



SALA PENAL

FICHA DE REGISTRO	
Radicación	05 001 60 00 206 2020 10255
Acusados	Fredy René Lázaro Palencia (Ya condenado en virtud de preacuerdo) Juan Carlos Baena Rivera
Delitos en concurso (Art. 31 del C.P.)	Concusión (Art. 404 del CP) Mes de abril de 2020 2 de julio de 2020
Hechos	Abril y 2 de julio de 2020
Juzgado <i>a quo</i>	Veinticuatro (24) Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín, Antioquia.
Asunto	Se resuelve recurso de apelación en contra de auto que resuelve petición de exclusión por ilicitud de prueba documental
Consecutivo	SAP-A-2023-011
Aprobado por acta	N°112 de 27 abril de 2023
Decisión	Se confirma auto de instancia
Audiencia de exposición	Viernes 28 de abril de 2023; Hora: 1:30 pm
Magistrado Ponente	NELSON SARAY BOTERO

Medellín, Antioquia, abril veintiocho (28) de dos mil veintitrés (2023)

1. ASUNTO

En sesión de **audiencia preparatoria** en el proceso del rubro, la señora Juez 24 penal del circuito con funciones de conocimiento de Medellín, Antioquia, **decretó una prueba documental de las solicitadas por la Fiscalía**, el defensor interpone recurso de apelación contra la decisión de instancia.

2. HECHOS OBJETO DE INVESTIGACIÓN PENAL

Los hechos según la acusación son los siguientes:

« PREMISA FÁCTICA SPOA 050016000206202010255: En la ciudad de Medellín entre el 22 de junio de 2019 y el 02 de julio de 2020, los servidores públicos FREDY RENÉ LÁZARO PALENCIA y JUAN CARLOS BAENA RIVERA, abusando de su cargo como miembros de la policía nacional y de sus funciones como integrantes de patrulla de vigilancia, en varias

oportunidades ejercieron temor estatal con amenazas de cierre o sanciones sobre establecimientos de comercio tales como hoteles y minimercados SOLICITANDO a los señores ALVARO DE JESÚS LÓPEZ CEBALLOS, JOAQUÍN MARÍA CEBALLOS PARRA y ELVIA GIRSEL GUARÍN LUNA, sumas de dinero de manera indebida para ellos mismos, eventos que se relacionan a continuación:

Para inicios del mes de abril de 2020 el patrullero BAENA RIVERA en compañía de LÁZARO PALENCIA le solicitaron a la señora ELVIA GIRSEL GUARÍN LUNA quien es la esposa de ALVARO DE JESUS LOPEZ CEBALLOS, la suma de \$500.000.00, a cambio de no hacer un comparendo por incumplimiento de las normas en medio de la pandemia, por tener abierto el hotel JUANAMBÚ, ubicado en la calle 54 No. 51-17 de la ciudad de Medellín.

Así mismo el patrullero LAZARO PALENCIA, entre el 22 de junio de 2019 y el 24 de febrero de 2020 le SOLICITÓ en seis oportunidades al señor ALVARO DE JESÚS LÓPEZ CEBALLOS, dinero a través de llamadas telefónicas, los cuales la víctima le consignaba en una cuenta dada por este servidor, a cambio de no molestar en los hoteles por algún permiso o algún documento, consignaciones que se identifican a continuación:

Fecha	Valor
22/06/2019	\$1.000.000
18/07/2019	\$200.000
08/10/2019	\$200.000
23/12/2019	\$200.000
08/12/2019	\$300.000
24/02/2020	\$200.000
TOTAL	\$2.100.000

PREMISA FACTICA DEL DELITO DE CONCUSIÓN SPOA 050016000206202010258: Para el día 02 de julio de 2020 el patrullero LÁZARO PALENCIA en compañía de BAENA RIVERA, le solicitaron al señor JOAQUÍN MARÍA CEBALLOS PARRA la suma de \$100.000.00, para no sellar el negocio ubicado en la calle 54 No. 51-25, sector Calle del Pescado en el centro de Medellín, porque supuestamente estaba sin asear.

Sobre las denuncias anteriores los dos patrulleros participaron en dos oportunidades solicitando la suma de \$600.000.00 y adicional el patrullero LAZARO PALENCIA, solicitó dinero en seis oportunidades para un total de \$2.100.000.00, para un total general de \$2.700.000.00, lo que se convirtió casi que en una vacuna para las víctimas.

En cuanto la división del trabajo criminal en los eventos identificados en el que participaron los dos patrulleros quienes se desplazaban en la motocicleta institucional y al asistir

uniformados a los negocios de las víctimas para exigir dinero a cambio de no cerrarles los mismos, inventándose cualquier excusa para proceder a exigir dineros, uno de ellos solicitaba directamente el dinero, otro lo acompañaba y apoyaba tal solicitud, en el caso de LAZARO PALENCIA entregó un número de cuenta para recibir las consignaciones y BAENA RIVERA lo acompañaba cuando la exigencia era en efectivo. (...)».

Se formuló imputación ante el juez 7° penal municipal con función de control de garantías de Medellín en contra de FREDY RENÉ LÁZARO PALENCIA y JUAN CARLOS BAENA RIVERA, a este último en calidad de coautor del delito de concusión (Art. 404 del C.P.), con circunstancias de mayor punibilidad del Art. 58 N° 10 «*obrar en coparticipación criminal*» y con circunstancias de menor punibilidad del Art. 55 del C.P. por carecer de «*antecedentes penales*».

En concurso homogéneo y sucesivo en dos oportunidades, ocurridos en el mes de abril y 2 de julio de 2020. (Art. 29 Inc. 2 y Art. 31 Inc. 1° del C.P.).

Se acusó por las mismas conductas imputadas.

FREDY RENÉ LÁZARO PALENCIA, fue condenado en virtud de negociación con el ente acusador, en curso de la audiencia preparatoria.

3. SOLICITUD DE INCORPORACIÓN DE PRUEBA DOCUMENTAL POR PARTE DE LA FISCALÍA EN AUDIENCIA PREPARATORIA

En sesión de audiencia preparatoria, la Fiscal 223 seccional, doctora LUZ ADRIANA LONDOÑO BONILLA, solicitó, entre otras, el decreto como prueba documental un CD contentivo de siete (7) fotografías y un video en archivo MP4 que da cuenta de la conducta perpetrada por el acusado y otro patrullero, como miembros de la Policía Nacional.

«(01: 54:22) También le solicitamos su señoría nos decrete como prueba de carácter documental el CD contentivo de siete (7) fotografías denominada WhatsApp, imagen 2020, en archivos JPEG y un video de WhatsApp en archivo MP4, estas se incorporaran a través de ALVARO DE JESÚS LÓPEZ CEBALLOS que repetimos indicará el contexto, no solamente lo que le pasó a su esposa, luego directamente con JUAN CARLOS BAENA, sino todo lo que le sucedió a él con LÁZARO PALENCIA y las ocasiones en que LÁZARO PALENCIA no actuaba solo, sino que actuaba en compañía de JUAN CARLOS BAENA, toda vez que era su compañero de patrulla, por eso se observan videos y fotografías donde se involucra también a JUAN CARLOS BAENA en la comisión de este concurso homogéneo y sucesivo de concusión (01:55:17)».

4. OPOSICIÓN DE LA DEFENSA

La defensa se opuso al decreto de la prueba documental, al considerarla *violatoria al debido proceso*.

Ha de precisar que también se opuso a otras, pero esta Sala de decisión se referirá únicamente a la que es objeto de apelación.

Así fue la oposición de la defensa.

«(2:33:06) Finalmente, su señoría, solicitaré el rechazo de plano por desconocer la prerrogativa contenida en el Art. 29 Constitucional, esto es el **debido proceso** frente al CD contentivo de siete (7) fotografías denominadas WhatsApp imagen 2020, en archivo JPEG y un video WhatsApp 2020-07-17 en archivo MP4 que fueron aportados por el denunciante y víctima LÓPEZ CEBALLOS.

Esto su señoría, por cuanto si nos dirigimos a la Ley 906 en su artículo 230 nos indicará cuándo podrá omitirse la obtención de la orden escrita de la FGN para que se pueda adelantar una **diligencia de registro y allanamiento** que por analogía y antonomasia es aplicable también a las **búsquedas selectivas en bases de datos**.

¿Qué nos indica entonces, su señoría la búsqueda selectiva en base de datos, Art. 244 numeral 2º?, cuando se requiera adelantar *búsqueda selectiva en base de datos* que implique el acceso a información confidencial referida al indiciado o inclusive a la obtención de datos derivados del análisis cruzado de las mismas deberá mediar *autorización previa del Fiscal* que dirija la investigación y se aplicarán en lo pertinente las disposiciones relativas al registro y allanamiento.

Entonces, ahí es donde nos dirigimos su señoría al Art. 230 de la Ley 906, ¿cuándo entonces podemos omitir esta orden del Fiscal? cuando medie consentimiento expreso del propietario o simple tenedor del bien objeto de registro.

Indica, entonces, la Fiscalía desde el mismo escrito de acusación que estos **fueron aportados por el denunciante**, pero ¿cómo entonces termina su señoría el artículo en mención?, “*que cuando medie consentimiento expreso del propietario o simple tenedor o de quien tenga interés por ser afectado durante el procedimiento deberá acreditarse la libertad del afectado de manifestar la autorización para el registro*”. Y esta es la parte, su señoría, que encuentra la defensa que no se cumplió, “*en todo caso la Fiscalía deberá someter a control posterior de legalidad esa diligencia*”.

Dentro de los elementos descubiertos su señoría por la Fiscalía no se encuentra una audiencia, un acta de audiencia de control posterior donde haya sido sometido a control de legalidad por parte de un juez de control de garantías dicho hallazgo.

De igual forma, su señoría tal como lo ilustré a través de las labores investigativas del investigador de la defensa CARLOS ANDRÉS LÓPEZ ARISMENDI se le solicitó a la Fiscalía 196 seccional que remitiera copia de la **cadena de custodia**, indicando entonces que no la tenía.

Y, permítame su señoría leeré de forma expresa la respuesta que dio la Fiscalía en tal sentido.

Indicó entonces su señoría ese día 13 de septiembre de 2022 el doctor JAIME ALBERTO DUQUE MOLINA Fiscal 196 seccional, indicó “*doctor CARLOS ANDRÉS LÓPEZ ARISMENDI en cuanto a su solicitud de la cadena de custodia un CD contentivo de siete (7) fotografías denominado WhatsApp imagen 2020 archivo JPEG, un archivo WhatsApp archivo 2020-07-17 en archivo MP4 que fueron aportados por el denunciante y víctima relacionadas con recibos de consignación, fotografías y videos donde se observa a los imputados en el escenario de los hechos, me permito informarle que dicha evidencia es prueba documental y no fue sometida a cadena de custodia*”.

Es decir, entonces su señoría que, para la defensa en esta solicitud de pertinencia, no es claro cuál es la *mismidad* del elemento material probatorio; es decir, que no hay forma de determinar que es ese documento y que no es otro; es decir, que no hay forma de determinar que ese documento es auténtico. Y, estima la defensa que debe ser susceptible de rechazo, porque no es algo con lo cual está sorprendiendo la Fiscalía, verifíquese su señoría que desde septiembre de 2022 se está solicitando este elemento y no se tiene.

Es entonces, su señoría puestas las circunstancias de ***ausencia de cadena de custodia*** y de ***ausencia de control posterior de legalidad*** por parte de un juez de control de garantías que la defensa estima que con dicha prueba se está vulnerando el *debido proceso probatorio* de JUAN CARLOS BAENA RIVERA y es en tal relación que solicita se aplique la sanción más fuerte en relación al incumplimiento probatorio por parte de la legislación procesal en Colombia, esto es la exclusión del EMP su señoría, por cuanto toda prueba que no haya sido descubierta, no puede ser solicitada y no podrá ser entonces decretada; y, al no haber sido descubierto este criterio de la ***búsqueda selectiva control posterior***, se estima que se ha afectado el debido proceso su señoría.

Es así como finaliza mi intervención. Muchas gracias. (2:39:04)».

5. DECISIÓN JUDICIAL DEL A QUO

La juzgadora decretó como prueba documental el CD referido y resaltó que es una prueba documental, que ***no es una búsqueda selectiva en base de datos***, por tanto, no puede exigirse control previo ni posterior y/o intervención del juez de control de garantías.

No existe afectación a derecho fundamental alguno, pues se está en búsqueda de esclarecer un delito y las víctimas pueden recaudar elementos materiales probatorios.

Si bien el defensor cuestionó que el CD no fue sometido a cadena de custodia y que no hay forma de determinar si ese documento es auténtico o no, exaltó que el

elemento es una prueba documental y el tema de autenticidad se valorará en la sentencia.

Textualmente refirió lo siguiente:

«(26:32) Y, por último, en cuanto a la **solicitud de exclusión probatoria por ilegalidad** que hace la defensa, la defensa pide que se excluya el DVD que contiene siete (7) fotografías denominadas en WhatsApp en imágenes 2020 en archivos GEPG y video de WhatsApp en archivo MP4 que involucran al procesado en la realización de la conducta punible, es un video tomado por una de las víctimas, porque no hubo orden escrita como se requiere en los casos de búsqueda selectiva en bases de datos.

Bueno, lo primero que hay que decirle a la defensa es que esa prueba no es, no se relaciona, no es una búsqueda selectiva en base de datos y en la sentencia C-336 de mayo 9 de 2007 la Corte Constitucional dijo lo siguiente: *“Las bases de datos a que se refieren los preceptos parcialmente acusados, no pueden confundirse con aquellos sistemas de información creados por el usuario que no ejerce esa actividad de acopio de información manera profesional o institucional. Estos sistemas de información mecánicos o computarizados constituyen documentos, cuyo examen judicial si se rige por las reglas que regulan la diligencia de inspección o registro de objetos o documentos.”*

Entonces, ese registro en mi posición tomado por la víctima a través de WhatsApp en los términos del Art. 424 del C.P.P. es una prueba documental, ahora como se trata de una prueba recogida por la víctima la conducta punible en la que se revela la realización del delito y al presunto responsable no se requería el consentimiento del procesado, ni la intervención del juez de control de garantías.

Es que esa posición de la defensa, pues no tiene vocación de prosperidad con fundamento precisamente en los mismos argumentos dados por él para sustentar la legalidad de una de sus pruebas.

El defensor justamente para sustentar su prueba atinó (se entrecorta) atendiendo que es lícito que se alleguen al juicio las grabaciones de las conversaciones privadas, entre otras, realizada por una de ellas sin el conocimiento, ni el consentimiento de la otra cuando se trata de evitar (se corta) o aclarar la comisión de un delito, por eso esa conducta no es contraria, ni atentatoria al derecho fundamental a la dignidad de la persona grabada sin su consentimiento y citó atinadamente a la CSJ AP 1653 de 2014 que señala que en estos casos no es un presupuesto de legalidad de la prueba la intervención de un juez de control de garantías, pues lo determinante es que se trate de esclarecer un delito y que la grabación la haya hecho (no se entiende bien) una de las partes, para descartar la afectación al derecho a la intimidad, que es lo que habilitaría la intervención del juez de control de garantías.

(28:59) Entonces, en este caso no existe esa afectación a ese derecho fundamental a la intimidad, pues no hay nada que controlar por parte de un juez que controla la afectación, que en ciertos eventos se da de derechos fundamentales.

(29:10) Por último, también en relación con esta prueba la defensa se queja que no se certificó por parte de la Fiscalía la **cadena de custodia** del contenedor de las conversaciones de WhatsApp; y, ese no es un criterio para no decretar la prueba, será en todo caso labor de la Fiscalía acreditar en el juicio la autenticidad del elemento; y, de cualquier manera, es un asunto que se valora en la sentencia a fin de establecer precisamente si se acredita o no la autenticidad de la prueba; y, por tanto, como es un tema de valoración que se hace en la sentencia que harán las partes en los alegatos y retomará esta juez en la sentencia, pues no afecta la práctica de la prueba.

De cualquier manera, desde todos los puntos de vista jurídicos, esa *petición de exclusión por ilegalidad* no está llamada a prosperar».

6. RECURSO DE APELACIÓN POR EL ABOGADO DEFENSOR

El abogado defensor del implicado, doctor WILLIAM RICARDO FLÓREZ MORALES, interpuso y sustentó el recurso de apelación, solicitando «*exclure*» el elemento material probatorio, consistente en un CD contentivo de siete (7) fotografías y un video aportado por la víctima, el cual en su sentir **debió ser sometido a control posterior por un juez de control de garantías**.

Así fue la sustentación del recurso:

«(59:57) señor juez de segunda instancia en esta oportunidad la defensa de forma respetuosa como es acostumbrado de mi parte, solicitará que se revoque la decisión tomada por la señora juez 24 penal del circuito de Medellín **en punto a no decretar la exclusión probatoria de un CD contentivo de 7 fotografías denominadas WhatsApp imagen 2020 archivo, WhatsApp video 202707 archivo MP4 aportado por el denunciante y la víctima relacionado con fotografías y videos donde se observa a los imputados en el escenario de los hechos**.

Esta solicitud se hace en mérito a que al momento de solicitar la exclusión se refirió exactamente que no se había cumplido con el presupuesto establecido por el Art. 230 numeral 1° de la Ley 906 de 2004, fue ahí entonces, cuando indiqué que por *analogía del allanamiento y registro* se aplicaba las *Búsquedas Selectivas en Base de Datos establecidas en Art. 244 y 246*, contrario a lo indicado por la señora juez de primera instancia no hay una confusión respecto de la solicitud de exclusión realizada por la defensa y no hay argumentos contrarios, puesto que en la solicitud aportada (no se escucha) en relación a la grabación no se indicó específicamente cuál era el linderio tecnológico que abarcaba dicha solicitud. De igual forma se indicó cuál era la omisión en la cual incurrió la Fiscalía al momento de recolectar dicho elemento material probatorio.

(01:02:11) Entonces, desde ya señor juez de segunda instancia, se tiene que tener claro que son dos (2) argumentaciones y dos (2) esferas tecnológicas completamente diferentes y que pese a que la

señora juez las asimila desde ya debe establecerse que no se pueden equiparar.

Primero, porque no se puede conforme lo establece el Art. 5° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ningún Estado podrá ser acreedor del derecho fundamentales; y, como lo establece el Art. 2, 3 numeral 1° de la Ley 906 citaré textualmente en aras de ofrecer mayor (no se entiende) conceptual.

“Excepcionalmente reza el Art. 230 podrá omitirse la obtención de la orden escrita de la FGN para la Policía judicial pueda adelantar un registro de allanamiento cuando, primero, medie consentimiento expreso del propietario simple tenedor del registro o de quien tenga interés, o del afectado en el procedimiento, en esa eventualidad no se considerará como suficientes objeciones por parte del interesado, sino que deberá acreditarse del afectado manifestar la autorización para el registro.

Y finalmente esta es la parte que le solicito señor juez de segunda instancia tener en plena consideración es *“en todo caso, la Fiscalía deberá someter a control de legalidad esta diligencia”*.

Entonces, que señor juez de segunda instancia, que la Fiscalía al momento de recolectar los EMP obtuvo un CD contentivo con siete (7) fotografías los cuales fueron aportados por la víctima y que posteriormente debieron ser sometidos a control posterior ante juez de control de Garantías y en atención entonces a la sentencia rad. 59.666 que indica para resolver exclusión de las evidencias las partes y el juez deben tener suficiente claridad sobre los siguiente: 1) las pruebas sobre las cuales recae el debate, tanto las que tienen relación directa sobre las que tienen derechos y garantías como las derivadas de las mismas. 2) cuál es el derecho o garantía que se refuta violada. 3) cuando el derecho la garantía tenga varias facetas debe solicitarse al debate. 4) en qué consistió la violación. 5) debe establecerse el nexo de causalidad.

Entonces, para efectos de claridad tal como lo exige esta jurisprudencia me referiré a cada uno de los puntos.

Entonces las pruebas sobre las cuales recae el debate que tengan relación directa sobre la violación de los derechos o garantías. Entonces tenemos que recolectar un CD y cuyo paso en atención al Art. 230 numeral 1° inciso final.

Estos elementos recaudados debieron ser sometidos al de control posterior en el lapso que establece la Ley y esto tiene relación directa con el principio de legalidad y con el debido proceso.

Entonces, al incumplir con esa obligación, porque lo indica el artículo *“En todo caso la Fiscalía deberá”* se afectó entonces el debido proceso y en relación a las comunicaciones y al debido proceso de JUAN CARLOS BAENA RIVERA.

Téngase en cuenta que aquí lo que se discute, el quid de la discusión no era que debía contar la Fiscalía con autorización del procesado.

No, debía era contar con la reserva judicial con el aval del juez de control de garantías en punto a la ausencia de orden escrita al momento de recibir dicha información, porque tampoco dentro del proceso probatorio que se podrá evidenciar en las páginas finales del escrito de acusación se observa donde se descubra dicha orden al investigador de la Policía Judicial.

Y, si bien, esto no es prueba, porque aquí no se está discutiendo que la orden a Policía Judicial sea prueba, esto si permitiría inferir la acreditación y el cumplimiento irrestricto de la normativa con carácter sustancial establecida tal como lo he indicado desde el principio del recurso en el inciso final del numeral 1° del Art. 230 de la Ley 906.

Entonces, para ser más claro la faceta procesal o la faceta procedimental que trasgredió el punto a la ilegalidad quiere que cuando se recaudó no se sometió. Muy sencillo, la señora juez sin ser necesario hizo una, rememoró los HJR en el escrito de acusación y específicamente ella leyó que sobre las dos (2) denuncias, sobre las denuncias anteriores los dos (2) patrulleros participaron en dos (2) oportunidades.

Siendo entonces así, nexo de causalidad que podemos desentrañar de tal circunstancias es que si se hubiese sometido a control posterior y la Fiscalía hubiese en el respeto del debido proceso tenido claridad respecto del medio de prueba y tema de prueba, sería evidente que ante la celebración de preacuerdo por parte de RENE VALENCIA era innecesario la solicitud probatoria de dicho elemento; y, que además, pese a que ya no era necesario desde un principio había desconocido las prerrogativas que establece la Ley 906 en el Art. 23 y en el Art. 29 constitucional. Y, téngase entonces señoría tal como lo indicó la Corte en la sentencia con radicación 59233 la ilegalidad de la prueba en su producción, práctica y aducción deviene por el incumplimiento de los requisitos legales esenciales y el debido proceso probatorio.

Entonces, el mensaje es corto pero contundente señor juez de segunda instancia, **este elemento material probatorio adolece de control posterior, en razón a ello adolece de incumplimiento de los requisitos legales junto al debido proceso probatorio;** y, ello no significa entonces que deba ser decretado, pero además recuérdese que la exclusión cuando se solicita esta cumple diversos trámites y permítame por favor les voy a mostrar.

JUEZ: Gracias, vamos concretando señor defensor.

En gracia de discusión y en resumidas cuentas decantó la sentencia rad. 54341 que al momento de alegar la exclusión esta tiene diferentes ámbitos el primero ya es un llamado de atención a las autoridades de que no se puede omitir el debido proceso al momento de recolectar solicitar, practicar pruebas que adolecen del debido proceso.

Segundo, es el audio el cual la judicatura antes de convalidar y autenticar dicha situación lo que hace es (no se entiende) tendiente a irregularidades de ámbito sustancial no lleguen al proceso.

Tercero, se aplica como sanción a lo que he indicado anteriormente la afectación al debido proceso.

Es así entonces señor juez de segunda instancia se tiene como principio de causalidad se tiene una vez se conoce este CD, si este CD no se conociera estas fotografías, no se conociera o se hubiese recaudado de forma lícita, legal en respuesta del debido proceso probatorio, no se hubiese vinculado a JUAN CARLOS BAENA respecto de los hechos a los cuales se está imputando. Cómo así, si.

Es que estas y estos videos nada se habla respecto de los extremos fácticos por los cuales fue acusado JUAN CARLOS BAENA RIVERA y permitir que esa prueba entre a juicio lo que sería afectar su debido proceso probatorio y toda prueba que afecte el debido proceso y que incumpla las garantías procesales no debe ser descubierta, no debe ser solicitada, no debe ser practicada y no debe ser valorada.

Entonces tenemos circunstancias que revoque la decisión de la señora juez de primera instancia, incluso a que excluya de la practica probatoria el CD anteriormente referido (01:14:21)».

7. TRASLADO A LOS NO RECURRENTES

La delegada de la fiscalía, doctora LUZ ADRIANA LONDOÑO BONILLA, solicitó denegar el recurso de alzada, pues no se trató de ninguna exclusión, lo que hizo la judicatura fue decretar una prueba y contra dicha decisión no procede recurso alguno.

En el caso de que se acceda al recurso, insistió que el elemento material probatorio que se solicitó es una prueba documental, consistente en unas fotografías y un video **que grabó directamente la víctima**, actuación que no vulnera derecho fundamental alguno.

Las víctimas están legitimadas para recaudar EMP.

Dicho acto de investigación no está viciado de alguna ilegalidad.

El delegado del ministerio público, doctor JOSÉ ALEJANDRO BALAGUERA, solicitó la confirmación de la decisión, señalando que el abogado defensor confunde que elemento solicitado por la Fiscalía difiere de los documentos o información recaudados en base de datos. En este asunto, se trata de información recaudada por la propia víctima, no contenida en base de datos.

La *iudex aquo* remitió el recurso de alzada a la Corporación para su resolución.

8. ARGUMENTOS DE DECISIÓN DEL AD QUEM

La Sala dará respuesta a los argumentos del censor y de los no recurrentes.

9. ÓRDENES DE REGISTRO Y ALLANAMIENTO DE MORADA

La medida de **órdenes de registro y allanamiento de morada** está consagrada en los artículos 219 a 232 del C.P.P.

Tiene control de legalidad posterior dentro de las 24 horas siguientes (Art. 237 C.P.P., modificado por el Art. 68 Ley 1453 de 2011).

Es un control amplio e integral¹. Es en una sola audiencia y comprende desde la orden del fiscal en adelante (Art. 14, Art. 154 numeral 1°, y 237 C.P.P., modificados)².

Se verifica la legalidad del procedimiento y la proporcionalidad de la medida³.

El concepto de «*poner a disposición*» (Art. 154 numeral 1, C.P.P.) es en sentido jurídico y no material⁴.

Si la diligencia se realiza a través de medios de grabación, la filmación se entiende integrada al acta (Art. 227 C.P.P.)⁵.

El cómputo del término para la legalización debe hacerse a partir de la terminación de la diligencia⁶.

El canon 232 del C.P.P., expresa:

«Artículo 232. **Cláusula de exclusión en materia de registros y allanamientos.** La expedición de una orden de registro y allanamiento por parte del fiscal, que se encuentre viciada por carencia de alguno de los requisitos esenciales previstos en este código, generará la invalidez de la diligencia, por lo que los elementos materiales probatorios y evidencia física que dependan [~~directa y exclusivamente~~] del registro carecerán de valor, serán excluidos de la actuación [~~y sólo podrán ser utilizados para fines de impugnación~~]».

La expresión «*directa y exclusivamente*», fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-591 de 9 junio 2005.

La expresión «*sólo podrán ser utilizados para fines de impugnación*», fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-210 de 21 marzo 2007.

Cuando se dejan vencer los términos para la legalización, resultaba evidente que las pruebas adquiridas en dicho procedimiento serían objeto de exclusión en el juicio, pues se trataban de elementos materiales probatorios adquiridos de manera ilegal.

¹ Corte Constitucional, sentencia C-1092 de 2003.

² CSJ SP rad. 28.535 de 09-04-08.

³ CSJ SP rad. 36.562 de 13-07-12; CSJ AP 640-2014, rad. 43.092 de 19-02-14. Corte Constitucional, sentencias C-025 de 2009, C-334 de 2010.

⁴ CSJ SP rad. 28.535 de 09-04-08.

⁵ CSJ SP rad. 28.535 de 09-04-08.

⁶ CSJ SP rad. 28.535 de 09-04-08.

La consecuencia de realizar un registro o allanamiento por fuera del marco constitucional y legal es que los elementos materiales probatorios y evidencia física carecen de valor y deberán excluirse de la actuación conforme lo disponen los artículos 232, 237⁷ y 360 del C.P.P.⁸.

10. LA RECUPERACIÓN DE INFORMACIÓN POR OTROS MEDIOS TECNOLÓGICOS QUE PRODUZCAN EFECTOS EQUIVALENTES

La medida de **recuperación de información por otros medios tecnológicos que produzcan efectos equivalentes** (Art. 236 C.P.P.) tiene control de legalidad posterior dentro de las 24 horas siguientes (Art. 237 C.P.P., Art. 68 Ley 1453 de 2011).

El control es posterior dentro de las 24 horas siguientes a la recuperación del material informático⁹.

Se debe aclarar que el material informático de **computador y teléfono celular** no tiene la categoría de base de datos del Art. 244 inciso 2° del C.P.P., son **documentos digitales**¹⁰.

La información de celular no afecta el *habeas data*, pero sí requiere control posterior cuando es incautado por las autoridades en alguna actuación penal (Arts. 236 y 237 C.P.P.)¹¹.

Adicionalmente, se tiene: (i) la audiencia de control de legalidad posterior de los procedimientos de allanamiento y registro, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación de información dejada al navegar por Internet u otros medios similares, es una sola, (ii) el control comprende la revisión de la legalidad formal y material de la orden, y en general de la actuación cumplida, incluido el procedimiento adelantado y la recolección de elementos, y (iii) dado el alcance fijado por la Corte, respecto del artículo 237 de la Ley 906 de 2004, si el debido proceso obliga a la fiscalía a acudir ante el juez de control de garantías dentro de las 24 horas siguientes a la recepción del informe final de resultados del procedimiento investigativo ordenado, es claro que una vez ello ocurre, satisfechas las formalidades impuestas por la norma según lo demande el caso particular, **se tiene por cumplido el requisito legal**, independientemente de que la celebración de la diligencia se postergue por un término superior a ese lapso referido¹².

11. NO TODO SISTEMA DE INFORMACIÓN ES UNA BASE DE DATOS PERSONALES, POR TANTO, NO ESTÁ COBIJADO POR EL ÁMBITO DE PROTECCIÓN DEL DERECHO AL *HABEAS DATA*

⁷ Modificado por el artículo 68 de la Ley 1453 de 2011.

⁸ CSJ SP 052-2023, rad. 60.460 de 22 febrero 2023.

⁹ CSJ AP rad. 29.991 de 02-07-08; CSJ AP rad. 29.992 de 14-07-08; CSJ AP rad. 30.022 de 16-07-08; CSJ AP rad. 37.431 de 23-11-11; CSJ SP rad. 35.127 de 17-04-13.

¹⁰ CSJ AP rad. 29.991 de 02-07-08; CSJ AP rad. 30.022 de 16-07-08; CSJ AP rad. 37.431 de 23-11-11; CSJ SP rad. 35.127 de 17-04-13.

¹¹ CSJ SP rad. 35.127 de 17-04-13.

¹² CSJ SP rad. 28.535 de 09-04-08; CSJ AP rad. 56.358 de 29 abril 2020.

La base de datos es el conjunto organizado de datos personales que sea objeto de cualquier operación como recolección, almacenamiento, uso, circulación o supresión, conforme a los literales b y g del artículo 3º de la Ley Estatutaria 1581 de 2012, «*Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales*».

Una base de datos es «*entendida esta de manera general como una serie de datos relacionados y organizados entre sí, para un uso específico*»¹³. Por tal razón, la jurisprudencia tiene sentado que la búsqueda selectiva mencionada no es equiparable, por ejemplo, a la recuperación de información desde un teléfono móvil¹⁴.

La búsqueda selectiva en bases de datos reglada en el artículo 244 de la Ley 906 de 2004, constituye un medio específico para la obtención de evidencia física con fines probatorios insertada dentro del ámbito de operatividad del derecho al *habeas data*, que recae sobre sistemas de acopio de información administrados por entidades públicas o privadas sometidas a ciertos principios jurídicos para garantizar la armonía en el ejercicio de los derechos fundamentales de los actores (titulares, usuarios y administradores) del proceso de recopilación, procesamiento, almacenamiento, control y divulgación de datos personales¹⁵.

Explicó la Corte Constitucional en la sentencia C-336 de 2007 que las bases de dato, corresponden a «*sistemas de acopio de información efectuada en desarrollo de una actividad profesional o institucional de tratamiento de datos que se articulan en los llamados bancos de datos o centrales de información, que son administrados por instituciones o entidades públicas o privadas sometidas a ciertos principios jurídicos, con el fin de garantizar la armonía en el ejercicio de los derechos fundamentales de diversos actores (titulares, usuarios y administradores) que intervienen en el proceso de recopilación, procesamiento, almacenamiento, control y divulgación de datos personales*», categoría a la que no hace parte una cuenta personal de correo electrónico¹⁶.

Las bases de datos objeto de protección del *habeas data* son aquellas creadas en desarrollo de una actividad profesional o institucional de tratamiento de datos personales que realicen instituciones públicas o privadas autorizadas para dicho fin. Tales entidades actúan como operadoras de las bases de datos cuya recolección y tratamiento es producto de una actividad legítima articulada sobre el consentimiento libre, previo y expreso del titular del dato¹⁷.

A modo de ejemplo, las bases de datos creadas por las centrales de información para prevenir el riesgo financiero, las manejadas por EPS, clínicas, hospitales, las de las universidades para la prestación de servicios, etc.

«[Sin embargo], no pueden confundirse 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,**

¹³ CSJ AP, 23 noviembre 2011, rad. 37.431; CSJ AP 967-2016, rad. 46.569 de 24 febrero 2016.

¹⁴ CSJ AP 967-2016, rad. 46.569 de 24 febrero 2016.

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-336 del 9 de mayo de 2007; CSJ AP 350-2022, rad. 58.087 de 9 febrero 2022.

¹⁶ CSJ SP 9792-2015, rad. 42.307 de 19 julio 2015.

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-336 del 9 de mayo de 2007; CSJ AP 350-2022, rad. 58.087 de 9 febrero 2022.

constituyen documentos cuyo examen judicial sí se rige por las reglas que regulan las diligencias de inspección o registro de objetos o documentos»¹⁸.

La naturaleza de la fuente del recaudo probatorio determina el medio de acopio de la información y las reglas aplicables para su recolección. Así, tratándose de bases de datos, el medio apropiado es la búsqueda selectiva con control judicial previo por juez con función de control de garantías para asegurar la protección de derechos fundamentales. Otro tipo de sistemas de información que sean bases de datos personales que entren en la esfera de protección del derecho del *habeas data*, pueden ser recolectados a través de otros medios, como el registro, por ejemplo.

La jurisprudencia ha entendido el registro como:

«(...) un examen minucioso, completo, metódico y detallado de un lugar, cadáver, persona o cosa con el propósito de descubrir, identificar, recoger y embalar, los elementos materiales probatorios o evidencia física que tiendan a demostrar la existencia del hecho y a señalar la existencia del hecho y a señalar al autor o partícipes del mismo»¹⁹.

La Corte analizó el caso donde se efectuó un registro a los equipos de cómputo de la Rama Judicial que permitió la recuperación de imágenes forenses del sistema de reparto, para lo cual explicó que no se trata de una base de datos personales, sino de un sistema que guarda información relativa a demandantes, demandados, tipo de acción jurídica incoada y despacho judicial asignado, cuya finalidad es garantizar la transparencia e imparcialidad de la administración de justicia²⁰.

Se agregó por la Corporación Judicial que la información recolectada y la finalidad del sistema que la guarda escapa del ámbito de protección de la búsqueda selectiva de bases de datos y por tanto de los controles judiciales respectivos.

Se concluyó que el sistema de reparto de la Rama Judicial no tiene naturaleza de base de datos personales y en ese sentido, no está cobijada por el ámbito de protección de *habeas data*, cuya salvaguarda se materializa con la audiencia de control previo ante autoridad judicial. Por el contrario, el documento electrónico recaudado cumplió con la exigencia legal de *control posterior*²¹.

Igualmente, se precisa que la búsqueda selectiva en base de datos tampoco se puede confundir con los hallazgos que se obtienen con ocasión a «*una diligencia de allanamiento y registro sobre ciertos objetos como archivos, documentos digitales, videos, grabaciones, que constituyen típicas diligencias de registro y que, como tales, se rigen por el numeral 2 del artículo 250 de la Constitución y los artículos 219 a 238 de la Ley 906 de 2004*», ya que no corresponden a datos o información recolectada, almacenada y administrada institucionalmente bajo criterios de recopilación, procesamiento, acceso, control y forma de divulgación previamente establecidos²².

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia C-336 del 9 de mayo de 2007

¹⁹ CSJ AP, 23 noviembre 2011, rad. 37.431; CSJ AP 350-2022, rad. 58.087 de 9 febrero 2022.

²⁰ CSJ AP 350-2022, rad. 58.087 de 9 febrero 2022.

²¹ CSJ AP, 23 noviembre. 2011, rad. 37.431; CSJ AP 350-2022, rad. 58.087 de 9 febrero 2022.

²² Corte Constitucional, sentencia C-336 de 2007; CSJ SP 9792-2015, rad. 42.307 de 29 julio 2015.

Por lo tanto, un *e-mail* o correo electrónico personal no constituye una base de datos y la obtención de información de esta clase de correspondencia, tampoco comporta un hallazgo susceptible de ser calificado como resultado de la búsqueda selectiva en base de datos regulada por el artículo 244 del C.P.P.

La búsqueda en bases de datos no se puede equiparar a la recuperación y análisis de un documento electrónico²³. El material informático que pueda reposar en un **computador o un celular** no tiene *per sé* la categoría de base de datos a la cual hace referencia el inciso 2º del artículo 244 de la Ley 906 de 2004, sino la de documentos digitales, cuya recuperación y análisis debe ser objeto de **control posterior**, tal y como lo dispone el artículo 237 de la Ley 906 de 2004 (modificado por el artículo 16 de la Ley 1142 de 2007)²⁴.

El aparato celular de donde se extrae la información no es una base de datos y la información que de él se extrae tiene la naturaleza de *documento digital*, de allí que no sea de aquella susceptible de afectar la garantía al *habeas data*²⁵.

Ahora bien, la consulta de una base de datos pública no comporta el acceso a información confidencial, y si es pública es porque es necesaria para garantizar la transparencia de alguna actividad, por ejemplo, comercial o empresarial, y, por ello, no requiere de autorización previa ni de control posterior²⁶.

12. ACCESO A LAS COMUNICACIONES PRIVADAS Y DERECHO RENUNCIABLE A LA INTIMIDAD. LA ENTREGA VOLUNTARIA DE INFORMACIÓN

Expresa el artículo 15 de la Constitución Política:

«Artículo 15. Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.

La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Solo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.

Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas».

²³ CSJ AP rad. 30.022 de 16 julio 2008; CSJ AP rad. 30.744 de 18 noviembre 2008.

²⁴ CSJ AP, 23 noviembre. 2011, rad. 37.431; CSJ SP 17 abril 2013, rad. 35.127; CSJ AP 350-2022, rad. 58.087 de 9 febrero 2022.

²⁵ CSJ SP 17 abril 2013, rad. 35.127.

²⁶ CSJ AP 6562-2016, rad. 47.884 de 28 septiembre 2016.

Ante la protección constitucional de todas las formas de comunicación, el Estado puede acceder legítimamente al contenido de las mismas, básicamente de dos formas:

Uno: Por un *acto de liberalidad* de uno o varios de los partícipes en el acto comunicacional. El titular de los datos personales está legitimado para autorizar su circulación.

La Corte ha indicado que las reservas judicial y legal no se activan cuando el ciudadano, por un acto de liberalidad, decide renunciar a la expectativa razonable de intimidad que tiene frente a sus comunicaciones privadas y opta por entregar a las autoridades, por ejemplo, los dispositivos donde alguna información está almacenada, con la inequívoca intención de que se extraiga los datos relevantes para el esclarecimiento de los hechos objeto de investigación.

En la práctica judicial esos actos de liberalidad suelen ocurrir con frecuencia, especialmente cuando las personas renuncian a la *expectativa razonable de intimidad* que tienen frente a una determinada información con el fin de que el Estado la utilice para fines penales²⁷.

En esos eventos, no puede predicarse la ocurrencia de un acto de investigación como los regulados en los artículos 233, 235 y 236 de la Ley 906 de 2004.

En efecto, ese tipo de renuncias a la intimidad frente a las comunicaciones puede darse en contextos como los siguientes: (i) la víctima que entrega una carta, copia de un correo electrónico, un mensaje de texto guardado en su teléfono celular, etcétera, como soporte de su denuncia o como evidencia que puede resultarle útil a la fiscalía para el esclarecimiento de los hechos; (ii) cuando ese mismo tipo de información se encuentre en poder de un testigo, que decide entregarla voluntariamente para que la fiscalía (o la defensa) la utilice con fines judiciales; (iii) cuando el partícipe en la comunicación decide poner su contenido en conocimiento de la fiscalía o la defensa, así no la haya documentado, entre otros²⁸.

En los anteriores eventos, puede suceder que la víctima o el testigo plasmen en un documento físico lo que en principio tenía **forma digital** (como cuando imprimen los correos electrónicos o los chats), como también es factible que pongan a disposición de la fiscalía o la defensa los aparatos en que los mismos están contenidos (un teléfono celular, por ejemplo).

Bajo estas condiciones no puede predicarse la existencia de una interceptación de comunicaciones, según el sentido natural de las palabras, como tampoco podría hablarse de retenciones, ni de ninguna otra acción estatal orientada a obtener una determinada información, precisamente porque el acceso a la misma está determinado por un acto de liberalidad del titular del derecho y no de un procedimiento investigativo orientado a su afectación²⁹.

Cuando la víctima o un testigo decide grabar una conversación en la que ha participado y, luego, suministra esa información a las autoridades, no puede predicarse la existencia de una interceptación de comunicaciones, ni, en general,

²⁷ CSJ AP 5391-2017; CSJ AP 1809-2020, rad. 54.542 de 5 agosto 2020.

²⁸ CSJ AP 1465-2018, rad. 52.320 de 11 abril 2018.

²⁹ CSJ AP 1465-2018, rad. 52.320 de 11 abril 2018.

de uno de los actos de investigación orientados a irrumpir en la intimidad de los ciudadanos, que es precisamente lo que justifica la activación de las reservas judicial y legal, previstas en la Constitución Política y desarrolladas en la Ley 906 de 2004. Ello es así, porque carece de sentido atribuirle la acción de «*interceptar*» o «*retener*», a una de las personas que participó en la comunicación³⁰.

En otras situaciones inclusive contando con la autorización del titular, se puede presentar la exclusión de la prueba.

Ejemplo, en el caso de un clérigo que graba la confesión de un feligrés y, luego, le entrega la grabación a la fiscalía para que adelante la acción penal. En este caso sería legítimo el debate sobre exclusión, independientemente de la decisión que deba tomarse según las particularidades de cada caso³¹.

Dos: A través de un **acto de investigación** orientado a su interceptación, retención o recuperación.

Sobre la posibilidad de realizar actos de investigación que afecten el derecho a la intimidad frente a las comunicaciones, el artículo 250 de la Constitución Política dispone:

«En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la nación, deberá:

(...)

2. Adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptación de comunicaciones. En estos eventos el juez que ejerza las funciones de control de garantías efectuará el control posterior respectivo, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes».

Estas normas superiores fueron desarrolladas en la Ley 906 de 2004, en los artículos que regulan los actos de investigación que pueden afectar el derecho a la intimidad frente a las comunicaciones, a saber: (i) artículos 233 y 234, que regulan la retención y consecuente examen de la correspondencia; (ii) artículo 235, que trata de la interceptación de comunicaciones; y (iii) el artículo 236, que regula la «*recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de las redes de comunicaciones*»³².

Estos actos de investigación están sometidos a las reservas judicial y legal de que trata el artículo 15 de la Constitución, sin perjuicio del sentido y alcance del principio de proporcionalidad. La reserva judicial encuentra desarrollo en el artículo 250 de la Constitución Política y las normas de la Ley 906 de 2004 que consagran los controles previos y posteriores (según el caso) a que deben ser sometidos los actos de investigación que acarreen la afectación de derechos fundamentales³³.

13. ENTREGA VOLUNTARIA DE EVIDENCIA POR PARTE DE LA VÍCTIMA DEL DELITO

³⁰ CSJ AP 1465-2018, rad. 52.320 de 11 abril 2018. En el mismo sentido Tribunal Supremo Español, Sala de lo Penal, STS 2985/2016.

³¹ CSJ AP 1465-2018, rad. 52.320 de 11 abril 2018.

³² CSJ AP 1465-2018, rad. 52.320 de 11 abril 2018.

³³ CSJ AP 1465-2018, rad. 52.320 de 11 abril 2018.

Expresa el canon 455 del C.P.P.:

«Artículo 455. **Nulidad derivada de la prueba ilícita.** Para los efectos del artículo 23 se deben considerar, al respecto, los siguientes criterios: el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley».

Este artículo fue declarado exequible por el cargo analizado por la Corte Constitucional en la sentencia C-591 de 2005. Providencia confirmada por los cargos analizados en la sentencia C-1154 de 2005

El concepto de **LEY** debe entenderse como sinónimo de ordenamiento jurídico, como conjunto «*integrado y armónico de normas, estructurado para la realización de los valores y objetivos consagrados en la Constitución*»³⁴, y como lo entiende la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte cuando ha tratado el tema del elemento normativo del tipo penal de prevaricato³⁵.

En la SU-159 de 2002 (sentencia del escándalo del *miti-miti*) a modo de *obiter dicta* o recomendación interpretativa, se mencionan los criterios de acto voluntario libre (derecho estadounidense) y de la ponderación de intereses constitucionales (derecho alemán).

La Sala Penal de la Corte ha mencionado a modo de *obiter dicta*³⁶, los criterios de buena fe en la actuación policial, el acto voluntario libre³⁷, el error inocuo, la línea de investigación diferente, la ratificación por el afectado (confesión) y la validez de las pruebas anteriores a la ilícita³⁸, los cuales se apoyan en la teoría de la ponderación³⁹.

Existe un criterio de ponderación, como *ratio decidendi*, en las **grabaciones de la víctima del delito**.

Ha sido una constante en la jurisprudencia, incluso antes de la Ley 906 de 2004, que las grabaciones de audio o video (o audio video) que realiza la víctima de un delito no es una prueba que esté afectada de ilegalidad o ilicitud.

En el ejercicio de ponderación de derechos constitucionales tiene mayor peso el derecho de la víctima a conocer la verdad, que el derecho de intimidad del victimario⁴⁰.

Se ha entendido sobre el particular, por la jurisprudencia, lo siguiente:

Uno: La víctima está legitimada para preconstituir, mediante la grabación de sus comunicaciones, la prueba del delito de que es víctima⁴¹. No se puede confundir la

³⁴ Corte Constitucional, sentencia C-836 de 2001, sobre la interpretación del Art. 230 C. Pol. y la teoría del precedente judicial. Sanabria Villamizar, Ronald Jesús. *Prueba ilícita, regla de exclusión y criterios de admisibilidad probatoria*, ob. cit., pp. 204-206.

³⁵ Elemento «*manifiestamente contrario a la ley*». CSJ SP rad. 39.456 de 10 abril 2013.

³⁶ Sanabria Villamizar, Ronald Jesús. *Prueba ilícita, regla de exclusión y criterios de admisibilidad probatoria*, ob. cit., p. 208.

³⁷ CSJ SP rad. 18.451 de 8 julio 2004, CSJ SP, rad. 24.012 de 18 mayo 2006.

³⁸ CSJ SP 8473-2014, rad. 37.361 de 2 julio 2014.

³⁹ CSJ SP 10303-2014, rad. 43.691 de 5 agosto 2014.

⁴⁰ CSJ AP, 9 febrero 2006, rad. 19.219.

⁴¹ Corte Constitucional, sentencia T-003 de 1997.

grabación de una conversación telefónica por uno de los participantes en el diálogo, por ejemplo, la víctima, con una interceptación de comunicaciones. Esta última corresponde a un procedimiento en el que se restringe la garantía del secreto de las comunicaciones entre particulares para captar el contenido de las mismas, siendo un acto policial, previamente ordenado por la autoridad judicial en el que los investigadores son los que escuchan la conversación⁴².

Dos: La víctima no requiere autorización para grabar las conversaciones propias o realizadas con su aquiescencia, con el fin de preconstituir la prueba de la conducta punible⁴³. No se precisa de una orden previa de autoridad judicial competente para su recaudo porque cuando quien graba la conversación es quien interviene en ella, ninguna trasgresión se configura al derecho fundamental al secreto de la comunicación privada⁴⁴.

Su condición como víctima además le permite acopiar evidencia y, por no tratarse de una interceptación de comunicaciones, está relevada de contar con una **orden judicial previa y de agotar el control posterior** a que se refiere el artículo 237 del Código de Procedimiento Penal⁴⁵.

Tres: La víctima está legitimada para grabar su propia voz e, incluso, interceptar su línea telefónica, y los registros así obtenidos tienen vocación probatoria⁴⁶. La grabación de una comunicación por un participante en ella, consiste en dejar un registro de audio de una conversación propia, con el fin de utilizarlo como prueba contra el interlocutor o un tercero. Por tal motivo, la víctima de un delito puede aportar ese medio de convicción con vocación probatoria en el juicio, siempre que se cumplan los presupuestos de descubrimiento, solicitud y acreditación de dicho elemento⁴⁷.

Cuatro: Son legales las grabaciones magnetofónicas realizadas por el destinatario de la llamada o víctima de la conducta punible independientemente del lugar en que se realizaron⁴⁸.

Cinco: La víctima puede realizar las grabaciones con aparatos o equipos que para el efecto le suministre la policía judicial⁴⁹.

Seis: No hay lugar a control judicial posterior. Existen actos de investigación que por su naturaleza deben ejecutarse de manera inmediata y con total sigilo. Por ello, frente a algunos no se requiere la orden previa de un juez, pero sí la del fiscal, dirigida a la policía judicial, cuyo resultado, en todo caso, requiere el control posterior por parte de la autoridad judicial competente⁵⁰.

⁴² CSJ SP 757-2020, rad. 50.540 de 4 marzo 2020.

⁴³ CSJ AP, 9 febrero 2006, rad. 19.219; CSJ AP rad. 41.790 de 11 septiembre 2013.

⁴⁴ Corte constitucional, sentencia T-233 de 2007; CSJ SP, 15 agosto 2001; CSJ SP, 6 agosto 2003, rad. 21.216; CSJ SP 757-2020, rad. 50.540 de 4 marzo 2020.

⁴⁵ CSJ SP 757-2020, rad. 50.540 de 4 marzo 2020.

⁴⁶ CSJ AP, 22 marzo. 2000, rad. 10.656; CSJ, 21 noviembre 2002, rad. 13.148; CSJ SP 16740-2014, rad. 41.369 de 09-12-14 en SMI.

⁴⁷ CSJ SP 757-2020, rad. 50.540 de 4 marzo 2020.

⁴⁸ CSJ SP, 16 marzo 1988, rad. 1.634; CSJ SP, 21 noviembre 2002, rad. 13.148; CSJ SP, 6 agosto 2003, rad. 21.216; CSJ SP, 30 agosto 2008, rad. 22.938; CSJ SP, 10 junio 2009, rad. 29.267; CSJ SP, 25 agosto 2010, rad. 32.825; CSJ SP, 2 febrero 2011, rad. 26.347; CSJ SP, 12 mayo 2011, rad. 34.474; CSJ SP, 8 noviembre 2012, rad. 34.282; CSJ AP, 11 septiembre 2013, rad. 41.790, CSJ AP 1282-2014, rad. 41.741 de 17 marzo 2014; CSJ SP 757-2020, rad. 50.540 de 4 marzo 2020.

⁴⁹ CSJ AP 1507-2017, rad. 48.451 de 8 marzo 2017.

⁵⁰ Corte Constitucional, sentencias C-336 de 2007, C-509 de 2007; CSJ SP 757-2020, rad. 50.540 de 4 marzo 2020.

La autenticidad de la evidencia no se afecta porque no se haya realizado cotejo de voces, ya que por otros medios de convicción se puede robustecer la conclusión acerca de que el acusado es el autor de esa llamada, así: (i) al momento de su captura el teléfono que portaba le fue incautado; (ii) es el mismo número del que llamaban a la víctima; (iii) el procesado visitó en más de una oportunidad a la víctima, etc.⁵¹.

Finalmente, la Corte ha indicado que las *reserva judicial* y *legal* no se activan cuando el ciudadano, por un **acto de liberalidad**, decide renunciar a la expectativa razonable de intimidad que tiene frente a sus comunicaciones privadas y opta por entregar a las autoridades los dispositivos donde alguna información está almacenada, con la inequívoca intención de que se extraiga la información relevante para el esclarecimiento de los hechos objeto de investigación⁵².

14. SOBRE LA CADENA DE CUSTODIA

Se insistió en la pretensión que la prueba deviene ilegal pues no se demostró la cadena de custodia.

La autenticidad implica el acatamiento de los procedimientos normativos concernientes a la protección y conservación de la prueba y su incumplimiento afecta su aptitud demostrativa pero no su ilegalidad⁵³.

Cuando no se aplica la cadena de custodia no se está afectando el debido proceso, sino que **se reduce el mérito probatorio** específico del elemento material, el cual podrá acreditarse a través de otros mecanismos.

Así mismo, en caso de **ruptura de la cadena de custodia**, el funcionario judicial le debe otorgar un mérito menguado al material probatorio recaudado, pero jamás su declaratoria de ilegalidad o ilicitud con fundamento en la regla de exclusión (*exclusionary rule*)⁵⁴.

De igual modo, tampoco se vulnera el principio de justicia consagrado en el Preámbulo de la Constitución, puesto que, por el contrario, permite que en casos en los cuales no se haya podido aplicar la cadena de custodia puedan utilizarse otros métodos para poder llegar a la verdad y garantizar el derecho a la justicia⁵⁵.

La autenticación no es otra cosa que demostrar que una cosa es lo que la parte propone⁵⁶. Autenticar una evidencia física es demostrar los factores que la hacen pertinente en los términos del Art. 375 del C.P.P. La autenticación de evidencias físicas tiene un claro contenido factual, por lo que es un tema referido a la

⁵¹ CSJ SP 757-2020, rad. 50.540 de 4 marzo 2020.

⁵² CSJ AP 5391-2017; CSJ AP 1809-2020, rad. 54.542 de 5 agosto 2020.

⁵³ Corte Constitucional, sentencia C-496 de 5 agosto 2015; CSJ AP 5429-2019, rad. 49.996 de 12 diciembre 2019.

⁵⁴ Corte Constitucional, sentencia C-496 de 5 agosto 2015; CSJ AP 5429-2019, rad. 49.996 de 12 diciembre 2019.

⁵⁵ Corte Constitucional, sentencia C-496 de 5 agosto 2015; CSJ AP 5429-2019, rad. 49.996 de 12 diciembre 2019.

⁵⁶ CSJ AP 5885-2016, rad. 46.153 de 30 septiembre 2015; CSJ SP 12229-2016, rad. 43.916 de 31 agosto 2016.

demostración de que la evidencia, elemento, objeto o documento es lo que la parte que lo aporta dice que es⁵⁷.

15. CONCLUSIÓN

La víctima del delito hizo grabaciones de los hechos concusionarios, para lo cual no requería orden del fiscal, tampoco se requería control judicial posterior a esa actuación del particular víctima, pues así ha sido decantado por la jurisprudencia, adicionalmente, fue un acto de liberalidad para el esclarecimiento de los hechos delictivos.

Se insiste en aclarar que el material informático de un **teléfono celular** no tiene la categoría de base de datos del Art. 244 inciso 2° del C.P.P., son **documentos digitales**⁵⁸. La información de celular no afecta el *habeas data*, pero sí requiere control posterior cuando es incautado por las autoridades en alguna actuación penal (Arts. 236 y 237 C.P.P.)⁵⁹, que no es el caso. En el *sub lite*, fue la propia víctima quien hizo las grabaciones y quien voluntariamente, en un acto de liberalidad, las entregó a las autoridades para fines expresamente de persecución penal, como así en efecto se ha hecho.

Por lo indicado se ha de confirmar la decisión objeto de censura.

16. DECISIÓN

LA SALA DE DECISIÓN PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, (i) CONFIRMA en su integridad el auto objeto de censura, por las razones expuestas; **(ii) ejecutoriado** este auto se remitirá en forma inmediata a la primera instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NELSON SARAY BOTERO
Magistrado

⁵⁷ CSJ SP, 21 febrero 2007, rad. 25.920; CSJ AP, 3 septiembre 2014, rad. 41.908; CSJ AP, 30 septiembre 2015, rad. 46.153; CSJ SP 12229-2016, 31 agosto 2016, rad. 43.916; CSJ SP 160-2017, rad. 44.741 de 18 enero 2017.

⁵⁸ CSJ AP rad. 29.991 de 02-07-08; CSJ AP rad. 30.022 de 16-07-08; CSJ AP rad. 37.431 de 23-11-11; CSJ SP rad. 35.127 de 17-04-13.

⁵⁹ CSJ SP rad. 35.127 de 17-04-13.

FICHA DE REGISTRO	
Radicación	05 001 60 00 206 2020 10255
Acusados	Fredy René Lázaro Palencia (Ya condenado en virtud de preacuerdo) Juan Carlos Baena Rivera
Delitos en concurso (Art. 31 del C.P.)	Concusión (Art. 404 del CP) Mes de abril de 2020 2 de julio de 2020
Hechos	Abril y 2 de julio de 2020
Juzgado <i>a quo</i>	Veinticuatro (24) Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín, Antioquia.
Asunto	Se resuelve recurso de apelación en petición de exclusión por ilicitud de prueba documental



HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA
Magistrado

-EN PERMISO PRESIDENCIAL-
SANTIAGO APRÁEZ VILLOTA
Magistrado