



SALA DE ASUNTOS PENALES

Magistrado sustanciador

Juan Carlos Acevedo Velásquez

Aprobado Acta No. 207

Medellín, catorce (14) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

En audiencia celebrada el 8 de noviembre de la pasada anualidad, el Juzgado 4º Penal del Circuito de Medellín decretó, para ser practicada en audiencia de juicio oral, prueba documental solicitada por la Fiscalía en 32 folios consistente en comunicaciones de ***chats de las redes sociales Facebook*** entre la menor S.Z.Z y Sebastián Sepúlveda, prueba frente a la cual el defensor solicitó su exclusión por considerarla ilegal; de igual manera la defensa apeló el no decreto de los testimonios de la señora **Jennifer Zuluaga Arteaga** y **Jenny Edilma Zapata Ballesteros**.

1- ANTECEDENTES

1.1. Los hechos que son materia de investigación y frente a los cuales se formuló acusación por parte de la Fiscalía General de la Nación, son los siguientes: *“Para el mes de marzo de 2019, en el barrio Robledo de*

Medellín, en una sola oportunidad, el señor SEBASTIAN STIVEN SEPULVEDA, accedió carnalmente a la menor SERENA ZULUAGA ZAPATA, quien contaba para ese momento con 13 años de edad, los hechos se presentaron luego que se entablara entre ellos una serie de conversaciones a través de la red social Facebook y ella decidiera aceptar una invitación al lugar de residencia del señor SEPULVEDA y estando allí, este comenzó a besarla en la boca y el cuello, luego de lo cual ingresan a su habitación, donde la despoja de sus prendas de vestir, le realiza tocamientos con contenido erótico sexual en sus piernas, senos y vagina y posteriormente la penetra con el miembro viril por la vagina. SEBASTIAN conocía la edad de SERENA, desde antes de tener la relación sexual con ella "

1.2. En audiencia preparatoria realizada el 8 de junio de 2022, la delegada de la Fiscalía solicitó ser decretada como prueba documental las conversaciones sostenidas entre la menor S.Z.Z y el señor Sepúlveda Zapata, las cuales habían sido descargadas de las redes sociales como Facebook y WhatsApp por parte de la menor y la madre de esta, las cuales serían introducidas a la audiencia por la menor víctima. En la misma audiencia el defensor solicitó fuera decretada como prueba el testimonio de la señora **Jennifer Zuluaga Arteaga** tía paterna de la menor víctima, quien fue solicitada con la finalidad de dar cuenta sobre el procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos que se adelantó ante la Comisaría Nro.7 de Robledo con radicado Nro.02-19679-20 y a favor de la menor por un presunto abuso sexual por parte de su padrastro, con lo que se pretende atacar la veracidad del testimonio de la menor. También solicitó el testimonio común de **Jenny Edilma Zapata Ballesteros**, quien es madre de la menor víctima y quien fue solicitada para referirse al igual que la señora Jennifer al proceso de restablecimiento de derechos que tuvo su hija por el presunto abuso sexual.

1.3. El 5 de diciembre siguiente, la juez de conocimiento, decidió decretar para ser practicada en audiencia de juicio oral, como prueba documental, la señalada en el numeral anterior; también inadmitió el testimonio de las señoras **Zuluaga Arteaga** y **Zapata Ballesteros**, por considerar que el testimonio de las mismas, referente a lo solicitado por el defensor podría ocasionar confusión, y además no se objetó de prueba, situación ante la cual el defensor presentó recurso de apelación, el cual fue concedido por parte de la togada en el efecto suspensivo.

1.4. El defensor adujo respecto a la admisión de la prueba documental que es ilegal por cuanto la forma en que se recolectó este elemento no fue la legal o adecuada, sin que el apelante hiciera manifestación respecto al motivo por el cual considera que la misma no es la legalmente permitida, pues en su argumento advierte que para poder obtener esta información se debió realizar de conformidad con lo establecido en el artículo 236 del C.P.P. que hace alusión a la recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de las redes de comunicaciones, pues considera que lo que se va a presentar en el documento que es objeto de debate son comunicaciones, conversaciones que se encontraban almacenadas en un dispositivos como un celular o un computador las que se dieron a través de una red de comunicación.

1.5. En lo referente a la inadmisión de los testimonios, indicó que si es pertinente por cuanto su teoría es demostrar que la conducta materia de investigación no existió, y estos dos testimonios sirven para demostrar que la menor ha sido proclive a mentir en situaciones similares, pues ya había denunciado a su padrastro por un hecho similar, por lo que pretende es demostrar un patrón de mentira respecto a este tema.

1.6. La representante de víctimas petitionó se confirme la decisión en cuanto a decretar como prueba, las conversaciones sostenidas entre la menor víctima y el procesado por redes sociales (WhatsApp y Facebook) y a su vez que se mantenga la decisión respecto a la inadmisión de la prueba testimonial de la defensa, sin realizar argumentación distinta a lo ya manifestado por la Juez de primera instancia.

1.7. El delegado de la Procuraduría solicitó se confirme la decisión de la *a quo* respecto del decreto de la prueba documental referente a las conversaciones sostenidas entre la menor y el procesado por redes sociales, por considerar que estas no requieren control previo por parte de Juez con Funciones de Control de Garantías, por cuanto en este caso no se trata de recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de las redes de comunicaciones, y solicita se revoque la decisión respecto a la inadmisión de los testimonios de la tía y madre de la menor por cuanto la defensa sí demostró la pertinencia de los mismos, la que se resume en intentar demostrar mediante los testimonios, que los dichos de la menor son mendaces.

1.8. La delegada de la Fiscalía, solicitó se confirme en su integridad la decisión adoptada en primera instancia por considerarla ajustada a derecho y conforme a la jurisprudencia que regula el tema, entendiendo que permitir que se presente el testimonio de la tía y madre a la menor respecto al otro proceso que se siguió por denuncia de la menor por el mismo delito, lo que haría es revictimizar a la menor, por lo que podría conseguirlo de otra manera.

2. CONSIDERACIONES

El Tribunal es competente para conocer de la decisión adoptada por el Juzgado 4º Penal del Circuito de esta ciudad, de conformidad con los artículos 34-1 y 177-4 de la Ley 906 de 2004, la cual es objeto de debate.

En atención a la legitimidad e interés que asiste a la defensa para apelar el auto interlocutorio por medio del cual el juzgado de conocimiento admitió una prueba en la cual se dio un debate de exclusión, la Sala, siendo competente para ello, procederá a examinar la juridicidad y acierto de la decisión adoptada.

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 los chats de las redes sociales Facebook y WhatsApp a través de los cuales interactuaron la menor S.Z.Z y el acusado, y que fuera obtenida por la madre de la menor, y en el segundo punto si la declaración de la señora JENNIFER ZULUAGA ARTEAGA y JENNY EDILMA ZAPATA BALLESTEROS, tía y madre de la menor son pertinentes conforme a la pertinencia dada por parte de la defensa.

2.1 CONVERSACIONES POR REDES SOCIALES DE LA MENOR S.Z.Z Y EL SEÑOR SEPULVEDA ZAPATA

En este primer punto, la Sala tiene que convenir con los argumentos del juez, los sujetos procesales y la apoderada de la víctima, por lo que dará respuesta puntual a los argumentos de la censora.

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 ibídem.

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 recibirá 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 o irregular 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.

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.

Por su parte la prueba ilegal o irregular que extiende sus alcances hacia los "actos de investigación" y "actos probatorios" propiamente dichos, es aquella "en cuya obtención se ha infringido la legalidad ordinaria y/o se ha practicado sin las formalidades legalmente establecidas para la obtención y práctica de la prueba, esto es, aquella cuyo desarrollo no se ajusta a las previsiones o al procedimiento previsto en 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 probatorios 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, o a excluir el proceso a etapas anteriores, sino a ignorar, a tener por inexistente o a excluir, 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 internacionales, 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, la protección, 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. Y 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. Es importante resaltar que siempre que se quiera acceder a una información como esta, es decir a conversaciones obtenidas por medios digitales, se debe de contar con autorización de Juez con Funciones de Control de Garantías, sin embargo esto tiene excepciones, como en este caso, donde es la misma víctima quien pone de presente a la Fiscalía General de la Nación, las conversaciones que tuve con el presunto victimario, situación que en el presente caso es posible.

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 la delegada de la Fiscalía, lo que se va a presentar a audiencia de Juicio Oral, es referente a unos pantallazos de unas conversaciones entre víctima y presunto victimario, 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.

En el presente caso, por ejemplo, se asemejaría más a la grabación de comunicaciones realizada por el interlocutor, en las cuales la H Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que no se asimilan a la interceptación de comunicaciones y, por lo tanto, no están sometidas a control judicial.

Por regla general, cualquier actividad investigativa de la Fiscalía que implique interferencia de derechos fundamentales como la intimidad, el buen nombre o la inviolabilidad del domicilio, requiere mandato previo

y escrito de autoridad judicial competente, sin embargo existen actos de investigación que por su naturaleza deben ejecutarse de manera inmediata, por tal razón algunos de ellos no requieren autorización Judicial, y en otros como en el caso que nos llama la atención, es posible recolectar la información referida precisamente por que quien la pone de presente es una de las personas que interviene en ella, por lo que no se configura ninguna transgresión del derecho fundamental al secreto de la comunicación privada.

"Por eso se ha insistido de manera uniforme que las grabaciones de audio resultan legalmente "válidas y con vocación probatoria porque, como desde antaño lo ha venido sosteniendo la Sala, su práctica no requiere previa orden judicial de autoridad competente en la medida en que se han realizado de su propia voz e imagen, por persona que es víctima de un hecho punible, o con su aquiescencia y con el propósito de preconstituir la prueba del delito, por manera que no entraña intromisión o violación alguna del derecho a la intimidad de terceros o personas ajenas".¹

Esta Jurisprudencia que ha sido ampliamente utilizada por el Tribunal de cierre en los eventos en los cuales a analizado temas similares, claramente hace alusión a la prueba adquirida por la víctima, en la que ella, limitando con su misma intimidad, por medios propios o previa autorización, permite la captura de su imagen y voz con el fin de desvelar la existencia de una conducta ilícita, situación similar a la que se está analizando, donde es la misma víctima quien devela al ente persecutor las conversaciones que ha tenido con el procesado y en la cual se puede avizorar la posibilidad de comisión por parte de este, de una conducta punible.

¹ Sala de Casación Penal del 6 de agosto de 2003. Radicado 21216

v) REDES SOCIALES

En la vida actual, los NNA permanecen en permanente interacción por medio de la virtualidad, lo que ha vuelto cada vez más impersonal este tipo de interacciones, en la cual se utilizan medio como utiliza medios como el WhatsApp, el 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 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 delitos, 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 del chat de las redes sociales Facebook y WhatsApp, entre la menor S.Z.Z y el acusado, los que al haberse obtenido por la progenitora de la víctima, 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, 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 de la madre de la menor, quien decidió en su deber de protección, junto a la anuencia de su hija extraer las conversaciones de las redes sociales de WhatsApp y Facebook 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. 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.

Por lo que no se puede asimilar como muy bien se ha venido indicando por esta Sala, a una recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de las redes de comunicaciones, pues acá no se está recolectando información que haya sido transmitida a través de redes de comunicaciones, acá se está haciendo referencia a información que puso de presente la víctima directa del delito a su madre y esta a su vez con anuencia de su hija, la puso de presente ante la Fiscalía General de la Nación.

No olvidemos que dadas las particularidades del caso, debe ser observado desde otra perspectiva, pues el titular de las redes sociales Facebook y 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 en medio del cual empieza a sentir temor por el asedio del acusado entre otras modalidades a través de las redes sociales, decide ceder en la autoprotección de su intimidad para

revelar lo que le sucedía a su madre, 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 auto protege 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 de internet, 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.

Es importante aclarar que respecto al derecho a la intimidad del procesado, en este caso si bien se afecta por cuanto se ponen de presente conversaciones que ha tenido con otra persona, es importante recalcar que toda vez inició una comunicación con connotaciones delictivas colocando en el otro extremo de interlocución a una menor de edad, sobre lo cual debió 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 S.Z.Z decidió informar a su madre de sobre estas conversaciones, lo que llevaron a la progenitora a revisar el contenido de las conversaciones virtuales, para luego de manera coherente con las decisiones adoptadas, extraer las conversaciones de Facebook y WhatsApp obtenidas.

En esta línea, resulta lógico además y ello no merece mayor discusión, que sea la madre de la menor víctima, como su representante legal, quien presente en juicio los hallazgos por ella obtenidos, 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.

Y como se ha venido indicando en acápite anteriores, en este caso fue la misma menor presunta víctima quien le puso de presente a su mamá las conversaciones que tuvo con el procesado, situación por la que aquella de manera inmediata informó de ello al ente investigador con la finalidad de salvaguardar los derechos de su menor hija, situación que no requiere autorización previa para poderse haber realizado.

Corolario de lo anterior, se arriba a una respuesta al problema jurídico planteado, estableciendo que no debe excluirse la prueba relacionada con los chats de las redes sociales de Facebook y WhatsApp a través de los cuales interactuaron la menor S.Z.Z, y el acusado, y que fuera obtenida por la madre de la menor.

2.2 INDAMISIÓN DE LA PRUEBA TESTIMONIAL DE LA SEÑORA JENNIFER ZULUAGA ARTEAGA Y LA SEÑORA JENNY EDILMA ZAPATA BALLESTEROS.

Respecto a estas pruebas, tenemos que la juez de primera instancia consideró que estas pruebas solicitadas por la defensa no son pertinentes, por cuanto estos testimonios se centrarían en dar cuenta de un procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos que se adelantó ante la Comisaría Nro.7 de Robledo con radicado Nro.02-19679-20 y a favor de la menor por un presunto abuso sexual por parte de su padrastro, lo que considera que no es objeto de prueba.

En cuanto a esta postura, la Sala indica desde ya que no está de acuerdo y procederá a explicar los motivos de su disenso.

Al respecto la Sala tiene por indicar que, es carga de la parte mostrarle al juez que el elemento material probatorio, evidencia física y en general el elemento de convicción se refiere, directa o indirectamente, a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, así como a la identidad o a la responsabilidad penal del acusado. También es pertinente cuando sólo sirve para hacer más o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, o se refiere a la credibilidad de un testigo o de un perito siguiendo las voces del artículo 375 del C. de P.P. En cuanto a la conducencia de la prueba, se refiere a la capacidad o idoneidad probatoria del medio empleado para demostrar los hechos que se quieren probar.

Sobre el test que debe realizar el juez en orden a decretar las pruebas la Corte Suprema de Justicia ha indicado:

"Como tal le corresponde, en orden a decretar las pruebas que se han de practicar en el juicio, realizar un test acerca de la necesidad

de la prueba, determinar el vínculo entre el medio y los hechos (pertinencia) y su aptitud legal (conducencia), para lo cual ha de tener en cuenta los supuestos fácticos del escrito de acusación, las normas que definen la relevancia jurídica del comportamiento, los medios probatorios enunciados, las estipulaciones y la solicitud probatorias de las partes, sustentada en su pertinencia, utilidad y conducencia, todo lo cual le permitiría objetivamente develar la necesidad de decretar las pruebas solicitadas".²

Según la jurisprudencia y normatividad analizada, se concluye que en el sistema procesal penal con tendencia adversarial adoptado en nuestro país, el desarrollo de la actividad probatoria es en esencia un rol de partes que excluye al juez, y si bien dicha actividad se rige por el principio de la libertad probatoria, el mismo se complementa, entre otros, con el de legalidad de las pruebas. En este orden, la petición de pruebas, tópico a tratar en el presente asunto, reclama entonces una adecuada sustentación en cuanto a su pertinencia, conducencia, utilidad o necesidad, para lograr que el juez logre "*discernir acerca de estos tópicos sin sustituir a las partes o colmar sus deficiencias*".³

Sobre la pertinencia, siguiendo lo dispuesto en el artículo 375 del C. de P.P., puede decirse que: "*es la adecuación entre los hechos que se pretenden llevar al proceso y los hechos que son tema de la prueba en éste. En otras palabras, es la relación de facto entre los hechos que se pretenden demostrar y el tema del proceso.*"⁴

La conducencia de la prueba puede definirse como "*la idoneidad que tiene una prueba para demostrar determinado hecho. Supone que no exista una norma legal que prohíba el empleo del medio para demostrar*

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto del 18 de junio de 2014, radicado AP3299-2014, 43.554, M.P. Eugenio Fernández Carlier.

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto del 18 de junio de 2014, radicado AP3299-2014, 43.554, M.P. Eugenio Fernández Carlier.

⁴ JARIO PARRA QUIJANO. Manual de Derecho Probatorio. Decimoctava Edición. Ediciones del Profesional Ltda, 2013, pag. 145.

*un hecho determinado. El sistema de la prueba legal, de otra parte, supone que el medio que se emplea, para demostrar el hecho, está consagrado en la ley. La conducencia es una comparación entre el medio probatorio y la ley, a fin de saber, si el hecho se puede demostrar en el proceso, con el empleo de ese medio probatorio”.*⁵

El tercer elemento referido, utilidad o necesidad de la prueba, tiene que ver con el móvil que debe impulsar esa actividad probatoria, que no es otro que el aportar probanzas que presten algún servicio en el proceso para la convicción del juez, de tal suerte que, si no persigue ese propósito, se genera su rechazo de plano.

Descendiendo al caso que nos ocupa, en criterio de la Sala, en la fundamentación de la defensa se advierte que el testimonio de la señoras **Jennifer Zuluaga Arteaga** y **Jenny Edilma Zapata Ballesteros**, conducirían a demostrar su teoría del caso, en este sentido, se considera que le asiste razón, pues si bien este relato no estaría relacionado directamente con los hechos, sí resulta conducente y pertinente, pues con ella se busca acreditar una hipótesis de la defensa, esto es, útil a sus intereses, pues lo que se pretende es darle una mayor firmeza a lo que narren sus testigos, con relación al presunto comportamiento de la menor, en un tema similar, información que puede ser valorada por el juez para poder sopesar si efectivamente la teoría del caso expuesta por esta parte pudo ser probada.

Realizando un test de proporcionalidad entre los derechos enfrentados en este asunto, esto es la intimidad de la menor víctima y el derecho de defensa, se inicia por afirmar que si bien con la presentación de la

⁵ JARIO PARRA QUIJANO. Manual de Derecho Probatorio. Decimoctava Edición. Ediciones del Profesional Ltda., 2013, pag. 145.

prueba de la defensa se va a develar temas referentes a otros asuntos que afectarían la intimidad de la menor, los mismos no se llevarían al debate en el testimonio dado por la menor, sino por su tía y progenitora, lo que en gran medida evita la llamada revictimización, debate que resulta necesario dar por parte de la defensa, por cuanto es una prueba crucial para establecer mendacidad en los dichos de la menor, lo que va en garantía del derecho a la contradicción y garantía de presunción de inocencia del procesado. En este caso se considera una prueba útil, pues no se observa de lo presentado en audiencia preparatoria que existe una prueba que permita poner de presente la situación a la que hará referencia la defensa de mejor manera, por lo que entendiendo que si bien es cierto con la misma se puede afectar el derecho a la intimidad de la menor, también lo es, que esta afectación por la forma en que va a ser presentada en audiencia de Juicio Oral, no es mayor a la afectación que tendría el derecho de defensa y contradicción del procesado, en caso que no se decretaran estos dos testimonios, razón por la cual acudiendo a un test de proporcionalidad entre estos dos derechos, tendría necesariamente que ceder el de la menor, el cual se reitera no se vería afectado en gran medida, corolario a lo que pasaría frente al derecho de defensa y contradicción del procesado.

Adicional, se trata de una prueba conducente, permitida en el debate probatorio, con la cual no se vulneran derechos de la menor declarante, pues como muy bien lo dijo el procurador, quien va a hacer el relato no es la menor, sino su tía y su señora madre, quienes hablaran sobre un tema que si tiene relevancia para la defensa, pues sería vulneratorio del principio de inocencia que se restringiera la práctica probatoria de la defensa, solo anteponiendo el principio pro infans, el cual del análisis de la solicitud probatoria de la defensa no se vislumbra que se afectaría el mismo, entendiendo además que el control sobre ese tema, lo debe de realizar el juez al momento de la práctica probatoria, y también las

mismas partes e intervinientes por medio de las objeciones a las preguntas.

Respecto a que el testimonio de la señora **Jenny Edilma Zapata Ballesteros**, es prueba común, tiene para señalar esta sala que:

En la sistemática del proceso acusatorio puede ocurrir que el juez decrete una misma prueba, bajo el presupuesto que contiene o aporta elementos tanto de cargo como de descargo, siempre y cuando se supere el juicio de pertinencia y utilidad. Ello significa que a los postulantes les corresponde indicar y demostrar los hechos que pretenden acreditar y la relación que tienen con los que son objeto de la causa, de no hacerlo dejará al funcionario judicial sin la posibilidad de realizar el juicio de pertinencia y utilidad deviniendo forzosa su inadmisión.

Es natural, entonces, que para demandar una prueba en común no basta repetir la pertinencia, necesidad o utilidad alegada por la Fiscalía, ni aducir que su objeto es hacer prevalecer la tesis contraria de quien la solicita, es deber legal, como con toda prueba, demostrar por lo menos su pertinencia, a fin de permitir al funcionario judicial verificar la conexión directa o indirecta que tienen los hechos que pretende acreditar o desvirtuar con los que son objeto de la causa o para enervar o acreditar la responsabilidad del acusado, además de la utilidad que puede ofrecer a la investigación, situación que como se indicó anteriormente, quedo zanjada por parte de la defensa, pues la pertinencia es distinta a la referida por parte del ente persecutor, razón por la cual en este caso es admisible esta prueba y es por ello que respecto a este testimonio y el de la señora **Zuluaga Arteaga, pues**

recordemos que por parte de la Fiscalía fue solicitada para dar su testimonio respecto de lo que conoció directamente del presunto abuso del que fue víctima su hija, diferente a lo solicitado por la defensa, toda vez que su pertinencia es respecto a su conocimiento de un proceso administrativo que se llevó a cabo por un presunto delito contra la libertad, integridad y formación sexual del cual fue víctima su hija por parte de su entonces padrastro, lo que evidencia la diferencia entre ambas solicitudes probatorias, razón por la que esta Sala revocara la decisión de la Juez de primera instancia y decretara para ser practicadas en audiencia de Juicio Oral, estos dos testimonios.

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,

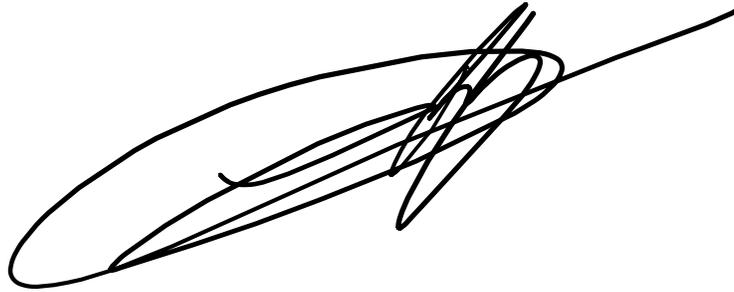
RESUELVE:

Primero: **REVOCAR PARCIALMENTE** la decisión adoptada por el Juzgado 4º Penal del Circuito de esta ciudad, durante la audiencia preparatoria, y en su lugar, se admiten los testimonios de **Jennifer Zuluaga Arteaga** y **Jenny Edilma Zapata Ballesteros**. En lo demás rige la decisión de la primera instancia.

Contra esta decisión no proceden recursos.

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