



***Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto
Sala Penal***

DERECHO A LA INTIMIDAD - No es absoluto, pudiendo verse limitado y afectado judicialmente en busca de los ideales supremos de verdad, justicia y reparación.

DERECHO A LA INTIMIDAD DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES – Constituye parte esencial de su desarrollo y formación, por lo cual merece 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.

DERECHO A LA INTIMIDAD DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES – NO ES ABSOLUTO: Los padres en cumplimiento de los deberes y obligaciones de protección y cuidado de sus menores hijos, 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, tal es el caso de la obtención de contenidos de chat de las redes sociales, para lo cual no se necesita que se cumpla con el procedimiento que se aplica para la búsqueda selectiva de base de datos e interceptación de comunicaciones.

AUDIENCIA PREPARATORIA - CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN PROBATORIA: Procede por la ilicitud o ilegalidad de los EMP y EF.

AUDIENCIA PREPARATORIA - EXCLUSIÓN DE PRUEBA POR ILICITUD EN SU OBTENCIÓN POR VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD – No procede.

No hay lugar a excluirse por ilícita la prueba relacionada con los chats de las redes sociales Facebook y Whatsapp a través de los cuales interactuaron la menor y el acusado y que fuera recaudada por la madre de la víctima, en tanto estos no fueron obtenidos con vulneración de derechos fundamentales como el de intimidad que ostentaban tanto la víctima como el procesado, pues no obstante tratarse de información privada, este derecho debe ceder en aquellos casos en que están de por medio los derechos de niños, niñas y adolescentes, quienes gozan de especial protección constitucional y legal, por lo cual frente a la facultad legal que les asiste a los padres de velar por sus derechos, para acceder a los contenidos e información de los sitios web no se requería de orden previa y control judicial posterior.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA DE DECISIÓN PENAL**

Magistrada Ponente : Dra. Blanca Lidia Arellano Moreno
Número Interno : 20577
Procesado : PKMJ
Proceso No. : 520016000487201600614-01
Delito : Acoso sexual Agravado
Aprobado : Acta No. 06 del 04 de marzo de 2019

San Juan de Pasto, once (11) de marzo de dos mil
diecinueve (2019)

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Se pronuncia la Sala respecto al recurso de apelación interpuesto por la defensa que representa al señor PKMJ, contra el auto del 22 de agosto de 2018, proferido en audiencia preparatoria por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Pasto (N), por medio del cual se negó la exclusión de la prueba relacionada con el contenido del chat de las redes sociales de Facebook y WhatsApp de la menor M.J.C.E., en el proceso que se surte en contra del precitado, a quien la Fiscalía acusa de la comisión del delito de Acoso sexual agravado.

1. ANTECEDENTES PROCESALES

El 9 de junio de 2017, la Fiscalía sesenta (60) Seccional Caivas de Pasto (N), presentó escrito de acusación en contra del señor PKMJ, atribuyéndole la comisión del delito de Acoso sexual agravado, tipificado en el artículo 210 A C.P., en calidad de autor material en modalidad dolosa, del cual se extracta que los hechos tuvieron su inicio en el mes de junio del año 2016, cuando la menor M.J.C.E., se encontraba jugando con su primo afuera de su casa y observó al acusado quien les compró unas “papas grandes”, para luego asediarla en varias ocasiones a través de invitaciones a comer que ella no aceptaba, o entregándole dinero o enviando mensajes a

través de la red social Facebook, lo que le generó temor, hasta que decidió poner al tanto de la situación a su madre, quien presentó la correspondiente denuncia.

El asunto fue asignado para la etapa de conocimiento al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pasto (N), despacho en el cual se adelantó la audiencia de formulación de acusación el 22 de noviembre de 2017.

Para continuar con el desarrollo del proceso, se convocó para audiencia preparatoria, el día 22 de agosto de 2018, en la cual se realizó el descubrimiento probatorio a cargo de la defensa, se enunciaron y solicitaron por parte de la Fiscalía y la defensa la práctica de diferentes pruebas, sobre las cuales la *a quo* resolvió su decreto, inadmisión o rechazo, según el caso.

Ahora, en lo que es motivo de disconformidad se tiene que la *a quo* no aceptó la solicitud de la defensa quien se opuso al decreto de la prueba de cargo relacionada con el chat que se obtuvo de las redes sociales de Facebook y WhatsApp, sobre la cual se alegó su ilicitud y por tanto su exclusión, al estimar que se obtuvieron con vulneración de derechos fundamentales como el de intimidad que ostentaban tanto la víctima como su prohijado, a la vez que tampoco se emitieron las autorizaciones a policía judicial para obtener información de las redes en mención y una vez logrado esto, presentar los resultados para el aval por parte de un Juez de Control de Garantías, como tampoco se sometieron a la cadena de custodia para evitar alteraciones.

2. DECISIÓN IMPUGNADA

La Jueza de primera instancia negó la solicitud de exclusión probatoria elevada por la defensa respecto de los chats que se obtuvieron por parte de la madre de la menor víctima a través de las redes sociales de Facebook y WhatsApp pertenecientes a ésta, ya que ella es quien la representa legalmente y actuó en *pro* de proteger a su hija, y como tal podía realizar estos actos con el consentimiento de la menor y presentarlos ante la Fiscalía.

Aclaró, que la situación hubiese sido muy diferente si las interceptaciones o búsqueda en base de datos se hubiesen realizado a personas sin el consentimiento, pues en este caso si es necesario agotar el procedimiento referido por el defensor, así entonces, el despacho no encuentra razón para considerar que esta prueba aportada por el titular de la acción penal sea ilícita o ilegal.

3. SUSTENTACIÓN DE LA IMPUGNACIÓN

Insistió la Defensa en la exclusión de la prueba relacionada con el contenido del chat de las redes sociales de Facebook y Whatsapp de la menor M.J.C.E., y su prohijado, pues sostuvo, que dicha prueba va en contra del derecho fundamental a la intimidad de su representado y de la víctima; además, refirió, que si bien la madre de la menor es quien interpuso la denuncia y es la representante legal, no por ello la autoriza para violar el derecho fundamental en mención, pues anunció, que para la obtención de dicha

prueba se debió aplicar el artículo 244 C.P.P., referente a la búsqueda selectiva en base de datos y el artículo 235 del C.P.P., relativo a la interceptación de comunicaciones.

Reclamó que la madre de la menor debió entregar la información relativa a las conversaciones de su acusado con la menor a las autoridades competentes, para que se extraiga y se someta a cadena de custodia.

Aseguró la defensa que al no cumplir con lo referido el recaudo de la prueba en estudio se encuentra contaminado y que no hay personal que le confirme que esta prueba no fue manipulada.

Citó la Sentencia SU – 159 de 2002 de la Corte Constitucional, para soportar lo dicho y mencionó que se le han vulnerado los derechos fundamentales a su prohijado, pues la obtención de la prueba en análisis no se hizo en debida forma.

Por lo anterior, solicitó se revoque la determinación de la primera instancia y admita su petición encaminada a la exclusión de la prueba relacionada con el contenido de chat de la red social Facebook y WhatsApp entre la menor M.J.C.E y su prohijado.

4. INTERVENCIÓN DE LOS NO APELANTES

4.1. Fiscalía:

Consideró que para el análisis debe traerse a colación la Sentencia del 4 de agosto de 2015 de la C.S.J. M.P., Dra. Patricia Salazar, en la que se determinó, que los padres en uso de la patria potestad y en busca de la protección de sus hijos menores pueden revisar las conversaciones o correos electrónicos bajo condiciones diferentes a las que cobijan a los demás asociados, además de que el control previo que exige la defensa no se aplica para este tipo de pruebas, por tratarse de una menor.

4.2. Representación de Víctimas:

Imploró se mantenga la decisión tomada en instancia, toda vez que debe de tenerse en cuenta que el delito que se investiga es una conducta punible cometida en contra de una menor de edad y que su madre es la representante legal, en todas las instancias y quien además solicitó sea asistida por la suscrita, quien fue asignada por la defensoría del pueblo.

Refirió, que ante la afectación psicológica de la menor quien más que su madre para protegerla ante el tipo de agresiones como las que se investiga, y es por ello, que la progenitora en conjunto con la menor acudieron a la Fiscalía General de la Nación para realizar la denuncia y aportar los elementos materiales probatorios para soportarla, entre ellos, los pantallazos de las conversaciones de Facebook y de Whatsapp de los cuales la defensa solicita la exclusión; en ese mismo sentido, esgrimió, que la madre no pudo haber violado la privacidad de su hija, pues fue precisamente la menor quien le informó sobre la conducta del acusado y quien

estuvo de acuerdo para la interposición de la predicha denuncia.

Por otra parte, aludió que el proceso penal requiere de varias etapas, como la de acusación, audiencia preparatoria y la audiencia de juicio oral, y que fue en la primera que se hizo el descubrimiento de los EMP con que contaba la Fiscalía y los cuales le fueron entregados al señor defensor para que en su oportunidad pueda recolectar elementos de prueba para controvertir o aclarar sus dudas, y en razón a ello, la defensa no puede aludir que se le están violando derechos fundamentales a su prohijado.

Así pues, pidió se mantenga la decisión de instancia tomada.

4.3. Intervención del Ministerio Público

Su intervención se centró en solicitar que no se dé curso a la apelación interpuesta por la defensa, para lo cual citó jurisprudencia de la C.S.J., referente a que las providencias o decisiones judiciales que decretan una prueba no admiten la interposición del recurso de apelación, en tanto que para el presente caso solo procedería el recurso de reposición.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1 COMPETENCIA

La Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 numeral 1° de la Ley 906 de 2004, es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto por la defensa en contra de la decisión emitida el 22 de agosto de 2018, por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pasto (N).

Se determina además que el tema de debate tiene que ver con el decreto de una prueba sobre la cual la defensa solicita su exclusión por calificarla de ilícita, tópico sobre el cual procede la alzada como así lo señala la CSJ en AP4812-2016, rad. 47469 y se reitera en AP708-2018, rad. 51774 del 21 de febrero de 2018, y que fue precisamente lo que explicó la juzgadora de primer nivel para desestimar la solicitud del Delegado del Ministerio Público, dirigida a que no se concediera el recurso.

Por otra parte, se debe precisar, que en aplicación del principio de competencia funcional en el recurso de apelación, la Sala solo se debe ocupar de los temas objeto de impugnación y a los inescindiblemente vinculados a estos, tal como lo explica la CSJ en SP 45223 del 20 de abril de 2016.

5.2 PROBLEMA JURÍDICO

La Sala se ocupará 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

M.J.C.E., y el acusado PKMJ, y que fuera obtenida por la madre de la menor.

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; iv) el derecho a la intimidad de los niños, niñas y adolescentes, (En adelante NNA); v) el concepto de base de datos e interceptación de comunicaciones; vi) Las redes sociales y vii) el caso en concreto.

5.3. FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y JURISPRUDENCIALES

5.3.1 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.

5.3.2 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.*

La jurisprudencia de la CSJ¹ ha fijado la regla de exclusión en los siguientes términos:

«En efecto, mayoritariamente se ha concebido por la doctrina nacional, extranjera y la jurisprudencia que la prueba ilícita es aquella que se ha obtenido o producido con violación de derechos y garantías fundamentales, género entre las que se encuentran las pruebas prohibidas. Ella puede tener su génesis en varias causalidades a saber:

(i) Puede ser el resultado de una violación al derecho fundamental de la dignidad humana (art. 1º Constitución Política), esto es, efecto de una tortura (arts. 137 y 178 C. Penal), constreñimiento ilegal (art. 182 C.P.), constreñimiento

¹ CSJ SP, 31 julio. 2009, rad. 30838

para delinquir (art. 184 C.P.) o de un trato cruel, inhumano o degradante (art. 12 Constitución Política).

(ii) Así mismo la prueba ilícita puede ser consecuencia de una violación al derecho fundamental de la intimidad (art. 15 Constitución Política), al haberse obtenido con ocasión de unos allanamientos y registros de domicilio o de trabajo ilícitos (art. 28 C. Política, arts. 189, 190 y 191 C. Penal), por violación ilícita de comunicaciones (art. 15 C. Política, art. 192 C. Penal), por retención y apertura de correspondencia ilegales (art. 15 C. Política, art. 192 C. Penal), por acceso abusivo a un sistema informático (art. 195 C. Penal) o por violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial (art. 196 C. Penal).

(iii) En igual sentido, la prueba ilícita puede ser el efecto de un falso testimonio (art. 442 C. Penal), de un soborno (art. 444 C. Penal) o de un soborno en la actuación penal (art. 444 A C. Penal) o de una falsedad en documento público o privado (arts. 286, 287 y 289 C. Penal).

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, 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].»²

La anterior 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.

² CSJ SP, 23 jun. 2012, rad. 37434; 26 oct. 2011, rad. 37432; y 23 abr. 2008, rad. 24102

5.3.3 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 que ya hemos citado - radicado No. 42307 de 2015 - y que sirve de guía en el presente asunto por la similitud de los problemas jurídicos abordados, 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”.

5.3.4 El derecho a la intimidad de los niños, niñas y adolescentes

Los diferentes instrumentos jurídico legales en el plano internacional, en su conjunto reconocen el derecho a la intimidad de los NNA, 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.³

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 NNA 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.

³ Artículo 1 de la Ley 1098 de 2006

Sin embargo, pese a esa superioridad reconocida constitucionalmente, el derecho fundamental a la intimidad de los NNA 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».*⁴

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 NNA durante su proceso de formación.

⁴ CC C-1003/07

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 tesis, la Sala manifiesta que si bien los NNA 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.

5.3.5 Las bases de datos e interceptación de comunicaciones de los sistemas de información

Como la defensa apelante reclama la aplicación de los artículos 235 y 244 de la Ley 905 de 2004, relativos, el primero a la interceptación de comunicaciones, y el segundo a la búsqueda selectiva en base de datos, es importante establecer en qué consiste uno y otro para determinar luego si

los mensajes obtenidos a través del chat de WhatsApp y la red social de Facebook, requieren de tales actuaciones y controles.

En cuanto al artículo 244 la Corte Constitucional en su sentencia C-336 de 2007, explicó que las bases de datos que se incluyen en dicha norma son *“sistemas de acopio de información efectuada en desarrollo de una actividad profesional o institucional de tratamiento de datos que se articulan en los llamados bancos de datos o centrales de información, que son administrados por instituciones o entidades públicas o privadas sometidas a ciertos principios jurídicos, con el fin de garantizar la armonía en el ejercicio de los derechos fundamentales de diversos actores (titulares, usuarios y administradores) que intervienen en el proceso de recopilación, procesamiento, almacenamiento, control y divulgación de datos personales”*.

Concepto que fue acogido por la CSJ en el radicado No. 42307 de 2015, para explicar que en el mismo no se incluyen las cuentas personales de correos electrónicos como tampoco los sistemas informáticos creados por el usuario que como particular no ejerce la actividad de recolección y organización de información de manera técnica, habitual o institucional.

Por lo anterior, explica la Corte que la obtención de información de los correos electrónicos que son una clase de correspondencia, tampoco comporta un hallazgo susceptible de ser calificado como el resultado de una búsqueda selectiva en base de datos.

Sin embargo, aclara la Corte, no se puede desconocer que la información privada que se transmite en los correos electrónicos, es de carácter privado o íntimo, y requiere de orden previa para su revisión y control judicial posterior, lo cual explica en los siguientes términos:

2.5.2. De todas maneras y como ya se dejó acotado, se debe mantener presente que la información privada que fluye en el correo electrónico de una persona, está protegida constitucional y legalmente, supuestos en los que para acceder a ella, en orden a aportarla como elemento material de prueba, para su validez, se requiere de la orden previa de un delegado de la Fiscalía General de la Nación y el posterior control de legalidad de la diligencia y sus hallazgos ante un juez de garantías.

Sin embargo, existen casos excepcionales que por sus particularidades deben ser observados desde una óptica diferente, como ocurre cuando el titular de la cuenta de correo electrónico e-mail es un niño, niña o adolescente, respecto de quienes como ya se acotó, por mandato constitucional y legal, la familia, la sociedad y el Estado les deben ofrecer especial protección, tienen la obligación de asistirlos y protegerlos para garantizarles su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos⁵, sin que los padres, en cumplimiento de estos cometidos, requieran de la autorización de autoridad alguna para acceder a los contenidos e información de los sitios web que los menores frecuentan.

5.3.6. Las redes sociales

En la modernidad de la vida, resulta inane pretender aislar a las nuevas generaciones del contacto virtual, la interacción y comunicación cada vez más impersonal que utiliza medios como el whatsapp, el Facebook, Instagram,

⁵ Artículos 44 y 45 de la Constitución Política.

etc., lamentablemente, estos nuevos estilos 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 delitos.

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 Montevideo⁶, referidas a la protección de los datos personales y la vida privada en la 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.»

⁶ Realizado en Montevideo, Uruguay, durante los días 27 y 28 de julio de 2009.

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.»

5.3.7. El caso en 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 M.J.C.E., 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 búsqueda selectiva de base de datos e interceptación de comunicaciones, el recurrente considera que se trata de una prueba “*ilegal e ilícita*” dada la afectación del derecho fundamental a la intimidad de la víctima y su prohijado.

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 sobreponer su deber de protección

hacia su hija, por encima del derecho a la intimidad de la última.

En tal afán y una vez sopesadas las alternativas, extrajo 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.

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 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 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 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.

También vale la pena precisar que aunque la Sala presenta el anterior análisis, no significa que le asista legitimidad a la defensa para reclamar una protección del derecho a la intimidad de que es titular la menor de edad

víctima, aunque sí lo puede adelantar lo propio respecto de su prohijado.

Y en este punto, precisamente, la defensa alega que se presenta una afectación del derecho a la intimidad del acusado, pero 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 M.J.C.E. decidió informar a su madre de los asedios y persecuciones que le generaban malestar, y 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 con PKMJ y proceder a instaurar la denuncia ante la Fiscalía.

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.

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 M.J.C.E., y el acusado PKMJ, y que fuera obtenida por la madre de la menor.

En consecuencia, se confirma en su integridad la decisión adoptada por la funcionaria de primera instancia, la que como se pone en evidencia es totalmente ajustada a derecho.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión del 22 de agosto del 2018 emitida por el JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO DE PASTO, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Devuélvase el expediente al Despacho de origen para que se continúe con el trámite legal correspondiente.

TERCERO: La presente decisión se notifica en estrados y se informa que contra la misma no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

BLANCA LIDIA ARELLANO MORENO

Magistrada

SILVIO CASTRILLÓN PAZ

Magistrado

FRANCO SOLARTE PORTILLA

MAGISTRADO

MIGUEL ÁNGEL SÁNCHEZ ACOSTA

Secretario