



DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN

SALA PENAL DE DECISIÓN

Medellín, viernes, cinco de noviembre de dos mil veintiuno

Aprobado mediante acta número 0111 del veintisiete de octubre
de dos mil veintiuno

Magistrado Ponente
Ricardo De La Pava Marulanda

Por apelación interpuesta y sustentada por la delegada de la Fiscalía, conoce en segunda instancia esta Corporación la providencia proferida por la Juez Veintidós Penal del Circuito de Medellín durante la audiencia preparatoria celebrada el 05 de abril de 2021 y en la cual resolvió sobre las solicitudes probatorias realizadas por las partes.

1. ANTECEDENTES

En el escrito de acusación la Fiscal 150 Especializada de Antioquia relató que:

"El día 27 de noviembre de 2019 se recepciona denuncia a la señora SANDRA MILENA ORTIZ VARGAS quien manifiesta que tanto su mamá LUZ ELENA VARGAS, como su cónyuge IVAN DARIO BARRIENTOS BARRIENTOS, están siendo procesados por el delito de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES y que debido a esto también le hicieron extinción de dominio a varios bienes propiedad de ellos, que por estos hechos la han perseguido de manera repetida realizándole exigencias económicas para que ella no sea procesada por el mismo delito por un indagación que cursa en disfavor de ella, que le han realizado seguimientos y también le realizaron una citación para entregar un dinero a cambio de sacarla de dicha investigación.

Para el día 10 de noviembre del año 2019 la señora SANDRA MILENA fue citada a las 9:30 de la noche en las afueras de la discoteca MANGOS de la ciudad de Medellín, manifiesta que cuando ella llegó se encontraba una camioneta blanca parqueada, que una persona de la camioneta le hizo señas para que se acercara, que habían cuatro personas en ella, que dos de ellas se bajaron y otras dos personas de sexo masculino se quedaron al interior de la camioneta, que le indicaron que ellos eran de la DIJIN, dice la señora SANDRA que ella inmediatamente reconoce al señor EDISON ALEJANDRO RIVERA HERNANDEZ, porque estuvo en la Clínica León XIII cuando su padre estuvo hospitalizado allí, manifestando: "... yo estaba dentro de un ascensor y esa persona entro bruscamente al ascensor, se quedó mirándome fijamente, hasta me asuste, yo miraba para el piso mejor, parecía como en la pretina del pantalón llevara un arma, por eso me asuste más, luego me baje del ascensor...". Ya estando dentro de la

camioneta comenzaron a decirle que ellos conocían a su esposo y le manifiestan el remoquete de "DARIO CHULA", que habían hablado con él en la cárcel donde lo tenían, le hablaron de su mama, del proceso que tenía, que todo se podía empeorar que eso dependía era de ellos, que ellos podían hacer lo que quisieran pero que según la generosidad, que ellos manejaban todo y que por tal razón la podían involucrar en la investigación a ella, que podían sacarme en limpio unos bienes de los que tenían en extinción de dominio, le hablaron de INVERSIONES RESTREPO, que si no quería que también enredaran eso, que sabían del hotel en Valledupar, y le dieron muchos datos más de su vida personal y rutinaria, finalmente que para ellos no seguir con la investigación tenía que darles la suma de mil millones de pesos (\$1.000.000.000), que habían ingresado a las cuentas del hotel y que con todos los millones que dejaba les podía entregar la suma que estaban exigiendo. Concluye la señora Sandra que el aspecto del señor EDISON ALEJANDRO RIVERA HERNANDEZ para el día 10 de noviembre, tenía un saco con capucha color vino tinto, persona de facciones bruscas, acuerpado y con braquets. Indica que ella desde ese día se dio cuenta que tenían interceptado su teléfono celular."

En diligencias preliminares realizadas el 10 de junio de 2020 ante el Juez Veintisiete Penal Municipal con función de control de garantías de Medellín, luego de declararse la legalidad del procedimiento de captura, la Fiscalía le formuló imputación al señor EDISON ALEJANDRO RIVERA HERNÁNDEZ por la autoría del delito de concusión, cargo que no fue aceptado por el imputado. En la misma diligencia se le impuso medida de aseguramiento preventiva en establecimiento carcelario

El escrito de acusación fue radicado el 07 de agosto siguiente y la formulación oral se llevó a cabo el día 03 de noviembre de esa misma anualidad en el Juzgado Veintidós Penal del Circuito

de Medellín. La audiencia preparatoria se llevó a cabo los días 12 de marzo y 05 de abril de 2021, y en esta última diligencia la delegada de la Fiscalía, cuando se le corrió traslado para que se pronunciara sobre la solicitud probatoria elevada por la defensa, se opuso al decreto de dos elementos materiales de prueba deprecados por su contraparte, esto es, el álbum fotográfico del 02 de febrero de 2021 y la respuesta de la empresa CLARO S.A. CJP2020N001E345117 en lo que respecta a la línea celular de quien funge como víctima, petición a la cual no accedió la a quo.

2. LA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La Juez de conocimiento decretó la totalidad de las pruebas deprecadas por la Fiscalía y el defensor al considerar que las mismas resultan conducentes, pertinentes y útiles. Y frente a los reparos manifestados sobre las solicitudes probatorias de la defensa, específicamente respecto a la oposición de la Fiscalía frente al decreto de la respuesta de CLARO S.A. como prueba documental de descargos, argumentó la primera instancia que no advierte un fundamento legal que le imponga al defensor la carga de solicitar otro control posterior frente a una información que ya fue brindada por la empresa de telefonía celular bajo el argumento de que los motivos fundados son diferentes a los del ente acusador, considerando que de hacerse así la respuesta que daría el juez de control de garantías es que ya hubo una verificación que lo solicitado fue lo entregado y que se cumplieron los términos legales.

Resalta que es inviable que el juez de control de garantía deba hacer doblemente el tamiz respecto de una misma

información, independientemente de que vaya a ser usada por la Fiscalía o por la defensa.

Además, recalca que si dentro de esa búsqueda selectiva en base de datos hay información relacionada con la víctima fue porque así lo solicitó la Fiscalía, porque no de otra manera la empresa CLARO hubiera tenido razones para incluirla, por lo que estima que dicho elemento puede ser usado por la defensa siempre y cuando en la audiencia de control posterior el juez de control de garantías declare legal esos resultados.

Afirma que el acervo probatorio no puede depender del hecho de que la representante del ente acusador haya decidido no usar un medio de conocimiento en el juicio oral, pues una vez lo puso en conocimiento, lo descubrió, le corrió traslado del mismo a la defensa y está plenamente legalizado, es decir, no tiene vicios de legalidad declarado por un juez de control de garantías, no existe ninguna objeción para que pueda ser usado por su contraparte dentro de los términos de lo manifestado por la empresa de telefonía celular.

Por otra parte, frente a la fotografía obtenida de Facebook, indica la sentenciadora de primera instancia que dicha red social tiene unas políticas de privacidad que son acogidas o rechazadas por sus usuarios, pudiendo éstos limitar la visualización de sus publicaciones a través de un procedimiento donde libremente se puede bloquear ciertas acciones para que lo que allí se suba no llegue al público general, por lo que si la persona después de llenar esos filtros no presenta oposición, es decir, accede a que su información sea divulgada ante la consulta de cualquier individuo,

el contenido de su perfil de la red social puede ser usado inclusive dentro de los procesos penales.

Asevera que si el dueño de su intimidad decide revelar o mostrar su información accediendo a que el conglomerado social conozca publicaciones, no resulta viable exigirle entonces al defensor que acuda ante un juez de control de garantías con miras a obtener el permiso para acceder a una información que es de público conocimiento, por lo tanto, si el investigador de la defensa obtuvo fácilmente la fotografía del perfil de Facebook de la víctima es porque la señora SANDRA no puso el filtro y permitió que esa fotografía fuera conocida por el conglomerado social, máxime cuando la prueba está encaminada a ubicar a esta persona en un tiempo determinado en un lugar aparentemente diferente al que dice que estaba y esto puede hacer más probable la teoría defensiva del abogado.

3. LOS MOTIVOS DEL DISENSO

La delegada de la Fiscalía destaca, de manera inicial, que su inconformidad está fundamentada en vicios de legalidad frente a la admisión de dos pruebas documentales de la defensa, por lo que en este evento deviene procedente la interposición del recurso de alzada.

Ahora, específicamente y sobre lo que tiene que ver con la admisión de la respuesta emitida por la empresa CLARO S.A. como medio de prueba de descargo, advierte que el motivo fundado que la Fiscalía sostuvo en el control previo ante el juez de control

de garantías para realizar la búsqueda selectiva en base de datos de las comunicaciones entrantes y salientes del celular de la señora SANDRA MILENA ORTIZ, así como de la ubicación de las antenas desde donde se hacían esas llamadas, es diferente al que tiene el defensor para utilizarla, máxime cuando quien obtuvo esa información fue un investigador del ente acusador y no la persona con la cual la pretende ingresar su contraparte.

Indica que precisamente esos puntos han sido fundamentales para establecer la legalidad del medio de prueba, el control anterior bajo el sustento de la intromisión en la intimidad de las llamadas del señor EDISON ALEJANDRO que tuvieran relación con la víctima, y de la ubicación del teléfono de aquel, ya que la defensa anunció en la audiencia de acusación que el procesado para las fechas mencionadas se encontraba en otros sitios de Antioquia, mas no al contrario, pues el defensor no ha acudido ante un juez de control de garantías para argumentar porqué es necesaria la información de ubicación de celdas y de las llamadas entrantes y salientes de la señora SANDRA ORTIZ en un tiempo determinado.

Adicionalmente, adujo que (i) la legalización del resultado de la búsqueda selectiva en base de datos que haga en próximos días será respecto de una actividad investigativa de la Fiscalía y no de la defensa, por ende, es ilegal la utilización de esa prueba por parte del investigador defensivo no solo porque se requiere del control previo y posterior sino porque él jamás intervino en la obtención de la información; (ii) descubrió la prueba por lealtad procesal pero que decidió no utilizarla al no encontrar justificación alguna para que en juicio oral se viole el derecho fundamental a la intimidad del procesado y de la víctima; y (iii) ésta

última solamente autorizó a la Fiscalía para emplear esa información, por lo que constituye un error de la juez de conocimiento razonar que como ya se tiene el documento entonces que lo utilice cualquiera de las partes.

Y sobre el álbum fotográfico admitido como prueba documental a la defensa, sostuvo la censora que la publicación de fotografías en Facebook es con el propósito de que los demás individuos vean una imagen determinada pero no con la finalidad de que esa información pueda ser proyectada en un juicio penal en donde se va a valorar el físico y el peso de alguien, siendo allí donde se viola la intimidad respecto al uso de una imagen de una persona en vestido de baño y por eso quien pretenda el decreto probatorio debe argumentar ante un juez constitucional los motivos fundados para tal fin.

A manera de ejemplo, anota la delegada de la Fiscalía que en internet se puede conseguir el nombre del propietario de un vehículo, su dirección y teléfono, pero que para poder utilizar esa información tiene que solicitarse autorización para realizar una búsqueda selectiva en base de datos pues, así se pueda acceder a ella fácilmente, de no pasarse por el tamiz del juez de control de garantías se convierte en una violación al derecho a la intimidad ya que la finalidad de ese registro es para asuntos administrativos y no judiciales.

Destaca que lo importante en el evento estudiado no es que todo el mundo pueda acceder a lo que se publica en Facebook sino la finalidad con la cual se realiza dicha divulgación y para qué va a ser utilizada, y que exponer la integridad física de la

señora SANDRA al escarnio público es revictimizarla por lo que indispensablemente se debe someter dicha información a un control previo y posterior.

Finiquita deprecando que, por las anteriores razones, se revoque la decisión de primera instancia y se rechace por ilegal la prueba documental referente a la comunicación de la empresa CLARO S.A. sobre las llamadas entrantes y salientes de la víctima y las antenas desde las cuales se realizaron dichas comunicaciones, así como la fotografía obtenida de la red social Facebook en la que se expone la integridad física de la señora SANDRA ORTIZ, pues no se encuentra motivación alguna que permita exonerar del control previo y posterior a esa violación del derecho a la intimidad.

El apoderado de la víctima, como no recurrente, considera que le asiste razón a la censora porque, más allá que se haya planteado en su momento por parte de la Fiscalía motivos fundados para la recaudación de una prueba, lo cierto es que la autorización que concede el juez de control de garantías al momento de hacer el control previo implica precisamente la limitación y restricción, es decir, cuál es el límite temporal o de información al que la Fiscalía debe llegar para la obtención de la prueba, y la restricción aplicada al uso de la misma -qué parte de la información obtenida se puede utilizar-.

Plantea que en el sub judice se podría hacer un ejercicio de equiparación con una historia clínica, en donde el ente acusador para acreditar una determinada enfermedad en un paciente solicita y expone los motivos fundados, y se limita esa

prueba a un período de tiempo específico y se restringe su uso solo a esa patología, caso en el cual la defensa no podría darle uso al documento en su totalidad porque se desconoce cuál sería la función que se le va a dar a esa información y el límite que no se podría superar, convalidación que no se supera con el solo hecho de haber recibido el elemento de prueba a manera de descubrimiento en cumplimiento de lo que señalan la ley y la constitución, esto es, que se descubra tanto lo favorable como lo adverso para el procesado.

En ese sentido, el apoderado de la víctima se suma a la petición de la Fiscalía de que se declare la ilegalidad frente al uso de esa prueba por parte de la defensa por cuanto la misma no tuvo los controles que deben agotarse antes del uso de la misma.

El señor defensor, también como sujeto procesal no recurrente, adujo que los argumentos expuestos por la censora corresponden a situaciones de hecho, mas no de derecho, pues no mencionó cuál es la norma que se está inaplicando con la decisión de la a quo, proveído que, por el contrario, considera acertado pues no solo se garantiza el derecho de defensa sino también la garantía de las víctimas y de la comunidad a saber la verdad, señalando que no es cierto que con la utilización de la respuesta ofrecida por la empresa CLARO S.A. se vulnere el derecho a la intimidad de quien funge como víctima pues esa intromisión ya fue avalada por un juez de control de garantías.

Menciona que los motivos fundados de los que habla la recurrente iban dirigidos a encontrar una correlación entre la posición de su defendido y las celdas desde donde hacía y recibía llamadas quien funge como víctima, de ahí que fue la misma Fiscalía

quien solicitó esa información esperando encontrar alguna especie de intersección en las comunicaciones para acreditar su tesis acusatoria, por lo que sería absolutamente desproporcionado aducir una vulneración de garantías fundamentales frente a ese descubrimiento, que es favorable para la defensa y que tiene el mismo fin procesal -ubicación de quien denunció-, pese a que un juez constitucional ya determinó que la prueba resulta útil para probar un hecho como lo es la ubicación de la presunta ofendida y el procesado.

Agrega que no se puede coartar la posibilidad de que la defensa utilice un medio de conocimiento que a la Fiscalía no le sirvió porque eso sería una deslealtad con el sistema de justicia y con la constitución, reiterando que no hay otros motivos fundados distintos que la ubicación y eso es lo que precisamente está solicitando, máxime cuando la legalidad de dicho elemento ya fue avalada por un juez de control de garantías y es por ello entonces que nada impide que pueda utilizar esa información objetiva a través de su investigador, quien tuvo en sus manos el documento en razón al traslado que hizo la contraparte y él mismo encontró unos hallazgos que explicará en el juicio, siendo eso lo que en estricto sentido del debido proceso se le debe permitir a la defensa al tratarse de una información obtenida de manera legal.

Es enfático el defensor en destacar que quien funge como víctima no tiene que autorizar la utilización del medio de conocimiento porque dicho consentimiento ya lo dio un juez de control de garantías y porque él no va a utilizar la información con un fin diferente al que tenía la Fiscalía.

Ahora, frente al álbum fotográfico, manifiesta que tampoco se vulnera ninguna garantía constitucional porque la expectativa razonable de intimidad desaparece en el momento que una persona decide divulgar una fotografía suya en una red de acceso público, razón por la cual en este evento no se tiene acudir a un juez de control de garantías ya que no se puede equiparar a Facebook con una base de datos.

Anota entonces que el motivo fundado para utilizar esa fotografía lo expuso con suficiente razón y es porque se menciona en una de las entrevistas una ubicación concreta y ese retrato puede indicar la presencia en un sitio diferente, es decir, con ese medio de prueba va a ejercer su derecho de contradicción frente a la tesis inculpativa, además de que lo relevante en este caso es valorar la fuente de la prueba y como se obtiene la misma, y que con la presentación de esa fotografía en el juicio no se vulnera el derecho a la intimidad porque no se revela una situación obscena o que vaya a transgredir la dignidad de quien funge como víctima.

Finalmente, resalta que la a quo mencionó algo atinado y son las restricciones que tienen las plataformas o aplicaciones sociales para publicar las fotografías, pues si alguien no quiere que esa información sea visible para todo el mundo puede hacer uso de las limitaciones que ofrece la página web, y si no lo hace es porque precisamente su voluntad es que sea accesible de manera abierta al público en general

Así las cosas, resultaría una clara vulneración al derecho de defensa y de poder contradecir revocar la decisión de primera instancia no permitiéndole a esta defensa una información

que ya es legal dentro del proceso, faltando únicamente el control posterior, que tiene una utilidad acreditada y que cumpliría con los fines constitucionales del ejercicio de la defensa por lo que solicita que se mantenga la decisión impugnada.

4. CONSIDERACIONES

De conformidad con el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, es competente esta Corporación para conocer, por vía de apelación, el auto proferido por la Juez Veintidós Penal del Circuito de Medellín en el desarrollo de la audiencia preparatoria en punto de que negó la solicitud realizada por la delegada de la Fiscalía sobre el rechazo de dos elementos con vocación probatoria que pretende utilizar la defensa durante el juicio oral y público, hecho con el cual, a juicio de la recurrente, se vulnera el derecho a la intimidad de la víctima al haberse decretado unas pruebas sin el lleno de los requisitos legales exigidos para tal fin.

De manera preliminar, esta Corporación aclara que de conformidad con el numeral 5º del artículo 177 de la Ley 906 de 2004, en este evento deviene adecuada la concesión de la impugnación vertical por cuanto estamos ante una discusión sobre unas pruebas que se reputan como ilícitas, ilegales o dentro de las previsiones que supone el rechazo.

Al respecto, en la providencia con radicado N° 47469 de 2016¹, la Corte Suprema de Justicia formuló un recuento

¹ Corte Suprema de Justicia, AP4812-2016 del 27 de julio de 2016, MP Gustavo Enrique Malo Fernández.

de las distintas posiciones que se han asumido sobre el tema, concluyendo que:

"Es que, cuando se trata de la solicitud de exclusión de un elemento suasorio en poder de una parte, que esta solicita introducir al juicio oral, necesariamente se hace referencia a derechos fundamentales en juego, que se entienden afectados con la recolección o posible introducción del medio.

En estas circunstancias, como la decisión puede remitir a la vulneración o no de dichas garantías, se explica la razón para que en caso positivo o negativo pueda acudir al superior, pues si se acepta la inclusión del medio, puede pervivir el tema de derechos fundamentales afectados.

Lo anterior encuentra fundamento en que, como desde el principio se definió, la facultad del legislador para regular el recurso vertical se encuentra limitado por los casos en que se afecten derechos fundamentales, apenas natural surge que en tratándose de la exclusión probatoria, íntimamente ligada con éstos, se facultara en toda su extensión la posibilidad de impugnación."

Entonces, independiente de que la solicitud de rechazo prospere o no, o de que los fundamentos en los que se basa dicha petición sean acertados, siempre que una de las partes alega la vulneración de garantías o derechos fundamentales con la admisión de una prueba debe activarse la posibilidad de que la decisión de instancia pueda ser recurrida para que el superior jerárquico revise la misma.

Ahora, con la finalidad de resolver los problemas jurídicos planteados en el disenso, se procederá a esclarecer los puntos concretos de inconformidad planteados por la delegada de la

Fiscalía, así: (i) el rechazo de la respuesta ofrecida por la empresa CLARO S.A. por cuanto el examen de legalidad realizado a dicho elemento con vocación probatoria fue solo respecto de los motivos fundados expuestos por el ente acusador y por tanto la defensa, si deseaba utilizarlo, debió agotar de manera independiente el control previo y posterior del documento; y (ii) la exclusión del álbum fotográfico (una foto extraída de la red social Facebook) por la ilegalidad del mismo, pues se trató de una búsqueda selectiva en bases de datos que requería tanto control previo como posterior por parte del juez de control de garantías.

Para comenzar con el estudio del primer motivo de inconformidad de la censora, se debe recordar que el rechazo de un medio de conocimiento procede cuando para la recolección del mismo se inobservaron los requisitos que el legislador dispuso para su producción. En este caso y tratándose de un documento obtenido como resultado de una búsqueda selectiva en bases de datos, se debe contar con el control previo y posterior por parte del juez de control de garantías para que el elemento sea válido, exigencia que en efecto se encuentra en gran medida cumplida por cuando es cierto dentro del proceso que la delegada de la Fiscalía contó con ese permiso constitucional para solicitar la información requerida a la empresa de telecomunicaciones CLARO y que se encontraba programado el examen subsiguiente de la actividad investigativa, razón por la cual no se observa ninguna ilegalidad frente a ese elemento material probatorio.

En consecuencia de lo anterior, surge acertada la decisión de la juez de primera instancia al admitir la respuesta ofrecida por la empresa CLARO como prueba de descargos, pues

una vez el medio de conocimiento es producido de manera legal, descubierto y trasladado a la contraparte y demás intervinientes, ya hace parte del proceso y por tanto puede hacerse uso del mismo, independientemente de quien lo incluya en sus solicitudes probatorias pues el documento como tal, que es lo en últimas se va a utilizar, no tiene ninguna tacha de ilegalidad.

Es en este punto que se evidencia la dificultad de la censora, pues de manera desacertada argumenta que la defensa debe agotar el mismo procedimiento que ejecutó ella para obtener la información suministrada por la empresa de telefonía celular para poder utilizar la respuesta que ya fue otorgada, y se dice que dicha proposición es equivocada por tanto no se le puede exigir a una parte procesal que busque la declaratoria de legalidad de un elemento que ya tuvo ese aval constitucional.

Y los motivos fundados presentados en su oportunidad por la representante del ente acusador ante el juez de control de garantías para obtener la autorización de acceder a la información privada, tanto del procesado como de la denunciante, tampoco son un sustento para que se estime ilegal la petición probatoria de la defensa, pues como ampliamente lo expuso el togado, la finalidad que él tiene en la utilización de ese documento es exactamente la misma que se fundamentó por la Fiscalía para su elaboración, esto es, demostrar la ubicación de su prohijado y de quien funge como víctima a través de las celdas y antenas desde las cuales estuvieron realizando y recibiendo llamadas telefónicas en un lapso de tiempo que resulta relevante para el proceso.

Se insiste que, tal y como lo adujo la a quo, la prueba es solo una y es frente al acopio y producción de la misma que se puede refutar la ilegalidad o la ilicitud y no respecto de quien pretenda finalmente utilizarla en el juicio oral, máxime cuando el peticionario ha demostrado de manera suficiente la pertinencia, conducencia y utilidad de ese medio de conocimiento para su teoría del caso.

Y con la práctica de esa prueba por parte de la defensa no se observa la posibilidad de que se transgreda el derecho a la intimidad de la persona que funge como víctima, pues, en efecto, (i) el suministro de la información que reposa en el documento ofrecido por CLARO fue avalado por un juez de control de garantías; (ii) los datos se utilizaran con la misma finalidad para la cual fueron deprecados por la delegada de la Fiscalía; y (iii) el contenido de dicho escrito es de conocimiento por las partes e intervinientes dentro del proceso.

Actuar de la manera que lo solicita la recurrente sería ir en contravía del debido proceso probatorio y cercenar el derecho de defensa del procesado, pues no hay justificación legal ni procesal alguna para que no se admita que el togado utilice una prueba legal que es útil para su hipótesis defensiva y que ya existe dentro de la causa penal bajo el único argumento que de él no la aportó, pues en este evento ni siquiera podría contradecir dicha evidencia física teniendo en cuenta que la respuesta ofrecida por la empresa CLARO no fue incluida en la solicitud probatoria realizada por su contraparte, circunstancia por la cual este reparo no tiene vocación de prosperidad.

Por otra parte, con la finalidad de estudiar el segundo de los problemas jurídicos planteados, esto es, la solicitud de exclusión de la fotografía extraída de la red social Facebook por la ilegalidad de la misma al considerar la recurrente que dicha labor se trató de una búsqueda selectiva en bases de datos que requería tanto control previo como posterior por parte del juez de control de garantías, la Sala traerá a colación el pronunciamiento realizado por la Corte Constitucional en punto de definir ¿qué es una base de datos?. En la sentencia de C 336 de 2007, con ponencia del doctor JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, se estableció que:

“La búsqueda selectiva en bases de datos se inserta dentro del ámbito de operatividad del derecho al habeas data, que recae sobre sistemas de acopio de información que se articulan a los llamados bancos de datos o centrales de información, que son administrados por entidades públicas o privadas sometidas a ciertos principios jurídicos, con el fin de garantizar la armonía en el ejercicio de los derechos fundamentales de los diversos actores (titulares, usuarios y administradores) del proceso de recopilación, procesamiento, almacenamiento, control y divulgación de datos personales.

Esta Corte ha entendido por proceso de administración de datos personales, “las prácticas que las entidades públicas o privadas adelantan con el fin de conformar, organizar y depurar bases de datos personales, así como la divulgación de estos últimos en un contexto claramente delimitado y con sujeción a ciertos principios”.

No puede confundirse entonces, la consulta selectiva en bases de datos personales, la cual se inserta en el contexto del ejercicio controlado del poder informático por parte de las entidades administradoras de datos, con el examen minucioso que se realiza en el marco de una diligencia de allanamiento y registro sobre ciertos objetos

como archivos, documentos digitales, videos, grabaciones, ect. (Art.223) que sí constituyen típicas diligencias de registro y como tales se rigen por el numeral 2º del artículo 250 de la Constitución y los artículos 219 a 238 de la Ley 906 de 2004, que no son objeto de este estudio de constitucionalidad.” (Subrayas fuera del texto original).

Frente al tema que nos ocupa, la alta Corporación Constitucional indicó que no puede confundirse la base de datos de que trata el artículo 244 del código de procedimiento penal con *“aquellos sistemas de información creados por el usuario que no ejerce esa actividad de acopio de información de manera profesional o institucional. Estos sistemas de información, mecánicos o computarizados, constituyen documentos cuyo examen judicial sí se rige por las reglas que regulan las diligencias de inspección o registro de objetos o documentos.”*

De conformidad con lo anterior, fácil resulta concluir que la inspección que se hizo de la red social y que fue plasmada en la fotografía que pretende incorporar como prueba documental el defensor, no corresponde a una búsqueda selectiva de bases de datos por cuanto la información recolectada y almacenada por la propia víctima en su perfil de Facebook no goza de la característica de “base de datos” ya que la misma no fue creada en desarrollo de una actividad profesional o institucional por parte de una entidad pública o privada debidamente autorizada para el efecto.

Quedando establecido entonces que no se requería de autorización ni control judicial en tanto la actividad investigativa desplegada por la defensa no se trató de una búsqueda selectiva en bases de datos, se destaca que en este evento tampoco se avizora

ninguna vulneración del derecho fundamental a la intimidad de quien funge como víctima.

Al respecto, debe decirse que la reserva legal y judicial que solo puede traspasarse con la anuencia de un juez constitucional no se activa en los eventos en los que, como sucede en el sub judice, es el mismo ciudadano quien libremente renuncia a la expectativa razonable de intimidad que tiene en relación con su información privada personal y decide hacerla pública a través de su revelación en una red social.

Así las cosas, no puede sostenerse que la señora SANDRA MILENA ORTÍZ VARGAS se ve vulnerada en su intimidad con la exposición de una fotografía en la que aparece ella y que se extrajo de su perfil de Facebook, pues de ninguna manera se entiende que la referida ciudadana hubiese tenido interés en evitar que la imagen fuese divulgada teniendo en cuenta ella misma la reveló y que cada usuario de la red social es quien decide qué información publica y cuál decide mantener reservada a un número limitado y exclusivo de visitantes de dicha página web.

Adicionalmente, los argumentos de la recurrente se fundamentaron en que la publicación de fotografías en Facebook es con el propósito solo de mostrar o exponer una imagen determinada pero no con la finalidad de que esa información pueda ser proyectada en un juicio penal donde se va a valorar el físico y el peso de alguien, estimando que es allí donde se transgrede el derecho a la intimidad -al usarse una foto de la víctima en vestido de baño-, pero no acreditó las razones jurídicas por la cuales dicho

retrato debía someterse a estudio del juez de control de garantías, máxime cuando deviene completamente infundada la premisa de que lo que se va a valorar en juicio es la corporalidad de la señora SANDRA MILENA, pues claramente el defensor informó en su exposición sobre la pertinencia y conducencia de la prueba que lo pretendido es demostrar la ubicación de la denunciante para una fecha específica y no juzgar su imagen física.

De acuerdo con lo expuesto en el cuerpo de este proveído, la Sala confirmará la decisión de primera instancia teniendo en cuenta que la impugnación se fundamenta en una transgresión de garantías procesales y constitucionales que no se configura teniendo en cuenta que la solicitud probatoria de la defensa resulta acorde con los lineamientos y exigencias legales vigentes.

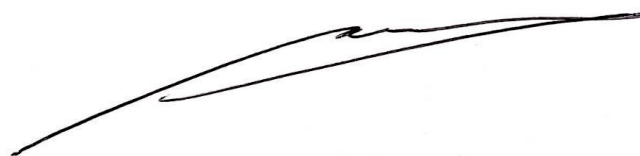
Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la providencia de naturaleza y origen conocidos.

SEGUNDO: Contra esta decisión no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RICARDO DE LA PAVA MARULANDA

Magistrado



RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ
Magistrado



JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ

Magistrado