

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada ponente

AP4384-2018

Radicaciones n° 53669 y 53670

(Aprobado Acta No. 346)

Bogotá D.C., tres (3) de octubre de dos mil dieciocho (2018)

1. VISTOS:

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, procede a resolver los recursos de apelación y queja interpuestos por el defensor de la acusada HILDA JEANETH NIÑO FARFAN, contra las decisiones proferidas por la Sala Especial de Primera Instancia el 30 de agosto y el 5 de septiembre del corriente año, en desarrollo de la audiencia preparatoria, relacionadas con la práctica de pruebas.

2. ANTECEDENTES

2.1.- La Fiscalía General de la Nación presentó el 27 de octubre de 2017, escrito de acusación en contra de la ex Fiscal 22 de la Unidad Nacional de Fiscalías Especializadas de Justicia y Paz, doctora HILDA JEANETH NIÑO FARFAN, por los delitos de cohecho propio, peculado por apropiación, peculado por uso, tráfico de influencias de servidor público y

fraude procesal, asunto dentro del cual, luego de superadas las incidencias relativas a la recusación planteada por el defensor respecto de la mayoría de los integrantes de la Sala, se culminó la audiencia de formulación de acusación y se dio inicio a la audiencia preparatoria, trámite en el que se avanzó hasta la solicitud, exclusión y rechazo de medios de prueba formuladas por las partes.

Para ese momento y en virtud de lo dispuesto por el Acto Legislativo No. 01 de 2018, se integró la Sala Especial de Juzgamiento de primera instancia y entró a ejercer sus funciones, razón por la cual se remitió el expediente a esta nueva Sala.

2.2. La Sala Especial de Juzgamiento de Primera Instancia, asumió el conocimiento del presente asunto cuando las partes ya habían formulado sus pretensiones probatorias, solicitado las exclusiones y rechazo de medios de conocimiento, por lo tanto, continuó con el desarrollo de la audiencia preparatoria y el 30 de agosto del año en curso emitió pronunciamiento sobre dicho aspecto de la siguiente manera:

2.2.1.- Decretó «las pruebas documentales, testimoniales y periciales solicitadas por la Fiscalía y Defensa de la acusada, conforme se indicó en los numerales V y VI de esta determinación».

2.2.2. Negó «la solicitud de exclusión realizada por la defensa por las razones señaladas en los numerales VII.2, de la parte motiva».

2.2.3. Rechazó «por falta de descubrimiento las pruebas de la defensa que se alude en el numeral VII.4, de los considerandos».

2.2.4. Inadmitió «los documentos y testimonios señalados tanto de la fiscalía como de la defensa a que aluden los numerales VII.1 y 3, de la parte motiva».

2.3. Notificada la providencia en cuestión, las partes acudieron a los medios de impugnación

ordinarios, así: (i) la Fiscalía interpuso el recurso de reposición, sin embargo antes de proceder a sustentarlo desistió del mismo, (ii) el defensor de la acusada optó por la apelación y procedió a sustentarlo en la misma audiencia.

2.4. La Sala de Primera Instancia se pronunció con auto del 5 de septiembre de 2018, y al estimar que el impugnante sustentó debidamente su inconformidad respecto a la negación de los medios de prueba relacionados en el numeral 2.2.1., literales «“a al e”», concedió el recurso de apelación en el efecto suspensivo; mientras que lo denegó en lo «concerniente a las pruebas indicadas en el numeral 2.2.2., literales de “a” al “e”», por considerar que el recurrente no cumplió con la carga de sustentar con suficiencia las razones de hecho y de derecho de su inconformidad con la providencia impugnada.

Contra esta última decisión (que niega la apelación), la defensa interpuso el recurso de queja.

2.5. La Secretaría de la Sala de Casación Penal separó el trámite de los recursos antes señalados, y le asignó al expediente principal -el de la apelación-, el radicado 53669 y el correspondiente a la queja el No. 53670, dentro del cual se surtió el traslado para los efectos de la sustentación a que se refiere el artículo 179 A de la Ley 906 de 2004, lapso en que el defensor de la acusada presentó sus puntos de vista.

3. PROVIDENCIA APELADA

La Sala de Juzgamiento de Primera Instancia de la Sala Penal de la Corte, mediante decisión del 30 de agosto de 2018, de conformidad con los lineamientos concernientes a la producción y controversia probatoria en la sistemática de la Ley 906 de 2004, procedió a decretar la mayoría de las pruebas documentales, testimoniales y periciales pedidas por la Fiscalía y la Defensa, por estimarlas conducentes, pertinentes y útiles en la demostración

de la teoría del caso de cada una de las partes.

Respecto a las solicitudes de exclusión, rechazo e inadmisibilidad de medios probatorios, consideró lo siguiente:

3.1.- De las pretensiones probatorias de la Fiscalía, inadmitió nueve evidencias documentales y el testimonio de la perito ERICA REINA –sic- (prueba 88 de la fiscalía), los cuales están relacionados en el capítulo VII, numeral 1, por indebida fundamentación, ya que omitió acreditar la utilidad de dichos medios de prueba.

3.2. Con relación a las peticiones de la defensa, la Sala de Primera Instancia, negó la exclusión de la USB negra, ya que el apoderado de la acusada no sustentó debidamente su solicitud, pues se limitó a señalar de manera genérica que la obtención de ese dispositivo, su contenido e información extraída son ilícitos.

A este respecto, señaló la Sala aquo que la acusada no puede reclamar una expectativa razonable de intimidad, ya que los documentos hallados en la USB fueron tomados del teléfono celular del testigo Juan Carlos Restrepo Bedoya, quien lo entregó voluntariamente a la Fiscalía (capítulo VII, numeral 2 de la providencia recurrida).

Consideró igualmente la Sala de Primera Instancia que la defensa omitió demostrar la conducencia, pertinencia y utilidad de 32 evidencias de carácter documental, relacionadas en el capítulo VII, numeral 3, del 3.1. al 2.32 (sic), en desconocimiento de los postulados del artículo 357 del Código de Procedimiento Penal, pues sólo se limitó a indicar genéricamente que dicha documentación «formaba un solo paquete de aquellos documentos que se encuentran en poder de la fiscalía...puede llevar como medio de prueba a la Sala con capacidad de certeza para producir el efecto informativo que se requiere a fin de tener conocimiento pleno de los hechos que le permita una sentencia en este caso», motivo por el cual las inadmitió.

Señaló que si bien la Fiscalía expresó su oposición a la incorporación de dichos documentos, seguidamente manifestó que introduciría parte de ellos, por tanto resulta innecesaria su aducción por parte de la defensa.

Del mismo modo, referente a la prueba testimonial pedida por la defensa, la Sala de Primera Instancia inadmitió las declaraciones de Mauricio Javier Vargas Sánchez, perito informático forense; del investigador Juan Miguel Angarita Cruz, de los testigos: José Camilo Buitrago Parada, Alberto Ramírez Valencia, Rodrigo Eduardo Martínez Garzón, Víctor Hugo Vásquez Contreras, William Yesid Molina Romero, Eduardo Manuel Buelvas, Luz Helena Morales, Johan Sebastián Vargas García, Andrés Roberto Echavarría, Eduardo Ignacio Zafra Pinzón, José Gilberto Martínez Guzmán, Ana Fenery Ospina, Rafael Aponte Martínez, Carmelo Villadiego, José Luís Obayos, Leonardo Augusto Cabana Fonseca, Carlos Camargo, Juan Carlos Restrepo Bedoya, Elsa María Moyano, Dorancy Murillo Bohórquez, Luis González León, Héctor Eduardo Moreno, Mario Germán Iguarán Arana, Rodrigo Aldana, Ricardo Ortega Hernández, Ricardo Olarte Pinilla, Pablo César Ospitia, Marco Tulio Quintero y Luz Adriana Cabrera.

Las razones van desde la indebida fundamentación de la petición, hasta la inutilidad, impertinencia e inconducencia de los medios probatorios requeridos por la defensa, de acuerdo con las razones plasmadas en el capítulo VII, pruebas testimoniales numerales 1 al 20.

Por falta de descubrimiento de la defensa, la Sala de Primera Instancia rechazó algunos elementos materiales de prueba de carácter documental solicitados por el apoderado de la acusada, consistentes en 14 solicitudes de información a distintas entidades públicas y privadas, cuyas respuestas al momento de la culminación de las pretensiones probatorias no había obtenido. Además de incumplir con el deber del descubrimiento oportuno de los medios de conocimiento, la defensa pretende aducir pruebas que resultan desde todo punto de vista impertinentes, señaló la Sala aquo (capítulo VII, numeral 4 de la providencia

impugnada).

4. SÍNTESIS DE LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con la decisión anterior, el defensor de la acusada NIÑO FARFAN interpuso el recurso de apelación respecto de los puntos que no le fueron favorables a sus pretensiones, es decir, los numerales segundo, tercero y cuarto de la providencia impugnada, a través de los cuales la Sala de Primera Instancia de la Corte negó la solicitud de exclusión de una USB negra y la información contenida en ella, rechazó e inadmitió algunas de las peticiones probatorias del recurrente.

Los argumentos que sustentan la apelación son los siguientes:

4.1.- Referente a la negación de la Sala de Primera Instancia a excluir la evidencia representada por una USB negra y la información de ella extraída, la defensa hace dos planteamientos: (i) La Sala «equipara los elementos constitutivos o estructurales de la presentación física del elemento material probatorio con los elementos o requisitos estructurales de validez y eficacia del medio de prueba», es decir, que el elemento material probatorio físico representado por la USB con su contenido digitalizado sobre el cual versará la ese peritaje que está solicitando la fiscalía que se decrete como prueba, «de allí a que ese medio de prueba construya la pertinencia, es decir, la relación entre ese medio de prueba físico con la práctica del peritaje y el objeto del proceso hay una distancia muy grande en consideración de la defensa, puesto que la fiscalía al hacer esa argumentación genérica tal como lo presenta la defensa, en realidad lo que hizo fue ocultar o simplemente no dijo cuál era la relación de ese elemento estructural de ese componente de información físico con la práctica de la prueba que sería el medio de prueba, en este caso el peritaje y el objeto del proceso, al no haberlo dicho no queda claro qué pretende probatoriamente la fiscalía, pues no está claro para la defensa cómo contra argumentar»; (ii) Se equivocó la

Sala al negar la declaratoria de ilegalidad y nulidad derivada del contenido de la USB en mención, bajo el supuesto de una indebida fundamentación por parte de la defensa –argumentos genéricos–, lo cual no es así, porque se trata de un elemento de simple demostración, pues se refiere a unos chats de Whatsapp como elementos de comunicación privada entre dos personas, que para su obtención debía contar con la autorización de un juez de garantías, control previo o posterior que no existe, y que por tratarse de un contenido de privacidad o de protección a la intimidad del cual es titular la acusada y debe protegerse, porque si bien se trata de conversaciones entre HILDA JEANETH NIÑO FARFAN y Juan Carlos Restrepo Bedoya, los dos están amparados por el artículo 16 de la Constitución (sic), sin que sea válido afirmar que la acusada no es titular de ese derecho bajo el argumento que sólo está protegido por esa prerrogativa el testigo Restrepo Bedoya, uno de los extremos de esa relación.

Cuestiona la defensa, en este punto, el origen de la mencionada USB, porque, según dice, no es cierto que la misma haya sido allegada de manera anónima, ya que el oficio a través del cual la remitió el Vice Fiscal al Delegado que adelantó la investigación se refiere a que ese dispositivo fue entregado por un funcionario de justicia transicional, lo cual no permite establecer su origen y autenticidad. Por tales razones solicita se excluya este medio de prueba.

4.2.- Se opone la defensa a la decisión de inadmisión de pruebas documentales por impertinentes e inútiles, entre ellos las carpetas que “arrancan” con las iniciales OVZ que traducen Orlando Villa Zapata, así como algunos oficios de la Unidad de Justicia Transicional y el capítulo concreto que empieza con el rótulo de concierto hasta la llamada carpeta 451 OVZ, documentos que la defensa presenta como pertinentes ya que establecen por ejemplo unas audiencias celebradas por HILDA JEANETH NIÑO FARFAN, con lo que está demostrando lo contrario a lo señalado en la acusación, es decir, que ella no ocultó la condición de narcotraficante de Miguel Ángel Mejía Múnera o que favoreció la no exclusión de Justicia y Paz, ya que éste fue extraditado antes de que la acusada hubiese iniciado sus funciones en

la Unidad de Justicia y Paz.

Señala el apoderado que al momento de formular la petición probatoria, respecto de cada documento de los que fueron inadmitidos por la Sala de Primera Instancia indicó que contenida cada carpeta y su relación de pertinencia con el proceso, por tanto, no hay razón para negar su admisión como prueba en este caso.

4.3. Inconforme la defensa con la negación del testigo William Yesid Molina, señala que al momento de su petición dejó en claro que será quien acredite las funciones de la acusada a nivel nacional.

En el mismo sentido se expresó respecto del perito Mauricio Vargas, quien presentará la experticia de acuerdo con el artículo 415 del C.P.P., pues al momento de solicitar la prueba señaló la defensa que el objeto de su peritaje corresponde al análisis de la evidencia digital presentada por la Fiscalía.

Igualmente pide el apoderado se revoque la decisión de la Sala de instancia por cuyo medio negó la práctica de los testimonios de José Camilo Buitrago Parada, Alberto Ruiz Valencia, Rodrigo E. Martínez, Víctor H. Vásquez, Luz Helena Morales, Luis González León y Mario Germán Iguarán Arana, ya que las razones de su pertinencia fueron expuestas en la petición de la prueba, fundamentalmente en lo que atañe a las directrices trazadas por el Fiscal General de la Nación.

4.4. Con relación a aquellos medios de prueba que acreditan algunos gastos de la acusada y que fueron rechazados por falta de descubrimiento oportuno, como la compra de un vestido de novia y pago de cirugías, que según la Fiscalía fueron realizados por Juan Carlos Restrepo Bedoya, lo cual no es cierto porque éste testigo está mintiendo, afirma el apoderado que sí son tienen relación con el caso ya que con ellos demostrará la mentira de Restrepo Bedoya.

4.5. Finalmente solicita la defensa se aclare la decisión objeto del recurso en el sentido de precisar que la relación de bienes y rentas de la acusada incluye la del año 2017 y no hasta el 2016 como se dijo en la decisión.

Termina el recurrente señalando que no comparte el criterio de la Sala, ya que el descubrimiento probatorio se cumplió de acuerdo con los parámetros establecidos en la ley.

5. INTERVENCION DE LOS NO RECURRENTES

5.1.- La Fiscalía. El Representante del ente acusador frente a los argumentos del impugnante, refiere en primer término que la obtención de la USB cuya exclusión pide la defensa, reitera que la misma fue allegada mediante oficio suscrito por el señor Vicefiscal General de la Nación, la cual fue aportada por uno de los partícipes en las conversaciones contenidas en ese dispositivo, esto es el señor Juan Carlos Restrepo Bedoya, lo que pone de presente que su aducción no afectó la esfera personal o íntima de persona alguna, por tanto el defensor no tiene razón en su petición de exclusión.

Señaló el Fiscal Delegado que la defensa al sustentar el recurso trajo argumentos complementarios o no expuestos en la petición de pruebas, lo cual no puede admitirse ya que esa etapa ya precluyó, es decir, el recurrente no controvertió ni refutó la motivación de la Sala.

Reitera la Fiscalía la impertinencia de los testimonios y otros medios de prueba de carácter documental que pretende la defensa le sean admitidos, ya que nada tienen que ver con el objeto de debate en este proceso, como acertadamente lo plasmó la Sala en la decisión que se cuestiona.

Referente al rechazo de la Sala de algunos elementos materiales probatorios solicitados por la defensa, señala el Fiscal Delegado que los términos son preclusivos y si bien el apoderado

los enunció, nunca los descubrió al punto que al día de hoy no se conocen las respuestas de las solicitudes o documentos que pretende el defensor le sean aceptados, por tanto solicita a la Sala de Casación Penal que la decisión recurrida sea confirmada.

5.2. El Ministerio Público. Inicialmente resaltó la confusión en que ha incurrido el defensor al sustentar la impugnación, ya que una cosa es el tema de prueba y otra la pertinencia de la prueba, conceptos sustancialmente diferentes y que la Sala tuvo en cuenta al resolver las solicitudes probatorias. Las razones por las cuales no se excluye la USB negra quedaron absolutamente claras, que no fue por la fundamentación genérica, sino porque no existió violación de expectativa razonable de intimidad, como de manera especulativa lo presenta la defensa.

En cuanto a la prueba testimonial inadmitida, como por ejemplo la declaración del ex Fiscal General de la Nación, resulta impertinente, ya que tiene relación alguna con los hechos jurídicamente relevantes que fueron puestos de presente en la acusación.

Referente al descubrimiento probatorio que de manera tardía pretende la defensa, señala el Representante del Ministerio Público que los términos son preclusivos y es a las partes a quienes incumbe su cumplimiento, por lo que solicita a la Sala de Casación Penal impartir confirmación a la providencia recurrida.

5.3. La Apoderada de la víctima. Manifestó estar de acuerdo con la decisión de la Sala, por tanto solicitó su ratificación.

6.- PRONUNCIAMIENTO DE LA SALA DE PRIMERA INSTANCIA SOBRE LA CONCESIÓN DEL RECURSO.

La Sala Especial de Juzgamiento mediante providencia del 5 de septiembre del corriente año, al estimar que el impugnante cumplió parcialmente con la carga que le impone la ley de sustentar con suficiencia las razones de hecho y de derecho su inconformidad con la

providencia recurrida, concedió el recurso de alzada respecto de los medios probatorios señalados en el numeral primero de la mencionada decisión.

De igual manera, al considerar insuficiente la fundamentación del disenso, negó la apelación en lo concerniente a las pruebas indicadas en el numeral segundo de la señalada providencia.

Contra ésta decisión, el apoderado de la acusada interpuso el recurso de queja, con el propósito de que se revoque y a cambio le sea concedida «en aquellos aspectos contenidos en el numeral segundo de la decisión impugnada en queja, para que sean estudiados conjuntamente con aquellos respecto de los cuales sí se concedió la apelación», impugnación que sustentó dentro del término previsto por el artículo 179D de la Ley 906 de 2004.

Sobre los motivos de la queja, el defensor manifestó que la providencia apelada conforma una unidad jurídica, por tanto el acto de impugnación es uno solo y en consecuencia debe «concederse en su totalidad, tal como fue interpuesto, no hacer de las pausas del orador una separación de fundamentos y objetivos del recurso tal que se entienda que son apelaciones separadas», de tal manera «no es posible conceder la mitad de la impugnación y denegar la otra mitad en la misma providencia y respecto de la misma decisión».

Señala el recurrente que la Sala de instancia se equivocó al negar el recurso de apelación, ya que la norma lo que prevé en esos casos es la declaratoria de desierto.

De manera abstracta e imprecisa el impugnante sugiere que en la sustentación del recurso si se plasmó la pertinencia de las pruebas que fueron negadas, en tanto prende acreditar las actividades que la acusada cumplió a nivel nacional, no sólo como Fiscal 22 de la Unidad a la que pertenecía, sino las de Coordinadora.

Sobre la presentación de nuevos argumentos en la fundamentación del recurso, señala que

lo que se pretende es mejorar la argumentación de la petición de pruebas, aspecto que no se opone al recurso vertical.

7. CONSIDERACIONES

7.1.- Aclaración previa.

En el presente caso resulta pertinente señalar que si bien se interpusieron de manera independiente los recursos de apelación y de queja, cuyo trámite en la Secretaría de esta Sala se tramitaron en forma separada, el primero bajo el radicado 53669 y el segundo con el 53670, lo cierto es que la temática de uno y otro guardan entre sí una estrecha relación, ya que versa sobre aspectos vinculados entre sí, por tanto, por razones de economía procesal se deciden las dos impugnaciones a través de la presente decisión.

En ese sentido, la Sala de Casación procede entonces a resolver de manera prioritaria lo concerniente al recurso de queja, y en segundo término, lo que corresponda al de apelación.

7.2. Procedencia del recurso de apelación contra las decisiones adoptadas por la Sala Especial de Primera Instancia.

En el art. 29 inc. 1º de la Constitución se reconoce la dimensión jurídico-objetiva del debido proceso. El concreto y efectivo ejercicio de este derecho presupone la configuración normativa de las formalidades esenciales que han de regir los procedimientos. Por ello, el art. 29 inc. 2º ídem preceptúa que nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa y con observancia de las formas propias de cada juicio. En consecuencia, la delimitación del ámbito de protección del debido proceso ha de consultar el desarrollo legal pertinente.

El ámbito de protección del derecho al debido proceso está demarcado, entonces, tanto

por prescripciones constitucionales genéricas como por la específica configuración legal de las formas propias de cada juicio, pues se trata de una garantía de marcada composición normativa.

Desde esa perspectiva, el Acto Legislativo N° 01 de 2018, cuyo objeto estriba en “implementar el derecho a la doble instancia y a impugnar la primera sentencia condenatoria” en los procesos penales seguidos en contra de los aforados mencionados en el art. 235 de la Constitución, estableció las bases fundantes del debido proceso penal aplicado a aquéllos.

Una de las máximas que rige esa competencia especial, asignada a la Corte Suprema de Justicia, en razón de la persona, es la garantía, en cabeza del procesado, de impugnar las decisiones judiciales emitidas en el curso del juicio. Y tal prerrogativa, desde luego, no sólo comprende la facultad de apelar la sentencia, sino los autos que, por desarrollo legal concreto, admiten el recurso de apelación en dicho trámite -de juzgamiento-.

La teleología misma del acto legislativo indica que el constituyente derivado implementó un juicio penal de doble instancia para aforados. El objeto mismo de la ley distingue entre el derecho a la doble instancia y la posibilidad de impugnar la primera sentencia condenatoria, garantías que si bien son facetas del derecho de impugnación, tienen un distinto ámbito de aplicación.

La doble instancia, en sí misma, implica la posibilidad de que las decisiones que emite el juez natural, en un primer nivel decisorio, sean objeto de revisión -lato sensu- por un juez distinto y superior en el plano decisorio. Es la ley la que, entonces, especifica cuáles resoluciones judiciales pueden ser cuestionadas por la vía de la apelación, para que las conozca un juez de segunda instancia, sin que tal nivel de revisión, en esencia, pertenezca o derive de la decisión que resuelve el fondo de la controversia, conocida como sentencia.

Por su parte, el derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria, más que un asunto

de estructura, es una garantía instituida a favor de quien es declarado penalmente responsable, al margen de la instancia en que es condenado; de esa manera, se pretende que la presunción de inocencia que cobija a toda persona deba pasar por un doble filtro - ordinario- de revisión, antes de ser desvirtuada mediante declaratoria judicial.

En un juicio de dos instancias, entonces, se permite apelar la sentencia -así como determinados autos- por aspectos estructurales. Allí no importa, si se trata de la sentencia, el sentido de la decisión, sino la posibilidad de revisión por una instancia superior -en lo decisorio-. Mientras que el derecho a impugnar el primer fallo de condena es una protección reforzada al derecho fundamental a la presunción de inocencia, concretado en la garantía de la doble conformidad.

De ahí que un entendimiento del objeto del acto legislativo, desde la teoría del proceso y bajo la óptica de la dogmática constitucional, permita concluir que la doble instancia se instituyó para el juicio penal para aforados, sin que se limite a la posibilidad de apelar únicamente la sentencia, que es apenas una de las decisiones que se pueden tomar durante ese trámite de la actuación procesal.

Y tal conclusión, valga destacar, se ve reforzada con una lectura sistemática de las disposiciones normativas previstas en el mismo acto legislativo, en tanto prescripciones constitucionales genéricas.

Ciertamente, el art. 1º inc. 3º ídem, al definir la competencia de la Sala de Casación Penal de la Corte, preceptúa que esta última conocerá del recurso de apelación contra las sentencias que profiera la Sala Especial de Primera Instancia. Empero, con ello no quiere significarse, como podría entenderse con una mera lectura literal de la norma, apartada de la teleología del acto legislativo y de sus demás disposiciones, que contra las demás decisiones interlocutorias dictadas por la Sala de Primera Instancia no proceda la apelación. No. En seguida, el inc. 4º ídem clarifica que la primera condena podrá ser impugnada.

Ello muestra que, para el constituyente, el mecanismo de impugnación está atado a la sentencia de naturaleza condenatoria, mientras que la apelación se predica de esa y de las demás decisiones interlocutorias que se puedan adoptar en el juicio ante la Sala Especial de Primera Instancia, que se caracteriza por tener doble instancia. Así se extracta del art. 3º ídem, que al modificar el art. 235-3 de la Constitución, establece que son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia conocer, por una parte, del derecho de impugnación -que como se vio va atado a la sentencia condenatoria-; y, por otra, del recurso de apelación en materia penal, conforme lo determine la ley.

Además, el modificado art. 235-6 ídem dispone que es función de la Sala de Casación Penal resolver los recursos de apelación que se interpongan contra las decisiones proferidas por la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia. Allí no hay distinción alguna en punto de la naturaleza de la decisión, por lo que mal podría concluirse que sólo la sentencia admite apelación, cuando, como lo determina la ley, en un juicio penal de doble instancia, también son apelables los autos interlocutorios (arts. 176 inc. 3º de la Ley 906 de 2004 y 191 de la Ley 600 de 2000).

Tales razones conducen a interpretar que cuando el art. 234 inc. 2º de la Constitución, modificado por el art. 2º del Acto Legislativo, dispone que ha de garantizarse la doble instancia de la sentencia, no quiere decir que sólo sea ésta decisión la que admita el recurso de apelación, pues la norma seguidamente indica que también debe garantizarse el derecho a la impugnación de la primera condena, lo que, atendidas las anteriores razones, implica que, por ser un juicio de doble instancia, contra toda sentencia procede apelación; ello, sin perjuicio de la garantía de que la primera condena, pueda ser impugnada.

Aunque es obvio, aclara la Sala, el anterior criterio es aplicable a partir del momento en que se posesionaron los magistrados que integraron la Sala de Primera Instancia y entraron a ejercer sus funciones, pues antes, como en múltiples ocasiones se sostuvo, materialmente no existía una segunda instancia.

8. EL CASO CONCRETO.

8.1. El recurso de queja. De conformidad con el artículo 179B y siguientes del Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, el recurso de queja procede «cuando el funcionario de primera instancia deniegue el recurso de apelación», el cual debe interponerse dentro del término de ejecutoria de la decisión que deniega el recurso vertical (se resalta).

Así mismo, como otros medios de impugnación, el de queja se halla supeditado al cumplimiento de precisos requisitos y formalidades.

En efecto, el artículo 179C de la normatividad señalada establece el procedimiento que debe cumplir el interesado, esto es, quien interponga el recurso «solicitará copia de la providencia impugnada y de las demás piezas pertinentes, las cuales se compulsarán dentro del improrrogable término de un (1) día y se enviarán inmediatamente al superior», para que ante dicho funcionario, «dentro de los tres (3) días siguientes al recibo de las copias deberá sustentarse el recurso», y luego se resolverá de plano, según lo previsto por el artículo 179D ibídem.

Dada la naturaleza del recurso de queja y entendiendo que su finalidad, de acuerdo con el artículo 179B del Código de Procedimiento Penal, se restringe a determinar si la apelación fue bien denegada o no, resulta descontextualizada y por ende no apreciable, cualquier consideración o petición que se haga fuera de aquella, por eso en nada concierne, para efectos de la decisión del recurso que motiva el examen de la Sala, las alegaciones que sobre otros aspectos se hacen por el recurrente, como por ejemplo, que se acepten «temas nuevos» en la sustentación del recurso tanto como lo exija la fundamentación de la decisión que se controvierte, o que la Sala de Primera Instancia se equivocó al permitir el recurso de queja frente al rechazo de la apelación, ya que la ley ordena que en esos casos se declare desierta la alzada por falta o indebida de sustentación, pues, se reitera, ese no es el objeto del recurso que ahora se impone decidir.

Sobre la carga que le compete a la parte recurrente de sustentar dicha inconformidad, la Sala de Casación Penal, de manera pacífica, ha dicho lo siguiente:

Para que un recurso de queja pueda tenerse por sustentado, no basta la presentación de un escrito cualquiera. Es indispensable que los argumentos que se aduzcan estén relacionados con los fines o propósitos que se buscan a través del mismo, que en síntesis pueden resumirse en dos, (1) que el superior revise si el recurso de apelación o de casación fue correcta o incorrectamente denegado, y (2) que ordene su concesión si el inferior se equivocó al negarlo.

Siendo ello así, el escrito de sustentación o fundamentación de este recurso debe indefectiblemente encaminarse a demostrar que la decisión que se impugna es equivocada, y que lo procedente era optar por el otorgamiento del recurso de apelación o casación, según el caso (CSJ AP, nov 15 de 2005, rad 24248).

Como ya se indicó en precedencia, si bien dentro del término establecido por el artículo 179D de la Ley 906 de 2004, el defensor presentó un escrito a manera de sustentación donde expone sus puntos de vista, según los cuales la Sala de Instancia se equivocó al negar el recurso vertical, lo cierto es que en estricto sentido no se contravirtieron las razones por las que se negó parcialmente la apelación, aspecto que conduce a pretensión sea rechazada.

En efecto, el recurso de apelación fue denegado respecto de la inadmisión de los medios de convicción señalados en la providencia de fecha 5 de septiembre del presente año, en el capítulo VII, «numeral 3, del 2.1 al 2.32, de la incorporación de varios documentos», y que para una mayor claridad se relacionan a continuación:

“2.1.- Oficios DJT del 29 de septiembre de 2017 y DJT del 29 de septiembre de 2017, suscrito por MERY PATRICIA CONEJO TELLEZ, Directora de Justicia Transicional de la Fiscalía General de la Nación, en 13 folios y sus anexos, entendiendo por estos anexos el CD ilusión

respuesta de petición, CD, Imagon respuesta derecho de petición, un DVD con registro 24052010 del Magistrado Ponente Julio Ospino a MIGUEL ANGEL MEJIA MUNERA y fiscal HILDA JEANETH NIÑO FARFAN del 24 de mayo de 2010. Un DVD en respuesta a los numerales 10,24 26 de su solicitud de la agencia ACENI LTDA postulado MIGUEL ANGEL MEJIA MUNERA. Copia de Resolución 0114; copia de carpetas hoja de vida agosto 2017.5. Igualmente una carpeta con 278 folios denominada inspección radicado 47001107001200900065 en respuesta al numeral 23 del oficio 6611 de fecha 29 de septiembre de 2017.

2.2. Una carpeta con 155 folios denominada concierto para delinquir, conformación de grupo en respuesta al numeral 25 del oficio 6611 de fecha 29 de septiembre de 2017.

2.3. Siete (7) carpetas “respuesta al numeral 25de oficio 6611” de fecha 29 sep. 2017 denominada OVZ 15 de enero 2008, 30 de oct. 2008 con 389 folios.

2.4. Así mismo OVZ 19 dic 2009 a 22 dic de 2008 con 202 folios.

2.5. OVZ del 17 abril 2010 a 11 de febrero 2009 con 476 folios.

2.6. OVZ 24 dic 2008 con 132 folios.

2.7. OVZ 5 de enero de 2010 a 23 de septiembre de 2011 con 390 folios.

2.8. OVZ 31 de agosto 2012 a 3 julio 2015 con 401 FOLIOS.

2.9. OVZ DEL 11 de junio de 2004 a 4 de febrero de 2009 con 451.

2.10. Petición dirigida a la Dirección de Justicia Transicional 12052018 con rad. SGD nro. 20186110626472, en 3 folios.

2.11. Respuesta al derecho de petición radicado SG nro. 20186110626472, del 15 de junio

de 2018, en un folio. Un disco eterno de una Tera la cual se pone a disposición de la fiscalía.

2.12. Oficio nro. DFJENNJT 1975 del 13 de septiembre de 2017, suscrito por Mery Patricia Conejo Téllez, Director de Justicia Transicional, en un folio y un DVD que contiene carpeta denominada oficio 7975, doctor LUIS EDUARDO AVILA GOMEZ.

2.13. Oficio sin número de fecha 29 de noviembre de 2017, radicado 20173100074351, suscrito por NELBYS YOLANDA ARENA HERREÑO, Jefe del Departamento de Personal de la Fiscalía General de la Nación.

2.14. Solicitud de fecha 30 de mayo de 2018, elevada a la Dirección Administrativa y Financiera de la Fiscalía General de la Nación, y la respuesta a dicha solicitud mediante oficio del 28 de junio con rad. 2018030000171.

2.15. Oficio DVTR 30530, de fecha 29 de junio de 2018, con rad. 20186150009251, en 2 folios y con anexos en 50 folios.

2.16. Petición a Fiscalía General de la Nación –Unidad de Justicia Transicional (Unidad de Justicia y Paz), con fecha 30 de mayo de 2018, en 2 folios.

Respuesta al oficio 333306 de fecha 29 de junio 18 con rad. 20185800044521, en 2 folios, y anexos en 190 folios y un CD, sin marca.

2.17. Petición a la Fiscalía General de la Nación –Dirección Administrativa y Financiera, con fecha 1 de junio de 2018, en 2 folios.

2.18. Respuesta al oficio DAP-30110, del 7 de junio de 2018, y respuesta al derecho de petición enunciado que contiene el SIGEP Dra. Hilda Niño año 2016 en 2 folios.

2.19. Oficio No. DJT 6611, de fecha 29 de septiembre de 2017, suscrito por Mery Patricia

Conejo Téllez, Directora de Justicia Transicional de la Fiscalía General de la Nación, en 13 folios y un CD illusion -Respuesta al derecho de petición.

2.20. Un CD-R Imation - Anexos Rta. Der. De Petición DJT.

2.21. Un DVD Registro audiovisual. Audiencias del 24-05-2010, Mg. Dr. Julio Ospina Guite, Postulado: Miguel A. Mejía, Fiscal: Dra. Hilda Jeaneth Niño Farfán, 24-may-2010.

2.22. Un DVD Respuesta a numerales: 10, 24 y 26 de solicitud de la agencia ACENI LTDA. Postulado Miguel A. Mejía M., copia resolución 0114 y copia de carpetas, hoja de vida, Agosto de 2017.

2.23. Una carpeta con 278 folios, denominada inspección a rad. 47001107001200900065, en respuesta al numeral 23 de oficio 6611 de fecha 29/09/2017.

2.24. Una carpeta con 155 folios denominada: concierto para delinquir, conformación del grupo, en respuesta al numeral 25 de oficio 6611 de fecha 29/09/2017.

2.25. Carpetas respuesta al numeral 25 del oficio 6611, de fecha 29/09/2017, denominadas:

2.26. Una carpeta con 389 folios denominada: O.V.Z. 15, Enero de 2008 y 30 Octubre de 2008.

2.27. Una carpeta con 202 folios denominada: O.V.Z. 19 Dic. 2009, 22 Dic. 2008.

2.28. Una carpeta con 476 folios denominada O.V.Z. 17 Abril 2010 - A 11Feb. 2009 CON 476 F.

2.29. Una carpeta con 132 folios, denominada O.V.Z. 24 Dic. 2008.

2.30. Una carpeta con 390 folios, denominada O.V.Z. 05 de enero 2010 – A 23 de septiembre de 2011.

2.31. Una carpeta con 401 folios, denominada O.V.Z. del 31 Agosto de 2012 a 3 de julio de 2015.

2.32. Una carpeta con 451 folios, denominada O.V.Z. 11 Jun. 2008 – 3 Feb. 2009”.

Igualmente, el recurso de apelación fue negado frente a la inadmisión de los siguientes testimonios: William Yesid Molina, José Camilo Buitrago Parada, Alberto Ramírez Valencia, Rodrigo Eduardo Martínez Garzón, Víctor Hugo Vásquez Contreras, Luz Helena Morales y Carlos Arturo Pregonero Cortés.

La inadmisión de los medios de prueba antes señalados está fundamentada en que se omitió demostrar su «conducencia, pertinencia y utilidad, desconociendo los postulados del artículo 357 de la Ley 906 de 2004», ya que la defensa se limitó a indicar genéricamente que dicha documentación «formaba un solo paquete de aquellos documentos que se encuentran en poder de la fiscalía...puede llevar como medio de prueba a la Sala con capacidad de certeza para producir el efecto informativo que se requiere a fin de tener conocimiento pleno de los hechos que le permita una sentencia en este caso»; y en relación con la prueba testimonial, la Sala de Primera Instancia de manera razonada, señaló igualmente la impertinencia e inutilidad de tales medios de convicción.

Frente a los argumentos de la Sala de Instancia, el impugnante no adujo ninguna razón de hecho y de derecho capaz de controvertir la fundamentación de la decisión recurrida (5 de septiembre de 2018), ni señaló el yerro en que incurrió la Sala Aquo al denegar el recurso de apelación. Dicho de otra manera, no se demostró por parte del defensor que sus alegaciones a través de las cuales pretendió fundamentar el recurso vertical eran suficientes y que con ellas se atacaba de fondo las consideraciones de la providencia que inadmitió los medios de prueba antes mencionados.

Ninguna manifestación hizo el recurrente encaminada a controvertir la negativa de la Sala de Primera Instancia a conceder la apelación. Se limitó a señalar, por ejemplo, que como la providencia apelada conforma una unidad jurídica, por consiguiente el acto de impugnación es uno solo y en consecuencia debe «concederse en su totalidad, tal como fue interpuesto ya que no es posible conceder la mitad de la impugnación y denegar la otra mitad en la misma providencia y respecto de la misma decisión», olvidándose de presentar un contraargumento válido que dejara sin efecto la motivación de la Sala de Instancia.

Pasa por alto el defensor, que la providencia inicialmente impugnada debía analizar, como en efecto lo hizo, la pertinencia de cada uno de los medios de prueba pedidos por las partes, y que, en consecuencia, no es posible aducir un argumento genérico e inespecífico para todos los elementos de prueba como lo sugiere el recurrente al sustentar la queja.

Menos admisible resulta el punto de vista del recurrente cuando a la hora de sustentar la queja señala que con la presentación de nuevos argumentos en la fundamentación del recurso de apelación, lo que pretende es mejorar la petición probatoria inicial, aspecto que, según el apoderado, no se opone a la concesión de la alzada, olvidándose que la sustentación no se halla instituida como una oportunidad para subsanar la falencia de la petición probatoria, habida consideración que los términos en la sistemática de la Ley 906 de 2004, son preclusivos.

Es tal el desacierto del impugnante que llega al punto de cuestionar a la Sala de Primera Instancia, porque, según él, se equivocó al negar el recurso de apelación y permitir que se formulara el recurso de queja, ya que en esos casos lo que la norma prevé es la declaratoria de desierto, sin observar que sobre este punto la Sala de Casación Penal tiene sentado su criterio encaminado a proteger el principio de la doble instancia y a garantizar con mayor eficacia los derechos fundamentales de las partes, ya que dada la trascendencia de este principio, estimó «la Sala que en aquellos eventos en que media algún grado de sustentación del recurso de apelación, de considerarse ésta indebida o insuficiente, lo

procedente no es la declaración de desierto que, como se dijo, solo contempla como medio de control el recurso de reposición, sino su rechazo o negación, a efectos de habilitar la posibilidad que la parte afectada interponga, si lo estima pertinente, el recurso de queja» (CSJ AP, Ag 2 de 2017, rad 50560), aspecto que fue resaltado por la Primera Instancia en la providencia recurrida.

En síntesis, la sustentación del recurso resulta decisivo, pues la exposición de motivos de la inconformidad con la decisión atacada determina necesariamente aquellos aspectos sobre los cuales el ad-quem puede pronunciarse, conforme lo enseña el principio de limitación, el cual cobra especial trascendencia en el proceso regido bajo la Ley 906 de 2004, carga procesal que en este caso incumplió la parte interesada, por tanto, el recurso de queja interpuesto será desechado, por expreso mandato del artículo 179D, inciso tercero, del Código de Procedimiento Penal.

8.2. El recurso de apelación.

Como ya se indicó en el apartado 7.3. de este pronunciamiento, la decisión impugnada es susceptible de ser apelada conforme lo establece el artículo 176 inciso 3º de la Ley 906 de 2004, al señalar que «...salvo los casos previstos en este código, contra los autos adoptados durante el desarrollo de las audiencias, ...», procede el recurso de apelación.

Del mismo modo, el artículo 177, inciso primero, numerales 4 y 5 ibídem prevé que los autos por cuyo medio se niega la práctica de pruebas y los que deciden sobre la exclusión de un medio probatorio en el juicio oral, son apelables en el efecto suspensivo.

Así mismo, el artículo 178 de la misma normatividad establece la carga procesal que debe cumplir la parte interesada en este medio de impugnación, relativa a la debida sustentación en desarrollo de la audiencia en que se interpone el recurso.

El tema sometido a estudio de la Sala de Casación Penal consiste en dilucidar los siguientes

aspectos: (i) si con la no exclusión de la evidencia representada por una USB negra y su contenido o información extraída de ella, se vulnera la expectativa razonable de intimidad de la acusada; (ii) si el testimonio del perito en informática forense Mauricio Javier Vargas Sánchez, solicitado por la defensa, debe ser admitido o no; (iii) si la Sala de Primera Instancia acertó al inadmitir los testimonios de Luis González León y Mario Germán Iguarán Arana; (iv) si la falta de descubrimiento probatorio por parte de la defensa de los documentos enlistados en el numeral 4 de la providencia recurrida bajo el título de: «De las pruebas que se rechazan a la defensa por falta de descubrimiento», le impide solicitar su práctica o introducción al proceso como medio de prueba; y (v) se aclare la decisión impugnada en el sentido de indicar que lo solicitado por la defensa, corresponde a la «relación de bienes y rentas hasta el año 2017 y no el 2016, como quedó registrado en el proyecto».

8.2.1. Aplicación de la cláusula de exclusión.

El apelante solicita la exclusión de la evidencia representada en una USB negra y la información de ella extraída, porque se obtuvo a través de un acto de investigación que compromete la expectativa razonable de intimidad de la acusada, sin contar con el control previo o posterior de un juez de garantías.

Esta solicitud es improcedente, por las razones que se indican a continuación:

La exclusión de evidencias es una sanción procesal, consagrada en el artículo 29 de la [Constitución Política](#), orientada a proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos en el proceso de obtención y práctica de las pruebas. Entre sus objetivos sobresale la disuasión de los servidores públicos de adelantar labores investigativas violatorias de derechos fundamentales, en la medida en que la información así obtenida no podrá utilizarse como soporte de la pretensión punitiva estatal (SU 159 de 2002, C-591 de 2005, entre otras).

A la par de los efectos benéficos de esta sanción de rango constitucional, debe considerarse

que la exclusión de una o varias “pruebas” puede comprometer severamente los derechos de las víctimas, así como el legítimo interés de la ciudadanía en que los delitos sean esclarecidos y sus responsables sancionados.

Por tanto, las decisiones sobre esta materia, y las respectivas solicitudes que presenten los interesados, deben ser suficientemente motivadas.

La redacción del artículo 29 superior indica los aspectos que deben incluirse en este tipo de argumentos.

La norma dice que «es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso». Por tanto, quien solicita la exclusión (o tiene a cargo la decisión), debe precisar: (i) cuáles son las pruebas que podrían ser excluidas, (ii) en qué consistió la violación al debido proceso (lo que, obviamente, abarca cualquier derecho fundamental), y (iii) el nexo causal entre la violación del derecho o la garantía fundamental y la información que debe ser suprimida.

En el presente caso, el impugnante plantea que la USB negra atrás referida fue obtenida con violación del derecho a la intimidad, en una vertiente diferente al “hábeas data”. Todo indica que se refiere al derecho a la intimidad frente a las comunicaciones privadas, de que trata el artículo 15 de la Constitución Política. Esta norma dispone lo siguiente:

Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen 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.

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

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 que establezca la ley¹.

Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley.

El artículo 15 superior consagra el derecho a la intimidad, en sus diferentes facetas. En lo atinente a la inviolabilidad de la correspondencia y las comunicaciones privadas, establece dos cortapisas para que el Estado pueda “interceptarlas” con el propósito de registrarlas o auscultarlas: (i) debe mediar orden judicial (reserva judicial), y (ii) se deben cumplir las formalidades que establezca la ley (reserva legal). Lo anterior sin perjuicio del principio de proporcionalidad, desarrollado ampliamente por la jurisprudencia de la Corte Constitucional en el contexto del proceso penal (C-822 de 2005, entre muchas otras).

Esta reglamentación general fue desarrollada puntualmente en el ámbito del proceso penal.

En primer término, el artículo 250 de la [Constitución Política](#) estableció, entre otras cosas, un listado taxativo de actos de investigación, limitadores de derechos fundamentales, que pueden ser ordenados por la Fiscalía con control posterior del Juez. Por demás, debe aplicarse la regla general del control previo, tal y como lo ha resaltado la Corte Constitucional (C-336 de 2007, entre otras).

De manera concreta la Ley 906 de 2004 regula los actos de investigación, bien los que pueden comprometer derechos o garantías fundamentales, ora los que, en principio, no generan ese tipo de afectación.

En lo que concierne al artículo 236 de esta codificación, al que alude el recurrente, se tiene

que el mismo desarrolla la interceptación de la información privada de que trata el artículo 15 de la [Constitución Política](#), cuando la misma se ha transmitido «a través de las redes de comunicaciones». La norma dispone lo siguiente:

Recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de las redes de comunicaciones. Cuando el fiscal tenga motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que el indiciado o el imputado está transmitiendo o manipulando datos a través de las redes de telecomunicaciones, ordenará a policía judicial la retención, aprehensión o recuperación² de dicha información, equipos terminales, dispositivos o servidores que pueda haber utilizado cualquier medio de almacenamiento físico o virtual, análogo o digital, para que expertos en informática forense, descubran, recojan, analicen y custodien la información que recuperen; lo anterior con el fin de obtener elementos materiales probatorios y evidencia física o realizar la captura del indiciado, imputado o condenado.

En estos casos serán aplicables analógicamente, según la naturaleza de este acto, los criterios establecidos para los registros y allanamientos.

La aprehensión de que trata este artículo se limitará exclusivamente al tiempo necesario para la captura de la información en él contenida. Inmediatamente se devolverán los equipos incautados, de ser el caso.

Las normas atrás relacionadas regulan los eventos en que el Estado debe “interceptar”, “retener” o “aprehender” las comunicaciones privadas de los ciudadanos, cuando ello resulte necesario para la investigación penal. Las salvaguardas constitucionales y legales se justifican en la medida en que el Estado deba afectar la expectativa razonable de intimidad frente a sus comunicaciones.

Por obvias razones, las reservas judicial y legal atrás referidas no se activan cuando el ciudadano, por un acto de liberalidad, decide renunciar a la expectativa razonable de

intimidad que tiene frente a sus comunicaciones privadas y opta, como en este caso, por entregar a las autoridades los dispositivos donde las mismas están almacenadas, con la inequívoca intención de que se extraiga la información relevante para el esclarecimiento de los hechos objeto de investigación.

En esa misma lógica, las normas que regulan la diligencia de allanamiento y registro, que deben aplicarse en cuanto resulte pertinente al acto de investigación regulado en el referido artículo 236, tal y como expresamente allí se dispone, se ocupan de la renuncia a la expectativa razonable de intimidad y de la consecuente desactivación de las salvaguardas legales orientadas a protegerla. Así, por ejemplo, el artículo 230 establece que excepcionalmente podrá omitirse la orden escrita de la Fiscalía General de la Nación para que la Policía Judicial pueda adelantar un registro y allanamiento, cuando:

1. Medie consentimiento expreso³ del propietario o simple tenedor del bien objeto del registro, o de quien tenga interés por ser afectado durante el procedimiento. En esta eventualidad, no se considerará como suficiente la mera ausencia de objeciones por parte del interesado, sino que deberá acreditarse la libertad del afectado al manifestar la autorización para el registro.

2. No exista una expectativa razonable de intimidad que justifique el requisito de la orden. En esta eventualidad, se considera que no existe dicha expectativa cuando el objeto se encuentra en campo abierto, a plena vista, o cuando se encuentra abandonado.

(...).

Debe resaltarse que en la práctica judicial esos actos de liberalidad suelen ocurrir con frecuencia, especialmente cuando las personas renuncian a la expectativa razonable de intimidad que tienen frente a una determinada información con el fin de que el Estado la utilice para fines penales. Ello sucede, por ejemplo, con las historias clínicas que algunas víctimas suministran al momento de la denuncia, la entrega de cartas u otras formas de

comunicación privada que contienen información relevante para el esclarecimiento del delito, el suministro de conversaciones telefónicas que quedan registradas en algún dispositivo, etcétera.

A la luz del anterior marco normativo, se tiene que el apoderado judicial de la acusada NIÑO FARFAN estructuró la petición de exclusión sin tener en cuenta que la información contenida en el dispositivo USB negra de donde fueron extraídos los chats de Whatsapp objeto de censura, fue previamente obtenida del teléfono celular entregado voluntariamente por quien tenía expectativa razonable de intimidad frente al mismo, es decir, el testigo Juan Carlos Restrepo Bedoya, tal y como lo ha referido en sus intervenciones a la Fiscalía.

Esta omisión le resta sentido a su disertación sobre el incumplimiento de los requisitos previstos en la Constitución y la ley para cuando el Estado debe interceptar, aprehender o incautar comunicaciones o información privada de los ciudadanos, como sucede con el acto de investigación reglado en el referido artículo 236, que es sustancialmente diferente al acto consistente en recibir la información, en principio privada, que una persona libremente decide entregar para que sea utilizada en una investigación penal.

Mirado desde la óptica del artículo 29 de la Constitución Política, no explicó el defensor de qué manera se trasgredió un derecho o una garantía fundamental (según él la intimidad), al punto que sea procedente una decisión tan gravosa como la exclusión de “pruebas”, con las consecuencias que de ello pueden derivarse para la recta y eficaz administración de justicia.

En síntesis, el titular del teléfono de donde fue sustraída la información cuestionada por el peticionario fue entregado libremente y voluntariamente por su titular, el testigo Juan Carlos Restrepo Bedoya, con el propósito de que las autoridades extrajeran la información que pueda resultar útil para la investigación. Por tanto, no se trató de un acto de investigación orientado a limitar el derecho a la intimidad en los términos de los artículos 15 de la

Constitución Política y 236 de la Ley 906 de 2004, lo que hace inoperantes las salvaguardas dispuestas para este tipo de intervención estatal.

En todo caso, no se vislumbra alguna violación de derechos o garantías fundamentales en el proceso de obtención de las evidencias objeto de reproche, por lo que no hay lugar a la aplicación de la cláusula de exclusión prevista en el artículo 29 superior.

Recientemente la Sala de Casación Penal (CSJ AP, abr 11 de 2018, Rad. 52320), en un caso de analogía fáctica al que ahora es sometido a conocimiento de la Sala, refiriéndose al contenido de las comunicaciones previas en las que haya participado el procesado y la forma como el Estado accede a ellas, dijo:

Es común que muchas manifestaciones anteriores al juicio hagan parte del tema de prueba y, por ello, cualquier persona que las haya escuchado directamente puede ser citado en calidad de testigo: la amenaza durante un hurto calificado por la violencia moral, las frases utilizadas por el estafador para hacer incurrir en error a su víctima, los escritos a través de los cuales se presiona a las víctimas en los casos de extorsión o constreñimiento ilegal, entre otros. La existencia y contenido de este tipo de manifestaciones también podría probarse a través de prueba documental o pericial. Igual sucede cuando la manifestación anterior de una persona puede tenerse como hecho indicador de su estado de ánimo, del móvil para realizar una determinada conducta o de cualquier otro aspecto relevante para la establecer la responsabilidad penal.

La determinación de lo que es tema de prueba depende de la actividad de las partes, pues es a ellas a quienes les corresponde elaborar las teorías que luego debatirán ante el juez. Por ello es tan importante que para la audiencia preparatoria se tenga absoluta claridad sobre lo que se pretende probar en el juicio (tema de prueba) y los medios que se pretenden usar para su demostración (medio de prueba), lo que en últimas entraña la explicación de pertinencia a que están obligadas las partes como presupuesto del decreto

de la prueba.

Lo expuesto en precedencia es perfectamente aplicable a las manifestaciones que haya hecho el procesado en comunicaciones sostenidas con la víctima o con un testigo.

Primero, porque las manifestaciones realizadas en ese contexto: (i) pueden encajar directamente en la norma penal, como cuando son la forma de materializar el delito (las manifestaciones injuriosas, las amenazas en una extorsión, etcétera); (ii) se pueden referir a la forma de perpetración de la conducta ilegal o de lograr su aprovechamiento, así como a las medidas tomadas para mantenerla oculta; (iii) pueden constituir un hecho indicador del móvil o de cualquier otro aspecto penalmente relevante; etcétera.

Segundo, porque la existencia y contenido de esas comunicaciones puede demostrarse por cualquier medio lícito, en virtud del principio de libertad probatoria. Ello dependerá de aspectos como los siguientes: (i) la forma como ocurrió la comunicación –presencial, telefónica, por correo electrónico, a través de chat, etcétera-; (ii) la documentación del acto de comunicación; (iii) la forma como el Estado accede al contenido de la misma; entre otros. En todo caso, debe tenerse en cuenta que si la parte pretende demostrar con prueba documental la existencia y contenido de una comunicación, tiene a cargo la autenticación del documento, esto es, demostrar que es lo que afirma según su teoría del caso (CSJ AP, 07 Mar. 2018, Rad. 51882, entre otras), para lo que podría resultar especialmente útil el testimonio de uno de los partícipes en la comunicación.

(...)

Según se acaba de indicar, es posible que el acceso al contenido de las comunicaciones entre particulares se logre gracias al acto de liberalidad de una o varias de las personas que participaron en el acto comunicacional. En esos eventos, no puede predicarse la ocurrencia de un acto de investigación como los regulados en los artículos 233, 235 y 236 de la Ley 906 de 2004, por lo siguiente:

Ese tipo de renunciaciones a la intimidad frente a las comunicaciones puede darse en contextos como los siguientes: (i) la víctima que entrega una carta, copia de un correo electrónico, un mensaje de texto guardado en su teléfono, etcétera, como soporte de su denuncia o como evidencia que puede resultarle útil a la Fiscalía para el esclarecimiento de los hechos; (ii) cuando ese mismo tipo de información se encuentre en poder de un testigo, que decide entregarla voluntariamente para que la Fiscalía (o la defensa) la utilice con fines judiciales; (iii) cuando el partícipe en la comunicación decide poner su contenido en conocimiento de la Fiscalía o la defensa, así no la haya documentado; entre otros.

En los anteriores eventos, puede suceder que la víctima o el testigo plasmen en un documento físico lo que en principio tenía forma digital (como cuando imprimen los correos electrónicos o los chats), como también es factible que pongan a disposición de la Fiscalía o la defensa los aparatos en que los mismos están contenidos (un teléfono, por ejemplo). Bajo estas condiciones no puede predicarse la existencia de una interceptación de comunicaciones, según el sentido natural de las palabras⁴, como tampoco podría hablarse de retenciones, ni de ninguna otra acción estatal orientada a obtener una determinada información, precisamente porque el acceso a la misma está determinado por un acto de liberalidad del titular del derecho y no de un procedimiento investigativo orientado a su afectación (énfasis dentro del texto).

En resumen, la pretensión del recurrente no es procedente, porque: (i) omitió considerar que el titular del teléfono celular de donde se extrajeron los chats de Whatsapp lo entregó voluntariamente a las autoridades para que se extrajera la información pertinente, lo que hace inoperantes las salvaguardas constitucionales y legales para cuando el Estado debe afectar la intimidad sin que medie este tipo de autorizaciones; (ii) a pesar de que lo anterior es suficiente para desestimar su pretensión, tampoco explicó por qué la realización de un control judicial innecesario pudo afectar el derecho a la intimidad de quien entregó libremente el celular, o los derechos de su representada, ni se ocupó de la trascendencia de esas circunstancias de cara a una decisión tan gravosa como la exclusión de pruebas; (iii) no

explicó el nexo de causalidad entre las supuestas irregularidades y las pruebas objeto de censura; (iv) aun si omitiera el hecho de que en este caso no fue necesario afectar la expectativa razonable de intimidad que tenía el testigo Restrepo Bedoya frente a su teléfono, porque éste lo entregó a las autoridades con la intención inequívoca de que accedieran a la información allí contenida, para la Sala es claro que la realización de un control judicial innecesario a un acto de investigación no afecta el derecho que puede verse comprometido con el mismo (en este caso la intimidad) ni tiene consecuencias relevantes para los derechos del procesado, lo que hace inoperante la cláusula de exclusión consagrada en el artículo 29 de la Constitución Política; y (v) si hipotéticamente se aceptara que la realización de un control judicial innecesario puede afectar el derecho fundamental comprometido con un determinado acto de investigación, sería ostensible la ausencia de nexo causal entre la supuesta irregularidad y la evidencia, porque antes de que la misma ocurriera ya el Estado había accedido a la información gracias a la decisión que libremente tomó el titular del teléfono celular del cual se extrajeron los Whatsapp contenidos en la USB negra cuestionada.

Lo anterior es suficiente para desestimar la aplicación de la cláusula de exclusión invocada por el recurrente.

8.2.2. El testimonio del perito en informática forense Mauricio Javier Vargas Sánchez.

Frente al testimonio de Mauricio Javier Vargas Sánchez, se tiene lo siguiente:

8.2.2.1. El apoderado de la acusada NIÑO FARFAN adujo como sustento de la petición probatoria que hizo parte del equipo investigador de la defensa y recaudó la mayor parte de la información que soporta la teoría de la defensa, y además recibió el material descubierto por la Fiscalía, especialmente la evidencia digital. Sobre la pertinencia señaló que “todo el recaudo a que se refiere o habrá de referirse el testigo perito versa sobre hechos de la acusación que se encuentra en contra de HILDA JEANETH NIÑO FARFAN”.

8.2.2.2. En sustento de la inconformidad con la inadmisión del testimonio en cuestión, manifestó el apoderado que al solicitar dicha prueba dijo que “el perito presentaría el dictamen pericial dentro de las reglas del artículo 415 del C. de P. P., a lo cual se opuso la Fiscalía, pero además dijo que obedecía su experticia al análisis de la evidencia digital que la Fiscalía pretendía presentar, es decir no hacemos nosotros presentación de evidencia digital, sino análisis de la evidencia digital que ha anunciado la Fiscalía que va a presentar, luego no comparte la defensa que se trate de una argumentación genérica o que no se haya dicho cuál es el objeto de la experticia”.

Al comparar las manifestaciones del apoderado, tanto del fundamento de la petición probatoria, como del argumento para sustentar la apelación, es claro que le asiste razón a la Sala de Primera Instancia, en tanto el defensor no explicó con claridad cuál sería en concreto la base de la opinión del perito y de manera genérica señaló que el experto se referiría a “hechos de la acusación”.

No obstante, teniendo en cuenta que dicho experto, según lo anunció la defensa al momento de solicitar la prueba, recaudó la mayor parte de la información que soporta la teoría de la defensa y realizó el análisis de la evidencia digital entregada por la Fiscalía en desarrollo del descubrimiento probatorio, aspecto sobre el cual versará su experticia, es decir, que presentará un “análisis de la evidencia digital que ha anunciado la Fiscalía que va a presentar” (sic), se considera que se ha delimitado la temática sobre la cual emitirá su opinión el perito, por tanto, la prueba solicitada por la defensa resulta pertinente y en consecuencia la decisión apelada será revocada en este punto, para en su lugar admitir el testimonio del experto en informática Mauricio Javier Vargas Sánchez, conforme a la pretensión de la defensa.

8.2.3. De los testimonios de Luis González León y Mario Germán Iguarán Arana.

Sobre este aspecto, la decisión de la Sala de Primera Instancia será confirmada, porque la

explicación de pertinencia que hizo el defensor tanto al momento de solicitar la prueba como al sustentar el recurso, resulta insuficiente, toda vez que si bien el primero de los testigos se desempeñó como Director de la Unidad de Justicia Transicional entre los años 2006 a 2011, y el segundo, el doctor Iguarán Arana, como Fiscal General de la Nación hasta agosto de 2009, y en esa condición pudieron haber impartido directrices institucionales y actividades concretas a los funcionarios de la Fiscalía, no significa que por tal razón les deba constar que la procesada no participó en los hechos materia de juzgamiento, máxime si se tiene en cuenta que los hechos atribuidos a la acusada HILDA JEANETH NIÑO FARFAN, ocurrieron, según la acusación, entre el año 2013 a junio de 2017, todo lo cual torna esas pruebas en inútiles e injustamente dilatorias de la actuación judicial.

8.2.4. De las pruebas rechazadas por falta de descubrimiento probatorio.

En la providencia recurrida, la Sala de Primera Instancia rechazó varios elementos materiales de prueba de carácter documental, relacionados en el capítulo VII numeral 4, por cuanto la defensa no hizo el descubrimiento de acuerdo con los parámetros establecidos en la Ley 906 de 2004, artículos 356-2. Dichos documentos son los siguientes:

“1.- Solicitud elevada el 30 de mayo de 2018, al Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá Distrito Capital – Secretaría Sala de Justicia y Paz.

2. Solicitud elevada a CIRO GARNICA – Odontología High Definition, con fecha 30 de mayo de 2018, en 2 folios.

3. Solicitud elevada a LA FONT – Cirugía plástica, con fecha 30 de mayo de 2018.

4. Solicitud elevada el 30 de mayo de 2018, a CECOLFES – Bogotá Distrito Capital.

5.- Petición de fecha 30 de mayo de 2018 dirigida a la Unidad de Justicia Transicional –Unidad de Justicia y Paz-.

6. Petición de fecha 1 de junio de 2018, a FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – Dirección Administrativa y Financiera, con, en 2 folios.
7. Solicitud de fecha 1 de junio de 2018 elevada a AVIANCA – Bogotá Distrito Capital.
8. Solicitud elevada a Juriscoop – Bogotá Distrito Capital el 1 de junio de 2018.
9. Solicitud de fecha 1 de junio de 2018 elevada a Itau – Helm bank Bogotá Distrito Capital.
10. Solicitud de fecha 1 de junio de 2018 elevada a Pronovias – Bogotá Distrito Capital.
11. Solicitud de fecha 5 de junio de 2018 elevada a la Cárcel la Picota – Bogotá Distrito Capital.
12. Solicitud elevada el 5 de junio de 2018 a la Cárcel Nacional La Picota – Bogotá Distrito Capital.
13. Solicitud elevada el 7 de junio de 2018 a Movistar – Bogotá Distrito Capital.
14. Petición dirigida a la Dirección de Justicia Transicional radicado 1206-2018 con radicado SGD-No. 20186110626472”.

Las circunstancias particulares de la actuación sometida a conocimiento de la Sala de Casación Penal, permiten colegir que los documentos antes reseñados no constituyen realmente un medio de prueba, ya que, lo que se pretende introducir es una serie de peticiones a entidades públicas y privadas, de las cuales el apoderado de la acusada no ha obtenido respuesta alguna; es decir, pretende la admisión de pruebas inexistentes hoy, porque lo que hipotéticamente se convertiría en prueba serían los documentos contentivos de las respuestas que el peticionario espera recibir, pero que aún no cuenta con ellas, no conoce el sentido de las mismas, ni sabe si las obtendrá o no. En síntesis, las solicitudes relacionadas no constituyen prueba alguna.

Ante esa realidad, el punto debe ser diferido para ser resuelto en desarrollo del juicio oral, si la parte interesada así lo requiere, siempre y cuando se den las circunstancias previstas en el inciso final del artículo 344 del Código de Procedimiento Penal, el cual establece que: «...si durante el juicio alguna de las partes encuentra un elemento material probatorio y evidencia física muy significativos que debería ser descubierto, lo pondrá en conocimiento del juez quien, oídas las partes y considerado el perjuicio que podría producirse al derecho de defensa y a la integridad del juicio, decidirá si es excepcionalmente admisible o si debe excluirse esa prueba».

De manera que, dependiendo de la pertinencia y utilidad de los aludidos medios de prueba, si se llegaren a obtener y si el interesado lo requiere, la Sala de conocimiento decidirá sobre su admisión en el curso del juicio oral, siempre y cuando, se reitera, medien las circunstancias antes señaladas.

En consecuencia, se revocará el numeral tercero de la providencia apelada.

8.2.5. Aclaración de la decisión impugnada.

El apelante solicita se aclare la decisión impugnada en el sentido de indicar que lo solicitado por la defensa al momento de pedir la práctica de pruebas, corresponde a la «relación de bienes y rentas hasta el año 2017 y no el 2016, como quedó registrado en el proyecto».

Para determinar si la defensa tiene razón en la anterior pretensión, al confrontar el texto escrito de la enunciación probatoria con la solicitud formulada por el peticionario en la sesión de audiencia preparatoria llevada a cabo el 9 de julio de 2018, se establece lo siguiente: (i) en el momento enunciativo expresó: “Oficio No. DAP-30110 de fecha 7 de junio de 2018, respuesta derecho de petición SIGEP Dra. Hilda Niño año 2016 en 2 folios. Será introducido por Leidy Julieth Santana”; y (ii) en la solicitud probatoria pidió tener como prueba el “oficio No. DAP-30110 de fecha 7 de junio de 2018, contiene el SIGEP Dra. Hilda

Niño año 2016 en 2 folios. Es conducente por cuanto el documento tiene la capacidad de llevar a la Sala el conocimiento sobre la existencia y veracidad de la información que contiene y la relación directa que esa tiene con los hechos materia de investigación; es pertinente por cuanto el documento a través de esta petición y su respuesta acreditará la transparencia de la acusada en la declaración de bienes y rentas como funcionaria pública del año 2016, es decir no como se ha dicho hasta ahora que adquirió una serie de bienes y que de los mismos no se ha dado noticia según la obligación legal para los funcionarios públicos. Será introducido por la doctora Leidy Julieth Santana Roncancio”.5 (se resalta).

De la comparación anterior se deduce con claridad que no existe ninguna equivocación de la Sala de Primera Instancia al admitir la introducción como prueba el oficio DAP-30110 del 7 de junio de 2018 procedente de la Dirección Administrativa y Financiera de la Fiscalía General de la Nación, en los términos pedidos por la defensa, es decir que con dicho documento pretende acreditar «la transparencia de la acusada a través de la declaración de bienes y rentas como funcionaria pública del año 2016» (pag. 44 de la providencia recurrida numeral 2.3.), luego entonces, no existe razón alguna para acceder a la aclaración que pide el recurrente, ya que la prueba fue decretada y tal y como el defensor la solicitó.

Por lo anterior y a manera de síntesis, la Sala desechará el recurso de queja interpuesto por el apoderado de la acusada HILDA JEANETH NIÑO FARFAN contra la providencia de la Sala de Primera Instancia de fecha 5 de septiembre de 2018, mediante la cual negó la apelación presentada contra la decisión del 30 de agosto del presente año, sobre los puntos indicados en la respectiva decisión.

En lo que concierne al recurso de apelación se revocará el punto relacionado con la inadmisión del testimonio del perito en informática Mauricio Javier Vargas Sánchez, y en su lugar se decreta dicha prueba conforme a lo pedido por la defensa. En relación con el numeral tercero, mediante el cual se rechazó «por falta de descubrimiento las pruebas de la defensa que se alude en el numeral VII.4», se revocará la decisión, para los fines arriba

señalados. En los demás aspectos de la apelación, la providencia del 30 de agosto de 2018 será confirmada.

En mérito de lo expuesto, la SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA,

RESUELVE:

- 1.- DENEGAR el recurso de queja interpuesto por el defensor de la acusada, contra la decisión del 5 de septiembre de 2018, por cuyo medio la Sala de Primera Instancia no concedió el recurso de apelación propuesto contra la providencia del 30 de agosto del presente año, que inadmitió algunos medios de prueba, de conformidad con la motivación precedente.
2. REVOCAR el punto de la decisión apelada de fecha 30 de agosto de 2018, relacionado con la inadmisión del testimonio de Mauricio Javier Vargas Sánchez, perito de la defensa en informática, y en su lugar se decreta dicha prueba de conformidad con la solicitud del apoderado de la acusada.
3. REVOCAR el numeral tercero de la providencia recurrida, mediante el cual se rechazó «por falta de descubrimiento las pruebas de la defensa que se alude en el numeral VII.4», para que se proceda conforme lo señalado en la parte motiva.
- 4.- CONFIRMAR la providencia recurrida de fecha 30 de agosto de 2018, en los demás aspectos que fueron objeto de apelación, de acuerdo con lo dicho en la parte considerativa.

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

Cumplase y devuélvase a la Sala de origen.

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Negrilla fuera del texto original.

2 Negrilla fuera del texto original.

3 Negrilla fuera del texto original.

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

5 CD Audiencia preparatoria sesión del 9 de julio de 2018, record 29’50”.