en las cuales es viable adelantar actuaciones que permitan la obtención de documentos, grabaciones, o cualquier tipo de actividad que implique injerencia en la intimidad del procesado. (...) Con ello, ha concluido la Corte que las grabaciones magnetofónicas son legales si quien graba es el destinatario de la llamada o víctima de la conducta punible. De las excepciones a las que se ha hecho referencia, se sabe que la grabación no fue realizada por la víctima, luego, la única excepción a la que podríamos acudir sería la del destinatario de la llamada. Al respecto, asimilando al destinatario de la llamada con la persona que dio inicio a la conversación, no existe certeza en este caso, o por lo menos no se concluye así de la sustentación de la defensa, que la víctima de este proceso haya dado inicio a la conversación o haya buscado al señor NICOLAS DAVID SÁNCHEZ para entablar una comunicación que le permitiera a este hacer uso de la grabación, como destinatario de la llamada; por el contrario, lo que se sugiere es que este último interrogó de manera directa a la entonces menor de edad sobre los hechos que acababan de suceder, decidió grabar sus respuestas sin autorización para el efecto y, más grave aún, ocultó esa información por alrededor de dos años. Con ese estado de cosas, lo que se sabe es que la grabación que pretende introducir el recurrente fue realizada por NICOLAS DAVID, quien se dirigió a la víctima con la intención de interrogarla sobre lo sucedido, lo que hace palmaria la ilegalidad de tal medio de convicción. CSJ SP757-2020, 4 de mar 2020, rad. 50540; CSJ AP4281-2019, 2 de oct, rad. 55798, CSJ AP2378-2018, 13 de jun, rad. 52299 y CSJ AP4713-2017, 24 de jul, rad.47633.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



Departamento de Boyacá

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL SANTA ROSA DE VITERBO
“PATRIMONIO HISTÓRICO Y CULTURAL DE LA NACIÓN”
Ley 1128 de 2007**

SALA ÚNICA

CLASE DE PROCESO	: CAUSA PENAL
RADICACIÓN (CUI)	: 15759600022320210057001
DELITO	: ACCESO CARNAL ABUSIVO CON INCAPAZ DE RESISTIR
ACUSADO	: NICOLÁS GARAVITO TOBÓN
ORIGEN	: JUZG. 2º PENAL DEL CTO DUITAMA
DECISIÓN	: CONFIRMA
APROBACIÓN	: ACTA DE DISCUSIÓN N° 155
MAGISTRADA PONENTE	: EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA

Santa Rosa de Viterbo, Boyacá, cuatro (04) de Diciembre de dos mil veinticuatro (2024).

ASUNTO POR DECIDIR:

El recurso de apelación interpuesto por el defensor del acusado en contra del auto del 3 de septiembre de 2024, proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Duitama en el curso de la audiencia de Juicio Oral dentro del proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

- 1.- Ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Duitama se adelanta proceso penal en contra de NICOLÁS GARAVITO TOBÓN, acusado de ser autor de la conducta punible de acceso carnal o acto sexual abusivo con incapaz de resistir.
- 2.- Surtidas las audiencias de acusación y preparatoria, el 02 de septiembre de 2024 se dio inicio a la audiencia del juicio oral, diligencia en la que, luego de expuesta la teoría del caso por las partes, la defensa solicitó que se decretara a su favor una prueba sobreviniente que tiene que ver con una grabación de audio realizada por el joven Sebastián David Lizarazo el día de las hechos y la cual era desconocida por

el acusado, pues, si bien se trata de un elemento que es anterior al proceso, de ella solo se tuvo conocimiento días después de que se llevó a cabo la audiencia preparatoria, pues un asistente a la fiesta en la que acontecieron los hechos se acercó a aquel y le comentó que, luego de lo sucedido, entabló una diálogo con la víctima del cual extrajo una grabación en la que se hace referencia precisa sobre los hechos ocurridos.

3.- A ese decreto se opuso tanto la Fiscalía, como el Representante del Ministerio Público.

DECISIÓN IMPUGNADA:

En audiencia del 03 de septiembre de 2024, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Duitama negó la solicitud probatoria efectuada, tras considerar que no se cumplían con los presupuestos legal y jurisprudencialmente dispuestos para su procedencia. Sus argumentos:

1.- Más allá de la manifestación de la Defensa, relativa a que tuvo conocimiento de la prueba después de acaecida la audiencia preparatoria, no existe un solo elemento material probatorio que permita establecer si se trata de una prueba sobreviniente o no; es decir, no hay forma de saber si de esa prueba se conoció en efecto hasta esa fecha, especialmente porque no se explica por qué sus labores investigativas no la llevaron a considerar que esa prueba existía.

2.- Aún si, en gracia de discusión y atendiendo a la buena fe, se aceptara que se trató de una prueba sobreviniente de la cual la defensa solo tuvo conocimiento después de la audiencia preparatoria, se presentaría un segundo inconveniente, y es que se trata de una conversación privada, que sostuvo la víctima, menor de edad, lo que le obligaba a pedir autorización para ser objeto de grabación.

3.- Hubiese sido diferente si la víctima es quien realiza o pide que se realice la grabación, para que posteriormente fuera utilizada dentro del proceso; no obstante, durante toda la argumentación que hace el Defensor nunca se indicó que la menor, o sus representantes legales, hubiesen dado su aquiescencia para el efecto.

4.- Pareciera que lo que sucedió acá es que el señor Sebastián David Lizarazo Duarte conoció los hechos y le pareció muy importante lo que estaba diciendo, que la menor y bajo esas circunstancias decidió que era mejor grabar para guardar esa

prueba y entregarla muchísimo tiempo después, si se tiene en cuenta que se trata de hechos acaecidos en noviembre de 2021; lo que quiere decir que por casi tres años, el posible testigo guardó la conversación para que, de forma extraña, justamente una semana antes de dar inicio al juicio oral, decidiera poner en conocimiento de la defensa que el audio existía.

5.- Se trata de una grabación que no fue sometida a control posterior por parte del Juez de Control de Garantías, máxime porque se trata de una menor de edad.

DE LA IMPUGNACIÓN:

Inconforme con la decisión proferida, la defensa del acusado interpuso recurso de apelación, con la pretensión de que se revoque y, en su lugar, se acceda al decreto de la prueba sobreviniente. Sus argumentos:

1.- En este asunto lo que se pretende es que se decrete como prueba documental el audio que el testigo NICOLÁS DAVID SÁNCHEZ tomó a través de su equipo celular, en el que sostuvo una conversación con la presunta víctima de este proceso.

2.- Se debe partir de aceptar que ese medio de convicción, solicitado como prueba sobreviniente, efectivamente tiene la condición de tal, pues solamente fue conocido y obtenido por la defensa del ciudadano Nicolás Garabito Tobón, con posterioridad a la celebración de la audiencia preparatoria.

3.- Frente a la licitud del audio, que es de lo que se ocupa principalmente la juez de reprochar, debe aclararse que se trata de una conversación sostenida entre el testigo, quien decidió u optó por grabarla a través de su de su equipo celular y, por tanto, se trata del interlocutor, quien tiene la potestad de utilizar la grabación, como se pretende en este proceso, con independencia de quién o quienes participen en la conversación.

4.- Queda claro que no se trata de una conversación privada y, en consecuencia, no requería autorización judicial para permitirse la utilización de esa grabación, pues, quien la entrega, quien la va a introducir y quien pretende explicar su contenido, es precisamente uno de sus interlocutores y eso es lo que reviste de legalidad ese elemento de convicción.

5.- En este caso, lo primero que se discute es el decreto de la prueba en condición de sobreviniente, cuyos estándares, como lo indicó el A quo, se encuentran debidamente superados; ya en lo que corresponde a la autenticidad del documento, debe ser aclarado en juicio oral.

6.- El test de proporcionalidad que echa de menos la juez de primera instancia no era necesario, pues se trata un audio legítimo, producido de manera voluntaria, y quien lo produjo efectivamente, es quien pretende introducirlo.

7.- Finalmente, insistió en que el tema de la autenticidad y legalidad de ese medio de convicción será un requisito de conocimiento y de explicación y superación en el escenario de la práctica de la prueba, en el juicio oral.

LA SALA CONSIDERA

Vistas la providencia de primera instancia y la sustentación del recurso, es tema a estudiar en este asunto, el de la procedencia de la prueba sobreviniente solicitada en la audiencia de juicio oral.

DE LAS PRUEBAS SOBREVINIENTES

La prueba sobreviniente se encuentra regulada en el inciso final del artículo 344 del Código de Procedimiento Penal en los siguientes términos:

“...si durante el juicio alguna de las partes encuentra un elemento material probatorio y evidencia física muy significativos que debería ser descubierto, lo pondrá en conocimiento del juez quien, oídas las partes y considerado el perjuicio que podría producirse al derecho de defensa y la integridad del juicio, decidirá si es excepcionalmente admisible o si debe excluirse esa prueba.”

Tal y como se advierte de la lectura de la norma, se trata de una facultad excepcional que el legislador otorgó a los sujetos procesales para realizar solicitudes probatorias por fuera de la etapa procesal precedente, esto es, la audiencia preparatoria, excepción que se encuentra justificada en la imprevisibilidad de la prueba, la que se hace visible para las partes únicamente en el desarrollo del juicio oral, de suerte que hasta ese momento no tiene conocimiento de su existencia, lo que hace imposible que, previamente, se solicite su decreto.

Precisamente, por tratarse de una prueba excepcional, la jurisprudencia de la Corte ha estimado que para que ella sea procedente deben concurrir algunos elementos

estructurales, que hacen viable su decreto y práctica en desarrollo del juicio oral. Sobre el punto ha precisado la Corte Suprema de Justicia en auto penal AP393-2019, Radicación N° 54182, del 06 de febrero de 2019, al analizar la figura de la prueba sobreviniente:

“Como se observa, dicha figura procesal tiene lugar en el juicio oral. Pero, además, según lo ha establecido la Corte en reiteradas oportunidades, su decreto no está enfocado a modificar “la forma en la que se preparó la incorporación y práctica de las pruebas decretadas”, ni para “revivir oportunidades procesales fenecidas”. Lo que se busca es que la prueba ingrese al proceso, cuando:

“(i) sur[ia] en el curso del juicio, bien porque se deriva de otra prueba allí practicada y ello no era previsible, o porque en su desarrollo alguna de estas encuentra un elemento de convicción hasta ese momento desconocido;

(ii) no fue descubierto oportunamente por motivo no imputable a la parte interesada en su práctica;

(iii) es “muy significativo” o importante por su incidencia en el caso; y,

(iv) su admisión no comporta serio perjuicio al derecho de defensa y a la integridad del juicio.”¹

Adicional a lo anterior, la parte que solicita la prueba sobreviniente está obligada a argumentar sobre su conducencia, pertinencia y utilidad, tal como se exige para cualquier otro elemento de prueba que pretenda aducirse en el proceso (art. 357, L. 906/04). Esto, pues hace parte de la labor de parte de demostrar los hechos de la acusación y/o de determinada teoría del caso (Cfr. CSJ AP4164-2016)”.

Implica lo anterior que, para que el funcionario judicial decrete la prueba sobreviniente, resulta indispensable que quien solicite tal medio de convicción acredite dos circunstancias concretas, primero que cumple con los presupuestos de procedencia de la prueba sobreviniente, y segundo, que se indiquen los presupuestos de admisibilidad de la prueba, bajo los mismos criterios exigidos en audiencia preparatoria, esto es, que se acredite su conducencia, pertenencia y utilidad.

Al tenor de los derroteros jurisprudenciales señalados en precedencia, procede la Sala a verificar inicialmente, si la solicitud probatoria efectuada por la defensa de NICOLAS GARAVITO TOBÓN cumple con los presupuestos de procedibilidad exigidos para la prueba sobreviniente y, en caso afirmativo, establecer si ese medio de convicción es necesario, útil y pertinente para el desarrollo del juicio oral.

No obstante, basta tan solo con verificar los argumentos expuestos por el recurrente dentro de la audiencia de juicio oral, para advertir que la defensa no ha acreditado con suficiencia que se trataba de un medio de convicción desconocido para la parte que pretendía su práctica.

¹ CSJ AP8489-2016; AP1083-2015 y CSJ SP, 30 mar. 2006, rad. 24468, entre otras.

En primera medida, la grabación que se pretende introducir, se dice, fue realizada por uno de los asistentes a la fiesta en la que sucedieron los hechos; por tanto, puede que no, la prueba documental propiamente dicha, pero si el testimonio de la persona que realizó la grabación, constituye un elemento de convicción que, en un ejercicio razonable, pudo ser conocida de manera previa por la defensa y su representado en desarrollo del rol que les compete.

Así, lo que debió, inicialmente, acreditar la defensa en juicio es que, a pesar de haber obtenido la entrevista de ese asistente a la reunión social, lo cual pudo acreditar incluso en desarrollo de su interrogatorio, nunca se enteró de la existencia de la grabación, bien porque el testigo lo ocultó, o porque se trató de un aspecto al que le restó importancia. Sin embargo, se desconoce por completo, si en el ejercicio defensivo que está llamado a realizar la defensa se asumió o no la carga de entrevistar a los invitados a esa fiesta, que presenciaron aspectos concomitantes al hecho punitivo que se indica.

Ello resulta aún más extraño, si se tiene en cuenta que, como asegura, fueron varias las personas que participaron en esa conversación, desconociendo por completo el nombre de estas y mucho menos, si se trata de alguno de los testigos que fueron convocados al juicio oral, aspecto que devenía trascendental para entender lo insólito de que una grabación, con tanta relevancia para un proceso como este, haya permanecido por más de dos años sin que se supiera nada de ella.

Y es que mírese que, en la forma como se describen los hechos en la acusación, las personas que tenían conocimiento de la aludida grabación o por lo menos que podrían saber de ella no son ajenas ni al acusado ni a la situación fáctica que se describe, luego, la argumentación en este caso debió ser tan precisa, que no dejara duda de que se trataba de aspectos y personas completamente desconocidas.

En modo alguno pretende la Sala restar importancia a los hechos considera relevantes el defensor, pero es que no puede dejarse de lado que la prueba sobreviniente es excepcionalísima y la carga argumentativa para su decreto, en modo alguno, puede limitarse a las simples manifestaciones del interesado, pues si ello fuera así, bastaría con la simple solicitud para habilitar otra oportunidad procesal para el decreto de pruebas.

En ese entendido, no encuentra la Sala que la prueba solicitada se enmarque dentro de la excepcionalidad de la prueba sobreviniente, esencialmente porque, por lo

menos la declaración de la persona con la que se pretendería introducir el audio, corresponde a medios de convicción que pudieron haber sido plenamente conocidos con antelación por la defensa y si no hizo uso de ellos en las oportunidades procesales legalmente previstas para el efecto, mal podría en este estadio habilitar una nueva oportunidad para su decreto y práctica, como remedio a la omisión de la parte interesada.

Lo anterior lleva a concluir que, contrario a lo considerado por el recurrente, no se cumple con el presupuesto de procedencia de la prueba sobreviniente.

Ahora bien, aún si engracia de discusión se pasará por alto el referido presupuesto de procedencia, claramente le asiste razón a la juez de primera instancia en punto de la licitud de la prueba que se pretende introducir, aspectos que, indudablemente se debate al momento de su decreto.

Recuérdese que lo que pretende introducir es la grabación que un tercero realizó a la conversación que, dice la defensa, sostuvo la víctima y otras personas el día de los hechos; de ahí que deba establecerse si con ella se afecta el derecho a la intimidad de alguno de los interlocutores y, por ende, si resulta viable o no su simple introducción al proceso en la forma en que se pretende.

El artículo 15 de la Constitución Política protege el derecho a la intimidad de las personas, garantía constitucional que ha sido reconocida por la Corte Constitucional desde tres aristas, a saber: i) la prohibición para terceros de divulgar hechos, datos o situaciones que el titular no quiere dar a conocer; ii) la no intromisión en los ámbitos físicos o espaciales donde la persona desarrolla su vida y; iii) la no intromisión en el cuerpo humano.

Implica lo anterior que, en principio, al Estado le está vedado acceder a cualquier información que trasgreda el derecho fundamental a la intimidad de una persona en alguno de los ámbitos ya referenciados; sin embargo, como todos los derechos, este no es absoluto y, por ello, se han previsto excepciones en las cuales es viable adelantar actuaciones que permitan la obtención de documentos, grabaciones, o cualquier tipo de actividad que implique injerencia en la intimidad del procesado.

Al respecto ha dicho la Corte Suprema de Justicia.

“Ahora bien, no se puede confundir la grabación de una conversación telefónica por uno de los participantes en el diálogo, por ejemplo, la víctima, con una

interceptación de comunicaciones. Esta última corresponde a un procedimiento en el que se restringe la garantía del secreto de las comunicaciones entre particulares para captar el contenido de las mismas, siendo un acto policial, previamente ordenado por la autoridad judicial en el que los investigadores son los que escuchan la conversación.

Por su parte, la grabación de una comunicación por un participante en ella, consiste en dejar un registro de audio de una conversación propia, con el fin de utilizarlo como prueba contra el interlocutor o un tercero. Por ello, la víctima de un delito puede aportar ese medio de convicción con vocación probatoria en el juicio, siempre que se cumplan los presupuestos de descubrimiento, solicitud y acreditación de dicho elemento.

No se precisa de una orden previa de autoridad judicial competente para su recaudo porque cuando quien graba la conversación es quien interviene en ella, ninguna trasgresión se configura al derecho fundamental al secreto de la comunicación privada².

Con ello, ha concluido la Corte que *las grabaciones magnetofónicas son legales si quien graba es el destinatario de la llamada o víctima de la conducta punible³*

De las excepciones a las que se ha hecho referencia, se sabe que la grabación no fue realizada por la víctima, luego, la única excepción a la que podríamos acudir sería la del destinatario de la llamada.

Al respecto, asimilando al destinatario de la llamada con la persona que dio inicio a la conversación, no existe certeza en este caso, o por lo menos no se concluye así de la sustentación de la defensa, que la víctima de este proceso haya dado inicio a la conversación o haya buscado al señor NICOLAS DAVID SÁNCHEZ para entablar una comunicación que le permitiera a este hacer uso de la grabación, como destinatario de la llamada; por el contrario, lo que se sugiere es que este último interrogó de manera directa a la entonces menor de edad sobre los hechos que acababan de suceder, decidió grabar sus respuestas sin autorización para el efecto y, más grave aún, ocultó esa información por alrededor de dos años.

Con ese estado de cosas, lo que se sabe es que la grabación que pretende introducir el recurrente fue realizadas por NICOLAS DAVID, quien se dirigió a la víctima con la intención de interrogarla sobre lo sucedido, lo que hace palmaria la ilegalidad de tal medio de convicción.

Corolario de todo lo expuesto, la decisión de primera instancia será confirmada en su integridad.

² CSJ SP757 – 2020, 4 de mar 2020, rad. 50540.

³CSJ AP4281 - 2019,2 de oct, rad. 55798, CSJ AP2378 - 2018, 13 de jun, rad. 52299 y CSJ AP4713-2017, 24 de jul, rad. 47633.

DECISIÓN:

En mérito a lo expuesto, LA SALA CUARTA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE SANTA ROSA DE VITERBO, BOYACÁ,

RESUELVE:

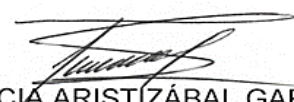
CONFIRMAR la providencia impugnada.

Contra la presente decisión no procede recurso alguno.

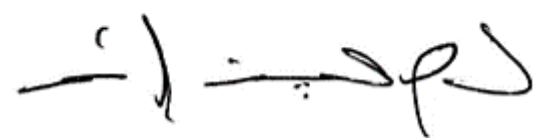
Las partes quedan notificadas en estrados.



EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA
Magistrado Ponente



LUZ PATRICIA ARISTIZÁBAL GARAVITO
Magistrada



JORGE ENRIQUE GÓMEZ ÁNGEL
Magistrado