

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL**

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR
Magistrada ponente

SP 9792-2015
Radicación n° 42307
(Aprobado Acta n° 259)

Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil quince (2015).

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado EDWIN ALEJANDRO MARTÍNEZ ROJAS, contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de

A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized 'P' followed by a horizontal line and a small flourish.

Bogotá el 16 de julio de 2013, que confirmó el fallo dictado el 4 de marzo del mismo año por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito con funciones de conocimiento de la misma ciudad, que lo condenó como autor del delito de acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir descrito en el artículo 207 del Código Penal, agravado conforme a los numerales 2 y 4 del artículo 211, *ibídem*, en concurso homogéneo.

HECHOS

Esta Corporación, en anterior decisión los resumió de la siguiente manera¹:

«En Bogotá, el 14 de abril de 2011, los padres de MRG², denunciaron que EDWIN ALEJANDRO MARTÍNEZ ROJAS desde el segundo semestre del año 2009, para cuando la menor contaba con 12 años de edad, sostenía un noviazgo con la niña, quien en varias ocasiones se fue de la casa durante varios días, para finalmente desde el 2 de febrero de 2011 abandonar el hogar para irse a convivir con éste.

Al advertir que a la menor no se le garantizaba el derecho a la educación, sus padres solicitaron la intervención del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, entidad que dispuso internarla en un centro de emergencia en donde se le practicaron exámenes de toxicología que arrojaron resultados positivos para benzodiacepinas, marihuana y cotidina, motivo por el que fue trasladada a un centro de rehabilitación en el que recibió tratamiento terapéutico.

En el proceso de desintoxicación, la niña informó que durante el tiempo de convivencia con EDWIN ALEJANDRO, había tenido relaciones sexuales con éste, precedidas de lagunas mentales, sin que recordara el consumo de benzodiacepinas.»

¹ Auto del 10 de diciembre de 2014, en el que se calificó la demanda de casación.

² El nombre de la menor víctima del delito investigado se mantiene bajo reserva, en cumplimiento de lo dispuesto en el Código de la Infancia y la Adolescencia.



ANTECEDENTES PROCESALES

1. El 30 de noviembre de 2011, ante el Juzgado 29 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, se llevó a cabo la audiencia de formulación de imputación contra EDWIN ALEJANDRO MARTÍNEZ ROJAS, por el delito de acceso carnal con persona puesta en incapacidad de resistir agravado conforme a las causales 2 y 4 del artículo 211 del Código Penal³, en concurso homogéneo, cargos no aceptados por el imputado.

Igualmente se verificó la imposición de medida de aseguramiento en establecimiento carcelario⁴.

2. El 10 de enero de 2012 se radicó el escrito de acusación y el 3 de febrero siguiente⁵, ante el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Bogotá, se realizó la respectiva audiencia en la que se acusó a EDWIN ALEJANDRO MARTÍNEZ ROJAS como autor del delito de acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir agravado conforme a las causales 2 y 4 del artículo 211 del Código Penal, en concurso homogéneo⁶.

³ «2. El responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza.
(...)»

⁴ Se realizare sobre persona menor de catorce (14) años.»

⁵ Fol. 10 de la carpeta No. 1.

⁶ Fol. 15 de la carpeta No. 1.

⁶ Fol. 18 de la carpeta No. 1.



3. El 27 de febrero del año que transcurría, en el Juzgado Cuarto Penal del Circuito **Adjunto**⁷ de la misma ciudad, se verificó la audiencia preparatoria⁸.

El 25 de abril y 28 de mayo de 2012, se desarrolló el juicio oral y al terminar, se emitió el sentido condenatorio del fallo⁹.

4. Finalizado el proceso de descongestión, el expediente regresó al Juzgado Cuarto Penal del Circuito, despacho que el 4 de marzo de 2013, dictó sentencia condenando al procesado EDWIN ALEJANDRO MARTÍNEZ ROJAS como autor del delito de acceso carnal con persona puesta en incapacidad de resistir agravado conforme a las causales 2 y 4 del artículo 211 del Código Penal, en concurso homogéneo a la pena principal de 17 años de prisión y a la accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la sanción privativa de la libertad.

Igualmente, le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena, además de la prisión domiciliaria.

5. Esta decisión fue impugnada por el defensor de EDWIN ALEJANDRO MARTÍNEZ ROJAS.

⁷ El expediente inicialmente fue repartido al Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Bogotá y mediante acuerdo PSAA129481-2012, el Consejo Superior de la Judicatura dispuso su remisión por descongestión al Juzgado Cuarto Penal del Circuito **Adjunto** de la misma ciudad.

⁸ Fol. 22 de la carpeta No. 1.

⁹ Fol. 87 de la carpeta No. 1.

Remitido el expediente al Tribunal Superior de Bogotá, el 16 de julio de 2013, confirmó la sentencia condenatoria.

6. Contra esta determinación, el apoderado del procesado interpuso recurso extraordinario de casación.

7. La Corte calificó la demanda y dispuso rechazar los cargos primero, segundo, cuarto y quinto.

El tercero lo admitió y ordenó se fijara fecha para la audiencia de sustentación, motivo por el que ahora se procede al estudio de fondo del asunto.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

El cargo tercero que fue admitido

Soportado en la causal tercera del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, plantea la violación indirecta de la ley sustancial por el manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se soporta la sentencia.

En orden a fundamentar su tesis, alega que el Tribunal incurrió en un error de derecho por falso juicio de legalidad al haber incorporado y valorado los correos electrónicos de la víctima sin haber agotado el procedimiento establecido en los artículos 236, 237, 221, 222, 223, 224 y 225 de la Ley 906 de 2004.

Afirma que el vicio se presentó desde la misma audiencia de formulación de la acusación en la que la fiscal a cargo de la investigación descubrió estos elementos de prueba y dijo que los había obtenido de la interceptación de la página web del Colegio Virtual de la Universidad la Gran Colombia, de la cuenta de la menor y que los incorporaría en el juicio a través de un miembro de policía judicial, quien se encargó de su búsqueda.

Sostiene, que se sorprendió cuando en la audiencia preparatoria en una actitud que califica como desleal con la defensa, la misma Fiscalía manifestó que los correos producto de la interceptación contenían información útil para el proceso y los introduciría en el debate oral por intermedio de la mamá de la víctima, a quien el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar había autorizado para acceder a la cuenta de *e-mail* que su hija manejaba como estudiante menor de edad.

Destaca que el defensor de ese momento en la misma audiencia preparatoria se opuso a la solicitud probatoria por considerar que el recaudo de la evidencia desconocía el mandato del artículo 15 «*superior*» y de los tratados internacionales que integran el bloque de constitucionalidad, referidos al respeto del derecho a la intimidad.

Alega que en el juicio, en la sesión del 27 de mayo de 2012, se opuso a la aducción de los correos electrónicos de

la víctima al considerarlos «*ilegales*», pero el juez de conocimiento decidió negar la petición «*sencillamente*» porque se habían descubierto desde la audiencia de la formulación de la acusación, sin que de esta determinación se le corriera traslado a las partes, privando a la defensa del derecho a interponer los recursos de reposición y apelación.

Dice el libelista, que los correos electrónicos contienen información íntima entre la menor y el acusado, la que al ser tomada en cuenta para emitir la sentencia de condena en su contra, desconoce todas las reglas para la obtención de información mediante la búsqueda selectiva en bases de datos.

Estas disposiciones establecen, alega el censor, que solo soportado en motivos fundados, el fiscal podía ordenar a la policía judicial el recaudo de tales evidencias, las que una vez obtenidas debían ser presentadas ante el juez de control de garantías para su cabal legalización sin que sea válido aceptar que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar autorizó a la progenitora de la víctima para su recaudo, vulnerando de este modo, el derecho a la intimidad que también le es inherente a los menores.

Reitera que como estas evidencias fueron recogidas de manera ilegal, no podían ser incorporadas en el juicio ni valoradas por los juzgadores como prueba.



Insiste en que al estar la sentencia fundada en prueba ilegal, se evidencia el falso juicio de legalidad en que incurrieron los falladores.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN ORAL

1. Intervención del recurrente

El apoderado de EDWIN ALEJANDO MARTÍNEZ ROJAS reiteró los fundamentos jurídicos de la demanda.

Insistió en que con la incorporación al juicio y la valoración en la sentencia de los mensajes en los que la víctima y el acusado sostienen comunicaciones íntimas y de su esfera personal, se vulneró el derecho a la intimidad de la menor.

Afirma que el yerro es trascendente, por cuanto el contenido de los correos electrónicos fue la base para que el Tribunal le restara credibilidad al dicho de la menor víctima en la que se retracta de los señalamientos realizados al procesado.

Reclama que en cumplimiento del inciso final del artículo 29 de la Carta Política, al tratarse de prueba «ilegal», se proceda a la aplicación de la cláusula de exclusión del elemento de conocimiento y de las valoraciones que a partir de éste se realizaron en la sentencia.



Solicita se case el fallo recurrido.

2. Intervención de la Fiscalía General de la Nación.

La Fiscal Sexta Delegada ante la Corte Suprema de Justicia precisó que el problema jurídico que se plantea en el cargo objeto de estudio se contrae a la valoración de una prueba que la defensa considera «ilícita» por haberse obtenido con desconocimiento del derecho a la intimidad de la víctima y la ritualidad establecida en la Constitución Política y la ley.

Considera que el yerro denunciado no tuvo ocurrencia, ya que el derecho a la intimidad, descrito en el artículo 15 de la Constitución Política, conforme lo ha precisado la Corte Constitucional (CC C-336/07), no es absoluto, pues puede restringirse judicialmente en los casos que establece la ley.

Para la Fiscalía se debe partir, de que los correos electrónicos de MRG, no fueron interceptados por actividades de la policía judicial, pues el hallazgo lo realizó su progenitora al acceder con su propia contraseña y por autorización de la menor a la cuenta institucional @bachigrancolombiavirtual.edu.co.

Alega que la cuenta de correo fue abierta por la mamá de MRG en su condición de representante legal, al momento de matricularla en el bachillerato virtual del establecimiento



educativo La Gran Colombia, la cual tenía como finalidad establecer y mantener contacto entre los profesores, directivos, padres y estudiantes vinculados, momento en que recibió la contraseña de acceso.

Precisa, que como se acreditó con el testimonio de la progenitora, la menor autorizó a su mamá para que ingresara a la plataforma y enviara un taller, momento en que se realizó el descubrimiento de los correos que a través de la testigo se incorporaron al juicio.

Por lo tanto, en criterio de la Fiscalía, tales elementos de prueba no requerían ser sometidos al procedimiento establecido para los hallazgos obtenidos en la búsqueda selectiva en bases de datos, porque su obtención no fue consecuencia de una interceptación, ni de la actividad de policía judicial.

En ese entendido, no se requería de la orden del fiscal a la policía judicial para su búsqueda, ni el control posterior del descubrimiento ante un juez de garantías.

Afirma que la cuenta tiene las características de corresponder a un correo corporativo, del cual se le había entregado a la madre de MRG la contraseña de acceso para que pudiera ejercer la interacción propia con el centro educativo y realizara el correspondiente seguimiento de las actividades académicas de la menor.



Adicional a lo anterior, sostiene que también se debe tener en cuenta la condición de menor de edad de la víctima, respecto de quien la Constitución Política, los tratados internacionales y la ley fija especial atención, por lo que para la protección de sus derechos impone una serie de deberes y obligaciones al Estado, los padres de familia, las instituciones educativas y a las personas responsables de su cuidado, para que se les garantice un desarrollo integral prevalente que va más allá de los demás grupos sociales.

Aduce que en ese cometido, en el *memorandum* de Montevideo se establece una serie de recomendaciones para el manejo de la información por internet donde participan menores de edad, que implica asistencia y acompañamiento.

La delegada entiende que la obtención de la prueba estuvo dentro de los parámetros legales y constitucionales establecidos, razón por la cual no hay lugar a excluirlos como se solicita por el demandante.

Por lo demás, afirma que el cargo formulado carece de toda trascendencia, pues la sentencia de condena se fundamentó en los testimonios de la progenitora de MRG, los defensores de familia Juana Cabra y Vicente Garzón, quienes conocieron inicialmente los hechos y promovieron la medida de restablecimiento de derechos ordenada para el mes de mayo de 2011, en los que se da cuenta de las

relaciones sexuales e ingestas de sustancias sicotrópicas por la menor; y el contenido de los correos electrónicos solamente constituyó una circunstancia para determinar la credibilidad otorgada al testimonio de la víctima.

Solicita se declare la improsperidad del cargo formulado.

3. Intervención de la Procuraduría General de la Nación.

El señor Procurador Segundo Delegado para la Casación Penal sostiene que conforme al artículo 276 de la Ley 906 de 2004, la legalidad de los elementos materiales probatorios depende de que en la diligencia en la cual se recogen o se obtienen, se haya observado lo prescrito en la Constitución Política, los tratados internacionales sobre derechos humanos y la ley.

Considera que en el presente caso se desconocieron los parámetros legales para la obtención de los correos electrónicos de la menor y víctima del delito investigado, pues desde la audiencia de formulación de acusación la Fiscalía manifestó que a través de la policía judicial se había accedido a la cuenta de correo de la menor, advirtiendo que no existió orden del fiscal a cargo de la investigación para su búsqueda, ni se realizó el control posterior de legalidad sobre los hallazgos.



2

Según la Procuraduría, con tal proceder se violó el derecho a la intimidad de la menor víctima y con ello se desconoció la Convención Americana sobre los Derechos del Niño en la que se advierte que nadie tiene derecho a invadir sin razón legal, la privacidad, la vida familiar, el correo, el honor y la reputación de los menores.

Afirma que el derecho a la intimidad está consagrado en el artículo 15 de la Constitución Política como derecho fundamental y la Corte Constitucional en sentencia CC C-591/05, recordó que las intervenciones a esta categoría de derechos deben estar prevalidas de autorización escrita y debidamente motivada del fiscal y sometidas a control posterior del juez de garantías.

Para la Procuraduría, en el juicio, cuando fueron presentados los correos electrónicos de la menor, el juez de conocimiento los debió excluir con base en el contenido de los artículos 29 de la Constitución Política y 23 de la Ley 906 de 2004, pues se quebrantó el derecho a la intimidad de la niña sin cumplir con los parámetros legales establecidos para ello.

En su criterio, si esta prueba se hubiera excluido, el juez tendría que haber fallado de manera diferente.

Solicita casar la sentencia recurrida.

4. La representante de las víctimas

Alega que el recurrente se equivoca al afirmar que se interceptó el correo electrónico de la menor, cuando ese evento procesal no ocurrió.

Señala que precisamente fue la madre de la menor quien en su testimonio aclaró en repetidas oportunidades que manejaba la cuenta de correo de la que obtuvo los mensajes ingresando con la contraseña que a ella le suministró el colegio virtual, además, porque la menor le solicitó que le enviara por ese medio un «taller» académico, ante la imposibilidad que tenía de hacerlo, pues en ese momento se encontraba en una cita médica con su padre.

Afirma que esa fue la forma como la madre advierte los correos electrónicos, los imprime, los entrega a la Fiscalía y posteriormente se incorporan e introducen en el juicio, sin que para ello se requiriera de la autorización de un juez constitucional para ejercer las funciones que le impone el deber de representante legal de su menor hija.

Sostiene que como se trata de un correo institucional al que tenía acceso la progenitora de la menor, no se violó el derecho a la intimidad de MRG, porque los padres en el ejercicio del deber de acompañamiento de sus hijos estaban autorizados a ejercer la vigilancia y orientación al ingresar a una plataforma digital, máxime cuando se trataba de una niña que desde los 12 años había abandonado el hogar, había estado expuesta al consumo de sustancias

alucinógenas y sometida a relaciones sexuales, que la mantenían en condiciones de vulnerabilidad, por lo que más que un deber, era obligación de sus progenitores velar por su protección.

Agrega que ésta no fue la única prueba soporte de condena, también lo fueron los testimonios de la madre de la menor y de la defensora de familia Juana Cabra, quienes conocieron de los hechos desde el mes de enero de 2010, cuando se formuló la primera denuncia por el delito de secuestro.

Solicita que no se case el fallo recurrido.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. El cargo formulado

Se plantea un cargo por el desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se soporta la sentencia, motivado en un falso juicio de legalidad por la valoración de los mensajes de los correos electrónicos de la menor «víctima» del delito investigado, obtenidos por su progenitora e incorporados a través de su testimonio, los cuales contienen información personal de comunicaciones entre ésta y el acusado, que se dice, fueron aducidos de forma «ilegal» al no haberse ordenado su recolección por un fiscal y el hallazgo sometido al control de un juez de garantías, como corresponde para la



búsqueda selectiva en bases de datos y lo establece el artículo 244 de la Ley 906 de 2004.

Se reclama que los mensajes de correo se declaren prueba *«ilegal»*, se ordene su exclusión, y en consecuencia, se absuelva al procesado.

2. Para el estudio y decisión de la censura propuesta la Corte previamente abordara los siguientes temas: i) la cláusula de exclusión probatoria; ii) el derecho a la intimidad; iii) el derecho a la intimidad de los niños, niñas y adolescentes; iv) el concepto de bases de datos; y v) el caso concreto.

2.1. La cláusula de exclusión

La Corte¹⁰ tiene dicho que en materia de la regla general de exclusión probatoria, el artículo 29 de la Constitución Política dispone que *«es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso»*, desarrollada por el artículo 23 de la Ley 906 de 2004.

Igualmente, que la exclusión probatoria opera de diferentes maneras, dependiendo de si se trata de prueba ilegal o prueba ilícita, último supuesto en el que también puede llegar a darse la declaratoria de la invalidez del trámite, cuando sea producto de la tortura, la desaparición forzada o la ejecución extrajudicial.

¹⁰ CSJ SP, 31 jul. 2009, rad. 30838.

Así lo ha dicho la Sala¹¹:

«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 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).

¹¹ CSJ SP, 23 jun. 2012, rad. 37434; 26 oct. 2011, rad. 37432; y 23 abr. 2008, rad. 24102, entre otros.

17



(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].»

Esta postura jurisprudencial que ahora se reitera, permite escindir tres eventos específicos.

El primero, atañe a la prueba ilegal, la cual se genera cuando en su producción, práctica o aducción se incumplen los requisitos «esenciales» establecidos en la ley, caso en el que la prueba debe ser excluida como lo indica el artículo 29 Superior.

En este evento le corresponde al juez determinar si el requisito legal pretermitido es «esencial» y establecer su trascendencia sobre el debido proceso, pues la omisión de cualquier formalidad *per se* no autoriza la exclusión del medio de prueba.

El segundo, que la prueba ilícita corresponde a la obtenida con vulneración de los derechos fundamentales de las personas -la dignidad, el debido proceso, la intimidad, la no autoincriminación, la solidaridad íntima, entre otros-, y tiene como consecuencia la exclusión del medio de conocimiento, que



conlleve a que no podrá valorarse y en consecuencia no producirá efectos en las determinaciones del fallo.

A este supuesto es al que podría enmarcarse el cargo formulado, dado que la alegación se ciñe a que los correos electrónicos aportados en el testimonio de Alexandra Gil, se obtuvieron con desconocimiento del derecho fundamental de la intimidad de la víctima.

El tercero, incumbe a otra modalidad de prueba ilícita. Aquella en cuya producción, práctica o aducción se somete a las personas a tortura, desaparición forzada o ejecuciones extrajudiciales.

Como bajo estas circunstancias se genera una lesión a los derechos humanos, la irregularidad produce consecuencias diferentes y de mayor entidad que en los anteriores eventos, pues más allá de comportar la exclusión del elemento de convicción, el resultado que genera es la invalidez del trámite, porque la práctica de la prueba afecta de ilegal e inconstitucional el proceso, generando la nulidad de todo lo actuado.

2.2. El derecho a la intimidad

El artículo 15 de la Constitución Política establece que todas las personas tienen derecho a su intimidad personal, familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar.



20

De igual modo, que se tiene derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

Así mismo, que en la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.

Precisa la disposición, que la correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades establecidas en la ley.

La Corte Constitucional en sentencia T-530/92 destacó que el núcleo esencial del derecho a la intimidad define un espacio intangible, inmune a intromisiones externas, del que se deduce un derecho a *«no ser forzado a escuchar o a ver lo que no se desea escuchar, así como un derecho a no ser escuchado o visto cuando no se desea ser escuchado o visto»*.

Igualmente, que del derecho a la intimidad se deriva el de la inviolabilidad de la correspondencia y demás formas de comunicación privada, pues al pertenecer a la esencia del ser humano interactuar con otros, muchas de las relaciones que establece, por su decisión han de



mantenerse en el ámbito privado y alejadas del conocimiento de personas distintas a aquellas entre quienes se entabla el respectivo vínculo, o se da el proceso comunicativo.

Con ello, dice esa alta Corporación (CC C-336/07), la Constitución Política reconoce a toda persona el derecho a la intimidad personal y familiar, cuya finalidad específica es la de resguardar un ámbito de vida privada personal y familiar excluido de todo tipo de intromisión externa, respecto del cual, su ejercicio no es absoluto, pues puede ser afectado judicialmente en los eventos establecidos en la ley.

Así discurrió el alto Tribunal:

*«El derecho a la **intimidad**¹² ha sido definido por la Corte como aquella “esfera o espacio de vida privada no susceptible de la interferencia arbitraria de las demás personas, que al ser considerado un elemento esencial del ser, se concreta en el derecho a poder actuar libremente en la mencionada esfera o núcleo, en ejercicio de la libertad personal y familiar, sin más limitaciones que los derechos de los demás y el ordenamiento jurídico”.*

19. No obstante la Corporación ha reconocido también que el derecho a la intimidad no es absoluto. En este sentido, la Corte ha establecido que el derecho fundamental a la intimidad “puede ser objeto de limitaciones” restrictivas de su ejercicio “en guarda de un verdadero interés general que responda a los

¹² C-692 de 2003, M.P., Marco Gerardo Monroy Cabra.

presupuestos establecidos por el artículo 1º de la Constitución"¹³, sin que por ello se entienda que pueda desconocerse su núcleo esencial.¹⁴

El interés de la sociedad en que se investiguen las conductas delictivas y se sancione a sus responsables, en procura de preservar la vigencia de un orden justo, es también un bien protegido por la Constitución. El acopio de información en relación con las personas puede ser eventualmente un medio necesario para la satisfacción de ese interés constitucionalmente protegido. Sin embargo, su recaudo debe realizarse con escrupuloso acatamiento de las cautelas que la propia Constitución ha establecido para la protección de los derechos fundamentales especialmente expuestos a su afectación, vulneración o mengua en el contexto de una investigación criminal. El requerimiento de autorización judicial previa para la adopción de medidas –adicionales- que implique afectación de derechos fundamentales es una de esas cautelas que el legislador debe acatar al configurar las reglas orientadas a regular la actividad investigativa del Estado.»

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.

¹³ Sentencia T-414 de 1992. M.P., Ciro Angarita Barón.

¹⁴ Cfr. Sentencia C-501 de 1994 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.



2.3. **El derecho a la intimidad de los niños, niñas y adolescentes**

El derecho a la intimidad, no exceptúa a los niños, niñas y adolescentes, entendidos éstos, como todas las personas menores de 18 años de edad¹⁵, quienes gozan tanto en el derecho internacional, como en el derecho interno, de una especial protección, conforme lo precisa el señor Procurador Delegado en su alegación.

Veamos:

En la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, se proclama que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciadas en ella, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquiera otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Al catálogo de derechos que describe el instrumento le hacen parte, entre otros, la vida, la libertad, la dignidad, la igualdad y a la intimidad, conforme al cual **nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación**¹⁶.

¹⁵ Artículo 3 de la ley 1098 de 2006.

¹⁶ Artículo 12 de la Convención.



Por su parte, en 1959, la Organización de las Naciones Unidas proclamó la Declaración de los Derechos del Niño, bajo la consideración de que éste, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, con el fin de que pueda tener una infancia feliz y gozar, en su propio bien y el de la sociedad, de los derechos y libertades, que en ella se enuncian.

El instrumento insta a los padres, hombres y mujeres, a las organizaciones particulares, autoridades locales y gobiernos nacionales a que reconozcan tales derechos y luchan por su observancia con medidas legislativas y de otra índole, que establezcan una protección especial fundada en su interés superior y prevalente.

Luego, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 23 de marzo de 1976, exhortó a los Estados partes a respetar y a garantizar, sin distinción alguna, entre otros, los derechos de todo niño a que se adopten las medidas de protección necesarias que su condición requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y el Estado¹⁷.

Posteriormente, el 22 de noviembre de 1969, la Convención Americana sobre Derechos Humanos reiteró la obligación de los Estados americanos de proteger los derechos de los niños y adoptar las medidas de protección

¹⁷ Artículo 2 de la Convención.

25/10

que su condición requiere¹⁸, lo mismo hizo el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del 16 de diciembre de 1966, con énfasis en las medidas especiales que se deben adoptar para la protección de los derechos de la niñez y de los adolescentes¹⁹.

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del 17 de diciembre de 1988, insiste en que los Estados partes se comprometan a brindar una adecuada protección al grupo familiar y a adoptar medidas especiales de protección para los adolescentes que les garantice la plena maduración de su capacidad física, intelectual y moral. Se reiteran los derechos de los niños, insistiendo en que se deben implementar las medidas de protección que su condición requiere, por parte de su familia, de la sociedad y del Estado, debiendo crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres²⁰.

En la Convención sobre los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1989, se reiteró que los menores de edad deben crecer en el seno de la familia, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

¹⁸ Artículo 19 de la Convención.

¹⁹ Artículo 10 del Pacto.

²⁰ Artículos 15 y 16 de la convención.

Igualmente, se reconoce el denominado interés superior del niño, el cual deberá ser atendido primordialmente en todas las medidas que les resulten concernientes, adoptadas por las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas y los órganos legislativos²¹.

Además 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 reputación²².

Pues bien, como viene de verse, la reseña de los diferentes instrumentos permite establecer que desde la visión del derecho internacional, entre otras garantías, el derecho a la intimidad de los niños, niñas y adolescentes ha sido una preocupación constante que ha llevado a la comunidad internacional a instar a los diferentes Estados a implementar los mecanismos necesarios y suficientes, que permita su ejercicio y protección ante cualquier injerencia arbitraria.

En el derecho interno, como ya se dejó reseñado, el artículo 15 de la Carta Política garantiza a toda persona sin distinción alguna el derecho a la intimidad personal y familiar, que consecuentemente, incluye a los niños, niñas y adolescentes.

²¹ Artículo 31 de la Convención.

²² Artículo 16.1 de la convención.

27 

De forma específica y en desarrollo de tales disposiciones fundantes, la Ley 1098 de 2006, por medio de la cual se expidió el Código de la Infancia y la Adolescencia, en el artículo 33, bajo el concepto del derecho a la intimidad, dispone que 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, al igual, que serán protegidos contra toda conducta, acción o circunstancia que afecte su dignidad.

Si bien por mandato constitucional del artículo 44, se impone que los derechos de los niños prevalecen sobre las garantías de los demás, al corresponder a personas de especial protección en favor de quienes existe la obligación de la familia, la sociedad y el Estado de asistirlos y protegerlos, la Sala debe advertir que el ejercicio del derecho a la intimidad no es absoluto, pues como se destacó en la doctrina constitucional ya evocada, esta garantía puede ser afectada judicialmente en los eventos autorizados en la ley, como cuando se debe ingresar al ámbito de la intimidad personal o familiar de un niño, niña o adolescente para obtener la evidencia física o los elementos materiales probatorios indispensables para la acreditación de la ocurrencia de un delito o la responsabilidad del autor o partícipe en su comisión, eso sí, con sujeción de las exigencias establecidas en la Ley 906 de 2004, al igual que por sus padres en el cumplimiento de los deberes y

obligaciones de protección y cuidado de sus hijos menores de edad.

En efecto, en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y en el artículo 13 de la Constitución Política, se exige la obligación de ofrecer una especial protección a aquellos grupos sociales cuya debilidad sea manifiesta, entre ellos, el de los niños, niñas y adolescentes, cuya protección especial, conforme al imperativo del inciso final del artículo 44, *ejusdem*, prevalece inclusive en relación con los demás grupos sociales.

Por tanto, los niños, niñas y adolescentes gozan de una especial protección tanto en el ámbito internacional como en el derecho interno, motivada en su situación de indefensión, vulnerabilidad, debilidad y la necesidad de ofrecerles un desarrollo armónico e integral que les provea las condiciones indispensables para convertirse en miembros autónomos de la sociedad.

Para la materialización de este imperativo, el artículo 8 del Código de la Infancia y la Adolescencia define el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, como la obligación de todas las personas de garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes.



Esta obligación de asistencia y protección se impone como responsabilidad a la familia, la sociedad y el Estado, quienes participan en forma solidaria y concurrente en la consecución de tales objetivos.

En la familia, la ley civil²³ les atribuye al padre y a la madre, sobre la persona y bienes de los hijos no emancipados, el ejercicio de la patria potestad, la cual se define como el conjunto de derechos y facultades otorgados a aquellos, para facilitar el cumplimiento de los deberes que su condición les impone.

La Corte Constitucional, en sentencia CC C-1003/07, precisó que la patria potestad hace referencia a un régimen paterno-filial de protección del hijo menor no emancipado, en cabeza de sus padres, que surge por ministerio de la ley independientemente a la existencia del matrimonio y que se aplica exclusivamente como un régimen de amparo a hijos menores no emancipados.

Y agregó que:

«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,

²³ Artículo 288 y s.s. del Código Civil.

porque es un deber de los padres. La patria potestad debe ser ejercida personalmente por el padre o por la madre.»

También precisó que la Constitución Política y la ley le otorgan a los padres, en ejercicio de la patria potestad, los siguientes derechos y obligaciones sobre sus hijos: (i) al usufructo y administración de sus bienes; (ii) al de representación judicial y extrajudicial; (iii) a su guarda, dirección y corrección; (iv) al **cuidado personal de la crianza**, y (v) a su **educación e instrucción, con la facultad de corregirlo, la que sólo será legítima en la medida que sirva al logro del bienestar del menor.**

Advierte la Sala, que por mandato del artículo 14 del Código de la Infancia y la Adolescencia, en ejercicio de tales derechos y en cumplimiento de la obligación de asistencia, la labor de los padres se debe complementar con la responsabilidad parental, entendida como la obligación inherente a la orientación, cuidado, **acompañamiento** y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante el proceso de su formación, lo que incluye el compromiso compartido y solidario del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos.

En el desarrollo de estos compromisos, los padres no pueden desconocer que los menores ante el avance de la tecnología están expuestos a múltiples espacios que pueden llevarlos a la puesta en peligro o vulneración de sus derechos, dada la aparición de prácticas sociales en la comunicación y



las interrelaciones personales que van desde la cotidiana utilización del computador personal, el internet como autopista de la información, el correo electrónico, las redes sociales y toda clase de campos virtuales, como el académico.

La Corte Constitucional, en sentencia CC T-260/12 al estudiar un caso afín al que ocupa la atención de la Sala, trajo a colación como doctrina para decidir el asunto que se sometía a su estudio, las recomendaciones del Memorandum de Montevideo²⁴, oportunamente evocadas por la Fiscalía en su alegato de oposición, referidas a la protección de los datos personales y la vida privada en la redes sociales, en particular, de niños, niñas y adolescentes, en el que se exhorta a que:

«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 encomienda que en esa tarea que cumplen el Estado, las entidades educativas y los progenitores, deben observar que:

«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.»

²⁴ Realizado en Montevideo, Uruguay, durante los días 27 y 28 de julio de 2009.



En consecuencia, los padres, en ejercicio de la patria potestad, constitucional y legalmente se encuentran autorizados para asistir, orientar y controlar las comunicaciones de sus hijos menores de edad, limitados solamente por la menor afectación de otras prerrogativas y por la finalidad de protección y garantía de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes.

Resulta un verdadero contrasentido afirmar que las actividades de seguimiento, orientación, protección, que implementa una madre o un padre respecto de sus hijos menores en la intimidad de sus hogares, *per se*, se ofrecen ilegales, si en la interacción que ello implica requieren de la aprobación de una autoridad judicial, cuando la ley, los instrumentos internacionales, el Gobierno Nacional a través de todas las campañas de información, prevención y orientación difundidas a través de los diferentes medios de comunicación, insta y alerta para que se acompañe a los menores todo el tiempo en el que usan y permanecen en contacto con la variedad de dispositivos electrónicos de comunicación y computadores, especialmente, cuando acceden a redes sociales, con el deber de verificar los contenidos y con quién o quiénes se comunican, para evitar que sean objeto de comportamientos y personas que vulneren o pongan en peligro el pleno ejercicio de sus derechos y les afecten su normal desarrollo físico y mental.

La Corte entiende que cuando el fin no está encaminado a los postulados de asistencia, acompañamiento, orientación, educación y protección considerados en la Constitución Política, la ley, los tratados internacionales y el ejercicio de la patria potestad, sí puede comprenderse que la intervención de los padres afecta la intimidad del menor, la que resulta ilegítima y reprochable.

Por lo tanto, desde el marco del derecho internacional, la Constitución Política y la ley, reitera la Sala que los padres en cumplimiento de la responsabilidad parental, las obligaciones de asistencia y protección, el ejercicio de los deberes de cuidado, acompañamiento y orientación de sus hijos menores, para garantizarles la plena maduración de sus capacidades física, intelectual y moral, más allá de los límites que fija el derecho a la intimidad, tienen la facultad de acceder a las comunicaciones de las plataformas tecnológicas que los niños, niñas y adolescentes reciben y abordan, pues no de otro modo, al estar bajo su amparo, pueden verificar el contenido de los mensajes y la clase de personas con las que interactúan a través de tales medios, que de ser necesario, permitan su intervención oportuna para prestarles ayuda, auxilio, apoyo y defensa, conforme su encargo les demanda.

Dado el interés superior del niño, los padres tienen la obligación de garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos.



No se puede pasar por alto que la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ya evocada, insiste en que en procura de la defensa de los niños, **la familia debe implementar las medidas de protección que su condición requiere**, siendo la más elemental de ellas, conocer, con quiénes interactúan en los diferentes espacios de su vida cotidiana, que incluye los accesos a las redes de internet y sus diferentes contenidos.

Para esta Corporación, no de otra manera, en cumplimiento de tan caros deberes se puede ofrecer una adecuada asistencia que propenda por el pleno y armonioso desarrollo de la personalidad de los niños, niñas y adolescentes en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, dada su situación de indefensión, vulnerabilidad, debilidad y la necesidad de garantizarles un desarrollo armónico e integral que les provea condiciones indispensables para convertirse en miembros autónomos de la sociedad.

2.4. Las bases de datos y los sistemas informáticos

Sobre las primeras, la Corte Constitucional en sentencia CC C-336/07 se ocupó del tema, oportunidad en la que destacó que las bases de datos a que alude el artículo 244 de la Ley 906 de 2004, corresponden a *«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», categoría a la que no hace parte una cuenta personal de correo electrónico.

Para los segundos, la alta Corporación hace la significación de que las bases de datos tampoco pueden confundirse con 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.

Igualmente, precisa que la búsqueda selectiva en base de datos tampoco se puede confundir con los hallazgos que se obtienen con ocasión a «...una diligencia de allanamiento y registro sobre ciertos objetos como archivos, documentos digitales, videos, grabaciones, que constituyen típicas diligencias de registro y que, como tales, se rigen por el numeral 2 del artículo 250 de la Constitución y los artículos 219 a 238 de la Ley 906 de 2004...», ya que no corresponden a datos o información recolectada, almacenada y administrada institucionalmente bajo criterios de recopilación, procesamiento, acceso, control y forma de divulgación previamente establecidos.

Por lo tanto, un *e-mail* o correo electrónico personal no constituye una base de datos y la obtención de información de esta clase de correspondencia, tampoco comporta un hallazgo susceptible de ser calificado como resultado de la búsqueda selectiva en base de datos regulada por el artículo 244 de la Ley 906 de 2004, como equivocadamente cree entenderlo el censor y algunos de los intervinientes.

De todas maneras, la Sala no desconoce desde la vigencia de la misma Ley 600 de 2000²⁵, y ahora lo reitera en aplicación del Código de Procedimiento Penal de 2004, que la información privada que fluye en el correo electrónico de una persona, tiene un contenido íntimo que está protegido por el artículo 15 de la Constitución Política y las disposiciones de orden legal que lo desarrollan, y que en los eventos en que se necesite acceder a ella para 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, conforme lo disponen los artículos 233 y 236 de la Ley 906 de 2004.

2.5. El caso concreto

2.5.1. El cargo gira en torno a la valoración de los mensajes que se realizaron entre la víctima MRG y el acusado a través de la cuenta de correo electrónico

²⁵ CSJ SP 5065, 28 abr. 2015, rad. 36784; SP 14623, 27 oct. 2014, rad. 34282; y SP, 10 may. 2011, rad. 34282.



maribel-rgbc2011@bachigrancolombiavirtual.edu.co, los que al haberse obtenido por la progenitora de ésta, sin que se cumpliera con el procedimiento que se aplica a la búsqueda selectiva en bases de datos, el recurrente considera se trata de prueba «ilegal», que debe ser excluida.

Desde ya se anuncia que el reproche no tiene vocación de prosperidad.

Lo anterior por cuanto el casacionista y el Procurador Delegado, que como no recurrente coadyuva la pretensión que contiene la censura, parten del supuesto equivocado, de que la cuenta maribel-rgbc2011@bachigrancolombiavirtual.edu.co, de la cual Alexandra Gil obtuvo los mensajes enviados por el acusado con destino a su hija e incorporados al juicio en su testimonio, corresponden al correo electrónico personal de la menor víctima, porque, como quedó reseñado, los mensajes de texto hallados fueron obtenidos por la propia titular en su cuenta de correo electrónico.

Además, a partir de lo decantado en la jurisprudencia, no se trataba de una búsqueda selectiva en base de datos que ameritara la orden previa del fiscal a la policía judicial y la posterior legalización de los hallazgos ante un juez de control de garantías.

El desacierto es palmario, pues como viene de verse, el correo maribel-rgbc2011@bachigrancolombiavirtual.edu.co, corresponde al nombre de usuario de la cuenta de correo

corporativo @bachigrancolombiavirtual.edu.co²⁶, que la progenitora de la menor MRG, abrió con ocasión a la matrícula académica que realizó de su hija, como estudiante del Bachillerato Virtual de la Universidad la Gran Colombia, bajo el dominio de esa institución educativa.

Durante su testimonio en el juicio oral, Alexandra Gil, progenitora de MRG, documentó que ante las situaciones de vulneración de los derechos de su hija y la deficiencia educativa en la que se encontraba, la matriculó en el Bachillerato Virtual de la Universidad La Gran Colombia, entidad en la que, en su condición de acudiente y representante legal, le asignaron un usuario y una contraseña de ingreso a través de una cuenta de correo electrónico a la plataforma tecnológica para que ejerciera las actividades de seguimiento y acompañamiento de la menor.

El Bachillerato Virtual de la Universidad La Gran Colombia²⁷ es una propuesta de educación ofrecida al público en general mediante aulas virtuales interactivas a las que se accede a través de las redes de internet, en la que se brindan recursos tecnológicos para promover la formación de jóvenes y adultos.

²⁶ Los correos corporativos son una dirección de correo electrónico que contiene el nombre comercial de una empresa o entidad pública con una finalidad específica, a la que pueden acceder simultáneamente múltiples usuarios de correo bajo las reglas de administración, inclusión y cancelación establecidas por quien ejerce el dominio corporativo.

²⁷ www.bachigrancolombiavirtual.edu.co.



Para adherirse al programa, el reglamento de la institución académica establece que en los eventos de menores de edad, para ser matriculados, los padres son sus representantes, quienes deben presentar una solicitud escrita del cupo y suscribir un compromiso inicial en el que se afirma ser *«consciente de la autonomía que exige el programa y de la supervisión que debo tener en el proceso educativo y permanencia de mi hijo(a) dentro de la institución.»*

Adicionalmente, son requisitos para el ingreso de los menores de edad que **«sus padres como representantes legales»** presenten la solicitud de matrícula y suscriban los compromisos administrativos y académicos, entre los que se encuentran:

«11. El acudiente del menor de edad, será quien solicite los informes finales según fechas establecidas en los cronogramas que se encuentran publicados en la plataforma.

12. El acudiente será el responsable de conocer los procesos académicos del estudiante al solicitar el usuario y la contraseña de ingreso a la plataforma.

(...)

14. La carta formal dirigida a la rectora de la institución para el ingreso del estudiante menor de edad a la modalidad, será el documento con el cual el padre de familia reconocerá su compromiso de seguimiento académico y financiero de



su hijo(a) y con la institución que comprende la situación académica, afectiva, económica, familiar, de salud o de cualquier índole que hace que el acudiente solicite el cupo.
(Destaca la Sala).

Por lo tanto, cuando Alexandra Gil ingresó en esa cuenta de correo, lo hacía de manera legítima por tratarse de la titular de la misma, quien estaba acreditada y administraba la clave de acceso exigida por quien ejercía el dominio de la cuenta corporativa -Universidad La Gran Colombia-, sin que con ello afectara alguna expectativa razonable de intimidad de su menor hija.

No se trataba de una cuenta personal de correo electrónico de la menor víctima del delito.

Se insiste: Conforme con el testimonio de Alexandra Gil y del reglamento académico del Bachillerato Virtual La Gran Colombia, contenidos que no se discuten en la censura propuesta, la progenitora, en su condición de acudiente y representante legal de MRG, era la usuaria de la cuenta, tenía el manejo de la contraseña de acceso que ella misma había asignado y como titular era la legitimada para utilizarla, revisarla y obtener la información que por esa vía se transmitiera.

Alexandra Gil, como madre, acudiente y titular de la cuenta del correo electrónico tenía para con la Universidad La Gran Colombia el **«compromiso de seguimiento académico y financiero de su hija»**, responsabilidad que

bajo los parámetros establecidos por la institución también **«comprende la situación académica, afectiva, económica, familiar, de salud o de cualquier índole»** de la estudiante, como quedó establecido desde el momento en que la matriculó en el bachillerato virtual, cargas que le fueron exigidas expresamente para su cumplimiento.

No se puede perder de vista que la existencia de la cuenta de correo electrónico corporativo tenía como razón de ser la finalidad de que los «usuarios», constituidos por los padres o acudientes de los menores regularmente inscritos, interactuaran con el centro docente en cumplimiento de las obligaciones que como tales, en la ejecución del programa pedagógico, habían adquirido al momento de suscribir la correspondiente matrícula.

Precisamente, fue en ejercicio de tales derechos y obligaciones que Alexandra Gil, en su condición de acudiente y representante legal de MRG, accedió y halló en el correo corporativo del que era titular, mensajes en los que su menor hija, en palabras del Tribunal, era coaccionada por el acusado para que en el juicio declarara en determinado sentido, declaraciones y contenidos fácticos que el censor tampoco discute, como lo precisa la representante de la víctima en sus alegaciones de no recurrente.

En consecuencia, el descubrimiento de tales mensajes y la puesta a disposición de las autoridades por parte de quien se encontraba autorizado para hacerlo, desde ninguna



perspectiva afectó el derecho a la intimidad de la menor MRG, dado que, se reitera, el manejo y acceso correspondía a Alexandra Gil, su mamá, sin que la circunstancia de que la nominación de la cuenta con el nombre de pila de la menor, ni la posibilidad que ella tenía de acceder a la misma, la convirtieran, *per se*, en titular.

Por lo tanto, en consonancia con lo alegado por la Fiscalía, los mensajes de correo electrónico incorporados con el testimonio de Alexandra Gil, no requerían ser sometidos al procedimiento establecido para los hallazgos consecuencia de una interceptación, ni de la recuperación de información dejada al navegar por internet u otros medios tecnológicos o de la actividad de policía judicial, ya que fueron descubiertos por la propia testigo en la cuenta corporativa de la que ella era titular.

En ese entendido, no se requería de la orden del fiscal a la policía judicial para su búsqueda, ni el control posterior a su descubrimiento ante un juez de garantías, razones suficientes para declarar la improsperidad de la censura.

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



43

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 derechos²⁸, 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.

Tal es el caso de la menor MRG que fue matriculada por su progenitora para continuar sus estudios en el Bachillerato Virtual de la Universidad La Gran Colombia, respecto de quien reseña el expediente, a partir de esta inscripción fue abierta una cuenta de correo con la finalidad de intercomunicarse con el ente educativo en desarrollo del programa académico y con ello el acceso a internet con la posibilidad de adherirse a redes sociales de diferentes contenidos.

Por tanto, sus padres eran responsables de cumplir la obligación constitucional y legal de asistirle, orientarla y acompañarla cuando la niña accediera a plataformas

²⁸ Artículos 44 y 45 de la Constitución Política.

tecnológicas de información y al internet, máxime, cuando la realidad permite inferir que los menores están constantemente expuestos a personas o contenidos de carácter inapropiado para su edad.

En consecuencia, se insiste, la madre de MRG, tanto como usuaria de correo, como progenitora tenía la facultad legal para acceder a la información que su hija manejó a través de la cuenta corporativa en internet del Bachillerato Virtual de la Universidad la Gran Colombia, evento en el que efectivamente constató que era objeto de la vulneración de sus derechos y como representante legal y judicial de la menor suministró a las autoridades los soportes base de la acción penal que ella misma ya había promovido para la represión del ilícito y consecuente restablecimiento de sus derechos, sin que en ese momento se contara con otra medida plausible para lograr el mismo cometido.

Escuchadas las alegaciones del casacionista y las de la Fiscalía, el Ministerio público y la representante de la víctima como no recurrentes, basten estas razones para reiterar infundado el cargo planteado y disponer no casar la sentencia recurrida.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia administrando justicia en nombre de la República,

RESUELVE



45

No casar el fallo recurrido.

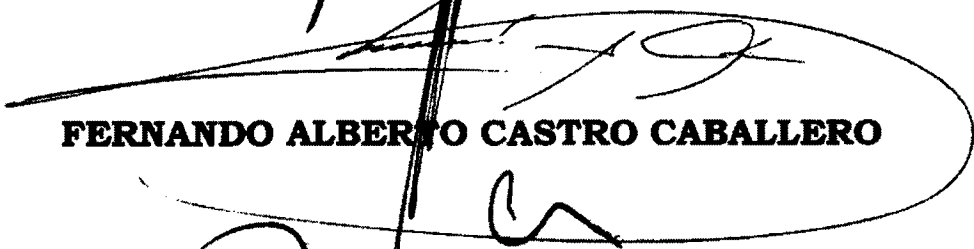
Notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen y
cúmplase.



JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO



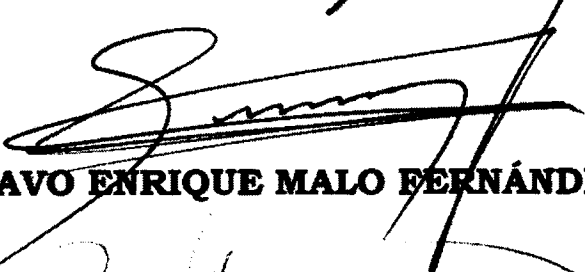
JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ



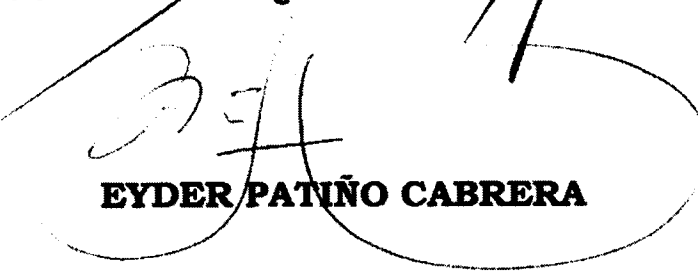
FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO



EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER



GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ



EYDER PATIÑO CABRERA



PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR


LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO


NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria.



