



SALA PENAL

Magistrado Ponente:

JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ.

Auto pruebas.

Radicado: 2018-07301

Aprobado mediante acta: 84

Medellín, julio seis (6) de dos mil veintidós (2022).

Se resuelve el recurso de apelación presentado por la defensa contra el auto proferido por el Juez Quinto Penal del Circuito con función de conocimiento de esta ciudad el pasado 20 de abril, mediante el cual negó la exclusión de todas las pruebas solicitadas por la Fiscalía en el proceso que se adelanta en contra del señor **Thomas Michael Renno**, como presunto autor de las conductas de *demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años de edad agravado, pornografía de menores, utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 18 años agravado*.

ANTECEDENTES

En la audiencia realizada el 14 de diciembre del año pasado el señor **Thomas Michael Renno** fue acusado como autor de

los delitos de *demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años de edad agravado, pornografía de menores, y utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 18 años agravado*, descritos en los artículos 217-A, 218 y 219-A, del Código Penal, conforme a los siguientes hechos que se toman del escrito de acusación:

Dio inicio a esta investigación el Informe de Investigador de Campo de fecha 5 de septiembre de 2018 suscrito por las PTS MAIRA VANNESA ROBLEDÓ ANGULO y ELIANA CORTES CRUZ funcionarias de la Policía Nacional en el que se menciona que el 30 de julio de 2018 se recibe por parte de la Agencia Homeland Security Investigations de la Embajada de Estados Unidos la comunicación oficial SB05PK18SB0001/M.G/FY18-267 de fecha 16 de julio de 2018 signada por el señor LUIS SIERRA agregado de la Agencia ICE/HSI, en la que da a conocer que una persona que se encuentra en Colombia de localización aproximada Medellín está demandando la explotación sexual de menores de edad y compartiendo imágenes con contenido explícito sexual, ello atendiendo reportes de NCMEC Nos. 36471595, 36264024 y 36341239 en la que existen conversaciones con cinco menores de edad víctimas MILEIDY ARANGO (MA), ESTEFANIA R'GOEZ (ERG), ANGIE ZAPATA (AZ), MARIA CAMILA BURUTICÁ (MCB) y ASLIN TABORDA (AT) desde el 9 de mayo de 2017 al 26 de mayo de 2018 utilizando los perfiles de Facebook Tom Reynolds, Tom Rennet y Thomas Renno y a través de la IP 190.248.166.252 y de las que se establece que cita a las víctimas para los encuentros sexuales en la Carrera 76A No. 48C – 52, Edificio Normandía, Apto 401, de este reporte se concluye que el usuario de los perfiles de Facebook es una misma persona, toda vez que, comparten la misma dirección para los encuentros sexuales. Del reporte de NCMEC No. 36264024 asociado con la víctima MILEIDY ARANGO (MA), se establece que Tom Rennet, comparte por Messenger de Facebook

diez (10) imágenes con contenido explícito sexual con la participación de una menor de edad.

Al análisis de los reportes se observan sendas conversaciones con cinco menores de edad consideradas víctimas, toda vez que se les está demandando la realización de actividades sexuales a cambio de remuneración o dádiva y porque dentro del contexto de estas conversaciones las víctimas menciona su minoría de edad ante el cuestionamiento realizado por THOMAS MICHAEL RENNO quienes manifiestan tener entre 13 a 17 años de edad y del documento de identidad de una de ellas en donde al hacer el cómputo con la fecha en que se suscitaron los hechos con la fecha de nacimiento se tiene que en efecto tenía una edad menor de 14 años.

Que así mismo, en estos reportes se identificaron otros datos asociados como el nombre de Tom Rennet, fecha de nacimiento 24 de abril de 1958, de 60 años aproximadamente, número telefónico +14158478927 y los correos electrónicos rennot@yahoo.com y thomrn10@yahoo.com.

La Embajada Americana anexo el material de evidencia contenido en un CD el cual fue sometido a cadena de custodia, en la que se observan las conversaciones en las que se demanda realizar acceso carnal o actos sexuales y las imágenes con contenido explícito sexual que se están transmitiendo a través del Messenger de la red social Facebook con la participación de menores de edad.

(...)

La audiencia preparatoria se realizó en dos sesiones, y en la ocurrida el 20 de abril último, el defensor se opuso a todas las pruebas solicitadas por la Fiscalía, pidiendo su exclusión, en esencia por la transgresión del derecho a la intimidad de su representado y la ausencia de control judicial previo y posterior.

1. La solicitud de exclusión.

Él defensor solicitó la exclusión de todas las pruebas de la Fiscalía.

Luego de dar lectura a los artículos 23 y 360 del CPP, y 15 de la Constitución Política, y de referirse al contenido de la acusación, expuso que se podía evidenciar que este proceso tuvo su génesis en una comunicación que recibieron unas investigadoras de Facebook, última que indicó *“que Messenger que es la plataforma que ha creado precisamente para compartir y transmitir mensajes, no es una plataforma pública, es una plataforma cifrada de extremo a extremo”* y, según lo narrado en la acusación, se recibieron por parte del señor Luis Sierra, quien dijo ser agregado del ICE/HSI de la Embajada de Estados Unidos, información privada que a su vez le envió una ONG, y ésta lo recibió de Facebook, pero sin mediar orden judicial, por lo que se tiene que en ese reporte de iniciación del 5 de septiembre de 2018 dice que la agencia del Homeland Security de la embajada, que no es Policía Judicial en Colombia, remitió un informe del 16 de julio de 2018, o sea dos meses antes, y da a conocer reportes de información que dio un tercero, que fueron interceptados en una dirección IP, y dicha manifestación se obtuvo por una información de dicha cuenta IP, la cual según el informe pertenece a una persona ubicada en Colombia, *“y al parecer habla de unas comunicaciones entre esta persona ubicada en Colombia y unas supuestas víctimas en Colombia, o sea en territorio nacional, sin que mediara orden de interceptación”*.

Explicó la forma en que se realizan las interceptaciones de las comunicaciones en este país y que conforme a la acusación se tiene que toda la información llegó a la embajada de los Estados Unidos, que no es Policía Judicial, y en cuya entidad existe un investigador del ICE (Luis Sierra), que es la rama investigativa principal del Departamento de Seguridad Nacional, y es el encargado de investigar delitos y amenazas transnacionales, entre ellos la explotación infantil, y hasta ahí se puede afirmar que la labor que desarrolló el ICE al recibir información por parte de una ONG, era transmitirla a la autoridad colombiana, la cual recibió esta información y el reporte de iniciación (del 5 de septiembre de 2018), y si se presume que hubo una orden judicial, que no la hubo, el deber ser era haberla sometido a un control, que tampoco se hizo, y por tanto esta información que se recaba por Facebook, viola el acuerdo de confidencialidad establecido por ellos mismos y transgrede el artículo 15 de la Constitución.

Adujo que Facebook interceptó unas conversaciones privadas y no dio cuenta de ello a la Fiscalía, se le informó a una ONG (National Center...), que es internacional y está encargada de ayudar y colaborar cuando hay menores perdidos o explotados, y esta organización que no es Policía Judicial, le envió esta información a ICE (Homeland Security Investigation), quienes la remitieron a las investigadoras Maira Vannesa Robledo y Eliana Cortes, quienes dieron un reporte de iniciación el 5 de septiembre de 2018. El primer control posterior "*es hasta el 13 de octubre de 2018*", que aparece enumerado como 7, (según acta de audiencia del Juzgado 79 Penal Municipal con función de control de garantías), pero es de una solicitud de búsqueda selectiva en

base de datos de las empresas Claro, Une y Facebook, y esa solicitud fue realizada por las investigadoras, pero no sobre la información recibida. Así que, durante todo el procedimiento adelantado hasta la fecha, (oficios, informes, la captura y recolección de esos elementos en la aprehensión), estos elementos provienen de información obtenida de manera ilegal.

Resaltó que no existen excepciones a la norma, estamos en un Estado Social de Derecho, y aunque el interés de los menores es prevalente, no es excusa para violentar las conversaciones privadas sin que medie una orden judicial, y si se tiene como cierto que todo lo indicado por Facebook se trata de "*unas conversaciones y unos contenidos*", el deber ser era informar esta situación a la autoridad colombiana porque ellos mismos detectaron que había una persona en Colombia, y cuando la Fiscalía se dio cuenta de este error, aseguraron que estaban fundamentados en el art. 9 de la Convención de Viena, que hace mención a los mecanismos para prevenir la trata de personas, pero no establece que se pueda omitir una orden judicial. También se justificó la Fiscalía con la colaboración internacional que deben tener las instituciones, pero sobre ello, sentencias como la T540 de 2012 de la Corte Constitucional ha establecido que el derecho a la intimidad no es absoluto y puede ser objeto de interferencias, pero solo por razones de interés general, legítimas y debidamente justificadas constitucionalmente y que dichas limitaciones, sin excepción, deben respetar los principios de razonabilidad, proporcionalidad, en el contexto del sistema democrático.

Se cuestionó si otra entidad de otro país puede utilizar cualquier medio para vulnerar la intimidad de una persona en Colombia, so pretexto de la prevención de delitos, o si podía el Estado usar cualquier medio para la búsqueda de la verdad y la justicia. Afirmó que ciertas pruebas tienen límites en la Ley, especialmente en la Constitución y en el ordenamiento penal, y la búsqueda de la verdad procesal no puede ser un fin que todo lo admita, y por ello toda la prueba recopilada debe ser válida y fiable, y por esa razón el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reiterado el criterio según el cual la admisibilidad de una prueba tiene relación directa con su fiabilidad y con el respeto al debido proceso para su obtención, de lo contrario lleva indefectiblemente a su nulidad y vicio. La cadena de custodia no la vuelve legítima, máxime cuando no se trata de una investigación iniciada ni un hallazgo fortuito, y tampoco se puede asumir que por el informe haber venido de la embajada de Estados Unidos, es fiable y legítimo, por lo que se debían excluir todas estas pruebas.

3. La decisión.

El Juez negó la solicitud de exclusión.

Inicialmente se refirió a los fines del Protocolo de Palermo, el cual está ratificado por la Ley 800 de 2003, resaltando y refiriéndose al contenido del artículo 18 del primero, acerca de la *asistencia judicial recíproca*. Aludió *in extenso* a varias decisiones de la Sala Penal de la Corte, entre ellas, la radicada 31127, del 20 de mayo de 2009, y la SP4879-2021 radicado 54341, del 27 de octubre de 2021, concluyendo que en el caso en concreto se tiene que quien capturó la

información fue una entidad particular, FACEBOOK, y que ante el incumplimiento contractual del acusado, puso en conocimiento, como es el deber de denunciar, dicha información, lo que llegó como noticia criminal a través de las autoridades de Estados Unidos.

En esas condiciones, le parece que por esa razón esa información no necesitaba control posterior dado que no devino de ningún órgano judicial o policial la captura de los mensajes, sino de un particular que se enteró por el incumplimiento de las normas.

4. La impugnación.

El defensor interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la decisión. Indicó inicialmente la procedencia del recurso cuando no se acoge la solicitud de exclusión de la prueba.

Posteriormente, explicó el contenido el artículo 23 del Código Penal, acerca de aquellas pruebas obtenidas con violación de las garantías fundamentales, en este caso la intimidad, concluyendo que el argumento del juez no concita la razón por la cual se solicitó la exclusión.

Adujo que no se puede circunscribir este caso a que los informes hayan sido allegados por la red social Facebook, que se lo entregó a una ONG privada y que ésta lo remitió a un supuesto representante de la embajada de los Estados Unidos, y éste a las autoridades, y que por ello se está

legitimando la prueba porque no se obtuvo por una autoridad. Ese planteamiento trasgrede nuestro sistema actual de derecho porque lo que argumentó es que el origen de estos informes debía tener un curso legal y no ha sido excluido por el Protocolo de Palermo, sino que por el contrario la colaboración entre las autoridades no puede estar por encima de la ley o del ordenamiento interior y que cuando hay esta colaboración deben consultarse, para que haya la seguridad jurídica de que la prueba puede ser tomada en su amplitud.

Explica que *“la red social Facebook envía al parecer un informe de conversaciones sostenidas entre una persona que se encuentra en Colombia con supuestas menores de edad en Colombia y para hacer este informe tuvo que violarse esa intimidad”*, y la sentencia que cita el juez de esa niña *“que a través de un hueco observa cómo acceden a una menor”* no podría equipararse a estos hechos, sustentar una negación en una providencia como esa es desmedido, porque no es lo mismo el argumento presentado y valorado por la Corte en ese caso, a la violación de la correspondencia y demás formas de comunicación privada, *“el mirar por un hueco no está violando esa intimidad”*, los mensajes por Messenger entre dos personas son privados porque hacen parte de la correspondencia y por ende son inviolables. La única excepción es a través de una orden judicial que no existe en este caso.

El artículo 485 del CPP establece que cuando se ha iniciado una investigación *“podrá entonces echarse mano de la colaboración internacional”*, pero recordó que no existía ningún tipo de investigación pues solo hasta el 5 de

septiembre de 2018 fue el reporte de iniciación, estos informes tienen una fecha anterior, y estas normas ni el Protocolo de Palermo aplica en sentido inverso. Reprochó que argumentar que la prueba es lícita porque fue aportada por un particular, es desmedido y atentatorio de la seguridad jurídica, pues cuando se presenta este tipo de información, se debe someter o cotejarla y para ello hay herramientas legales (art. 235 del CPP para control previo y posterior de comunicaciones), pero ello no se hizo y se pretende que como el informe llega de un particular y con base en el cual se cierne la totalidad de las pruebas, sea lícito per se.

Adujo que la cláusula de exclusión no está limitada a que la prueba sea obtenida por una autoridad, sino a cómo se consiguió, y si bien son prevalentes los derechos de los niños aún no hay una sentencia y estos hechos van a ser objeto de juicio, por tanto no puede decirse que existe un delito, y desde la prevalencia de la seguridad jurídica, no debe solamente excluirse la prueba que se obtiene por tortura, sino toda aquella conseguida de manera ilícita y violando principios fundamentales, y en este caso hubo violación del art. 15 de la Constitución por parte de entidades no gubernamentales, entidades que pertenecen a otro Gobierno, y por nuestra Fiscalía, que sin razón y dando por cierto lo que recibía nos tiene en un proceso con origen en la trasgresión de derechos fundamentales. No puede esbozarse el protocolo de Palermo ni la colaboración internacional como una forma de sobrepasar los límites legales, por lo que solicita se revoque la decisión y se excluya la totalidad de las pruebas de la Fiscalía, que se obtuvieron a partir de ese informe carente de legalidad.

5. No recurrentes.

5.1. La fiscal solicitó se confirme la decisión, porque considera que en este caso no se han violentado garantías fundamentales. La Fiscalía recibió información indirecta, estas redes de comunicación (Messenger, Whatsapp), tienen convenios precisamente con estas ONG que permiten brindar información a estas entidades y a su vez las transmiten, como en este caso, a la embajada americana con el fin, en desarrollo del artículo 18 el Protocolo de Palermo y como cooperación judicial, de enterarlos de una presunción de conducta delictiva para que informen a las autoridades judiciales del país desde donde se están originando las conversaciones, lo que hace que se genere la investigación.

No es cierto como lo dijo el defensor, que sea necesario que la Fiscalía tenga que tener una investigación para que pueda hacer uso de esas herramientas internacionales (Protocolo de Palermo y Convención de Viena, o la cooperación judicial). Afirmó que pensar como el recurrente, es tanto como que cuando cualquier persona se entere de la comisión de una conducta delictiva no puede recurrir a la Fiscalía porque ésta no tiene ninguna investigación frente a estos hechos.

Considera que no se trasgredió el derecho a la intimidad porque la ONG recibió información de estas redes de comunicación, en aras de combatir precisamente ese delito de trata de personas y explotación sexual en donde son víctimas niños y adolescentes, como en este caso donde hay cinco víctimas, no se requiere de una investigación previa, y cuando

la Fiscalía solicitó ante juez de control de garantías, la captura del acusado, se entregaron todos estos elementos materiales probatorios e hicieron parte de la argumentación que en su momento diera el funcionario para proferir la orden.

Expuso que los argumentos del Juez fueron oportunos y la sentencia que refirió frente a la persona que “*desde un huequito*” miraba la comisión de una conducta delictiva, tiene aplicación porque se está frente al conocimiento que una persona tuvo frente a la comisión de un delito y que en aras y en desarrollo de esa cooperación internacional, transmite esa información a la Fiscalía, que inicia esa indagación, complementa y verifica que esa dirección IP desde donde se producían esas conversaciones, tenía sede en Colombia. La Fiscalía no se inventó la información, sino que a partir de la cooperación internacional se generó la investigación, en la que no se transgredieron derechos fundamentales.

5.2. La apoderada de las víctimas también solicitó se confirme la decisión, porque de lo contrario se vulneraría el derecho de estas que en este momento están clamando justicia. Se está frente a delitos transnacionales, transgresores de los derechos de las víctimas y no se han vulnerado los derechos o garantías del procesado.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico a resolver se centra en si resultaba viable la exclusión de todas las pruebas solicitadas por la Fiscalía, como pedimento realizado en la audiencia preparatoria por el

defensor, en atención a que, como se dijo, el origen o inicio de la investigación se dio con base en conversaciones privadas con menores de edad a través del servicio de mensajería de Messenger de Facebook, con la remisión de varias imágenes, y no se realizaron controles judiciales previos ni posteriores, vulnerándose con ello el derecho a la intimidad del acusado.

En principio debe advertirse que la apelación es procedente en atención a que, pese a la admisión de las pruebas, se está discutiendo su exclusión en virtud de la cláusula del artículo 23 del Código de Procedimiento Penal.

Ahora bien, el inciso final del artículo 29 de la Constitución Política establece como *"nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso"*, mientras que el artículo 23 de la Ley 906 de 2004, que regula la cláusula general de exclusión, determina 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 recibirá las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que sólo puedan explicarse en razón de su existencia"*.

En nuestro caso, si bien no existe discusión acerca de la ausencia de controles judiciales a las comunicaciones del acusado en la red social mencionada, porque la delegada no informó lo contrario, el punto de partida que encuentra la Sala es que se presenta una discusión entre dos tesis opuestas.

Hay una afirmación general de legalidad de parte de la Fiscalía que explicó que se trata de una información indirecta y que estas redes de comunicación, tales como Messenger y Whatsapp, tienen convenios con ONGS para brindar información a estas entidades, que a su vez la transmiten a la Embajada Americana con el fin, en desarrollo del Protocolo de Palermo y como cooperación judicial, de enterarlos de una posible conducta delictiva para que lo comuniquen a las autoridades judiciales del país desde donde se están originando las conversaciones, lo que hace que se genere la investigación.

La privacidad absoluta en las comunicaciones que alega el defensor, no surge evidente, y tampoco nos encontramos en el escenario oportuno para determinar su naturaleza, puesto que sería solamente luego del debate probatorio, donde se obtendría el conocimiento de la afectación o no de algún derecho fundamental, como la trasgresión a la intimidad que se discute.

No resulta adecuado pretender que como simple acto de confianza en lo que afirma la parte está transgrediendo derechos fundamentales, se concluya en forma positiva, porque obviamente desconocemos los elementos materiales probatorios (denuncia, conversaciones, contrato de prestación del servicio con la red social, los supuestos acuerdos de confidencialidad mencionados por el defensor, etc.), y en esa medida no puede asegurarse, por lo menos no en este momento, que realmente eran en absoluto comunicaciones privadas.

Es que mínimo hay un intermediario, aceptado por los participantes, que, según lo narrado en la acusación, hizo circular la información presuntamente delictiva, lo que impide admitir para este momento la tesis de que Facebook está en la obligación de mantener la privacidad de las conversaciones o, si por el contrario, existen excepciones que se aceptan de manera expresa o tácita al suscribir el contrato de prestación del servicio, como cuando se utiliza la red para la comisión de alguna conducta que contraría sus políticas de uso y que incluso pueden estar en el lindero de la ilegalidad.

Es una discusión entre dos tesis que se contradicen en la interpretación de la naturaleza de las conversaciones a que alude la acusación: privacidad absoluta o relativa, entendiendo que todos aceptan que hay un intermediario de las mismas.

En estas condiciones, no es posible excluir todas las pruebas de la Fiscalía por la supuesta transgresión del derecho a la intimidad, por la simple razón de que no hay manera de concluir que se trató de unas comunicaciones privadas entre dos personas y que adicionalmente no existe ninguna excepción a esa supuesta privacidad, reiteramos conforme a las condiciones de uso de la red social, que finalmente tienen que ser aceptadas por quien la utiliza.

Adicionalmente, a la parte que pide la exclusión de alguna de las pruebas por ilicitud o por ilegalidad, le corresponde demostrar cuál es el fundamento de su pretensión para tener suficiente claridad y generar con ello la controversia con la

contraparte, conforme lo ha indicado la Sala Penal de la Corte. Ello no ocurrió en este caso porque el defensor solo parte de la afirmación general de que existen unos acuerdos de confidencialidad, partiendo del supuesto de que ya son prueba y que los tenemos que conocer:

Así, por ejemplo, si se solicita la exclusión de una evidencia porque durante el procedimiento que dio lugar a su obtención el indiciado fue sometido a tratos crueles e inhumanos, **tendrá que demostrarse la existencia de los mismos y, además, el nexo causal entre la violación de los derechos y la prueba. De igual forma, si se alega que se realizó un acto de investigación sin que mediara la respectiva orden judicial, tendrá que demostrarse que esta era obligatoria, que la misma no se emitió, y que la evidencia es producto de esa violación de los derechos.**

Para establecer si se requería orden judicial o si el acto de investigación estaba sometido a determinados requisitos legales, **necesariamente debe precisarse el contenido de la evidencia, pues, a manera de ejemplo, de ello depende el análisis de si una determinada persona tenía expectativa razonable de intimidad frente a la información obtenida, de lo que depende la activación de las salvaguardas constitucionales para la protección del derecho previsto en el artículo 15 de la Constitución Política¹.** (Negrilla nuestra)

Así las cosas, por estas razones, el auto apelado deberá ser confirmado.

¹ Auto del 17 de julio de 2019, radicado 55136, AP2901-201.

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

RESUELVE

CONFIRMAR el auto que por apelación se revisa. Se informa que contra la presente decisión no proceden recursos.

CÓPIESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,



JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ



MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS



PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN