



SALA PENAL

Medellín, viernes diez (10) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Aprobado en la fecha, acta Nro. 39

Auto interlocutorio de segunda instancia Nro. 14

Radicado: 05-001-60-00207-2018-00905

*Delitos: Actos sexuales con menor de 14 años,
pornografía con persona menor de 18 años*

Acusado: Duván Alonso Carvajal Chavarría

Magistrado Ponente: César Augusto Rengifo Cuello

Lectura: martes 14 de marzo de 2023. H: 09:10 a.m.

Procede esta Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa del acusado DUVÁN ALONSO CARVAJAL CHAVARRÍA, contra la decisión del Juez Décimo Sexto Penal del Circuito de Medellín, por medio de la cual resolvió negativamente la solicitud de exclusión de algunas pruebas decretadas a la Fiscalía.

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Ante el Juez Décimo Sexto Penal del Circuito de Medellín se adelanta la etapa de juzgamiento en el proceso que se sigue en contra de DUVÁN ALONSO CARVAJAL CHAVARRÍA por el delito de actos sexuales con menor de 14 años y pornografía con persona menor de 18 años.

2. En el trámite de la audiencia preparatoria adelantada el 15 de febrero de 2023, y para lo que nos interesa en esta oportunidad el a quo no accedió a excluir del decreto de pruebas algunas pruebas principales y sus derivadas, que consisten en lo siguiente:

i). Informes del 23 de julio de 2018 y el del 16 de julio de 2018, relacionados, en su orden, con las evidencias extraídas del computador de la presunta víctima, concretamente de las redes de WhatsApp y Facebook y su correspondiente análisis. Informe sobre análisis de la información que se obtuvo en búsqueda selectiva en base de datos. Así como con diecinueve imágenes extraídas del celular de la víctima con contenido pornográfico en las que presuntamente se involucra a la menor.

ii) Y como evidencia que entiende se deriva de la anterior, anexos a los informes que consisten en oficios relacionados con las comunicaciones enviadas y obtenidas de las empresas de telefonía celular sobre datos biográficos de la supuesta persona que se comunicaba con la víctima. Así como el CD contentivo de relación de llamadas entrantes y salientes de dicho número de celular. Informe de fecha 28 de agosto de 2018, análisis de información que se obtuvo en búsqueda selectiva en base de datos.

Aduce el letrado que la ilegalidad de dichos elementos radica, de un lado, en que la Fiscalía no impartió una orden precisa y direccionada al investigador para extraer información del celular de la menor de edad, pues en el informe del 23 de julio de 2018 figura que era para la inspección del computador de la presunta víctima. De otro, por no realizar un control posterior ante juez de control de garantías a la información obtenida o extractada de dicho teléfono móvil, y de la cual se derivaron los oficios enviados a las empresas de telefonía celular con sus respectivas respuestas.

En este caso se contó con el consentimiento informado de la progenitora más no de la menor, evidenciándose incluso dentro de la actuación procesal que esta trató de borrar la información previa a su extracción por parte del investigador, lo cual redundaría en la violación del debido proceso y el derecho a la intimidad de la menor, estimando así que las mencionadas pruebas devienen ilegales y deben ser excluidas del debate probatorio.

3. El director del juicio estima que no hay lugar a la oposición que presenta la defensa ya que la información no se extrajo de aparatos del acusado o de un tercero, por provenir de la parte aportante, es decir, de la propia víctima, no hay lugar a los reproches que formula el letrado, sin que se observe el quebrantamiento de sus derechos fundamentales o garantías judiciales, y en

términos generales del debido proceso, estimando que contra la decisión interlocutoria por medio de la cual en este caso se admite la totalidad de las pruebas deprecadas por las partes solo procede el recurso de reposición.

4. La defensa interpone el recurso de apelación al considerar que está solicitando la exclusión de pruebas, y consecuente con ello ha tratado de demostrar la ilegalidad de los elementos materiales probatorios criticados.

5. La primera instancia estima que contra su decisión no procede el recurso vertical en cuestión y lo niega pues considera que aunque la defensa pretenda darle el trámite previsto para la figura de las exclusiones en el fondo no está utilizando dicha figura, interponiendo en consecuencia el letrado el recurso de queja que resuelto favorablemente por esta Sala mediante decisión del 28 de febrero de 2023, le fue nuevamente asignado mediante acta de reparto del 8 de marzo hogaño, para resolver ahora el recurso vertical.

CONSIDERACIONES EN ORDEN A PROVEER

En virtud del factor funcional contemplado en el numeral 1° del art. 34 de la ley 906/04, esta Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín es competente para decidir de fondo el asunto que nos concita.

Visto lo que es objeto de impugnación, así como las razones expuestas por el funcionario de primer grado para admitir cierta prueba de naturaleza documental deprecada a instancias de la Fiscalía, es preciso significar que este cuerpo colegiado se ocupará en determinar si permanece incólume la presunción de acierto y legalidad del proveído criticado.

Previo a adentrarnos en el análisis de fondo del problema jurídico que se nos plantea, en orden lógico y metodológico resulta pertinente destacar algunas cuestiones liminares.

En este orden de ideas, en primer lugar, cabe anotar que tal como lo ha venido sosteniendo esta Sala al igual que otras Salas de Decisión Penal de este Tribunal Superior, así como el órgano de cierre en materia penal¹, el

¹ CSJ, SP. Rad. 47.469 de fecha 27 de junio de 2016, M. P Gustavo Enrique Malo Fernández.

recurso vertical de apelación es improcedente respecto a la decisión que admite u ordena la práctica de pruebas en el juicio.

Sin embargo, la jurisprudencia especializada enseña que ello es así salvo que se esté discutiendo la violación de garantías fundamentales en los ámbitos de la exclusión o el rechazo de pruebas, (CSJ AP, 07 Mar. 2018, Rad. 51882, entre otras).

En ese sentido, en lo concerniente a solicitudes de exclusión de medios de prueba el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria viene construyendo una línea jurisprudencial conforme a la cual el sistemático análisis del ordenamiento jurídico permite entender que este tipo de discusiones deben resolverse en la audiencia preparatoria del juicio oral, tal como se planteó y quedó claro al resolver el recurso de queja formulado por la defensa del acusado en este caso.

Precisado lo anterior, en segundo orden, el paso a seguir consiste en analizar si le asiste razón a la defensa del acusado, quien en este concreto caso sostiene que la información extraída del teléfono celular de la víctima deviene ilegal y debe ser excluida del debate probatorio por cuanto el servidor que la recolectó no contaba con autorización expresa para inspeccionar el mencionado aparato, ni sometió a control posterior ante juez de control de garantías las evidencias así obtenidas, con lo que en su criterio dichos actos investigativos terminaron violando el debido proceso y el derecho a la intimidad de la menor.

Con miras entonces a una correcta intelección de la problemática que se nos plantea en esta oportunidad y el tratamiento que desde la jurisprudencia se le ha dispensado o casos similares, se trae a colación las siguientes glosas en las que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se ocupó de estudiar el tema, incluso a la luz del derecho comparado, reflexionando in extenso como sigue:

“Ante la protección constitucional de todas las formas de comunicación, el Estado puede acceder legítimamente al contenido de las mismas, básicamente de dos formas: (i) por un acto de liberalidad de uno o varios de los partícipes en el acto comunicacional, o (ii) a través de un acto de investigación orientado a su interceptación, retención o recuperación.

(...)

Según se acaba de indicar, es posible que el acceso al contenido de las comunicaciones entre particulares se logre gracias al acto de liberalidad de una o varias de las personas que participaron en el acto comunicacional. 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, por lo siguiente:

Ese tipo de renunciadas 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, 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 otros.

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, por ejemplo). Bajo estas condiciones no puede predicarse la existencia de una **intercepción** de comunicaciones, según el sentido natural de las palabras², 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 afectación.**

En esa misma lógica, 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 intercepción de comunicaciones, ni, en general, 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. Y ello es así, porque carece de sentido atribuirle la acción de “interceptar” o “retener”, a una de las personas que participó en la comunicación. En idéntico sentido, en el derecho comparado se ha concluido lo siguiente:

La jurisprudencia ha señalado que la grabación que un particular haga de sus propias conversaciones, telefónicas o de otra índole, no suponen el atentado al secreto de las comunicaciones (...). E igualmente ha precisado (...) que las cintas grabadas no infringen

² Según el Diccionario de la Academia Española, significa: “apoderarse de algo antes de que llegue a su destino. Detener algo en su camino. Interceptar, obstruir una vía de comunicación.

ningún derecho, en particular el art. 18.3 CE debiendo distinguir entre **grabar una conversación de otros y grabar una conversación con otros**³. Pues no constituye violación de ningún secreto la grabación de un mensaje emitido por otro cuando uno de los comunicantes quiere que se perpetúe. Además (...) entendió que no ataca el derecho a la intimidad, ni al secreto a las comunicaciones, la grabación subrepticia de una conversación entre cuatro personas, realizada por una de ellas. Y (...) consideró que tampoco vulneran tales derechos fundamentales las grabaciones magnetofónicas realizadas por particulares de conversaciones telefónicas sostenidas con terceras personas, ya que el secreto de las comunicaciones se refiere esencialmente frente al Estado. Finalmente, cabe traer en cuenta que (...) de acuerdo con la doctrina sentada por esta Sala (...), el secreto de las comunicaciones se vulnera cuando un tercero no autorizado interfiere y llega a conocer el contenido de las que mantienen otras personas, no cuando uno de los comunicantes se limita a perpetuar, mediante grabación mecánica, el mensaje emitido por el otro. Aunque esta perpetuación se haya hecho de forma subrepticia y no autorizada por el emisor del mensaje y aunque éste haya sido producido en la creencia de que el receptor oculta su verdadera finalidad, no puede ser considerado el mensaje secreto e inconstitucionalmente interferido: no es secreto porque ha sido publicado por quien lo emite y no ha sido interferido, en contra de la garantía establecida en el artículo 18.3 CE, porque lo ha recibido la persona a la que materialmente iba dirigido y no por un tercero que se haya interpuesto. Cosa completamente distinta es que el mensaje sea luego utilizado por el receptor de una forma no prevista ni querida por el emisor, pero esto no convierte en secreto lo que en su origen no lo fue. Es por ello por lo que no puede decirse que, con la grabación subrepticia de la conversación de referencia se vulneró el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y que tal infracción deba determinar la imposibilidad de valorar las pruebas que de la grabación se deriven⁴. ”⁵

Conforme a las enseñanzas jurisprudenciales traídas a colación es claro que cuando el acceso a la información, en este caso ciertas fotografías extraída del teléfono móvil de la postulada víctima se encuentra determinado por un acto de liberalidad del titular del derecho a la intimidad, ninguna vulneración de derechos fundamentales o garantías judiciales puede alegarse válidamente, reparando incluso la Sala que en el caso sometido a estudio el propio apelante pone de presente que durante el procedimiento investigativo aquí destacado se habría contado con el consentimiento informado de la madre de la menor de edad, quien al actuar como su representante legal en la

³ Negrillas fuera del texto original.

⁴ Tribunal Supremo Español, Sala de lo Penal, STS 2985/2016, entre muchas otras.

⁵ CSJ, SP. AP1465-2018, Rad. 53.320 del 11 de abril de 2018, M. P. Patricia Salazar Cuéllar

toma de decisiones que redundan en la protección de los derechos de esta, es la autorizada jurídicamente para emitir tal consentimiento en forma legal.

En consonancia con lo anterior, cabe recordar que el artículo 196 de la ley 1098/06, actual Código de la Infancia y de la Adolescencia consagra: “Funciones del representante legal de la víctima. Los padres o el representante legal de la persona niños, niñas y adolescentes, están facultados para intervenir en los procesos penales en que se investigue o juzgue un adulto por un delito en el cual sea víctima un niño, niña o adolescente como representante de éste, en los términos establecidos en el Código de Procedimiento Penal y para iniciar el incidente de reparación integral de perjuicios.”

De manera que consideramos que en el caso de víctimas menores de edad, por regla general, sus padres o sus representantes legales pueden prestar la autorización frente a este tipo de procedimientos investigativos, lo que no significa que los progenitores cuenten con un derecho absoluto al respecto, siendo necesario recabar en que la Corte Constitucional a su vez tiene discernido que los menores de edad son sujetos de especial protección, por ende, todas las actuaciones en las que se los involucre deben estar orientadas a privilegiar el interés superior que de conformidad al art. 44 de la Carta Política le asiste a los niños, niñas y adolescentes.

Como se puede ver la información extractada del teléfono celular de la víctima no es producto de actos investigativos dirigidos a inspeccionar el contenedor y extractar los datos relevantes sin contar con la debida autorización, cosa diferente a lo que ocurre en los supuestos de los art. 233, 235, 236 y similares de la ley 906/04 con los ciudadanos, cuando en su orden, el estado interviene y desarrolla retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones, recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de las redes de comunicación, pues aquí si indiscutiblemente se activan todas las garantías en orden, entre otros, a proteger el derecho a la intimidad.

En síntesis, no se advierte que el acto investigativo aquí criticado diera lugar a que se activaran los controles judiciales, la reserva legal y las restricciones propias del principio de proporcionalidad, como ocurre cuando el estado planea y dirige conscientemente la actividad investigativa a irrumpir en la vida

privada de los ciudadanos, interfiriendo decididamente en su derecho a la intimidad, casos en los cuales estaríamos de acuerdo en que se aplicarían las figuras para el control previo y posterior de las acciones investigativas y sus resultados, e inclusive en algunos eventos y bajo ciertas circunstancias habría lugar a alegar la violación de la expectativa razonable de intimidad en relación con los registros y allanamientos; más este no es el caso.

Y es que si con sujeción a las pautas vistas se analizan las particularidades que rodean la obtención de cierta información obrante en el teléfono móvil de la víctima, llámese mensajes de texto o fotografías que la involucran como parte del proceso de comunicación o porque aparece en las imágenes, ninguna vulneración de reserva, secreto, y en general el derecho a la intimidad se puede alegar sin reparar en que cuando el acceso a los mencionados elementos se produce gracias, se itera, a un acto de liberalidad del titular del derecho, o en todo caso contando con la autorización de su representante legal cuando se trata de víctimas menores de edad: “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”⁶.

Como se puede colegir con facilidad de la línea que sigue la Sala, tampoco habría lugar a alegar la ilicitud o ilegalidad en los actos investigativos desarrollados a partir de la información obtenida del móvil de la presunta agraviada, y mucho menos de sus conversaciones en redes sociales, llámese WhatsApp o Facebook, extraídas al inspeccionar la computadora para lo cual se acepta incluso por parte del censor que el investigador contaba con orden emanada de la Fiscalía, quedando claro en todo caso que respecto de lo primero lo que alega el inconforme es que dichas actuaciones devienen ilegales en virtud a que se originaron gracias a la información a su vez obtenida del teléfono del sujeto pasivo de la criminalidad investigada, con violación del debido proceso y el derecho a la intimidad, más nada de esto se demostró.

“En todo caso, debe tenerse en cuenta que si la parte pretende demostrar con prueba documental la existencia y contenido de una comunicación, tiene a cargo la autenticación del documento, esto es, demostrar que es lo que afirma según su teoría del caso (CSJ AP, 07 Mar. 2018, Rad. 51882, entre otras),

⁶ Ibid.

para lo que podría resultar especialmente útil el testimonio de uno de los partícipes en la comunicación.”⁷

En conclusión, para este colegiado es claro que no se demostró la existencia de causal de ilegalidad o ilicitud que dé lugar a excluir del decreto de pruebas los informes del 23 de julio de 2018, 16 de julio de 2018, y 28 de agosto de 2018, el análisis de datos aquí mencionado, la relación de llamadas entrantes y salientes del teléfono de la menor de edad, así como las fotografías extraídas dicho móvil, y las respuestas de las empresas de telefonía celular y los anexos de algunos de los precitados informes, por lo que al carecer de fundamento los argumentos esgrimidos para sustentar el recurso de apelación y sin necesidad de mayores consideraciones, se confirmará en su integridad la decisión adoptada por la primera instancia en el caso de autos, quedando en firme el decreto de pruebas ordenado en el asunto sometido a consideración de la Sala en esta ocasión.

*Por lo expuesto, esta Sala de Decisión Penal del **Tribunal Superior de Medellín**,*

RESUELVE:

CONFIRMAR en su integridad la decisión adoptada el Juez Décimo Sexto Penal del Circuito de Medellín en audiencia preparatoria celebrada el 15 de febrero de 2023, mediante la cual el funcionario resolvió negativamente la petición de exclusión de algunas pruebas realizada por la defensa del acusado **DUVÁN ALONSO CARVAJAL CHAVARRÍA**, conforme a lo visto en el acápite de las consideraciones.

En consecuencia, se dispone la remisión del expediente al Juzgado de origen para que se prosiga a la mayor brevedad posible con el desarrollo de la etapa de juicio.

Esta decisión se notifica en estrados y contra la misma no procede ningún recurso.

⁷ Ibid.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los Magistrados⁸,



CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO


Scanned with CamScanner

LUÍS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ


JOSE IGNACIO SANCHEZ CALLE
Magistrado

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE

⁸ El presente proveído se suscribe de conformidad con lo previsto en el art. 11 del Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, por cuya virtud se autoriza la “firma autógrafa mecánica, digitalizadas o escaneadas”.