

TEMA: PRUEBA PERICIAL - La prueba pericial es procedente cuando sea necesario efectuar valoraciones que requieran conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados. / **PRUEBA FILMOGRÁFICA** - contrae intromisiones fuertes en el derecho fundamental a la intimidad, dependiendo del tipo de espacio, para la obtención de ese material filmográfico en el marco de la actuación penal es necesario acudir al juez con funciones de control de garantías, para la obtención de la orden judicial que permita su acopio. /

HECHOS: Se apresta la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del señor procesado, en contra de la decisión adoptada por el Juez en el marco de la audiencia preparatoria celebrada, mediante la cual despachó desfavorablemente la petición de exclusión de unos videos y no admitió una prueba pericial, ambas solicitudes elevadas por la defensa. Le corresponde a la Sala determinar en virtud del recurso de apelación si los videos de circuitos cerrados de televisión privados, para ser llevados a juicio deben ser obtenidos mediando orden de un juez de control de garantías y si las pruebas periciales de perfil psicológico del procesado resultan admisibles en nuestro ordenamiento jurídico penal.

TESIS: (...) Por su parte, el artículo 23 de la Ley 906 de 2004 regula la cláusula general de exclusión al disponer que: “Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal. Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que sólo puedan explicarse en razón de su existencia. (...) En efecto, en la sentencia C-094 de 2020, la Corte Constitucional efectuó una definición respecto a lo que debemos establecer como espacios públicos, semipúblicos, semi privados y privados, de cara a su interrelación con el derecho fundamental a la intimidad: De manera particular, se ha considerado que el espacio privado es el lugar en el que las personas desarrollan su personalidad y ejercen su intimidad de manera libre en un ámbito inalienable, inviolable y reservado. En este sentido, si bien el espacio privado se asocia con el concepto de domicilio, según la Corte, va más allá de la idea prevista en el Código Civil, abarcando “además de los lugares de habitación, trabajo, estudio, todos aquellos espacios o recintos aislados en los que la persona normal y legítimamente pretenda desarrollar su propia vida privada, separada de los terceros y sin su presencia”. El espacio público, por su parte, ha sido considerado como el “lugar de uso común en el que los ciudadanos ejercen numerosos derechos y libertades”. Según la Corte “este tipo de espacios se caracterizan por ser lugares de socialización, interacción, intercambio, integración y de encuentro para los ciudadanos (...)”. Los otros dos tipos de espacios, que han sido denominados por la jurisprudencia como espacios intermedios, “tienen características tanto privadas como públicas”. En esta medida, se ha determinado que los semiprivados son “espacios cerrados en los que un conjunto de personas comparte una actividad y en los que el acceso al público es restringido”. No son espacios privados “porque las acciones de cada uno de los individuos en una oficina, o en un establecimiento educativo, tiene repercusiones sociales: no se trata del individuo en su propio ámbito de acción, sino del individuo en una comunidad”. Los espacios semipúblicos, por su parte, han sido considerados como “lugares de acceso relativamente abierto en los que diferentes personas se encuentran en determinado momento para realizar cierta actividad puntual dentro de un espacio compartido”. (...) Ello, así fue entendido por la Corte Constitucional cuando en la sentencia C-406 de 2022, señaló: “Para empezar, cuando se tiene en cuenta la cantidad de información que está almacenada en el material videográfico que se produce día a día, se reconoce que es prácticamente imposible evitar que las costumbres y rutinas de las personas captadas por

esos circuitos cerrados de vigilancia y seguridad privada queden registradas en alguna parte. En este sentido, las videocámaras ubicadas en espacios eminentemente privados como ascensores de conjuntos residenciales, parqueaderos privados, ingreso y salida de unidades residenciales hacen posible rastrear sus actividades cotidianas. No solo eso, sino que permiten, en general, encontrar los patrones que marcan esas rutinas y realizar predicciones. Como se dijo, ni siquiera se hace necesario que esto sea llevado a cabo por una persona en particular, sino que basta tener el acceso a la información (vídeo y metadatos), basta un buen software de reconocimiento facial y la tecnología de inteligencia artificial capaz de analizar esos datos. A lo anterior se agrega que la instalación de circuitos cerrados de seguridad y vigilancia privada convertida, hoy por hoy, en tendencia mundial, no cuenta con la aprobación de todas las personas cuyos movimientos quedan registrados en los videos. Tampoco es claro que pueda darse estricta aplicación a los principios y regulaciones que rigen la aplicación de esta tecnología, que quedaron reseñados en las consideraciones de esta decisión, con lo cual se afectan negativamente o se vulneran de plano los derechos fundamentales a la intimidad y al hábeas data. (...) En ese entendido, para la Sala resplandece que era en absoluto necesario contar con orden judicial para la obtención de ese material filmográfico, en tanto los sitios que allí se captaron no son de carácter público, sino que, por el contrario, obedecen a espacios que, en palabras de la Corte Constitucional, son eminentemente privados y en los que existe una expectativa razonable de intimidad de todos y cada uno de los residentes, en este caso del Edificio Suramericana, incluyendo, por supuesto, el procesado. (...) Así las cosas, la falta de autorización judicial para la afectación del derecho a la intimidad del procesado es un factor que deviene insubsanable y hace que la prueba atinente a los dos videos a los que se vienen haciendo alusión deba ser excluida del debate probatorio, siendo lo pertinente revocar en ese sentido el auto confutado. (...) Al respecto la Sala debe precisar que, conocido lo que legal y jurisprudencialmente constituye la pertinencia y conducencia de la prueba pericial en relación con el asunto sub examine, se advierte que la pedida por la defensa se torna impertinente para ser practicada en la audiencia de juicio oral. La razón de ser de lo anterior, lo es que el ordenamiento jurídico penal colombiano adoptó un derecho penal de acto, esto es que no se juzga a los ciudadanos por lo que son y sus tendencias sino por lo que hacen. (...) Por lo anterior, para la Sala resulta impertinente el hecho de conocer el perfil psicológico del procesado y sus acciones históricas, por lo que la decisión confutada, será confirmada en ese preciso aspecto. (...)

M.P: LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

FECHA: 19/04/2024

PROVIDENCIA: AUTO



TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
Sala Penal

Medellín, diecinueve (19) de abril de dos mil veinticuatro (2024).

Radicado: 050016000207202251521
Delito: Actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravados
Procesado: Andrés Felipe Henao Muñoz
Asunto: Apelación de auto que niega exclusión e inadmite pruebas
Interlocutorio: No. 12 -Aprobado por acta No. 39 de la fecha.
Decisión: Revoca parcialmente

Magistrado Ponente

Dr. LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

1. ASUNTO A DECIDIR

Se apresta la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del señor **Andrés Felipe Henao Muñoz**, en contra de la decisión adoptada por el Juez Veintiuno Penal del Circuito de Medellín, en el marco de la audiencia preparatoria celebrada el pasado 25 de septiembre de 2023, mediante la cual despachó desfavorablemente la petición de exclusión de unos videos y no admitió una prueba pericial, ambas solicitudes elevadas por la defensa.

2. HECHOS

Los hechos que dieron génesis a esta actuación, tuvieron lugar el día 10 de junio de 2022, en la carrera 64C # 48-94, barrio Suramericana, de la ciudad de Medellín, cuando al interior de un vehículo el señor **Andrés Felipe Henao Muñoz**, mediante la simulación de un juego, le realizó sexo oral a la menor V.S.C. en su vagina, quien para el momento contaba con 7 años de edad. La niña es la sobrina de la pareja sentimental del señor **Henao Muñoz** y respecto de la cual ostentaban cuidados en esa fecha.

3. ACONTECER PROCESAL RELEVANTE

El 7 de septiembre de 2022, ante el Juzgado Octavo Penal Municipal de Medellín (Ant.), se legalizó la captura del señor **Andrés Felipe Henao Muñoz**; acto seguido, el ente acusador le formuló imputación como autor del punible de actos sexuales abusivos con menor de 14 años (art. 209 y 211 # 2 del C.P.), cargos que no fueron aceptados por el imputado, imponiéndosele medida de aseguramiento privativa de la libertad.

La Fiscalía presentó escrito de acusación el 23 de noviembre de 2022, el cual correspondió su conocimiento al Juzgado Veintiuno Penal del Circuito de Medellín, despacho que presidió la formulación oral de la acusación el 7 de diciembre de esa anualidad.

La audiencia preparatoria se llevó a cabo el 25 de septiembre de 2023, fecha en la cual se realizaron las respectivas solicitudes probatorias y las oposiciones, decretándose para la Fiscalía una

prueba documental contra la que el defensor había solicitado exclusión y se negó la práctica de una prueba pericial pedida por el apoderado del procesado.

4. LA DECISIÓN RECURRIDA

Para efectos del recurso, el *a quo* resolvió las peticiones de la defensa, así:

1. Respecto de la solicitud de la defensa, direccionada a la exclusión de los videos de las cámaras de seguridad del edificio Suramericana, señaló que en este evento no se hacía necesaria la autorización por parte del juez con función de control de garantías, en la medida en que los videos se dieron o se captaron de un lugar que, si bien es un espacio privado, por ser propiedad horizontal, los sitios donde se produjeron las grabaciones fueron el ascensor y el parqueadero, espacios donde no existe una expectativa razonable de intimidad, por ser estos de carácter semi público.

Además, indicó que lo querido por la norma era la limitación del acceso a esa información para cualquier particular, lo que en este asunto no ocurrió, dado que el material filmico fue solicitado por el ente acusador en el ámbito de una investigación penal.

Así mismo, recabando en que las grabaciones se dieron en un espacio semi público y ante la inexistencia de una expectativa razonable de intimidad despachó

desfavorablemente la petición de la defensa respecto a la exclusión de esos videos.

2. Respecto a la petición encaminada al decreto de la declaración del perito Camilo Andrés Betancur Restrepo, el *a quo* indicó que le asistía razón a la Fiscalía en su oposición, en tanto cualquier evaluación sobre personalidad o conducta del procesado deviene impertinente para el objeto del debate.

Para fundar su aserto, el funcionario de instancia inicial señaló que el objeto del proceso se circunscribía a la ocurrencia o no de unos hechos acaecidos el 10 de junio de 2022, en donde al parecer se hicieron tocamientos a una menor por parte de una persona, siendo impertinente que se determine en una pericia psicológica si el acusado es proclive o no a esta clase de conductas y su salud mental para ello, máxime cuando la tesis acusatoria no ha contemplado esos temas del comportamiento del procesado, recordando que nuestro derecho penal es de acto y no de autor, siendo la experticia irrelevante para hacer menos probable la ocurrencia del hecho.

Por ello, decidió inadmitir la prueba pericial solicitada por la defensa.

5. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

El defensor del señor **Andrés Felipe Henao Muñoz** cuestionó la decisión de primer nivel con fundamento en lo siguiente:

1. Respecto a la no exclusión de los videos, obtenidos de sistema cerrado de televisión adujo que el juez de primera instancia olvidó tomar en cuenta la sentencia C-406 de 2022, que establece el deber de determinar los niveles de afectación al derecho de intimidad, ponderando ello para concluir si es o no admisible la utilización judicial de esos elementos documentales filmicos, considerando que el funcionario judicial se separó de ese pronunciamiento y obvió los requisitos allí establecidos.
2. Respecto a la inadmisión de la pericia deprecada, señaló no compartir la decisión de primer nivel, en tanto esa prueba esta direccionada a establecer la existencia o no de la culpabilidad como elemento del delito, lo que hace necesario conocer al sujeto responsable y sus posibilidades de acción.

Indicó que la pericia impetrada serviría para perfilar al acusado y daría al juez mayores elementos para determinar la real ocurrencia del hecho endilgado al ciudadano que permitiría al juez tener un panorama completo para alcanzar cierto grado de conocimiento, siendo la inadmisión de la prueba un factor que generaría un juicio con razones de mera responsabilidad objetiva.

En consecuencia, solicitó que se revocara en este punto el auto confutado y se admitiera la prueba pericial incoada.

6. LOS NO RECURRENTES.

6.1. Fiscalía

La delegada del ente acusador adujo que, en acogimiento a varias decisiones, el auto que negaba la exclusión de una prueba atacada por vicios de forma era una suerte de admisión carente de recursos.

Al referirse respecto a la alzada por la inadmisión de la prueba pericial, recalcó que este elemento es impertinente al proceso por cuanto no guarda relación con el real objeto del debate

En consecuencia, solicitó se confirmara la decisión recurrida.

6.2. Representante de víctimas.

La representante de víctimas señaló que, respecto a la solicitud de la defensa de la exclusión de las partes filmicas, estas no resultan lesivas a derechos fundamentales, por ser las mismas captadas en un recinto semi privado, lo que indicaba que cualquier persona podría tener acceso a ese material de video.

Aunado a ello, adujo que la obtención de ese elemento no necesitaba controles judiciales, puesto que los elementos fueron aportados por la representante de la menor, dando autorización para que esta apareciera en esos registros audiovisuales.

Además, señaló que el defensor en su intervención no atacó de manera directa la decisión y los argumentos emitidos por la judicatura, por lo que solicitó la confirmación del auto de primera instancia.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

7.1. Competencia.

En virtud de lo prescrito en el numeral 1 del artículo 34 de la Ley 906 de 2004 esta Sala de Decisión es competente para conocer del recurso de alzada propuesto por la defensa en contra del auto proferido por el Juzgado Veintiuno Penal del Circuito de Medellín (Ant.), por medio del cual se resolvió una solicitud de exclusión y se denegó una prueba a practicar en juicio.

7.2. Cuestión previa al problema jurídico

De conformidad con lo señalado por la delegada del ente acusador, atinente a la improcedencia de la apelación respecto al auto que decide la exclusión, es menester señalar que esta Sala de Decisión en distintas ocasiones¹, ha sido categórica en señalar que aquellas providencias que deciden sobre la exclusión de una prueba, sí admiten los recursos de ley, en tanto en este caso la discusión realmente se centra sobre

¹ Cfr. 050016000206201510877 del 19 de agosto de 2021; 050016099166202167991 del 31 de enero de 2023; 050016001239202100568 del 2 de junio de 2023; entre otras.

violación de garantías fundamentales que en caso de verificarse excluirían a la evidencia del acervo probatorio.

Por lo tanto, dado que en este asunto el funcionario de primer nivel decidió negativamente sobre la exclusión de un medio de conocimiento, tal determinación si es susceptible de recurso de apelación, indistintamente el planteamiento efectuado por la defensa sea de ilegalidad o ilicitud.

Por esta precisa razón, la Sala acometerá de fondo el estudio del asunto.

7.3. Problema jurídico.

De conformidad con los planteamientos efectuados por el censor, la Sala encuentra los siguientes problemas jurídicos:

- ¿Los videos de circuitos cerrados de televisión privados, para ser llevados a juicio deben ser obtenidos mediando orden de un juez de control de garantías?
- ¿Las pruebas periciales de perfil psicológico del procesado resultan admisibles en nuestro ordenamiento jurídico penal?

Para una mejor estructura lógica de la presente decisión, la Sala abordará cada problema jurídico en particular.

7.3.1. ¿Los videos de circuitos cerrados de televisión privados, para ser llevados a juicio deben ser obtenidos mediante la orden de un juez de control de garantías?

El artículo 29 de la Constitución Nacional de Colombia consagra que: “*Es nula, de pleno derecho, la prueba **obtenida** con violación del debido proceso*”. (negrilla fuera de texto).

Por su parte, el artículo 23 de la Ley 906 de 2004 regula la cláusula general de exclusión al disponer que:

“Toda prueba **obtenida** con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal. Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que sólo puedan explicarse en razón de su existencia” (negrilla fuera de texto).

También el artículo 276 de la Ley 906 de 2004, establece que la legalidad del elemento material probatorio y evidencia física depende de que en la diligencia en la cual se recoge **o se obtiene** se haya observado lo prescrito en la Constitución Política, en los tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes y en las leyes.

Así mismo el artículo 455 del CPP, señala unos criterios para establecer el alcance de la nulidad de las pruebas obtenidas con violación de las garantías fundamentales, y las excepciones a la misma y finalmente el artículo 457 de la misma normatividad, desarrolla la nulidad por violación del derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales.

De esta manera, la prueba es ilícita o ilegal cuando se obtiene, recauda o produce con violación de derechos y garantías fundamentales. Presentada tal circunstancia, el medio probatorio debe excluirse del proceso y no podrá formar parte de los elementos de convicción que el juez sopesa para adoptar la decisión en el asunto sometido a su conocimiento, sin que el funcionario judicial pueda anteponer su discrecionalidad, la prevalencia de los intereses sociales ni ningún otro tipo de consideraciones al respecto.

De acuerdo con lo anterior, es claro que el deber de atender los postulados legales y constitucionales atrás reseñados, necesarios para predicar la licitud o validez de una prueba que se pretenda aducir a un juicio oral o con la que se busque preconstituir prueba, es una exigencia legal y jurisprudencial establecida para las partes e intervinientes procesales.

Un primer filtro muy probablemente se hará ante el juez de control de garantías, pues de acuerdo a sus funciones legales y constitucionales le corresponde a este funcionario velar por la legalidad de la actividad investigativa de todos los involucrados en el proceso penal -especialmente la de la Fiscalía General de la Nación-, cuando hay afectación de derechos fundamentales.²

Si el juez de garantías decide excluir la evidencia y tal decisión queda en firme, aquella no puede de ninguna manera ingresar ya al caudal probatorio del proceso, por lo cual se puede predicar de tal determinación que hizo tránsito a cosa juzgada material y por lo mismo tal cuestión ya no puede ser planteada en la audiencia preparatoria ante el juez de conocimiento.

² C.N., art. 250, C.P.P., art. 39

Por el contrario, si la decisión del juez de garantías es la de no excluir el elemento de convicción, la misma no hace tránsito a cosa juzgada material y el debate puede ser nuevamente planteado por la parte afectada ante el juez de conocimiento en la audiencia preparatoria³, o incluso de manera excepcional en el juicio, ello, por cuanto es este funcionario, como el competente para resolver de fondo el caso, quien en últimas decide que pruebas pueden ingresar o no al juicio.

Ahora bien, sea que la parte afectada plantee por segunda vez la cuestión de la exclusión de evidencia, cuando persiste su desacuerdo con lo decidido por el juez de garantías, o lo esté haciendo por primera vez, en razón de que el asunto no fue sometido al control de dicho funcionario judicial, lo que debe quedar absolutamente claro es que el debate ha de estar circunscrito de manera exclusiva a la forma como se obtuvo el medio de convicción o la evidencia y nunca a aspectos de la responsabilidad misma del procesado, pues esto es propio del objeto del juicio oral.

Planteado de manera apropiada por una de las partes este tal debate, bien el juez de control de garantías, en audiencia preliminar, o el juez de conocimiento, en sede de audiencia preparatoria o excepcionalmente en el juicio⁴, deberán abrir el espacio procesal adecuado para que las partes e intervinientes puedan alegar y probar sobre la manera cómo se obtuvo la

³ C.P.P., art. 360

⁴ Cuando en la vista pública aparezca prueba sobreviniente que indique la ilicitud o ilegalidad de una prueba que se había decretado en la audiencia preparatoria y que las partes no tuvieron la posibilidad de conocer anteladamente tal vicio.

evidencia, donde obviamente la carga de la prueba demostrativa del vicio corre a cargo de quien solicita la exclusión.

Ahora bien, una de las garantías fundamentales de sensible afectación en el desarrollo del proceso penal, lo es el derecho fundamental a la intimidad, el cual ha tenido reconocimiento y protección vía convencional⁵, constitucional⁶ e, incluso, hace parte de la principalística que irradia el Código de Procedimiento Penal.⁷

No obstante, varios son los actos de investigación que tienden a generar afectaciones a la intimidad no solo del sujeto sometido al procesamiento penal, sino de la víctima, motivo por el cual el legislador ha previsto herramientas encaminadas a salvaguardar la protección de esta de arbitrariedades que contraigan una grave afrenta de este derecho superior.

Uno de los tópicos que tiende a ser atentatorio de la intimidad, lo es la obtención de materiales filmográficos de lugares en específico y que están directa o indirectamente relacionados con las pesquisas adelantadas con miras a la judicialización de las personas.

En razón de lo anterior, necesario resulta efectuar una diferenciación de este tipo de lugares, con miras a determinar el grado de afcción de ese derecho, teniendo como base fundamental el concepto de la expectativa razonable de intimidad, el cual tuvo su origen en la jurisprudencia Estadounidense y hace referencia a un criterio que permite

⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art. 11 # 2 y 3.

⁶ Artículo 15 de la C.N.

⁷ Artículo 14 de la Ley 906 de 2004

establecer la necesidad de una orden judicial en los eventos en los que el ente persecutor realice actividades de investigación que impliquen intrusiones en la intimidad del procesado.

En efecto, en la sentencia C-094 de 2020, la Corte Constitucional efectuó una definición respecto a lo que debemos establecer como espacios públicos, semipúblicos, semi privados y privados, de cara a su interrelación con el derecho fundamental a la intimidad:

68. De manera particular, se ha considerado que el espacio privado es el lugar en el que las personas desarrollan su personalidad y ejercen su intimidad de manera libre en un ámbito inalienable, inviolable y reservado . En este sentido, si bien el espacio privado se asocia con el concepto de domicilio, según la Corte, va más allá de la idea prevista en el Código Civil, abarcando “además de los lugares de habitación, trabajo, estudio, todos aquellos espacios o recintos aislados en los que la persona normal y legítimamente pretenda desarrollar su propia vida privada, separada de los terceros y sin su presencia” .

69. El espacio público, por su parte, ha sido considerado como el “lugar de uso común en el que los ciudadanos ejercen numerosos derechos y libertades” . Según la Corte “este tipo de espacios se caracterizan por ser lugares de socialización, interacción, intercambio, integración y de encuentro para los ciudadanos (...)” . Los otros dos tipos de espacios, que han sido denominados por la jurisprudencia como espacios intermedios, “tienen características tanto privadas como públicas”. En esta medida, se ha determinado que los semiprivados son “espacios cerrados en los que un conjunto de personas comparte una actividad y en los que el acceso al público es restringido” . No son espacios privados “porque las acciones de cada uno de los individuos en una oficina, o en un establecimiento educativo,

tiene repercusiones sociales: no se trata del individuo en su propio ámbito de acción, sino del individuo en una comunidad” . Los espacios semipúblicos, por su parte, han sido considerados como “lugares de acceso relativamente abierto en los que diferentes personas se encuentran en determinado momento para realizar cierta actividad puntual dentro de un espacio compartido” .

Bajo este entendido, resulta viable afirmar que la expectativa razonable de intimidad y su afectación con la captación de imágenes por artefactos de video va directa y estrechamente relacionada con la connotación del lugar donde se realiza la aprehensión filmográfica, siendo en los espacios públicos casi que nula la intromisión en la intimidad, pero siendo categórica y casi que total la afcción a esta cuando la imagen se toma en un espacio privado.

Dependiendo de lo anterior, se hace la ponderación de afectación y es lo que sirve como fundamento para determinar si se hace o no necesaria la orden judicial con miras a obtener las grabaciones de video.

Las dependencias de las unidades o conjuntos residenciales son espacios internos a una edificación, donde sus cohabitantes realizan actividades en el ámbito de su vida cotidiana y que tiene cierta connotación de privacidad que debe ser constitucionalmente resguardada.

Ello, así fue entendido por la Corte Constitucional cuando en la sentencia C-406 de 2022, señaló:

291. Para empezar, cuando se tiene en cuenta la cantidad de información que está almacenada en el material videográfico que se produce día a día, se reconoce que es prácticamente imposible evitar que las costumbres y rutinas de las personas captadas por esos circuitos cerrados de vigilancia y seguridad privada queden registradas en alguna parte.

292. En este sentido, las videocámaras ubicadas en espacios eminentemente privados como ascensores de conjuntos residenciales, parqueaderos privados, ingreso y salida de unidades residenciales hacen posible rastrear sus actividades cotidianas. No solo eso, sino que permiten, en general, encontrar los patrones que marcan esas rutinas y realizar predicciones. Como se dijo, ni siquiera se hace necesario que esto sea llevado a cabo por una persona en particular, sino que basta tener el acceso a la información (vídeo y metadatos), basta un buen software de reconocimiento facial y la tecnología de inteligencia artificial capaz de analizar esos datos.

293. A lo anterior se agrega que la instalación de circuitos cerrados de seguridad y vigilancia privada convertida, hoy por hoy, en tendencia mundial, no cuenta con la aprobación de todas las personas cuyos movimientos quedan registrados en los videos. Tampoco es claro que pueda darse estricta aplicación a los principios y regulaciones que rigen la aplicación de esta tecnología, que quedaron reseñados en las consideraciones de esta decisión, con lo cual se afectan negativamente o se vulneran de plano los derechos fundamentales a la intimidad y al hábeas data.

De lo anterior, nítido refulge que si bien las zonas comunes de la unidad residencial son espacios externos a la morada de los residentes, son en realidad sitios privados cuya videograbación contrae intromisiones fuertes en el derecho fundamental a la

intimidad, lo que no permite que sean catalogadas como espacios semiprivados.

La relevancia de la información captada por las cámaras de vigilancia tiene una inusitada incidencia en la vida privada de los cohabitantes que, necesariamente, debe ser resguardada por parte de las autoridades nacionales, lo que indica que no basta para su obtención los permisos entregados por parte del administrador del conjunto residencial, en tanto ello es insuficiente para garantizar el respeto de la intimidad como derecho involucrado en ese preciso acto.

En consecuencia, la expectativa razonable de intimidad que se tiene en los espacios comunes de las unidades residenciales o propiedades horizontales no es de poca monta, en tanto en dichos espacios los cohabitantes tienen un normal desarrollo cotidiano de sus vidas que hacen que sientan esos sitios como parte de su vida privada, además de que el espacio donde se desarrollan no tiene la connotación de público.

Por lo anterior y en franco respeto del derecho fundamental a la intimidad, para la obtención de ese material filmográfico de las unidades residenciales en el marco de la actuación penal es necesario acudir al juez con funciones de control de garantías, para la obtención de la orden judicial que permita su acopio.

En el marco de esa actuación, el fiscal debe exponer los motivos fundados y argumentar, bien sea la exigua o nula expectativa razonable de intimidad o indicar sesudamente bajo el estricto cumplimiento del *test* de proporcionalidad, lo necesario que deviene para el caso la afectación del derecho a la intimidad y

por qué este debe ceder ante el fin constitucional buscado, dotando al funcionario de elementos que permitan disponer el aval a esa intromisión.

Solo así podríamos estar frente a un verdadero resguardo del derecho fundamental a la intimidad y evitar indebidas intrusiones en este.

7.3.1.1. Análisis del caso concreto.

En el presente asunto, la Fiscalía solicitó como prueba documental dos videos de las cámaras de vigilancia del Edificio Suramericana que serían introducidas con Zoraida Pérez Echavarría, investigadora de la policía nacional.

Ante esa petición, la defensa del acusado ejerció oposición por considerar que la Fiscalía no acreditó que hubiese obtenido esos videos mediante orden judicial, habida cuenta que las imágenes captadas por esa cámara obedecían a un lugar semiprivado, motivo por el cual solicitó la exclusión de esa evidencia.

Al resolver el entuerto, el *a quo* indicó que en este asunto no era exigible la orden judicial para obtener el material filmográfico, habida cuenta que el sitio donde se captó el video era de índole semipública, razón que lo conllevó a no excluir el medio de prueba y decretarlo para su práctica en juicio.

Esta decisión fue confutada por la defensa, indicando que la cuestión trascendental lo era la obtención del medio de prueba sin que se tuviera la respectiva orden judicial, en los términos

que habían sido señalados por la Corte Constitucional, dada la injerencia de esa prueba en el derecho fundamental a la intimidad.

Ante ese panorama, se tiene que en efecto se solicitó como prueba dos videos que hacen parte de zonas comunes del Edificio Suramericana, específicamente del ascensor y de los parqueaderos de la referida propiedad horizontal.

Además, dentro de la explicación de pertinencia de estas pruebas, la Fiscalía nunca refirió que estos documentos hubiesen sido obtenidos con el aval de un juez. Dicho de otra manera, no se estableció por el delegado Fiscal que mediara autorización judicial alguna para la debida obtención de los dos videos.

Por el contrario, lo que se dijo en la postulación de admisibilidad del testimonio de Carlos Alberto Rodríguez Ochoa, quien es el administrador del Edificio Suramericana, es que este narraría acerca de la manera en que le fueron solicitados los videos y la entrega de los mismos, pero nunca se refirió a que si dicha obtención fue por medio de la orden emitida por un juez de control de garantías.

En ese entendido, para la Sala refulge nítido que era en absoluto necesario contar con orden judicial para la obtención de ese material filmográfico, en tanto los sitios que allí se captaron no son de carácter público, sino que, por el contrario, obedecen a espacios que, en palabras de la Corte Constitucional, son eminentemente privados y en los que existe una expectativa razonable de intimidad de todos y cada uno de

los residentes, en este caso del Edificio Suramericana, incluyendo, por supuesto, el procesado.

Así las cosas, la falta de autorización judicial para la afectación del derecho a la intimidad del procesado es un factor que deviene insubsanable y hace que la prueba atinente a los dos videos a los que se vienen haciendo alusión deba ser excluida del debate probatorio, siendo lo pertinente revocar en ese sentido el auto confutado.

7.3.2. ¿Las pruebas de periciales de perfil psicológico del procesado resultan admisibles en nuestro ordenamiento jurídico penal?

La prueba pericial es una modalidad probatoria admisible dentro de nuestro ordenamiento procesal penal⁸. Está compuesta por dos partes: informe, que debe ser descubierto a la contraparte dentro de un término legalmente establecido para

⁸ Las normas que regulan la prueba pericial son:

“ARTÍCULO 405. PROCEDENCIA. La prueba pericial es procedente cuando sea necesario efectuar valoraciones que requieran conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados.

Al perito le serán aplicables, en lo que corresponda, las reglas del testimonio.”

ARTÍCULO 415. BASE DE LA OPINIÓN PERICIAL. Toda declaración de perito deberá estar precedida de un informe resumido en donde se exprese la base de la opinión pedida por la parte que propuso la práctica de la prueba. Dicho informe deberá ser puesto en conocimiento de las demás partes al menos con cinco (5) días de anticipación a la celebración de la audiencia pública en donde se recepcionará la peritación, sin perjuicio de lo establecido en este código sobre el descubrimiento de la prueba.

En ningún caso, el informe de que trata este artículo será admisible como evidencia, si el perito no declara oralmente en el juicio.

ARTÍCULO 416. ACCESO A LOS ELEMENTOS MATERIALES. Los peritos, tanto los que hayan rendido informe, como los que sólo serán interrogados y contrainterrogados en la audiencia del juicio oral y público, tendrán acceso a los elementos materiales probatorios y evidencia física a que se refiere el informe pericial o a los que se hará referencia en el interrogatorio.

el efecto, esto es 5 días antes del juicio oral, y la declaración como tal del experto en el juicio. Es importante advertir que el primero no es evidencia ni prueba autónoma, en tanto solo sirve para “descubrir” la pericia, limitar la intervención del experto y permitir una mejor contradicción de dicha prueba. En ese orden de ideas la real prueba la constituye la declaración del perito en el juicio oral.

Dicho medio probatorio tiene una característica especial y es que el perito no declara sobre hechos objeto de la investigación, sino sobre una cuestión técnica, artística o científica, siendo por ello que la declaración la rinde un experto o especialista en algún arte, profesión o actividad y solo puede deponer sobre sus puntos de vista, concepto técnico o análisis que hubiera hecho sobre una cuestión que ha sido sometida a sus conocimientos y, además, dicho análisis o punto de vista, debe consignarlos por escrito en un dictamen que rinde previamente a su declaración.

Además, mientras que al testigo se le piden declaraciones sobre los hechos, se le invoca su memoria, al perito se le solicitan referencias de un criterio y se le indaga por la ciencia o la disciplina técnica en la que se basa.

En realidad, la prueba pericial da al juez la comprensión o el conocimiento de situaciones que no son jurídicas, que escapan de su materia y brinda bases para decidir cuestiones que normalmente desconoce; sin embargo, es claro que el juez es el perito de peritos y es él el único llamado a valorar en concreto el

asunto que se le somete a consideración, pues sus facultades y competencias jurisdiccionales son insustituibles.

La declaración del perito constituye una prueba técnica y para que el juez pueda apreciar la prueba pericial practicada en el juicio oral y público debe tener en cuenta la idoneidad técnico científica y moral, la claridad y exactitud de sus respuestas, su comportamiento al responder, el grado de aceptación de los principios científicos, técnicos y artísticos en se apoya, los instrumentos realizados y la consistencia, en conjunto, de sus respuestas.

De cada prueba pericial la parte solicitante también deberá explicar en la audiencia preparatoria, la utilidad y pertinencia de la misma con los hechos investigados, es decir, deberá indicar para qué sirve o qué efecto tendría conocer esa prueba técnica-científica en relación con los hechos denunciados. Ello, porque claramente el perito no puede declarar en juicio sobre los hechos y sus circunstancias y menos sobre la culpabilidad del sujeto pasivo, pues este, con sus conocimientos técnicos o profesionales, solo comparecerá a indicar aspectos de su ciencia y los resultados obtenidos con el estudio realizado, bien sobre un objeto o sujeto.

Ahora bien, resulta muy importante advertir que las pericias, al igual que cualquier otra prueba aducida al juicio, debe estar relacionada con los hechos materia de investigación, con la responsabilidad del procesado o con la credibilidad de otro

medio de prueba al tenor de lo establecido en el artículo 375 procesal.

En ese orden de ideas una pericia, o cualquier otro tipo de prueba, dirigida a demostrar un determinado perfil psicológico del procesado resulta abiertamente impertinente porque no se circunscribe a los anteriores aspectos, además de que indebidamente abriría un debate sobre la personalidad del acusado lo que nos ubica en un derecho penal de autor y no de acto, lo cual está proscrito por el art. 29 de nuestra Carta Política.

7.3.2.1. Caso concreto:

La defensa petitionó como prueba pericial, la intervención del psicólogo Camilo Andrés Betancur Restrepo, quien realizaría un perfil psicológico sobre el procesado.

La judicatura de primer nivel inadmitió la práctica de este medio de conocimiento, indicando que, al ser el derecho penal de acto, no resultaba pertinente al caso que se juzga conocer aspectos personales y de comportamiento del procesado.

Esta decisión fue apelada por la defensa, sosteniendo que esta probanza era trascendental para evaluar la culpabilidad de su asistido, en tanto se debía efectuar un análisis en conjunto de

todas las pruebas para determinar la real ocurrencia de los hechos.

Al respecto la Sala debe precisar que, conocido lo que legal y jurisprudencialmente constituye la pertinencia y conducencia de la prueba pericial en relación con el asunto *sub examine*, se advierte que la pedida por la defensa se torna impertinente para ser practicada en la audiencia de juicio oral.

La razón de ser de lo anterior, lo es que el ordenamiento jurídico penal colombiano adoptó un derecho penal de acto, esto es que no se juzga a los ciudadanos por lo que son y sus tendencias sino por lo que hacen.

Una prueba de perfil psicológico, no ayudaría en nada al objeto último del proceso penal que es la constatación de ocurrencia o no de un hecho con la connotación de delito pues, para tal cometido, resulta intrascendente tener una perspectiva psicológica de los seres humanos o las acciones que en ese devenir del tiempo desarrollamos a lo largo de nuestra existencia; mucho menos relevante para la búsqueda de la verdad resultaría determinar qué tipo de acciones o comportamientos realizados por un sujeto ponen de presente o evidencian rasgos de su personalidad, puesto que resulta claro que estos aspectos guardan más relación con el ser intrínseco del sujeto, que con la realización o no de una conducta que se le endilga, siendo ello realmente irrelevante y por demás dilatorio para el proceso.

Dicho de otra manera, el conocimiento de la personalidad del procesado, no resulta relevante para descartar o no la ocurrencia de la conducta delictiva que se le endilga; por el contrario, deviene impertinente para el desarrollo de la actuación judicial y no presupone una herramienta certera para conocer a ciencia cierta lo que interesa al proceso.

Por lo anterior, para la Sala resulta impertinente el hecho de conocer el perfil psicológico del procesado y sus acciones históricas, por lo que la decisión confutada, será confirmada en ese preciso aspecto.

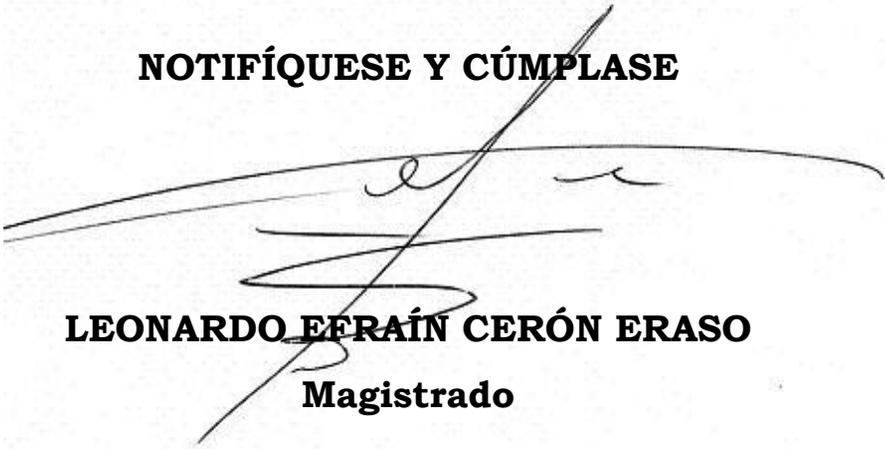
En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Penal,**

8. RESUELVE

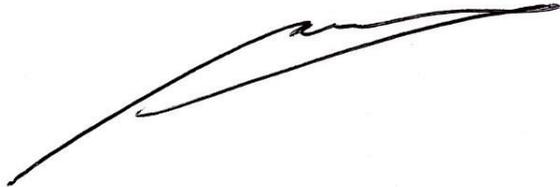
PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el auto del 25 de septiembre de 2023 proferido por el Jugeado Veintiuno Penal del Circuito de Medellín, en el sentido de que se excluyen como prueba documental los dos videos del Edificio Suramericana. En lo atinente a la inadmisión de la prueba de perfil psicológico del acusado, se **CONFIRMA** la decisión objeto de censura.

SEGUNDO: Contra esta decisión no procede recurso alguno. Devuélvase la actuación al juzgado de origen para dar el trámite respectivo a la alzada aquí concedida.

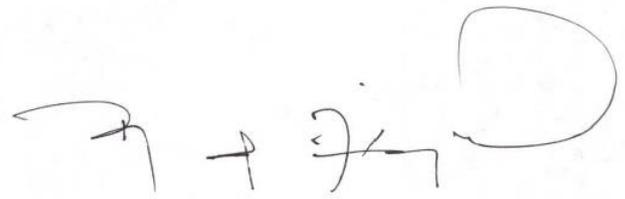
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO
Magistrado



RICARDO DE LA PAVA MARULANDA
Magistrado
Con aclaración de voto



RAFAEL MARÍA DELGADO ORTIZ
Magistrado
Con salvamento parcial de voto

Firmado Por:

Leonardo Efrain Ceron Eraso
Magistrado
Sala Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Ricardo De La Pava Marulanda
Magistrado
Sala Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Rafael Maria Delgado Ortiz
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División De Sistemas De Ingeniería
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,
Firma Con Salvamento Parcial De Voto

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **9c9e27d1cca8ba86de93001ae30e788c261cc93e945ab73ec341685644ef4c84**

Documento generado en 19/04/2024 04:23:40 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



SALA PENAL

Medellín, diecinueve de abril de dos mil

veinticuatro

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Ref. Proceso 05 001 60 00207 2022 51521

M. P. LEONARDO CERÓN ERASO

Procesado: Andrés Felipe Muñoz Henao

Muy comedidamente dejo expresadas las razones que me impulsan a disentir, parcialmente, de la decisión de segunda instancia dentro del proceso de la referencia.

La Sala mayoritaria, de la cual me aparto en este evento, ha decidido, al desatar el recurso de apelación excluir del caudal probatorio un elemento que, a mi juicio, era plenamente válido.

Creo, salvo mejor criterio, que el alcance que se ha dado a la jurisprudencia de la Corte Constitucional respecto a la categorización de que se debe considerar como espacios privados a los parqueaderos y ascensores de las unidades residenciales, desconoce el concepto de *expectativa razonable de intimidad* que, opino, no se daba en este caso, en particular.

Es entendible la preocupación del primer revisor sobre el sensible tema y por ello expuso sus reservas respecto a la doctrina que desarrolla la alta corporación.

Entiendo, que la talanquera puesta por la Corte Constitucional al desarrollar el tema toca con la necesidad de poner límites a la actividad de la policía nacional y judicial, pero, esa restricción debe analizarse en cada caso en particular y no efectuar, como aquí se hizo, una generalización que impide al juzgador analizar en qué eventos es dable restringir y exigir orden judicial al acceso a los documentos de video que guardan las cámaras de vigilancia, sean públicas o privadas.

Las conductas imputadas al acusado presuntamente ocurrieron al interior de un vehículo parqueado y la niña contaba, para la época de los sucesos con escasos siete años.

Dada la trascendencia del documento era menester, por lo menos, que se hubiese analizado para la negativa establecer si el parqueadero era o no subterráneo, si estaba abierto a la vista del público en general, si era de propietarios o visitantes, la ubicación de las cámaras y cosa no poco relevante, quién facilitó el documento a las autoridades.

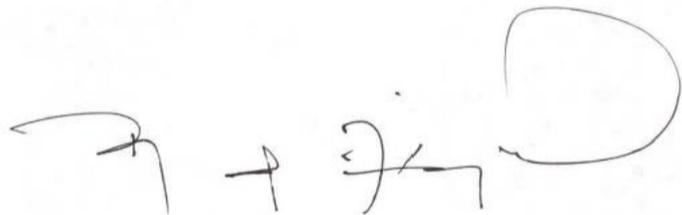
Admito, desde luego, que el tema genera polémica pero, en el diario trasegar de la comunidad, cada vez es más frecuente por no decir que la norma general, que en las unidades residenciales, tan propias de nuestro país, se cuente con cámaras de vigilancia en la puerta de acceso, en los linderos y en los ascensores por lo que, no creo que en este desarrollo social, los que moramos en

viviendas con estos sistemas, pensemos, razonablemente, que nuestras actuaciones en estos espacios quedan cobijadas con la expectativa razonable de intimidad, concepto que, itero, debió ser el elemento base para determinar, como lo hizo el a quo, si era dable decretar como prueba el aludido video.

Queda huérfano el proceso de un poderoso documento que sin duda hubiera acreditado o desvirtuado fuertemente la ocurrencia de la conducta punible.

Lo anterior dicho con el más absoluto respeto por el criterio de mis estimados compañeros de Sala.

Atentamente,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Rafael María Delgado Ortiz'. The signature is stylized and somewhat cursive, with a large loop at the end.

RAFAEL MARIA DELGADO ORTIZ

Magistrado



SALA DE DECISIÓN CONSTITUCIONAL

ACLARACIÓN DE VOTO

He asentido en la aprobación del proyecto presentado por el ponente en la carpeta de la referencia únicamente por respeto a los precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional en la sentencia C-094 de 2020 citada por el Magistrado sustanciador, pero debo aclarar que en mi opinión la Corte Constitucional se equivocó al darle connotación de espacios privados a las zonas comunes y los ascensores instalados en los conjuntos residenciales, dado que constitucionalmente en otros países estos son espacios públicos, y así debe ser debido a que un espacio privado limita y protege a una persona o una familia de su intimidad y su dinámica vivencial. Sin embargo, la Corte Constitucional Colombiana extendió en mi opinión erradamente el concepto de privado a lo que en verdad constituyen lugares públicos como en las unidades habitacionales de edificio y similares pues allí no se protege la intimidad de una persona o un núcleo familiar sino de una comunidad muy grande, de tal manera

Aclaración de voto

Procesado: Andrés Felipe Henao Muñoz
Delito: Actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravados
Radicado: 05001 60 000 207 2022 51521

que debería el jurisprudente de cierre volver sobre este tema para ponerse a tono con otros países.

Puntualizo, que aprobé el proyecto única y exclusivamente por respeto al precedente constitucional, pero claramente no lo comparto, máxime en eventos en los cuales se investiga el abuso sexual de niños, niñas y adolescentes que tienen una protección reforzada constitucional y por tanto, impedir la práctica de pruebas a la Fiscalía con el errado argumento de que se trata de un espacio privado el lugar en el cual se captó al acusado en compañía de la víctima, con todo respeto por la Corte Constitucional considero que es un despropósito, por lo menor debería flexibilizarse este concepto del órgano de cierre constitucional en eventos en los cuales se vulneran los derechos de los niños, reitero que tienen una protección reforzada constitucional, aceptado por los organismos internacionales de Derechos Humanos.

Respetuosamente,



RICARDO DE LA PAVA MARULANDA

Magistrado

Ricardo De La Pava Marulanda

Firmado Por:

Magistrado

Sala Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **47144c58b39ede18c1b14073b539642131da55a4f6cfaf9dd907985eefd3970d**

Documento generado en 17/04/2024 09:30:31 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>