



TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA DE DECISIÓN PENAL

Radicado: 050016000206202150162
Procesado: John Fernando Hernández Londoño
Decisión: Confirma
Magistrado sustanciador: Juan Carlos Acevedo Velásquez.

Aprobado acta No. 192

Medellín, veintinueve (29) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

1. ASUNTO

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el defensor de Jhon Fernando Hernández Londoño, en contra del auto emitido el 22 de marzo del presente año por el Juzgado 3º Penal del Circuito de Bello, a través del cual decretó para ser practicada como prueba en audiencia de juicio oral, el informe de investigador de laboratorio FPJ-13 fechado 31 de octubre de 2021 y en consecuencia el informe de extracción Apple iPhone UFDE-LOCAL-GENERY y el dictamen del perito Héctor Alfredo Rosero Mosquera, prueba frente a la cual la defensa solicitó exclusión por considerar que para la extracción de dicha información se debió realizar previa autorización de Juez con

Funciones de Control de Garantías control posterior una vez recaudada dicha información.

Contra la anterior determinación, la defensa interpuso recurso de apelación, por lo que la Sala se apresta a desatar la alzada.

2. ANTECEDENTES

2.1 HECHOS

La Fiscalía General de la Nación acusó a Jhon Fernando Hernández Londoño, por hechos ocurridos entre los meses de abril y julio del año 2021, en los cuales presuntamente Jhon Fernando Hernández Londoño realizó en diversas ocasiones tocamientos eróticos sexuales a la adolescente P.M.A. quien para la ocurrencia de los hechos contaba con 13 años de edad.

Según lo narrado por el ente Fiscal en el escrito de acusación Hernández Londoño se aprovechó de la confianza que tenía con la adolescente por ser su vecina y prima de su compañera sentimental para manifestarle que le gustaba y convencerla al intercambio de fotos y videos de contenido íntimo.

3. ACTUACIÓN PROCESAL

Agotados los actos de investigación, la Fiscalía solicitó al Juzgado 2º Penal Municipal de Bello expediera orden de captura en contra de Jhon

Fernando Hernández Londoño la cual se materializa el 31 de mayo de 2022, siendo presentado ante el Juzgado 1º Penal Municipal con Función de Control de Garantías del mismo municipio el cual declaró legal el procedimiento de captura, por lo que el ente investigador procedió a imputarle a título de autor el delito de actos sexuales con menor de 14 años previsto en el artículo 209 del Código Penal que trae una pena de prisión que oscila entre 9 a 13 años, agravado por el artículo 211 numeral 5º por ser la víctima vecina y prima de su compañera sentimental, este a su vez en concurso homogéneo y sucesivo con aproximadamente 15 eventos de conformidad con el artículo 31 de C.P.

La Fiscalía General de la Nación radicó escrito de acusación en los anteriores términos en contra del procesado; la correspondiente audiencia se celebró el 13 de septiembre de 2022 ante el Juzgado 3º Penal del Circuito de Bello.

Posteriormente, el mismo juzgado convocó a audiencia preparatoria, la cual se celebró el 22 de marzo del presente año, durante el desarrollo de la misma el abogado defensor solicitó la exclusión del informe de investigador de laboratorio FPJ -13 del 31 de octubre de 2021 y en consecuencia el informe de extracción Apple iPhone UFDE-LOCAL-GENERY y del perito Héctor Alfredo Rosero Mosquera, por cuanto en su sentir existe una afectación al derecho constitucional a la intimidad, al debido proceso y la reserva legal, toda vez que se omitió el control de legalidad posterior a la extracción del celular conforme lo establece el artículo 230 de la Ley 906 numeral 1º inciso final.

Advirtió que, conforme al artículo 244 inciso 2º del C.P.P. cuando se requiere adelantar una búsqueda selectiva en base de datos que implique el acceso a información confidencial referida al indiciado o imputado o inclusive, a la obtención de datos derivado del análisis cruzado de las mismas, deberá mediar autorización previa del Fiscal que dirija la investigación, e igualmente, el artículo 246 indica que las actividades que adelante la Policía Judicial, en desarrollo de la investigación y que impliquen afectación de derechos y garantías fundamentales, únicamente se podrán realizar con autorización previa proferida por el Juez de Control de Garantías a petición del Fiscal correspondiente.

En igual sentido, trae a colación la sentencia radicado 50.637 de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en la cual viene de señalar que la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes no puede dar lugar a la eliminación de los derechos del procesado puesto que estos también están consagrados en diversos tratados internacionales suscritos por Colombia. En su sentir, cuando se omitió someter los elementos obtenidos al control previo y posterior de que trata el artículo 230 numeral 1º inciso final, viola el derecho a la intimidad tanto del procesado como de la misma víctima.

De la misma manera, conforme lo establece el artículo 237 dentro de las 24 horas siguientes el informe de Policía Judicial deberá ser sometido a audiencia de revisión de legalidad sobre lo actuado. No obstante, se entregó el teléfono el 28 de octubre 2021 y solamente pasadas 72 horas; esto es el 31 de octubre de 2021 se hizo la extracción la cual no fue sometida a control posterior.

Agregó que, con relación al artículo 455 del C.P.P. en cuanto a las excepciones no es posible afirmar que operó el vínculo atenuado por cuanto no hay otro elemento material probatorio solicitado por la Fiscalía que atenúe la afectación de ese daño. En cuanto a la fuente independiente el hecho generador de la vulneración a la garantía debe ser aislado al nuevo acto investigativo por parte del ente Fiscal lo cual no operó en el caso concreto. Y en cuanto al descubrimiento inevitable afirma que sin la entrega del teléfono y las fotografías no es posible que se avizore que dentro del espectro de información ya iban a dar con esta investigación.

Concluyó manifestando que extraer información relativa al procesado invadiendo la intimidad personal del teléfono de la víctima sin ponerlo en consideración de control posterior ante Juez de Control de Garantías es un acto ilícito que deviene del incumplimiento del artículo 230 numeral 1º inciso final, artículos 237, 244 y 246 del C.P.P. y el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia.

4. LA DECISIÓN RECURRIDA

Luego de escuchar los argumentos de la defensa, la Juez 3ª Penal del Circuito de Bello no accede a la solicitud de exclusión al considerar que si bien el artículo 236 del C.P.P. señala que la recuperación de información producto de información transmitida de datos a través de redes de comunicación debe cumplir con los requisitos establecidos para la diligencia de registro y allanamiento, opera de manera

diferente cuando el representante legal de la víctima ofrece el celular que la menor le dio y la información que en el se encuentra.

De otro lado, consideró que si Jhon Fernando remitió unas fotografías o una información a través del teléfono celular él mismo incurrió en la posibilidad de que la misma pasara a terceros y por tanto, no se está violando ningún derecho. Además, conforme lo dice jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia es lo mismo que ocurre cuando la víctima graba las llamadas o comunicaciones que le hace el victimario y las presenta; estas no tienen que ir a control posterior y lo mismo pasa en el presente concreto.

5. APELACIÓN

El defensor considera equivocada la decisión sobre la cláusula de exclusión, porque (i) la juez de primera instancia incurre en error de hecho con la decisión por cuanto hay una violación directa a la norma sustancial respecto al debido proceso y el derecho a la intimidad del procesado; (ii) hay una carente e indebida motivación, por cuanto se solicitó que se excluyera en atención a que no se cumplieron unos requisitos que a su vez son deberes imperativos en relación a la extracción y pese a que la Juez refirió el artículo 236 de la Ley 906 de 2004 en cuanto a la recuperación de información producto de la transmisión de datos no abordó el núcleo sustancial de la solicitud al no sustentar por qué no era aplicable y por qué no se puede valorar en punto de fuente independiente, vinculo atenuado o descubrimiento independiente; (iii) resulta menester reconocer como lo trae la sentencia SP-4879 de 2021 radicado 51.341 que la cláusula

de exclusión no se depreca respecto del actuar de los señores Fabio Marín o Elizabeth Agudelo quienes entregaron el teléfono, sino que se solicita respecto del deber del funcionario investigador de someter los elementos por parte de la extracción a control posterior y por parte de información confidencial control previo y control posterior; (iv) la judicatura no puede avalar la irrupción arbitraria de derechos fundamentales sin que haya consecuencias, toda vez que es evidente el incumplimiento de una norma procesal de ámbito sustancial como lo es el deber de someter a control posterior y a control previo y, por tanto no se puede tener como prueba un elemento que adolece de garantías a la intimidad y al debido proceso como quiera que, una prueba ilícita no puede ser recaudada, descubierta, solicitada, decretada ni valorada.

Como no recurrente, la Fiscalía solicitó que se confirme la decisión impugnada, por cuanto el abogado incurre en un yerro toda vez que la información que se obtuvo por parte del perito Rosero de la Fiscalía es del teléfono celular propiedad de la víctima la cual se lo entregó a su padre. Sostuvo que, el procesado no es el llamado a reclamar el derecho a la intimidad cuando los padres tienen derecho a revisar los medios de almacenamiento de sus hijos y sus redes sociales; la Corte en comunicado del 4 de Agosto de 2015 indicó que, en ejercicio de la patria potestad los padres se encuentran constitucional y legalmente autorizados para asistir, orientar y controlar las comunicaciones en plataformas tecnológicas de sus hijos menores de edad en virtud de la finalidad de protección y garantía de los derechos fundamentales de las niñas, niños y adolescentes lo cual sucedió con los elementos extraídos para los cuales no se requería audiencia de control previo o posterior porque esto es necesario cuando hay injerencia del derecho a la intimidad del procesado, y no de la postulada como víctima.

Además, el procesado al enviar videos y fotos obscenas es el quien cede su derecho a la intimidad en vista de que, así como lo que recibe la víctima puede propagarlo a quien quiera. Por tanto, no opera la cláusula de exclusión del artículo 46 del Código de Procedimiento Penal.

Por su parte, el representante de víctimas coadyuva la petición que hace la Fiscalía de confirmar la decisión de la *a quo* como quiera que, es el mismo procesado quien se expone a la publicación de la información cuando hace la transmisión personal y privada.

SE CONSIDERA

En atención a la legitimidad e interés que asiste a la defensa para apelar el auto que no accede a la solicitud de exclusión de la prueba decretada por la Juez 3º Penal del Circuito de Bello, la Sala, siendo competente para ello, procederá a examinar la juridicidad y acierto de la decisión adoptada.

El Tribunal es competente para conocer de la decisión adoptada por la juez, de conformidad con los artículos 34-1 y 177-4 de la Ley 906 de 2004, la cual es objeto de debate.

La Sala se ocupará como primer punto de establecer si conforme a lo solicitado por la defensa, debe excluirse por ilícita la prueba relacionada con extracción de la información del celular Apple iPhone

UFDE-LOCAL-GENERY, el cual pertenece al señor padre de la presunta víctima.

En este punto, la Sala tiene que convenir con los argumentos de la Juez, el delegado de la Fiscalía y la apoderada de la víctima, por lo que dará respuesta puntual a los argumentos del censor.

Para el estudio y decisión de la censura propuesta la Sala abordará los siguientes temas: i) la audiencia preparatoria; ii) la cláusula de exclusión probatoria; iii) el derecho a la intimidad de los niños, niñas y adolescentes en adelante (NNA), para efectos de la sentencia; iv) concepto de recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de redes de comunicaciones; vi) Las redes sociales y vii) el caso en concreto.

i) AUDIENCIA PREPARATORIA.

El debate que se somete a estudio de la Sala, se desarrolla en el escenario judicial de la audiencia preparatoria en el cual uno de sus ejes centrales gira en torno a los temas de conducencia, pertinencia y utilidad, que de no acreditarse conlleva su inadmisión según se prevé en el artículo 359 de la Ley 906 de 2004, pero que también pueden dirigirse hacia otros tópicos como ocurre cuando los EMP y EF no fueron descubiertos, en cuyo caso procede su rechazo al tenor del artículo 346 de la misma ley o también cuando se hace referencia, como en el caso en estudio, a su ilicitud o ilegalidad para lo cual procede la exclusión según se señala en los artículos 23 y 360 ibidem.

ii) **CLAUSULA DE EXCLUSIÓN PROBATORIA**

La cláusula de exclusión tiene su origen en el artículo 29 de la Constitución que dispone que “es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”. Por su parte la Ley 906 de 2004, regula el tema como ya se anotó, a través de los artículos 23 y 360. En el primero de ellos, estipula: Cláusula De Exclusión. Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal. Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia. Y en el segundo, indica: PRUEBA ILEGAL. El juez excluirá la práctica o aducción de medios de prueba ilegales, incluyendo los que se han practicado, aducido o conseguido con violación de los requisitos formales previstos en este código, que es lo que ataca el defensor en su recurso de apelación.

La prueba ilegal que extiende sus alcances hacia los “actos de investigación” y “actos probatorios” propiamente dichos, es aquella que se ha obtenido o practicado al margen del procedimiento fijado en la ley, cuya obtención ha infringido la legalidad ordinaria.

Sobre la distinción entre prueba ilícita y prueba ilegal y su repercusión en el proceso, la Sala de Casación Penal, ha precisado lo siguiente:

Respecto de ambas especies de prueba opera la cláusula de exclusión, y la jurisprudencia se ha encargado de matizar el respectivo efecto, puesto que si se trata de prueba ilegal el funcionario debe sopesar si el requisito legal pretermitido es

esencial y verificar su trascendencia con el fin de determinar su exclusión, ya que si la irregularidad no tiene ese carácter el medio probatorio puede continuar obrando dentro del proceso.

Por el contrario, tratándose de pruebas ilícitas siempre opera la cláusula de exclusión probatoria, excepto en unos precisos casos en los que la nulidad se extiende a toda la actuación, lo cual ocurre cuando la prueba es obtenida mediante tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial, imputable a agentes del Estado.

No obstante, la Ley 906 de 2000, artículo 455, prevé criterios que permiten morigerar la cláusula de exclusión y atenuar los efectos del artículo 23 de la misma obra, como son el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley.

Desde una interpretación constitucional, en orden a la visión y concepción de la casación penal como un control de constitucionalidad y legalidad de las sentencias proferidas en segunda instancia, se debe considerar que tanto en los eventos de ilicitud como de ilegalidad probatoria, lo que se produce normativamente son efectos idénticos de exclusión dadas las inexistencias jurídicas, por tratarse en esos eventos de medios de convicción que constitucionalmente se predicen "nulos de pleno derecho", inexistencia que se transmite a las evidencias o elementos materiales probatorio que dependan o sean consecuencia de aquellos o a los que sólo puedan explicarse en razón de la existencia de las excluidas. La expresión "nulas de pleno derecho" en manera alguna puede asimilarse a la nulidad procesal, sino a la inexistencia jurídica del medio de convicción, que no implica retrotraer el proceso a etapas anteriores, sino a ignorar, a tener por inexistente, el elemento de juicio obtenido en forma ilegal o ilícita, según se configure cualquiera de las situaciones antes reseñadas.

Sin embargo, la doctrina constitucional, en sentencia C 591 de 2005, reguló las situaciones en las que ante casos de prueba ilícita, la sanción no era la mera exclusión del medio de convicción así logrado, sino que sus efectos se extendían a la legalidad y constitucionalidad del proceso, debiéndose optar por la declaratoria de nulidad, como por ejemplo cuando el medio de convicción es obtenido a través de la comisión de un delito de lesa humanidad (tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial), postura jurisprudencial se ha reiterado en varios pronunciamientos, entre otros en la Sentencia Penal de 29 de julio de 2015, radicado No. 42307, para concretar estos tres eventos específicos: i) Lo concerniente a la prueba ilícita obtenida con vulneración de los derechos fundamentales ii) Lo referente a la prueba ilegal, la cual se genera cuando se incumplen los requisitos “esenciales” establecidos por la Ley y iii) Lo correspondiente a la otra modalidad de prueba ilícita, cuando sea producto de un delito de lesa humanidad como la tortura, desaparición forzada o ejecuciones extrajudiciales. En este último punto agregó la Corte que los efectos de la ilicitud van más allá de la exclusión del elemento de convicción, hasta menguar la validez procesal, pues la práctica de la prueba afectaría el proceso, y atraería consigo la nulidad de todo lo actuado.

iii) DERECHO A LA INTIMIDAD EN MENORES DE EDAD

El derecho a la intimidad se reconoce como derecho fundamental en el artículo 15 de la Constitución Política, desde los ámbitos personal y familiar, así como el buen nombre, frente a los cuales se impone al Estado el deber de respetarlos y hacerlos respetar. Su desarrollo jurisprudencial sin embargo ha fijado la subregla a través de la cual

se explica que no es un derecho absoluto, ya que pesan sobre su disfrute limitaciones, tal como se explica por la Corte Constitucional entre otras en las sentencias C-692 de 2003 y C-336 de 2007, y que puede ser afectado judicialmente en busca de los ideales supremos de verdad, justicia y reparación. Por su parte la CSJ, en el fallo radicado No. 42307 de 2015 - explica lo siguiente: *"En síntesis, el núcleo esencial del derecho a la intimidad está definido por un espacio inmaterial protegido de intromisiones, que supone la existencia y disfrute de un ámbito reservado para cada persona y su familia, exenta del poder de intervención del Estado o de los demás, que permita un completo desarrollo de la vida personal, sin que su ejercicio sea absoluto, pues puede afectarse en los eventos establecidos en la ley y por la autorización de su titular"*.

Los diferentes instrumentos jurídico-legales en el plano internacional, en su conjunto reconocen el derecho a la intimidad de los niños, niñas y adolescentes, como parte esencial de su desarrollo y formación, el respeto del Estado, la sociedad y la familia, así como el establecimiento de medidas de protección, todo en el marco de la prevalencia de su interés superior. Estos instrumentos, parten del reconocimiento del derecho a la intimidad en general para todo ser humano, para luego dirigirse de manera específica hacia los menores de edad, tal como se puede evidenciar desde la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, la Declaración de los derechos del niño de 1959, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales la Convención Americana sobre los derechos humanos de 1969 y su protocolo adicional de 1988, así como la Convención sobre los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1989. Sistema jurídico, del que nos permitimos resaltar el Artículo

16.1 de la última Convención señalada, en el que se reitera el derecho de los niños a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, ni de ataques a su honra y a su reputación.

A nivel interno y en desarrollo de la orientación del sistema de normas internacional, se expidió el Código de Infancia y Adolescencia (ley 1098 de 2006) el cual tiene como *finalidad "garantizar a los niños, a las niñas y a los adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Prevalecerá el reconocimiento a la igualdad y la dignidad humana, sin discriminación alguna."* Bajo lo anteriormente enunciado el artículo 33 de la ley citada, reza: DERECHO A LA INTIMIDAD. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a la intimidad personal, mediante la protección contra toda injerencia arbitraria o ilegal en su vida privada, la de su familia, domicilio y correspondencia.

Así mismo, serán protegidos contra toda conducta, acción o circunstancia que afecte su dignidad. En ese entendido el artículo antepuesto hace entrever la protección que brinda la ley a los menores de edad frente al derecho a la intimidad personal. De igual manera, el artículo 44 de la Constitución también se encarga del amparo de los menores de edad al estipular sus derechos como fundamentales, estableciendo un listado de los mismos, y reconociendo que también son titulares de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia; a la vez que impone que *"La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el*

ejercicio pleno de sus derechos” y que “Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores”, para finalmente estipular que sus derechos prevalecen sobre los derechos de los demás.

Sin embargo, pese a esa superioridad reconocida constitucionalmente, el derecho fundamental a la intimidad de los menores de edad como en otros casos, no es absoluto, pues estas garantías pueden ser afectadas judicialmente en los eventos autorizados por la Ley. Pero ¿qué ocurre cuando no media una orden judicial, sino que está de por medio la intromisión de los padres? En ese caso, es de vital importancia acudir a la facultad que otorga la ley a los padres de hijos menores, o “patria potestad” que les permite velar por sus derechos, como, el cuidado, alimentación y educación de los hijos, cuyas características las resalta la Corte Constitucional, cuando enuncia: *“Es obligatoria e irrenunciable pues los padres tienen la patria potestad, salvo que la ley los prive de ella o los excluya de su ejercicio. Es personal e intransmisible porque son los padres quienes deberán ejercerla a no ser que la misma ley los excluya de su ejercicio. Es indisponible, porque el ejercicio de la patria potestad no puede ser atribuido, modificado, regulado ni extinguido por la propia voluntad privada sino en los casos en que la misma ley lo permita. Constituye una labor gratuita, porque es un deber de los padres. La patria potestad debe ser ejercida personalmente por el padre o por la madre”*. En esa misma línea, la Ley 1098 de 2006 plasma en su artículo 14, “La responsabilidad parental” como un complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil que la impone como una obligación inherente a la orientación,

cuidado, acompañamiento y crianza de los menores durante su proceso de formación.

Acorde con la legislación, resulta fundamental el aval otorgado por parte de la CSJ a los padres para que en cumplimiento de los deberes y obligaciones de protección y cuidado de sus hijos menores de edad, puedan realizar actos que conlleven a irrumpir en su intimidad cuando se encuentren en peligro y con la finalidad de obtener evidencia física o elementos materiales probatorios indispensables para la acreditación de la ocurrencia de un delito o la responsabilidad del autor o participe en su comisión, como así se explica en la multicitada sentencia SP 9792-2015, radicación No. 42307 de 2015. Bajo estas posturas, la Sala manifiesta que si bien los menores gozan de una especial protección tanto en el ambiente internacional como nacional, derivada de su estado indefensión, debilidad, vulnerabilidad y la necesidad de ofrecerles un desarrollo armónico e integral, sería contradictorio afirmar que las actividades de seguimiento, protección y orientación que implementan los padres respecto de sus hijos en la intimidad de sus hogares, se tildaran de "ilegales e ilícitas" cuando no se cuenta con la aprobación de una autoridad judicial.

iv) CONCEPTO DE RECUPERACIÓN DE INFORMACIÓN PRODUCTO DE LA TRANSMISIÓN DE DATOS A TRAVÉS DE REDES DE COMUNICACIONES

El artículo 236 de la Ley 906 de 2004 regula este tema indicando que:

"ARTÍCULO 236. RECUPERACIÓN DE INFORMACIÓN PRODUCTO DE LA TRANSMISIÓN DE DATOS A TRAVÉS DE LAS REDES DE COMUNICACIONES. Cuando el fiscal tenga motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que el indiciado o imputado está transmitiendo o manipulando datos a través de las redes de telecomunicaciones, ordenará a policía judicial la retención, aprehensión o recuperación de dicha información, equipos terminales, dispositivos o servidores que pueda haber utilizado cualquier medio de almacenamiento físico o virtual, análogo o digital, para que expertos en informática forense, descubran, recojan, analicen y custodien la información que recuperen; lo anterior con el fin de obtener elementos materiales probatorios y evidencia física o realizar la captura del indiciado, imputado o condenado.

En estos casos serán aplicables analógicamente, según la naturaleza de este acto, los criterios establecidos para los registros y allanamientos.

La aprehensión de que trata este artículo se limitará exclusivamente al tiempo necesario para la captura de la información en él contenida. Inmediatamente se devolverán los equipos incautados, de ser el caso. (..)"

Como bien se observa de la lectura del artículo precedente, allí se hace alusión a recolección de información producida o transmitida por medio de redes de telecomunicaciones, o que se encuentre en equipos de cómputo, terminales o cualquier otro dispositivo que se haya utilizado para ello y en el cual se encuentre almacenada física o virtualmente dicha información, lo que sucede por ejemplo cuando se realizan diligencias de registro y allanamiento, o capturas, y se incautan celulares o equipos de cómputo de las personas investigadas y de allí se extrae información de este tipo, situación que es muy distinta al caso en mención pues como se observa claramente de la solicitud realizada por el delegado de la Fiscalía, lo que se va a presentar a audiencia de Juicio Oral, es referente a la extracción que hicieron del celular que la menor tenía y le entregó a su representante

legal, respecto a conversaciones, videos y audios que tuvo su hija con el presunto agresor, las cuales se dieron por medio de redes sociales como WhatsApp, información que fue recolectada por la propia víctima y frente a la cual no era necesario ni autorización previa de un Juez y mucho menos como lo indica el señor defensor, que una vez recolectada la misma hubiere sido necesario hacer legalizado esto ante un Juez de Garantías.

v) REDES SOCIALES

En la vida actual, los NNA permanecen en constante interacción por medio de la virtualidad, lo que ha vuelto cada vez más impersonal este tipo de comunicaciones, en la cual se utilizan aplicaciones como WhatsApp, Facebook, Instagram, Tik Tok, etc, lamentablemente, nuevas formas de comunicación que frecuentemente son utilizados para crear e implementar trampas digitales que llevan a no muy pocos NNA a convertirse en víctimas entre otros, de delitos de connotación sexual y abusiva. Estas modalidades muy diferentes a los correos electrónicos agilizan la comunicación y exigen nuevos controles para evitar que cada destinatario sea una potencial víctima de lo que en su conjunto se ha generalizado como delitos informáticos, pero que además sirve de canal para la comisión de todo tipo de conductas punibles, como económicos entre otros.

La CSJ, advertida de esta situación, en la sentencia que nos hemos permitido utilizar de base para el estudio del sub judice, abordó esta temática, acudiendo a la sentencia T-260 de 2012, en la que se citan

las recomendaciones del Memorandum de Montevideo, referidas a la protección de los datos personales y la vida privada en las redes sociales, en particular, de NNA. Y estos fueron los términos de dichas recomendaciones:

"Los estados y las entidades educativas deben tener en cuenta el rol de los progenitores, o cualquier otra persona que tenga bajo su responsabilidad el cuidado de las niñas, niños y adolescentes en la formación personal de ellos, que incluye el uso responsable y seguro del internet y las redes sociales digitales. Es tarea del Estado y las entidades educativas proveer información y fortalecer las capacidades de los progenitores, sobre los eventuales riesgos a que se enfrentan los menores en internet."

Y agregó en cuanto a esa tarea que cumplen el Estado, las entidades educativas y los progenitores, que se debe observar lo siguiente:

"Toda medida que implique control de las comunicaciones tiene que respetar el principio de proporcionalidad, por tanto, se debe determinar que la misma tiene como fin la protección y garantía de derechos que es adecuada al fin perseguido y que no existe otra medida que permita obtener los mismos resultados y sea menos restrictiva de derechos."

vi) CASO CONCRETO

Tal y como se expuso en los antecedentes de esta providencia, el cargo gira en torno a la negación por parte de la a quo de la solicitud de la defensa que pretende la exclusión de la prueba relacionada con el contenido de la extracción de información realizada por policía judicial al celular que entregó Fabio Marín, donde entre otras se

encuentra el chat de WhatsApp, entre la menor P.M.A y el acusado, los que al haberse obtenido sin que se cumpliera con el procedimiento que se aplica para la recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de las redes de comunicaciones, o búsqueda selectiva en base de datos, el recurrente considera que se trata de una prueba "ilegal " dada la afectación del debido proceso en la recolección de dicha información. De entrada, la Sala quiere manifestar que el reproche no tendrá vocación de prosperidad por las siguientes razones:

Se produce de manera primigenia una confrontación de derechos de relevancia, que son evaluados al momento en que se evidencia una situación de peligro, por parte del padre de la menor, quien decidió en su deber de protección, junto a la anuencia de su hija extraer las conversaciones de la red social de WhatsApp entre el acusado y la menor, como cualquier padre lo haría, lo que en la práctica fue de utilidad para que los actos de agresión cesaran, y para que la Fiscalía encarrilara su investigación, pues esta última por medio de un investigador extrajo del celular de Fabio Marín la información relevante para el caso.

Ante tal actitud proactiva en defensa del interés superior de la víctima, no puede menos el Estado que reconocer este tipo de esfuerzos y establecer una prevalencia de los derechos de quien se encuentra en estado de vulnerabilidad, frente a los actos de agresión que puedan afectar su desarrollo sexual, en lo cual resulta menos perjudicial la afectación del derecho a la intimidad.

No olvidemos que dadas las particularidades del caso, debe ser observado desde otra perspectiva, pues el titular de la red social

WhatsApp es una niña menor de catorce años, respecto de quien como ya se ha dicho, por mandato internacional, constitucional y legal, tanto la familia, como la sociedad y el Estado deben ofrecer especial protección para garantizar su desarrollo armónico e integral, y así el ejercicio pleno de sus derechos, sin que los padres, en cumplimiento de esas obligaciones y deberes, requieran de la autorización de autoridad alguna para acceder a los contenidos e información de los sitios web o redes sociales que los menores frecuentan.

En ese entorno que afronta la menor, el padre de la misma decide ceder en la autoprotección de su intimidad para revelar lo que le sucedía, y pone en su conocimiento el contenido de los mensajes cibernéticos, confidente que ostenta el pleno derecho para defender y proteger a su hija de posibles agresiones de mayor magnitud, espacio en el cual cabe perfectamente la excepción a la regla que exige de la autorización previa de un fiscal y el control judicial posterior, tal como se ha venido explicando en la jurisprudencia que nos enseña acerca de la relatividad del ejercicio del derecho a la intimidad, cuando se encuentran de por medio menores de edad, y con mayor razón cuando ocurre como en el presente asunto, en el que es la misma afectada quien se autoprotege y solicita ayuda.

En este nivel del análisis vale la pena precisar que si bien el caso analizado en la sentencia penal con radicado No. 42307 de 2015, la información incriminatoria se obtuvo a través de correos electrónicos, no por ello puede descartarse aquella que se obtenga a través de las redes sociales, en cuanto lo explicado por la corte al invocar este tipo de correspondencia, lo hace de manera enunciativa, lo cual es

entendible, debido a los avances de la tecnología, que seguramente a futuro generarán nuevos espacios de interacción cibernética, electrónica y similares.

Si el punto del análisis fuera si se presentara una afectación del derecho a la intimidad del acusado, debe tener en cuenta que él mismo renunció tácitamente a esa facultad, que en la normalidad de los casos se protege, en tanto que inició una comunicación con connotaciones delictivas colocando en el otro extremo de interlocución a una menor de edad, sobre lo cual debía prever y anticipar por una parte que cualquier adulto podría estar pendiente y por otra que la misma afectada pudiera dar a conocer lo que estaba afrontando, deviniendo así la indefectible visualización de los mensajes cruzados, para lo cual simplemente se debía revisar el teléfono celular o equipo de comunicación utilizado. Y efectivamente, esto último fue lo que tuvo ocurrencia, cuando la menor le entregó el celular a su padre donde estaban estas conversaciones, lo que lo llevaron a a revisar el contenido de las mismas, para luego de manera coherente con las decisiones adoptadas, informar a la Fiscalía y poner a disposición el teléfono móvil para que estas fueran extraídas del mismo.

En esta línea, resulta lógico además y ello no merece mayor discusión, que sea el padre de la menor víctima, como su representante legal, quien permita que un Policía Judicial con la pericia que debe tener, extraiga esta información y la presente en audiencia de Juicio Oral, con la anuencia del primero, lo cual guarda consonancia con la estrategia adoptada por la Fiscalía, en cuanto a que la información obtenida a través de los mensajes de las redes sociales Facebook y WhatsApp, que no constituyen una base de datos de aquellas a que

se refiere el artículo 244 de la Ley 906 de 2004, como así se enseña en la sentencia C-336 de 2007, no requiere de autorización previa ni control posterior judicial, y por ende las discusiones que se pudieran generar en cuanto a su autenticidad o posibles alteraciones, deben ventilarse en el escenario propio del juicio oral. Corolario de lo anterior, se arriba a una respuesta al problema jurídico planteado, estableciendo que no debe excluirse la prueba relacionada con la información extraída del celular ya plurimencionado en esta decisión, donde existen conversaciones entre la menor y el acusado, y que fuera obtenida por solicitud del padre de la P.M.A.

En mérito de lo expuesto y sin necesidad de realizar mayores consideraciones, EL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, Sala de Decisión Penal, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

Primero: Confirmar en su integridad, la decisión adoptada por parte del Juzgado 3º Penal del Circuito de Bello, respecto a decretar para ser practicada en audiencia de juicio oral el informe de investigador de laboratorio FPJ-13 del 31 de octubre de 2021 y en consecuencia el informe de extracción Apple iPhone UFDE-LOCAL-GENERY y el dictamen del perito Héctor Alfredo Rosero Mosquera

Segundo: Por el Magistrado Sustanciador se citará a la audiencia de lectura de la providencia, en la cual se notificará en estrados su contenido, luego de lo cual se remitirá la actuación al juzgado de origen, para lo de su cargo.

Cúmplase.



Juan Carlos Acevedo Velásquez.

Magistrado



Óscar Bustamante Hernández.

Magistrado

Leonardo Efraín Cerón Eraso

Magistrado

(En permiso)