El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

**TEMAS: EXCLUSIÓN PROBATORIA / CONVERSACIONES EN REDES SOCIALES / PREVALENCIA DE LOS DERECHOS DE LOS MENORES DE EDAD / PRINCIPIO DE AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA / RENUNCIA TÁCITA A DICHA FACULTAD.**

… el eje de la controversia gira en torno a determinar si la Fiscalía, a fin de evitar una vulneración del Derecho a la intimidad del Procesado, para poder obtener la información consignada en el teléfono celular de la víctima, inicialmente debió pedirle la debida autorización a los Jueces que cumplen funciones de control de garantías. Lo que en sentir del recurrente no aconteció, y en consecuencia tal falencia tornaba en ilegal las aludidas pruebas documentales descubiertas por la Fiscalía. (…)

… para la Sala no es atinada la solución dada por el Juzgado A quo a la problemática planteada por el recurrente, porque si bien es cierto que acorde con la jurisprudencia no existe vulneración alguna del derecho a la intimidad en aquellos eventos en los cuales la víctima de un delito, para preconstituir la prueba del mismo, decide grabar de manera subrepticia las conversaciones que sostiene con el sujeto agente, de igual manera no se puede desconocer que tal facultad que detenta el agraviado solo está circunscrita para aquellos eventos en los cuales el agraviado está siendo víctima de una amenaza delictiva actual e inminente, mas no cuando ya tuvo ocurrencia o se encuentra consumada. (…)

Pese a lo anterior, la Sala considera que en el presente asunto no era necesario que la Fiscalía acudiera a los Jueces de Control de Garantías para obtener las autorizaciones del caso que le permitieran extraer la información consignada en el teléfono móvil celular aportado por los representantes legales de la víctima, y en consecuencia dichos medios de conocimiento no podían ser tachados de ilegales por haberse vulnerado el derecho a la intimidad del Procesado.

Para llegar a la anterior conclusión es de anotar, como atinadamente lo expuso el representante del Ministerio Público, que en el presente asunto se está en presencia de una tensión habida entre dos derechos fundamentales, como lo son el derecho a la intimidad del Procesado y el derecho que tiene la victima a la justicia y a la verdad. Por lo que para resolver dicha tensión, se debe acudir a los postulados que orientan el principio de proporcionalidad, en especial en lo que atañe con el subprincipio conocido como de la estricta proporcionalidad, el que, en muchas ocasiones, tiene por finalidad la de establecer cual de los derechos fundamentales en conflicto tiene mayor jerarquía frente al caso específico. Y como quiera que la víctima es un menor de edad, acorde con las disposiciones del inciso final del artículo 44 de la Carta, que consagran el principio “Pro infans”, es obvio que los derechos del agraviado, por su condición de niño, deben tener prelación sobre los derechos del Procesado. (…)

… la Sala considera que en aquellos eventos en los cuales los ciudadanos, mediante el uso de las redes sociales, de manera consciente y voluntaria, han sostenido un intercambio epistolar con otra persona, de manera tácita han renunciado a la facultad que tienen de disponer o de controlar la información suministrada a sus interlocutores, quienes, acorde con sus principios morales, pueden disponer de ella como a bien les plazca, por haberse constituido en una especie de custodio o de guardián de esa aludida información intima o confidencial.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**AUTO INTERLOCUTORIO DE 2ª INSTANCIA**

Aprobado por acta No.347 del 04 de abril de 2019. H: 11:40 a.m.

Pereira, cinco (05) de abril de dos mil diecinueve (2019)

Hora: 9:13 a.m.

Procesado: JAGG

Delito: Actos sexuales con menor de 14 años

Rad: # 660016000036 2014 04875 01

Asunto: Apelación auto que ordenó la práctica de unas pruebas redargüidas de ilegales por la Defensa.

Decisión: Confirma auto recurrido

**VISTOS:**

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del procesado **JAGG** en contra de una decisión proferida el 28 de febrero de los corrientes, por parte del Juzgado 7º Penal del Circuito de esta localidad, durante el devenir de la audiencia preparatoria, adelantada con ocasión del proceso penal que se sigue en contra del arriba mencionado por la presunta comisión del delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años.

**ANTECEDENTES:**

Del contenido del escrito de acusación presentado por el Delegado de la Fiscalía, se desprende que en año 2011 el menor YGJ, quien para la época contaba con 10 años de edad, regresó de España en compañía de su familia a vivir en esta municipalidad en el barrio Galán, en el inmueble ubicado en la manzana 4, casa 18. De otro lado, se dice que el señor JAGG también llegó procedente del país Ibérico a esta ciudad con la intención de disfrutar de unas vacaciones que estuvieron comprendidas en el periodo del 03 de diciembre del 2011 hasta el 28 de enero del año siguiente.

El señor JAGG y la familia del menor compartieron parte de sus vidas en España, razón por la cual él gozaba de plena confianza por parte de los mismos, teniendo por ello la oportunidad de estar con el menor a solas en su residencia, donde, de acuerdo a lo contado por niño, le hizo propuestas de tipo sexual entre las cuales, descolla la felación que en una noche le practicó el menor agraviado al aludido personaje.

**SINOPSIS DE LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. De conformidad con el contenido del expediente allegado, se constató que el encausado al momento de ser requerido para el inicio de las audiencias preliminares dentro del presente asunto se encontraba privado de la libertad por cuenta de otro proceso, por consiguiente, el 12 de diciembre de 2017 ante el Juzgado 78 Penal Municipal, con Función de Control de Garantías, de Bogotá D.C, se le formuló imputación al señor JAGG por haber incurrido en la presunta conducta descrita en el artículo 208 del C.P., y con la circunstancia de agravación punitiva establecida en el artículo 211, # 2º, de esa misma disposición. El imputado manifestó no aceptar los cargos.
2. Presentado el escrito de acusación, el conocimiento de la actuación le correspondió al Juzgado 7º Penal del Circuito de esta ciudad, ante el cual, luego de unos aplazamientos, tuvo lugar la audiencia de formulación de la acusación el 15 de agosto de 2018.
3. El 28 de febrero de 2019 se celebró la audiencia preparatoria, diligencia en la cual las partes realizaron su respectiva enunciación y ofrecimiento de los elementos que pretenden llevar a juicio, empero, el Letrado que representa los intereses del señor JAGG solicitó el rechazo del informe pericial de clínica forense Nº UBCAIVAS-DSRS-00861- 2014 del 08-08-14 (sexológico) realizado por la médico del I.N.M.L.C.F, Dra. TANYA ARGENTINA MESA PARRA, en virtud a que según el defensor, dentro del informe, la profesional rindió un extenso concepto de valoración psicológica que no es compatible con el tipo de análisis que se estaba realizando, además de que la profesional citada no tiene tal calidad de psicóloga. De otro lado, el Defensor requirió la exclusión de las transliteraciones de comunicaciones vía *whatsapp* realizada por la perito FLOR MARINA TANGARIFE, las cuales se encuentran en un disco compacto anexo al informe de Investigador de Laboratorio del 14-08-14, elaborado por el perito GABRIEL SALAMANCA.
4. En ese orden de ideas el titular del Despacho después de ordenar un receso de la diligencia, decidió admitir todos los elementos ofrecidos por el Ente Acusador por encontrarlos pertinentes, conducentes y útiles, no obstante, aclaró que en contra de la decisión de rechazo solo procedía el recurso de reposición y frente a la exclusión el de apelación. Así las cosas, el defensor interpuso solo el recurso de apelación en contra de la decisión de no excluir las transliteraciones de las conversaciones vía *whatsapp*, arriba señaladas.

**EL AUTO OPUGNADO:**

Como ya se dijo, se trata de una providencia interlocutoria proferida en las calendas del 28 de febrero de 2019 por parte del Juzgado 7º Penal del Circuito de esta localidad, en la cual se accedió a las solicitudes probatorias deprecadas por la Fiscalía entre ellas, las transliteraciones realizadas por la perito FLOR MARINA TANGARIFE, quien acudirá al juicio en tal calidad. De las conversaciones vía *whatsapp* extraídas del teléfono celular del menor víctima, aparato que fue entregado voluntariamente por la progenitora de la misma a la Fiscalía, la cual, a través del investigador del C.T.I. GABRIEL SALAMANCA, extrajo la información, y quien además fungiría como testigo de acreditación en sede de juicio oral.

Los argumentos expuestos por el Juzgado *A quo* para proceder en tal sentido, consistieron en aducir que tratándose de información relativa a lo reglado por el artículo 236 del C.P.P. efectivamente era necesario ejercer control de legalidad sobre la incautación y obtención de la información, trámite al que no se había refirió la Fiscalía, pero como el asunto se trató de una circunstancia particular, porque fue la propia víctima la que entregó el celular a la Fiscalía para que accediera a la información habida en su interior, se preguntó entonces el Juez de primera instancia, dando aplicación a las reglas de los allanamientos, por tratarse de una entrega voluntaria por parte de la víctima, ¿si era necesario ejercer control posterior de legalidad sobre lo hallado en el teléfono? Ante lo cual adujo que en primera medida sí, pero aclarando que para ello había que hacer una análisis frente al derecho a la intimidad que resguarda ese artículo 236 del Estatuto Procesal Penal, y citando el proveído de la Corte Suprema de Justicia con radicado # 42307 del año 2015, indicó que cuando es la víctima quien entrega voluntariamente la información, el derecho a la intimidad no se ve afectado, situación que podría tornarse diferente si en sede de juicio oral se demuestra que hubo alguna situación que vició la voluntad de la víctima, es decir, que se demostrara que se obligó a la agraviada a entregar la información, pero siendo el caso en concreto que la propia madre de la víctima entregó el aparato celular, renunciando ella misma a ese derecho a la intimidad, para de esa manera coadyuvar a la investigación.

De otro lado, señaló el Juez de primer nivel que frente a los argumentos esbozados por la defensa que atacaban el contenido de las conversaciones, haciendo referencia a que en las mismas no hay nada relativo a los hechos materia de investigación, es una situación que necesariamente debe ser verificada en juicio oral, pues para ese Juzgador resultaba relevante revisar el contenido de las conversaciones de marras, en aras a determinar la responsabilidad penal del Procesado, por lo tanto, manifestó que no accedería a las pretensiones requeridas por el Letrado.

Inconforme con la decisión referenciada, la Defensa interpuso recurso de apelación.

**LA APELACIÓN:**

La Defensaconsideró que como quiera que el Juez *A quo* en la etapa procesal en la que se encuentra el proceso no puede valorar los medios de prueba allegados, solicitó que en sede de segunda instancia sea conocido y valorado el contenido de las transliteraciones de las conversaciones vía whatsapp sostenidas entre la víctima y el Procesado, manifestando además que su inconformidad no se halla en la forma en como se extrajo u obtuvo la información, pues para él está claro que tratándose la víctima de un menor de edad, su progenitora tiene la potestad de actuar como representante legal de la misma, por lo tanto, su discrepancia se centra en determinar si el contenido de esa información que se pretende llevar a juicio por parte de la Fiscalía, afecta sí o no la intimidad de su representado, por tratarse de información delicada.

De otro lado, aludió que Él conoce el contenido de las conversaciones citadas, y en ellas no se halla “*absolutamente nada sobre los hechos materia de investigación”*, es decir, que ese contenido carece de pertinencia, pero fundamentalmente y como ya se dijo, expresó que viola el derecho a la intimidad que atañe a su representando; de esa manera solicitó sea revocada la decisión de primera instancia y en su lugar se excluya el elemento.

**LAS RÉPLICAS:**

1. La Fiscalía como no recurrente, solicitó la confirmación de la decisión de primera instancia, en atención a que en las conversaciones sí dan cumplimiento a lo establecido en el artículo 375 del CPP, por lo siguiente: I) La pertinencia está relacionado no solo por la relación directa o indirecta de los hechos jurídicamente relevantes. II) los temas que contienen las conversaciones están relacionados con situaciones que tienen que ver con los hechos descritos en la acusación, es decir, con el posible abuso sexual a un menor de edad, que son circunstancias que hacen más probable la conducta delictiva, puesto que el “*acusado a través de las conversaciones, da las disculpas, de lo que manifestó en relación con los hechos a la mamá*”, evidentemente tiene relación con los mismos.

Ahora frente a la forma en como se obtuvieron las conversaciones, manifestó el delegado Fiscal que es un tema que se encuentra debidamente decantado por la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, en el sentido de que la víctima puede realizar las grabaciones de sus propias conversaciones, sin embargo en el presente asunto la víctima es una menor de 18 años, pero la información fue aportada por una persona mayor de edad que en este caso es la progenitora y representante legal de la menor. En esas conversaciones el Procesado sostuvo diálogos relacionados con hechos directos e indirectos con la acusación que pueden ser de trascendencia para el juicio, lo que avalaba, según la jurisprudencia, para que la representante del menor pudiera realizar las grabaciones a través del medio que ella consideró en ese momento adecuado, puesto que se hicieron por un medio de comunicación como whatsapp, donde quedó grabado el contenido y permitieron su extracción por medio del Técnico en Informática Forense del C.T.I. GABRIEL SALAMANCA.

De esa manera consideró el no recurrente que no existe vulneración alguna al derecho a la intimidad del encausado, debido a que a su consideración al momento en que el señor JAGG realizó tales manifestaciones a la víctima, a su vez estaba renunciando a ese derecho.

1. El Ministerio Público como no recurrente,adujo que en su sentir existen dos problemas jurídicos: el primero tiene que ver con determinar si la sustentación del recurso de apelación presentando por parte del defensor cumple con lo dispuesto en el artículo 178 del C.P.P. en virtud de que la exclusión del medio de convicción en discordia se realiza bajo el entendido de que en el contenido de las conversaciones no hay nada de interés para el proceso, sin embargo, a su vez adujo el recurrente que se vulnera el derecho a la intimidad de su representado, situación que no resulta coherente, puesto que el indicar si se está vulnerando una garantía como lo es el derecho a la intimidad, es porque el contenido si tiene algo, de tal modo que con los argumentos se está afectando el principio de no contradicción. Por lo tanto, solicitó el Delegado del Ministerio Público que en atención a las contradicciones esbozadas por la parte recurrente en sus argumentos para rechazar la inclusión del elemento, no debe considerarse como una sustentación del recurso de apelación, ante lo cual cita la sentencia emanada por la Corte Suprema de Justicia con radicado # 50560 del 02 de agosto del 2017, y en consecuencia, solicita por indebida sustentación declarar insuficiente el recurso, mas no desierto, y esa esa manera no darle trámite a la apelación.

En igual sentido expuso el representante del Ministerio Público que en caso de que la segunda instancia considere darle trámite al recurso, se tenga en cuenta que aunque el impugnante no lo trató de esa manera el asunto traído a colación, se trata por un lado del derecho fundamental estipulado en el artículo 29 de la Constitución Nacional, y desarrollado por el artículo 8 del CPP que le asiste a todo individuo, además del artículo 9 de la Carta Magna que en igual sentido es de pertenencia de todas las personas, pero de otro lado deviene otro derecho de relevancia, como lo es el de los menores a no ser víctima de delitos en contra de su formación sexual, es decir, que debe realizar un test de ponderación, en donde se enfrentan los derechos del menor víctima y el de la intimidad del Procesado, situación que en su sentir es evidente que el derecho que debe prevalecer es el del menor, puesto que nadie puede resguardarse en el derecho a la intimidad para cometer delitos. Así que si del contenido de las conversaciones se obtiene una aceptación tácita o de otra índole, no se puede desconocer por aplicación del derecho que reclama el apoderado del encausado, de esa manera, solicitó sea confirmada la decisión de primera instancia.

1. El apoderado de víctima, adujo que apoya los argumentos expuestos por el representante del Ministerio Público, por lo cual solicitó que en caso de dársele en primera medida trámite al recurso de apelación, se confirme la decisión de primera instancia.

**PARA RESOLVER SE CONSIDERA:**

**- Competencia:**

Esta Sala de Decisión, acorde con lo consagrado en el numeral 1º del artículo 34 del C.P.P. es la competente para resolver la presente alzada, en atención a que estamos en presencia de un recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado de manera oportuna en contra de un auto proferido en primera instancia por un Juzgado del Circuito que hace parte de este Distrito judicial.

**- Problemas Jurídicos:**

Del contenido de lo expuesto tanto por el recurrente como por los no apelantes, la Sala es de la opinión que se desprenden los siguientes problemas jurídicos principales y colaterales:

¿La providencia confutada, por tratarse de un auto que ordenó la práctica de pruebas, era susceptible del recurso de apelación?

¿Se satisface o no con el presupuesto de la sustentación adecuada de la alzada, como primer aspecto de procedibilidad para que la Colegiatura adquiera competencia en torno a un pronunciamiento de fondo?

¿Con la obtención, sin la debida autorización de un Juez de Control de Garantías, de las pruebas documentales relacionadas con las conversaciones vía *whatsapp* extraídas del teléfono celular del menor víctima, se incurrió en una violación del derecho de la intimidad del procesado JAGG, lo que conllevó para que dichas pruebas deban ser consideradas como ilegales, y por ende susceptibles de ser excluidas del proceso?

**- Solución:**

Acorde con los problemas jurídicos que de manera colateral han surgido en el presente asunto como consecuencia del recurso de alzada interpuesto por la Defensa, según los postulados del principio de la *prelación*, se torna como deber de la Colegiatura el superar previamente esos problemas jurídicos, los cuales se erigen como unos escollos que obstaculizan la competencia funcional que le asistiría a la Sala para poder fungir como Jueces *Ad quem.*

Por lo tanto, inicialmente la Colegiatura determinará si la providencia opugnada es susceptible del recurso de apelación, y sobre ese tópico se dirá que sí lo es, porque si bien es cierto en un principio se podría pensar que se está en presencia de una controversia surgida como consecuencia de la admisión de una prueba documental, lo que, acorde con la línea jurisprudencial trazada por la Corte[[1]](#footnote-1), incidiría para que esa decisión no sea susceptible del recurso de alzada.

Pero, pese a ser cierto lo anterior, al hacer un análisis más a fondo de la controversia, la Sala observa que el verdadero meollo de la misma gira en torno a la decisión del Juzgado de primer grado de no acceder a una petición de exclusión probatoria deprecada por la Defensa de unas pruebas documentales descubiertas por la Fiscalía, que contienen unas conversaciones vía *whatsapp* sostenidas entre el acusado y los parientes de la víctima, las cuales han sido redargüidas de ilegales por la Defensa porque se le vulneró al Procesado el derecho a la intimidad en el procedimiento de obtención de esos medios de conocimiento, el cual no fue sometido a los controles del caso por parte de los Jueces de Control de Garantías.

Tal novedad, tornaría a la providencia opugnada mediante el recurso de apelación que en su contra ha sido interpuesto por la Defensa, acorde con la línea de pensamiento que de vieja data tiene esta Colegiatura[[2]](#footnote-2), la cual ha sido de la opinión consistente en aseverar que en aquellos eventos en los que la controversia probatoria gira en torno a eventuales vulneraciones de derechos y garantías fundamentales, las decisiones que se tomen en tal sentido sÍ serían susceptibles del recurso de apelación, razón por la cual, se puede decir que frente a tales eventos no son absolutas ni taxativas las hipótesis consignadas en los artículos 20, 176, 177 y 359, inciso 3º, del C.P.P. que limitan la procedencia del recurso de apelación interpuesto en contra de providencias interlocutorias.

Superado el anterior escollo respecto a que la providencia opugnada si era susceptible de ser impugnada mediante el recurso de apelación, el tópico que nos corresponde ahora determinar es si el recurrente cumplió o no con la carga procesal que le asistía de sustentar de manera adecuada el aludido recurso vertical, requisito este que para la Sala se encuentra satisfecho, pese a que como bien lo adujo el representante del Ministerio Público, el apelante fue un tanto contradictorio en sus alegaciones[[3]](#footnote-3), puesto que además de tildar de ilegal la prueba documental descubierta por la Fiscalía, también cuestionó su admisibilidad al aseverar que la misma era irrelevante y superflua. Pero, pese a ello, la Sala no puede desconocer que el apelante al sustentar la tesis de su inconformidad, expuso las razones de hecho y de derecho por las cuales consideraba que la prueba descubierta debía ser excluida, porque en su sentir al Procesado se le vulneró, con la obtención de dicha prueba, el derecho a la intimidad, ya que la información extractada del teléfono móvil de la víctima no fue autorizada por los Jueces de Control de Garantías.

Siendo así las cosas, la Sala concluye que el apelante sí cumplió con la obligación que le asistía de sustentar en debida forma el recurso de alzada, lo cual a su vez habilitaría a la Colegiatura, según los postulados de la competencia funcional, para pronunciarse de fondo frente al aludido recurso de apelación interpuesto por la Defensa.

Ahora, en lo que tiene que ver con la solución que se le ha de dar al problema jurídico principal, vemos que el eje de la controversia gira en torno a determinar si la Fiscalía, a fin de evitar una vulneración del Derecho a la intimidad del Procesado, para poder obtener la información consignada en el teléfono celular de la víctima, inicialmente debió pedirle la debida autorización a los Jueces que cumplen funciones de control de garantías. Lo que en sentir del recurrente no aconteció, y en consecuencia tal falencia tornaba en ilegal las aludidas pruebas documentales descubiertas por la Fiscalía.

Como bien es sabido, el Juzgado de primer nivel no accedió a la petición de exclusión probatoria deprecada por la Defensa, al aducir que no tuvo ocurrencia una vulneración del derecho a la intimidad, debido a que la víctima entregó voluntariamente la información que posteriormente fue extraída del teléfono móvil.

Pero para la Sala no es atinada la solución dada por el Juzgado *A quo* a la problemática planteada por el recurrente, porque si bien es cierto que acorde con la jurisprudencia no existe vulneración alguna del derecho a la intimidad en aquellos eventos en los cuales la víctima de un delito, para preconstituir la prueba del mismo, decide grabar de manera subrepticia las conversaciones que sostiene con el sujeto agente, de igual manera no se puede desconocer que tal facultad que detenta el agraviado solo está circunscrita para aquellos eventos en los cuales el agraviado está siendo víctima de una amenaza delictiva actual e inminente, mas no cuando ya tuvo ocurrencia o se encuentra consumada.

Frente a lo anterior, la Corte se ha expresado en los siguientes términos:

“En ese contexto, acorde con la línea jurisprudencial citada, constituyen elementos esenciales para establecer en qué casos una grabación elaborada por un particular, sin orden judicial, puede tener validez al interior de un proceso penal: i) si se realiza directamente por la víctima de un delito o con su aquiescencia; ii) si capta el momento del accionar criminoso y, iii) si tiene como finalidad preconstituir prueba del hecho punible, presupuestos que deben concurrir simultáneamente…”[[4]](#footnote-4).

En el caso *subexamine,* pese a que desconocemos el contenido de las conversaciones epistolares que mediante la red social *whatsapp* sostuvo el acusado con los parientes de la víctima, de igual manera se tiene que acorde con lo dicho en la audiencia por la Fiscalía, se puede colegir que su contenido tenía que ver con una supuesta admisión, que de manera implícita o tácita, el Procesado hizo de los hechos delictivos presuntamente enrostrados en su contra. Lo cual nos hace concluir que no se está en presencia de la comisión de un hecho delictivo actual e inminente, sino de algo que ya pasó o sucedió; lo que a su vez en un principio inhabilitaría para que la víctima, acorde con la aludida doctrina jurisprudencial emanada de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, pudiera hacer uso a su antojo de las conversaciones entabladas con el Procesado.

Pese a lo anterior, la Sala considera que en el presente asunto no era necesario que la Fiscalía acudiera a los Jueces de Control de Garantías para obtener las autorizaciones del caso que le permitieran extraer la información consignada en el teléfono móvil celular aportado por los representantes legales de la víctima, y en consecuencia dichos medios de conocimiento no podían ser tachados de ilegales por haberse vulnerado el derecho a la intimidad del Procesado.

Para llegar a la anterior conclusión es de anotar, como atinadamente lo expuso el representante del Ministerio Público, que en el presente asunto se está en presencia de una tensión habida entre dos derechos fundamentales, como lo son el derecho a la intimidad del Procesado y el derecho que tiene la victima a la justicia y a la verdad. Por lo que para resolver dicha tensión, se debe acudir a los postulados que orientan el principio de proporcionalidad, en especial en lo que atañe con el subprincipio conocido como de la *estricta proporcionalidad,* el que, en muchas ocasiones, tiene por finalidad la de establecer cual de los derechos fundamentales en conflicto tiene mayor jerarquía frente al caso específico. Y como quiera que la víctima es un menor de edad, acorde con las disposiciones del inciso final del artículo 44 de la Carta, que consagran el principio *“Pro infans”,* es obvio que los derechos del agraviado, por su condición de niño, deben tener prelación sobre los derechos del Procesado.

Lo antes expuesto, nos hace concluir que al ponderar los derechos fundamentales en conflicto acorde con los postulados del aludido principio de la proporcionalidad, deben primar los derechos de la víctima a la verdad y a la justicia sobre el derecho a la intimidad que el Procesado tendría frente a la información contenida en el teléfono celular que los parientes del menor agraviado le entregaron a los investigadores del Ente Acusador.

De igual manera, la Sala no puede desconocer que existe una derivación del derecho a la intimidad, consagrado en el artículo 15 de la Carta, que ha sido denominada como *“el principio de la autodeterminación informativa”,* el cual funge como una especie de complemento del derecho al *habeas data,* que consagra la facultad que le asiste a las personas de poder ejercer un control de disposición respecto de las informaciones que se refieren a su persona o a su familia y que se encuentren contenidas en bases de datos, sean estas públicas o privadas[[5]](#footnote-5), para impedir que estas sean ventiladas públicamente de manera incorrecta o indebida.

Sobre este principio, la jurisprudencia constitucional, en algunos eventos relacionados con la vulneración del derecho a la intimidad, se ha expresado de la siguiente manera:

“Los derechos mediante los cuales se protege la privacidad de individuos y familias operan de manera distinta, dependiendo de si sólo se pretende proteger frente a la intromisión de terceros, o si además se quiere impedir la exteriorización o difusión no autorizadas de aspectos de su vida. Aun cuando en los dos casos se protege la libertad individual, en el primero, el ámbito de protección tiene un carácter general, como facultad de actuar en privado sin la interferencia de terceros. En el segundo, la protección se extiende a un campo específico de la libertad: la autodeterminación informativa….”[[6]](#footnote-6).

Por lo tanto, si la autodeterminación informativa tiene como finalidad esencial la de proteger la posibilidad que detentan los ciudadanos de disponer de la información contenida en una base datos, o el impedir, cuando lo considere pertinente, que la misma no sea difundida a otras personas, la Sala considera que en aquellos eventos en los cuales los ciudadanos, mediante el uso de las redes sociales, de manera consciente y voluntaria, han sostenido un intercambio epistolar con otra persona, de manera tácita han renunciado a la facultad que tienen de disponer o de controlar la información suministrada a sus interlocutores, quienes, acorde con sus principios morales, pueden disponer de ella como a bien les plazca, por haberse constituido en una especie de custodio o de guardián de esa aludida información intima o confidencial.

Así tenemos, a modo de ejemplo, que cuando una persona, al hacer uso de las redes sociales, de manera voluntaria, ha intercambiado con otra persona fotográficas íntimas o ha confesado sus cuitas, es obvio que de manera tácita ha renunciado a su derecho a la intimidad, en especial en el aspecto de poder controlar el contenido de esa información privada, la cual, se reitera, de manera consciente ha sido puesta en manos de su interlocutor, quien, como ya se dijo, por su condición de confidente, puede disponer de la misma, acorde con su leal saber y entender.

Luego, de ser cierto que en el caso en estudio, cuando el Procesado JAGG de manera consciente y voluntaria, mediante un intercambio de mensajes de textos remitidos a las víctimas por la red social *Whatsapp*, decidió confesar, ya sea tácita o expresamente sus delincuencias, acorde con lo dicho hasta ahora, es claro que renunció a su derecho a la intimidad, en la aludida modalidad de poder controlar o de disponer de esa información. Y en consecuencia, tal información que en un principio se podría catalogar como privada, podía ser utilizada por sus interlocutores, para los fines que consideraran pertinentes, como bien aconteció en el caso en estudio, en donde los representantes legales del menor agraviado decidieron poner a disposición de la Fiscalía el teléfono móvil celular en cuyos archivos se encontraban consignados los *chats* que el Procesado intercambió con Ellos.

Por otra parte, no está de más anotar que la anterior solución no es absoluta, ya que en el evento de que en el devenir del juicio se logre demostrar que el procesado JAGG fue inducido o sonsacado aviesamente por sus interlocutores para que confesara *sus faltas*, se tiene que puede estar en presencia de una hipótesis de *entrampamiento*, la que repercutiría de manera negativa en la legalidad de las evidencias obtenidas mediante esa estrategia *non sancta*, ya que las mismasdeben ser considerados como ilícitas, por vulnerar el derecho a la intimidad, y en consecuencia han de ser excluidas del proceso, tal como lo ordena el inciso final del artículo 29 de la Carta en consonancia con el articulo 23 C.P.P.

Sobre lo anterior, la doctrina nacional ha expuesto lo siguiente:

De ahí que una evidencia obtenida en la forma antes descrita (interrogatorio por ardid), por regla general constituye una violación de los derechos fundamentales del investigado, en especial de los derechos a la intimidad, garantía de no autoincriminación y, particularmente, de autodeterminación informativa.

Por consiguiente, las pruebas obtenidas con aplicación de estos procedimientos deben ser excluidas del proceso. En otras palabras, se trata de una afectación ilegitima de derechos fundamentales, razón por la cual se debe aplicar el artículo 29 inciso final de la Constitución y, en consecuencia, excluirla en virtud del artículo 23 del Código de Procedimiento Penal……”[[7]](#footnote-7).

Siendo así las cosas, la Sala considera que en lo acontecido en el presente asunto no se le vulneró el derecho a la intimidad del procesado JAGG, e igualmente que no era necesario que la Fiscalía acudiera a los Jueces de Control de Garantías, para obtener los permisos del caso que le permitieran extraer la información contenida en el teléfono celular que le fue allegado por los parientes de la víctima.

Por lo tanto, lo hasta ahora dicho es suficiente para que la Sala concluya que no le asiste la razón a los reproches formulados por la Defensa en contra de la providencia proferida por el Juzgado *A quo*, en la que resolvióno excluir las pruebas documentales descubiertas por la Fiscala.

Razón por la cual, dicha decisión ha de ser confirmada.

Por lo expuesto con anterioridad, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala de Decisión Penal,

**RESUELVE:**

**PRIMERO:** **CONFIRMAR** la providencia proferida en las calendas del 28 de febrero de 2019, por parte del Juzgado 7º Penal del Circuito de esta localidad, mediante la cual no se accedió a una petición de exclusión probatoria deprecada por la Defensa.

**SEGUNDO: ORDENAR** la remisión del presente expediente a su despacho de origen para que se continúe con la actuación.

Esta decisión queda notificada en estrados y contra ella no procede ningún recurso.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE:

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**M**agistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

**M**agistrado

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

**M**agistrado

1. Al respecto se puede consultar, entre otras, la providencia de 2ª instancia del 27 de julio de 2.016. AP4812-2016. Rad. # 47469, en la cual la Corte llegó a la conclusión consistente en que los autos que ordenan la práctica de pruebas no son susceptibles del recurso de apelación. [↑](#footnote-ref-1)
2. Auto Interlocutorio de 2ª Instancia del 14 de mayo de 2.012, proferido por esta Colegiatura dentro del proceso Rad. # 66001-60-00-000-2011-00145, adelantado en contra de OLIMPO NIETO BUITRAGO, por los presuntos delitos de homicidio y concierto para delinquir. [↑](#footnote-ref-2)
3. Lo que dio pie para que se pensara que desconoció los postulados del principio de la lógica de la no contradicción. [↑](#footnote-ref-3)
4. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Providencia de 2ª Instancia del 11 de septiembre de 2013. Rad. # 41790. [↑](#footnote-ref-4)
5. Sobre este tópico se puede consultar la página web <http://www.informatica-juridica.com>, consultada el 1º de abril de 2019 a las 15:10 horas. [↑](#footnote-ref-5)
6. Corte Constitucional, Sala 5ª de Revisión: Sentencia # T-814 del 17 septiembre de 2.003. [↑](#footnote-ref-6)
7. BERNAL CUELLAR, JAIME: El proceso penal. Tomo II. Estructuras y garantías procesales. Página # 405. 6ª Edición. Universidad Externado de Colombia. 2.013. [↑](#footnote-ref-7)