

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada Ponente

AP4281-2019

Radicación No. 55798

(Aprobado acta No. 254)

Bogotá, D.C., dos (2) de octubre de dos mil diecinueve (2019).

ASUNTO

Se desata el recurso ordinario de apelación interpuesto por el acusado EDUARDO CASTELLANOS ROSO y su defensor contra el proveído AEP00076 del 8 de julio del año en curso, por medio del cual la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia negó las pretensiones probatorias incoadas por la defensa del procesado.

HECHOS

En la decisión objeto del presente recurso fueron plasmados así:

El 4 de mayo de 2006, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia eligió a EDUARDO CASTELLANOS ROSO como Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá y su posesión se produjo el 8 de junio de esa anualidad. Allí se desempeñaba como tal en la Sala de Justicia y Paz y le correspondía adelantar audiencias de imputación y exclusión de los postulados de la Ley 975 de 2005, entre los cuales se hallaba Miguel Ángel Melchor Mejía Múnica (a. El Mellizo).

Al equipo de la defensa de este último, en el año 2013, ingresó el abogado Marco Tulio Quintero Cano, viejo amigo del ahora procesado CASTELLANOS ROSO. A partir de esa anualidad, se presentaron varios hechos que, según el escrito de acusación signado por el Fiscal Primero delegado ante la Corte Suprema de Justicia, se estructuran como delitos, así:

1. Cohecho propio. Entre el 2013 y 2016, el letrado Marco Tulio Quintero Cano le proporcionó al funcionario CASTELLANOS ROSO cincuenta mil dólares americanos (U\$50.000), en tres oportunidades: la primera, de U\$20.000, se hizo en el café OMA, ubicado en la carrera 7 con calle 23; la segunda, también de U\$20.000 en el parqueadero “Parking” de la carrera 9 entre calles 23 y 24 y, la tercera, de U\$10.000, en el mismo estacionamiento, cuando se hallaban al interior del vehículo de Quintero Cano, quien, además, le pagó diversas cenas con dineros de Mejía Múnera.

Esas dádivas, al parecer, tenían como finalidad que el magistrado le colaborara con el proceso de Mejía Múnera, lo cual presuntamente ocurrió, ya que, en el desarrollo de la solicitud de exclusión del postulado, EDUARDO CASTELLANOS ROSO consintió varios aplazamientos de la diligencia, sin justificación y, en la audiencia, permitió la actuación de dos defensores, cuando ese proceder atenta contra las normas del Código General del Proceso, las Leyes 975 de 2005 y 906 de 2004.

2. Soborno en la actuación penal. Iniciada la investigación, en abril de 2018, por los hechos anteriormente descritos, el abogado Marco Tulio Quintero Cano fue llamado a interrogatorio por la Fiscalía. Esta circunstancia la puso en conocimiento de EDUARDO CASTELLANOS ROSO, quien le hizo varios ofrecimientos de dinero para que callara la verdad.

En efecto, el exfuncionario judicial, inicialmente, le propuso darle tres millones de pesos (\$3'000.000), luego, aumentó a \$10'000.000 y, el 2 de octubre de 2018, vía WhatsApp, le prometió un millón de pesos (\$1'000.000), para que no contara la realidad de lo ocurrido y, de esa forma, la Fiscalía no tendría como demostrar la existencia de esos hechos.

3. Revelación de secreto. Entre los años 2013 y 2015, el exmagistrado suministró a Quintero Cano información reservada sobre las discusiones que se daban al interior de la Sala de Justicia y Paz, concernientes al asunto de Miguel Ángel Melchor Mejía Múnera, por ejemplo, antes de emitirse la respectiva decisión, lo previno sobre la legalización de los cargos imputados a su poderdante, excepto aquellos relacionados con narcotráfico.

Así mismo, en el caso de Salvatore Mancuso, días antes de producirse la sentencia -cuya ponente fue la magistrada Alexandra Valencia- le enseñó -al abogado- el salvamento de voto que estaba elaborando. Con esa información, el defensor viajó a Estados Unidos, el 21 de octubre de 2018, donde intentó negociar la presentación o no de ese salvamento de voto.

ANTECEDENTES PROCESALES

1. El Fiscal Primero Delegado ante la Corte Suprema de Justicia radicó escrito de acusación, de fecha 6 de febrero de 2019, en contra del doctor EDUARDO CASTELLANOS ROSO, atribuyéndole la autoría de las siguientes conductas punibles: (i) cohecho propio (artículo 405 del Código Penal); (ii) soborno en la actuación penal (artículo 444 A ibídem); y, (iii) revelación de secreto (artículo 418 del estatuto penal sustancial).

Tras superarse la audiencia de acusación el 14 de febrero de 2019 y resolverse en primera y segunda instancia las solicitudes de nulidad formuladas dentro de dicho acto procesal, la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia dio inicio a la audiencia preparatoria el 8 de mayo del presente año en cuyo desarrollo la Fiscalía y la defensa demandaron la práctica de pruebas, además, en la sesión del 6 de junio último solicitaron la exclusión, rechazo e inadmisibilidad de algunas de ellas.

PROVIDENCIA IMPUGNADA

La Sala Especial de Primera Instancia se pronunció mediante proveído AEP00076 del 8 de julio del año en curso, sobre las diferentes peticiones probatorias formuladas por las partes

en la audiencia preparatoria. Para los efectos de esta decisión, solo se relacionarán las que fueron negadas por el juzgador de primer grado a la defensa y frente a las cuales se interpuso el recurso de apelación.

Documentales.

Al considerar que resultan irrelevantes y podrían generar confusión o dilatar el desarrollo del juicio (art. 376 Ley 906 de 2004), inadmitió las evidencias relacionadas en los numerales:

2.3.1.1.1. – Oficio del BBVA donde se informa sobre las solicitudes de crédito de EDUARDO CASTELLANOS ROSO.

2.3.1.1.3. – Oficio Jefe Oficina Información del INPEC y la impresión del email realizada por el Director de Custodia y Vigilancia del INPEC.

2.3.1.1.6. – Oficio suscrito por Gloria Patricia Silva Carpetá, Coordinadora de peticiones judiciales de Claro.

2.3.1.1.7. – Copia del escrito de acusación como de la audiencia preparatoria obrantes dentro del proceso impulsado a Hilda Jeaneth Niño Farfán.

2.3.1.1.8. – Expediente escrito del trámite de exclusión de Miguel Ángel Melchor Mejía Múnera, impulsado en la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá, así como las audiencias realizadas en ese proceso (12 dvds).

2.3.1.1.9. – Video de la sala de Tigo, realizado por la investigadora de la defensa.

2.3.1.1.10. – Registro realizado a la Sala 1 de audiencias de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá y lugares adyacentes.

2.3.1.1.12. – Copia de la sentencia emitida el 7 de septiembre de 2018 por la Sala Civil de Restitución de Tierras del Tribunal Superior de Bogotá, dentro del proceso con radicado 500013121001201400167.

Se inadmitió en los términos de evidencia de refutación, porque si la Fiscalía no ofreció como prueba los resultados de extracción de la información del celular del acusado, le correspondía a la defensa solicitar prueba pericial sobre los mismos, pero no lo hizo, de tal suerte que resulta impertinente la refutación pericial de lo que no se le ha encarado. La evidencia a que hace alusión en el numeral:

2.3.1.1.13. – Experticia realizada por el perito de la defensa, en relación con la información extraída del celular incautado a CASTELLANOS ROSO.

Por falta de descubrimiento probatorio de la información relativa al elemento que solicita como prueba, en orden a que la Fiscalía verifique el cumplimiento de las formas que la ley impone para la consecución de elementos materiales probatorios. Además, porque las evidencias pedidas no se refieren directa o indirectamente a los hechos objeto de juzgamiento, se inadmitieron las descritas en el numeral:

2.3.1.1.14. – Estudio técnico sobre información extraída de la copia de seguridad del celular obtenida en Google Drive, y la extracción de las conversaciones de WhatsApp entre el acusado y la persona identificada como «doctora Macklein».

Se inadmitió, porque la defensa puede hacer uso de declaraciones anteriores y tiene la posibilidad de llevar a cabo el contrainterrogatorio para impugnar la credibilidad del testigo, siempre que se cumpla con el descubrimiento probatorio (art. 403 numerales 4 y 5), la señalada en el numeral:

2.3.1.1.17 – Registro noticioso de la revista Semana titulado «Exclusivo las interceptaciones de la exfiscal niño con el abogado de Uribe», publicado el 31 de julio de 2018.

Estimó que pueden ser solicitadas como pruebas sobrevivientes, por homologación del artículo 344 de la Ley 906 de 2004, aquéllas descritas en los numerales:

2.3.1.1.11. – Respuesta (que aún no se había recibido) del parqueadero «YA SAS» de la carrera 9 con calle 23, sobre el ingreso del carro de Marco Tulio Quintero Cano.

2.3.1.1.16. – Respuesta de Tigo, sobre letreros visibles donde se indique que las personas están siendo monitoreadas, en la sala de ventas de la carrera 7 No. 22-30 de Bogotá y de la Superintendencia de Industria y Comercio, en relación con el sistema cerrado de televisión para ese local.

Testimoniales y periciales.

Se inadmitieron por no referirse al objeto de controversia en el proceso (art. 375 Ley 906 de 2004). Además, porque cuenta la defensa con el mecanismo del contrainterrogatorio para impugnar la credibilidad de los testigos Marco Tulio Quintero Cano e Hilda Jeaneth Niño Farfán, las testimoniales referidas en los numerales:

2.3.1.2.1. – Correspondientes a Patricia Rodríguez Torres -Magistrada del Tribunal Superior de Villavicencio-, Deyanira Rodríguez Valencia -Juez de Familia de Villavicencio-, Jeanette Espinosa Delgado -actual litigante, antes Fiscal Delegada ante el Tribunal Superior de Villavicencio-, Héctor José Cuesta Pardo -abogado litigante en el Meta-, Wilson Alférez Agudelo -víctima de despojo de tierras por parte de paramilitares, al parecer, en la oficina de Quintero Cano-, Fernando Medina Romero -abogado de Villavicencio-, Flor Marina Ballesteros Salazar -exesposa de Quintero Cano- y Juan Pablo Quintero Pérez -hijo de Marco Tulio Quintero Cano-.

2.3.1.2.3. – Jorge Alberto Cruz Rojas, Secretario de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá.

2.3.1.2.8. – Milena Paz y Orlando Villa Zapata.

Por exhibir escaso valor probatorio, fueron inadmitidas las contenidas en los numerales:

2.3.1.2.9. – Jorge Augusto Caputo Rodríguez y José Edwin Hineirosa Palacios -Procuradores Judiciales en Justicia y Paz-.

2.3.1.2.10. – Sandra Consuelo Martínez González, esposa del acusado.

Por tratarse de pruebas de referencia (arts. 402, 437 y 438 Ley 906 de 2004), se inadmitieron las reseñadas en los numerales:

2.3.1.2.2. – Javier Cárdenas, quien fungió como conductor del procesado entre 2013 y 2018.

2.3.1.2.4. – Eduardo Andrés Rodríguez Vélez, asesor de la defensa de Mejía Múnera.

2.3.1.2.5. – Angélica Martínez Cujar, quien fungió como defensora de Mejía Múnera.

2.3.1.2.6. – Julio Ospino Gutiérrez -Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia-, Alfredo Gómez Quintero -exmagistrado de la Corte Suprema de Justicia-, Luz Elena Morales Garay -Fiscal- y Juan Pablo Hineirosa -quien fungió como Director de Justicia Transicional de la Fiscalía General de la Nación-.

2.3.1.2.7. – Las hermanas Heysa Macklein y Jazmín Larrota Peña.

Fue inadmitida por falta de descubrimiento probatorio, tener a su alcance el contrainterrogatorio y resultar improcedente la aplicación del principio de caridad invocado por la defensa, la incluida en el numeral:

2.3.1.2.12 – Testimonio de Marco Tulio Quintero Cano.

Exclusiones probatorias.

A partir de la tesis desarrollada por la Corte Constitucional en sentencia C-336 de 2007, no puede concluirse que el manejo de la información contenida en la plataforma o sistema de vigilancia del condominio «La Primavera» de Villavicencio, constituya una base de «datos personales» creada exclusivamente para el acusado y como tal, su uso para la labor investigativa no puede considerarse lesivo del derecho a la intimidad. En esos términos fueron negadas las exclusiones de las pruebas documentales destacadas en el numeral:

2.3.2.1. – (i) Oficio suscrito por la administradora del condominio «La Primavera» de Villavicencio, que contiene la información de las personas que residen en la casa 161, Melo; (ii) copia del registro de entradas de visitantes al citado conjunto, desde el 1º de marzo al 30 de agosto de 2018; y (iii) relación de ingresos y salidas vía digital al condominio, en un cd, captadas por el sistema biométrico entre el 12 de octubre de 2017 y el 12 octubre de 2018; los cuales se introducirán con el testimonio de la investigadora Alejandra Churque.

Por no existir expectativa razonable de intimidad, no se acogió la exclusión de la prueba documental distinguida con el numeral:

2.3.2.2. – Registro videográfico de la oficina de Tigo de la carrera 7 No. 22-30/60, el 19 de julio de 2018, en 7 dvds.

Haciendo eco del criterio expuesto en reciente jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, concluyó que en este evento no era necesario activar las cautelas constitucionales y legales (orden previa o control posterior), habida cuenta que tras la entrega voluntaria por parte del testigo Marco Tulio Quintero Cano, del aparato que contiene las grabaciones de conversaciones privadas con el acusado, se entiende que renunció a la expectativa razonable de intimidad y, en esa medida, su actuar no puede considerarse como un acto de investigación de la Fiscalía que imponga dicho control. En consecuencia, se negó la exclusión de las pruebas periciales de los numerales:

2.3.2.3. – (i) Prueba pericial de informática forense a cargo de Mónica Camargo Rodríguez del CTI, sobre el resultado de la extracción de información de la grabadora aportada por el testigo Marco Tulio Quintero Cano y; (ii) prueba pericial de acústica forense, perito Andrés Vargas Durán, mediante la cual se introducirá el procesamiento para limpieza de audio, contenidos en la grabadora ICDPX240, serie No. 2003138.

LA IMPUGNACIÓN

El auto de primera instancia fue recurrido por el acusado EDUARDO CASTELLANOS ROSO y su defensor, respecto de las determinaciones que no fueron favorables a sus pretensiones.

1. Los argumentos que sustentan la apelación de la defensa, son los siguientes:

Inicialmente los desarrolla bajo tres lineamientos generales que fundamentan los errores atribuidos a la decisión de primera instancia.

El primer error, relacionado con la igualdad de armas, a partir de la posición de alguna manera privilegiada que ostenta la Fiscalía General de la Nación dentro del proceso, por exhibirse como la parte fuerte, en la medida que tiene gran número de funcionarios y de posibilidades, pero sobre todo tiene el tiempo a su favor, pues en este caso lleva varios años en la investigación, mientras que la defensa (material y técnica), es la parte débil en cuanto a recursos, posibilidades, tiempo y acceso a la información se refiere.

En tal sentido, cuando se miden bajo el mismo racero de exigencias las solicitudes probatorias de la Fiscalía y la defensa, se incurre en este primer error, el cual es de rango constitucional, porque al imponerle a la defensa el descubrimiento probatorio se está desconociendo el artículo 250 de la Constitución Política, dado que dicha carga le corresponde al ente acusador.

En segundo lugar, a lo largo de la decisión impugnada se observan interpretaciones que

considera la defensa errónea, porque se confunde el concepto de impugnación de credibilidad contenido en los artículos 393, 394 y 403 de la Ley 906 de 2004, con el de credibilidad que consagra el artículo 375 de la misma obra.

Lo anterior, porque en varias determinaciones de la Sala se habla del contrainterrogatorio para efectos de impugnar la credibilidad (art. 403), sin embargo, dicho procedimiento se encuentra específicamente consagrado en el capítulo del Código de Procedimiento Penal que explica cómo se practica el testimonio, mas no en aquél que se refiere a su decreto, concepción y construcción probatoria, como en efecto lo hace el artículo 375 cuando habla de los tres niveles de pertinencia allí contenidos. Por lo tanto, de ese error de interpretación se derivan varias de las negativas frente a las solicitudes probatorias de la defensa.

El tercer error, que resulta ser una reiteración del

primero, lo hace consistir en que ante una misma situación jurídico - fáctica, la Sala hace igual exigencia a la solicitud probatoria de la defensa y a la Fiscalía, lo que se traduce en que se está dispensando un trato no igualitario.

Señalando como ejemplo específico, cuando se dice que la defensa no presentó los presupuestos de autenticidad de correos electrónicos o de chats sostenidos entre los testigos de la defensa y terceros, pero en idéntica situación de hecho probatoria no se le hace la misma exigencia a la Fiscalía, lo que implica un desequilibrio fundamental en la aplicación de la noma y un yerro que afecta gravemente el derecho a la defensa técnica y material.

Una vez fijados tales derroteros, pasa a referirse a cada una de las negativas que se hicieron, siguiendo el orden que trae la decisión atacada así:

Inadmisión postulación No. 1 (2.3.1.1.1.), relacionada con el oficio del BBVA con fecha 1º de marzo de 2019.

Para el impugnante la Sala incurre en el error de confundir los artículos 375 y 376 de la Ley 906 de 2004, cuando lo cierto es que la pertinencia deriva de la relación que señaló en la solicitud, en el sentido de que sirve para hacer menos probable, aunque no en forma directa, la existencia de alguno de los hechos configurativos del delito, específicamente de corrupción. Ello, bajo un principio inferencial, porque si la jurisdicción construye sentencias condenatorias basadas en prueba indiciaria, también es posible hacerlo para la decisión absolutoria, por lo que la estructura lógica inferencial sirve tanto para condenar como para absolver.

Lo que propone es una inferencia indirecta, en virtud de la cual es posible señalar que quien ha tenido que obtener préstamos bancarios, muy probablemente es porque no cuenta con recursos de sobra, sin que resulte acertado rechazar la pretensión probatoria bajo el supuesto de no cumplir con los requisitos del artículo 376 de la Ley 906 de 2004 -sin especificar en virtud de cuál de las excepciones allí consagradas-, aunque después en el proceso de valoración probatoria se concluya que dicha inferencia ha sido mal construida.

Inadmisión de las postulaciones 6 y 7 (2.3.1.1.3.) Oficio de la Jefe Oficina de Información del INPEC, donde se informa sobre los ingresos de Marco Tulio Quintero Cano como visitante de la cárcel “La Picota” entre 2012 y 2018, así como el documento alusivo a la no autorización para el uso del celular por parte del interno Orlando Villa Zapata.

La defensa argumenta que esta prueba sirve para hacer menos probable el dicho del principal testigo de cargo, y si al solicitarla no se refirió directamente a lo que dijo ese testigo, lo fue en aras de no contaminar a la Sala, sin que le sea exigible, en orden a sustentar la pertinencia, citar entrevistas previas que no son pruebas, por lo tanto yerra la decisión al negar esta prueba por impertinente, sin manifestar en qué consistió la misma.

Inadmisión postulación No. 11 (2.3.1.1.6.), relacionada con el oficio suscrito por la Coordinadora de Peticiones Judiciales de Claro.

Advierte que en el contenido de la inadmisión se realiza una valoración «ex ante» por parte de la Sala, al decir que los documentos son inadmisibles porque el hecho de que el testigo haya tenido varias líneas telefónicas para la época, no sirve para confirmar o desvirtuar que tuvo comunicaciones con el acusado.

Agrega que en su solicitud estaba tratando de demostrar una pertinencia indirecta para hacer menos probable uno de los hechos contenidos en la acusación, en particular, sobre comunicaciones entre el testigo de cargo y el acusado de donde derivan las declaraciones previas de este último, por lo que reitera lo señalado en líneas anteriores sobre la no contaminación de la Sala, lo cual sería propio de un sistema inquisitivo con principio de permanencia de la prueba.

En tal sentido, yerra la Sala al negar o inadmitir esta prueba con fundamento en el artículo 376 de la Ley 906 de 2004, porque contrario a generar confusión, servirá para hacer menos probable el contenido de comunicaciones con base en las declaraciones previas del testigo y lo que podrá decir en el juicio.

Y si bien, la Sala advierte que puede obtener lo pretendido con el contrainterrogatorio, en el evento de que no se le ofrezca a la defensa la oportunidad de abordar ese tema, dónde queda la justicia material y lo sustancial por encima de la formal?

Inadmisión de las postulaciones Nos. 12 y 13 (2.3.1.1.7.). Escrito de acusación y audiencia preparatoria dentro del proceso impulsado a Hilda Jeaneth Niño Farfán.

Reitera que la Sala confunde la impugnación de credibilidad con restar credibilidad, explica que la defensa puede optar por impugnarle credibilidad a un testigo, si se le da oportunidad en el contrainterrogatorio y con base en las declaraciones anteriores, lo que no tiene nada que ver con restar o afectar la credibilidad a partir de pruebas objetivas externas.

La intención de estas dos pruebas es que se conozcan bien los hechos por los cuales se le

acusa a Hilda Jeaneth Niño Farfán y los pormenores de ese trámite y, por esa vía, restarle credibilidad.

Entonces, al negar la posibilidad de ingresar estos documentos, se le estaría restando oportunidad de tener vasos comunicantes en el análisis conjunto de la prueba, razón por la que considera deberán ser admitidas, sin dejar de mencionar que esa información se pidió pensando que los señores magistrados de segunda instancia tienen derecho a conocer esa información objetiva, en orden a contrastar y saber si lo que la defensa dice o invoca en contrainterrogatorio, en interrogatorio o en argumentación final, corresponde o no a lo que se está diciendo.

Inadmisión de postulaciones Nos. 14 y 15 (2.3.1.1.8.). Referentes a la integralidad del proceso de exclusión de Miguel Ángel Melchor Múnera y los 12 dvds contentivos de las audiencias.

Lo primero que controvierte la defensa es que la dilación es algo que está en discusión, por lo tanto, su existencia puede ser objeto de prueba.

Indica que la solicitud es totalmente precisa: hacer menos probable los hechos constitutivos de la dilación injustificada, para lo cual se requiere el proceso en todo su contexto, pues de lo contrario se estaría partiendo del supuesto que sí hay una dilación injustificada, lo que implicaría un prejuzgamiento.

Inadmisión postulación No. 19 (2.3.1.1.9.). Video de la sala Tigo, realizado por la investigadora de la defensa.

Reitera que esta prueba es para hacer menos probable

a través de una construcción inferencial, que no había letreros que anunciaran al público la existencia de cámaras de seguridad, sin que pueda afirmarse que exhibe escaso valor

probatorio, porque al hacerlo la Sala acudió a una valoración «ex ante», en tanto desconoce que se trata de una circunstancia que debe ser objeto de debate junto a otras determinaciones y pruebas, es decir, le está restando valor probatorio cuando jurídicamente existe la posibilidad que trae el artículo 376 de la Ley 906 de 2004.

Estima que la decisión de primera instancia parte de una interpretación errada, cuando afirma que en este caso no se requiere autorización judicial, cuando lo cierto es que Tigo es un establecimiento que recauda datos, incluyendo los de imagen, como cualquier persona natural, jurídica, pública o privada y, por tanto, tiene el deber de informarlo, para que las personas sepan y puedan expresar una autorización tácita.

Inadmisión postulación No. 20 (2.3.1.1.10.). Registro realizado a la sala de audiencias de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá y lugares adyacentes.

Precisa que en la negativa se advierte un yerro fundamental y es desconocer que allí se está construyendo una prueba de carácter que afectaría o le restaría credibilidad a todo lo que pudieran decir los investigadores ante la Sala, por lo tanto cuando se afirma que es injustamente dilatorio el procedimiento, no explica por qué lo es y desconoce que es necesaria para establecer la lealtad de quien está obligado a ello, que no es otro que el organismo de persecución penal y sus agentes.

Inadmisión postulación No. 23 (2.3.1.1.11.). Respuesta del parqueadero «YA SAS».

Señala que existen dos decisiones de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que dicen exactamente lo contrario a lo expresado en la providencia impugnada, por lo que tratándose de pruebas de las cuales se tenía conocimiento al momento de la audiencia preparatoria, no es procedente hacer uso de la posibilidad que ofrece el artículo 344 de la Ley 906 de 2004 y solicitarlas como prueba sobreviniente.

Inadmisión postulación No. 24 (2.3.1.1.12.). Copia de la sentencia emitida por la Sala de

Restitución de Tierras del Tribunal Superior de Bogotá.

Nuevamente se presenta en esta negativa el yerro a partir del cual confunde la Sala el concepto de impugnación de credibilidad, en desarrollo del testimonio (arts. 393 y 403 Ley 906 de 2004), con la posibilidad de restar credibilidad al testigo o a la prueba en los términos del artículo 375 de la Ley 906 de 2004.

Al remitirse al contenido de la norma invocada en la decisión (art. 403) observa que contiene seis numerales en los que habla de las posibilidades de cuestionar la credibilidad del testigo en el juicio, sin condicionar la solicitud probatoria. Así, toda actitud o comportamiento social o individual de la persona que permita inferir razonadamente que puede incurrir en mentiras, falsedades o intereses «non santos» en una declaración, puede ser objeto o materia de prueba.

En este específico caso, se trata de una sentencia que se refiere a cómo un abogado ayuda a despojar tierras, conducta jurídica y socialmente reprochada. Circunstancia digna de considerar al momento de apreciar su testimonio y la credibilidad del mismo como parte del carácter o patrón de conducta tendiente a la mendacidad.

Para la defensa, en modo alguno el artículo 403-5 citado restringe la posibilidad de atacar por vía impugnación de credibilidad, el patrón de conducta, incluso en la misma norma se habla de cualquier tipo de prejuicio, interés o motivo de parcialidad, lo que no tiene nada que ver con mendacidad.

Resulta entonces pertinente porque sirve para hacer menos probable o atacar la credibilidad de un testigo, aunque no necesariamente los términos del artículo 403 a los que se refiere la Sala en su decisión.

No explicó la Sala por qué esta prueba es injustamente dilatoria del proceso o por qué puede ocasionar confusión, de donde se puede evidenciar un yerro no solo argumentativo

sino por la omisión en la identificación de la cita normativa frente a un contenido jurídico fáctico, de cara a la solicitud probatoria.

Inadmisión postulación No. 27 (2.3.1.1.13.). Extracción de información, experticia realizada por el perito de la defensa al celular incautado a CASTELLANOS ROSO.

En momento alguno lo postuló como evidencia de refutación y en cambio, lo que pretende es propiciar otra prueba, en el sentido de probar que no se pudo extraer la información del celular porque el mismo presenta un daño y determinar dónde pudo haber sido ocasionada tal avería.

Aclara que no se solicitó la incorporación de la información contenida en el celular, porque lo que busca demostrar es que dicho aparato de comunicación está dañado y por eso hubo de recurrirse al Google Drive, es decir, se trata de una prueba de tránsito.

Inadmisión postulaciones Nos. 28 y 29 (2.3.1.1.14.). Estudio técnico de la información extraída de la copia del celular en Google Drive y conversaciones de WhatsApp entre el acusado y «Dra. Macklein».

Contrario a lo sostenido por la Sala, sí hubo descubrimiento de lo que le interesaba a la defensa, que eran precisamente los chats con la persona denominada «Dra. Macklein». Por lo que en virtud de la norma que prescribe la no auto incriminación, la defensa no está obligada a descubrir sino lo estrictamente necesario.

Entonces, la intervención del perito se hará consistir en la presentación del informe pericial y su declaración en el juicio, para que explique cómo extrajo esos chats.

De otra parte, la decisión alude a la posible confusión y dilación que esta prueba puede generar, sin que clarifique si está resolviendo una inadmisión o un rechazo.

Admite que la solicitud no se refiere directamente a los hechos, porque lo realmente planteado fue el segundo nivel de pertinencia del artículo 375 de la Ley 906 de 2004, para hacerlos menos probables, en el entendido de que en esos chats, descargados por ese procedimiento, se verifica lo manifestado por el acusado a la «Dra. Macklein» respecto a supuestas peticiones de dinero.

Inadmisión de la postulación No. 34 (2.3.1.1.17.). Registro noticioso de la revista Semana titulado «Exclusivo las interceptaciones de la ex fiscal Niño con el abogado de Uribe».

Nuevamente se cae en la confusión a que se ha hecho alusión tantas veces previamente, habida cuenta que esta solicitud probatoria está dirigida a restar credibilidad a un testigo, con base en elementos exógenos a los hechos, es decir, a partir de algo que es de público conocimiento, como lo es la credibilidad de una persona que está buscando una oportunidad probatoria.

Inadmisión de los testimonios de Patricia Rodríguez Torres, Deyanira Rodríguez Valencia, Jeanette Espinosa Delgado, Héctor José Cuesta Pardo, Wilson Alférez, Fernando Medina Romero, Flor Marina Ballesteros Salazar y Juan Pablo Quintero Pérez (2.3.1.2.1.).

Para arribar a esta negativa, la Sala acude a una versión restringida de pertinencia, ya superada en este nuevo procedimiento, en el que se ha entendido que la prueba puede directa o indirectamente tener relación con los hechos para hacer más o menos probable la credibilidad de un testigo.

En esta oportunidad, las personas cuyo testimonio se pide, se van a referir al patrón de conducta, sospechoso y cuestionable del principal testigo de cargo, ello para integrar el conocimiento de quien vaya a tomar la decisión en primera o segunda instancia, sobre cuál sería la credibilidad de este testigo desde diferentes aristas.

No constituye prueba de referencia, como lo afirma la Sala en su inadmisión, pues se trata

del testimonio de aquellas personas a quienes les consta directamente, sobre la manera cómo Marco Tulio Quintero Cano se presentó como abogado para mal utilizar su nombre y obtener beneficios de terceros.

Pero además, desde otras perspectivas, todo en aras de determinar que Marco Tulio Quintero Cano tiene una serie de comportamientos como abogado y como persona que lo hacen cuestionable, que lo hacen no creíble, lo cual encaja perfectamente en la pertinencia del artículo 375, a la vez que sirve para hacer menos probables los hechos donde se afirma que un narcotraficante le está enviando dinero para ser entregado al acusado.

Destaca que si bien el testimonio de Juan Pablo Quintero no tiene que ver con el carácter a que ha hecho alusión, el mismo fue incluido en el sub capítulo de la decisión, lo que pudo obedecer a una imprecisión de la Sala, pero en todo caso, por tratarse del hijo de Marco Tulio Quintero, se solicitó para restarle credibilidad a uno de los hechos manifestados por el testigo de cargo previamente, en particular, lo que tiene que ver con una triangulación de información en la que se dice participó. Por lo que de reconocerlo así, se constituiría en una circunstancia que sirve para restarle o hacer menos probable uno de los hechos de la acusación, en cuanto a las comunicaciones del acusado y Marco Tulio Quintero Cano, todo lo cual lo hace pertinente.

Inadmisión del testimonio de Javier Cárdenas,

conductor del procesado entre 2013 y 2018 (2.3.1.2.2.).

El error de la decisión consiste en señalar que la defensa lo solicitó como prueba de reputación o de opinión, cuando lo cierto es que dada la condición de conductor del acusado, puede manifestar lo que le conste sobre hechos de ostentación económica por parte del acusado, así como para restar credibilidad al dicho de Hilda Jeaneth Niño Farfán, en la medida que puede referirse a las reuniones del doctor CASTELLANOS ROSO por fuera de sus servicios.

Inadmisión testimonio de Jorge Cruz Rojas, Secretario de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá (2.3.1.2.3.).

Es útil para hacer menos probable lo que tiene que ver con una supuesta dilación, como fuente de una conducta de corrupción, alrededor de lo cual gira todo.

Es así, que la Sala deja de considerar que para la realización de audiencias se requiere de actividades secretariales, por manera que resulta totalmente pertinente el testimonio frente a la dilación que se atribuye al acusado.

Inadmisión del testimonio de Eduardo Andrés Rodríguez Vélez (2.3.1.2.4.).

No obstante la Sala lo califica como un testigo de

referencia, para la defensa resulta pertinente en tanto hace menos probable la supuesta entrega de dinero por lo que le consta directamente, esto es, lo que en su condición de abogado habló con el señor Mejía Múnera, dado que fue el profesional que reemplazó a Marco Tulio Quintero Cano y, en tal sentido, aportó unos chats y unos correos electrónicos que sostuvo con Quintero Cano, los cuales entregó en una entrevista que tuvo con la defensa. Chats cuya autenticación se hará en los términos del artículo 424 de la Ley 906 de 2004, como documento privado que es.

Recapitula señalando que la prueba se debe admitir por tres aspectos: i) es pertinente; ii) no es prueba de referencia y; iii) los documentos a incorporar serán autenticados en los términos del artículo 424 y el inciso 2º del artículo 277 de la Ley 906 de 2004.

Inadmisión del testimonio de Angélica Martínez Cujar (2.3.1.2.5.).

Igual argumentación a la postulada para el anterior testimonio.

Inadmisión del testimonio de Julio Ospino Gutiérrez, Alfredo Gómez Quintero, Luz Elena

Morales Garay y Juan Pablo Hinestrosa (2.3.1.2.6.).

Lo pretendido es que declaren respecto de lo que les manifestó directamente su defendido en ese momento acerca de las supuestas peticiones de dinero que se estaban acuñando, instigando y formando, lo cual no es prueba de referencia en el entendido que van a manifestar lo que les consta en forma directa.

Invoca la regla 23 de inadmisión de prueba de referencia del sistema federal de Estados Unidos de América, que habla de declaración contra intereses, en el sentido que cuando el procesado es detenido y declara, puede utilizarse esa declaración.

Ahora, si el acusado decide renunciar a su derecho de guardar silencio, en su momento lo informará, pero ese es su derecho, por lo tanto estos testigos harán más probable la teoría de la defensa.

Inadmisión testimonios de las hermanas Heysa Macklein y Jazmín Larrota Peña (2.3.1.2.7.).

El error de la decisión parte de inadmitir bajo el mismo supuesto estos dos testimonios, cuando la pertinencia para cada uno es diferente.

En lo que tiene que ver con Heysa Macklein, se petitionó porque en unas conversaciones que sostuvo con CASTELLANOS ROSO, este le manifestó sobre las peticiones de dinero, lo que hace menos probable los hechos contenidos en la acusación y la teoría del caso que en su momento

presentará la Fiscalía.

Así mismo, para llevar al juicio el contenido de los chats que sostuvo con su defendido, los cuales fueron descargados del Google Drive y pueden ser autenticados conforme lo indican los artículos 424 y 425 de la Ley 906 de 2004, sin que le sea aplicable el numeral 2º del

artículo 277, por cuanto no se trata de una prueba de referencia.

En relación con Jazmín Larrota Peña, precisa que tampoco constituye prueba de referencia, porque la testigo declarará lo que le consta en forma directa dada su condición de «paralegal» o asistente legal en los Estados Unidos de América.

Inadmisión de testimonios de los esposos Milena Paz y Orlando Villa Zapata (2.3.1.2.8.).

La Sala señala que no son pertinentes por no tener que ver con los hechos, pero lo cierto es que sí les consta la actitud de una de las testigos de cargo de la Fiscalía, como lo es Hilda Jeaneth Niño Farfán. De igual manera, tienen conocimiento directo de las presiones por parte de funcionarios de la Fiscalía para que declarasen en contra del acusado, circunstancia que le restaría credibilidad a varios de los testigos de cargo, incluyendo a Hilda Jeaneth Niño.

También se solicitó para hacer menos probable un hecho contenido en la acusación, relacionado con el señor Salvatore Mancuso, en tanto que el testigo de cargo en una de sus entrevistas se refirió específicamente a la intervención de Villa Zapata y su esposa alrededor de esto, por lo tanto es totalmente pertinente en esos términos.

Inadmisión testimonios de Jorge Augusto Caputo Rodríguez y José Edwin Hinestrosa (2.3.1.2.9.).

La óptica bajo la cual se inadmiten estos testimonios es errada, porque entonces se llegaría al extremo de afirmar que los únicos testigos posibles en este caso serían Marco Tulio Quintero Cano y EDUARDO CASTELLANOS ROSO, y no existiría la posibilidad de traer a alguien más, lo cual desdice de la naturaleza adversarial del proceso y de las posibilidades que ofrece el artículo 375 de la Ley 906 de 2004.

Para la defensa, resulta de gran utilidad obtener el testimonio de los procuradores judiciales

que actuaron, uno de ellos en el proceso en el que se afirma existió dilación y el otro en el que supuestamente se filtró un salvamento de voto, en aras de verificar por qué los delegados del Ministerio Público no interpusieron una queja, recurso, o hicieron alguna manifestación al respecto, y desde ese punto de vista hacer menos probable la existencia de los delitos materia de acusación.

Inadmisión testimonio de Marco Tulio Quintero Cano (2.3.1.2.12.).

Aclara que este testimonio sí fue descubierto por la Fiscalía, por lo que si se tienen en cuenta las pautas contenidas en las cartillas de la USAID y del Consejo Superior de la Judicatura, en cuanto a las fases de la audiencia preparatoria: i) descubrimiento; ii) enunciación y; iii) solicitud, es claro que la defensa puede enunciar tanto lo descubierto por ella, como aquello que descubrió la otra parte, luego no se puede rechazar porque tanto la Fiscalía como la defensa podían utilizar esa posibilidad testimonial.

En ese entendido, expresa que invocó el principio de caridad debido a que omitió la enunciación del testimonio, lo cual pudo haberse presentado por el tiempo que transcurrió entre su intervención y la solicitud probatoria, de ahí que si la Sala estima que no es pertinente a partir de la posibilidad que tiene para atacar la credibilidad a través del contrainterrogatorio, persistiría así en la confusión ya explicada con suficiencia.

Solicita se tengan en cuenta todos los argumentos expuestos sobre pertinencia y las confusiones advertidas sobre impugnación de credibilidad, y en tal virtud, se revoque la decisión proferida y se decreten cada una de las pruebas que fueron inadmitidas.

Frente a las solicitudes de exclusión probatorias negadas, manifiesta lo siguiente:

En cuanto a la información entregada por el Condominio «La Primavera» de Villavicencio (2.3.2.1.) afirma que lo señalado por la Sala no corresponde a la verdad, toda vez que la información reservada de las personas que habitan en un conjunto cerrado, propiedad

horizontal o condominio, constituye una verdadera base de datos, por lo tanto cualquier intromisión en la misma requiere autorización judicial previa, la cual no se obtuvo en este caso, de ahí que la exclusión es válida.

La decisión de la Sala transcribe literalmente la sentencia C-336 de 2007, para llegar a una conclusión que no corresponde, porque afirma que se trata de un sistema de información recolectado a nivel personal.

Lo anterior, a partir de una interpretación armónica del artículo constitucional que consagra el derecho a la intimidad, en correspondencia con la Ley Estatutaria 1581 de 2012 y el Decreto 1377 de 2013, todos los cuales constituyen normatividad vigente y de obligatorio cumplimiento.

Precisa que en virtud de la normatividad citada, todos los conjuntos de copropiedad horizontal han adoptado una política de tratamiento de privacidad de los datos, la cual debe ser pública y aprobada por la asamblea, incluyendo los monitoreos de cámara de televisión.

Por lo tanto, los datos consignados en esa base de datos,

respecto del acusado y los demás habitantes del conjunto residencial, tienen el carácter reservado, lo que implica desde el punto de vista legal, que para levantar esa reserva se requiere orden previa de un juez de control de garantías, y como ello no se hizo deben excluirse de todo la actuación.

En este caso lo que se alegó fue una limitación al principio de intimidad, en virtud del habeas data, que no la afectación de la expectativa razonable de intimidad por razón de un registro personal o de un domicilio, conceptos absolutamente diferentes y distinguidos por la jurisprudencia constitucional y de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Exclusión registro video gráfico oficina Tigo (2.3.2.2.).

Al igual que en la exclusión anterior, señala que en momento alguno solicitó la aplicación de la sentencia T-233 de 2007.

Nuevamente invoca la interpretación conjunta del principio constitucional de habeas data, la ley estatutaria y los decretos referidos, cuando quiera que se es objeto de filmación en cualquier espacio público, pues todo ciudadano tiene el derecho a saber que está siendo filmado, para poder manifestarle a quien organiza esa base de datos, si es su deseo o no que sus imágenes sean utilizadas, porque en el evento de guardar silencio estaría aceptándolo tácitamente.

Pero quien detenta esas imágenes no puede, motu proprio, suministrar la información, a lo que procedió en este caso Tigo, tornándose ilegal e ilícita la prueba porque se desconoció el derecho habeas data.

Sostiene que debido a las vicisitudes que se presentan hoy día en cuanto al desarrollo de las tecnologías, de la información, la telecomunicación y el tele video, la normatividad que invoca debe ser considerada como complementaria y admitirse bajo el entendido de que sí se requería autorización expresa de quienes concurrieron al establecimiento Tigo, para que los datos tomados del video fueran utilizados y obtener su autorización expresa, o por lo menos, la comprobación clara, unívoca de que en el lugar existía el letrero donde se advierta «usted está siendo objeto de filmación, de acuerdo a las políticas de protección de información de la Ley 1581 de 2012». Porque de no hacerlo, el suministro de la información contenida en esos videos, sin orden previa de un juez de control de garantías, resulta ilegal por transgredir el derecho a la intimidad. En esos términos reafirma la solicitud de exclusión.

Exclusión de todo lo derivado de las grabaciones aportadas por Marco Tulio Quintero Cano (2.3.2.3.).

A diferencia de lo que expone la decisión, en este caso el señor Marco Tulio Quintero Cano ni es víctima, ni tomó esa grabación espontáneamente, como para afirmar que surgió del «thema probandum», pues lo hizo «ex profeso», con una finalidad y por tanto el contenido de esas grabaciones no puede ser mal utilizado por un particular que no está autorizado para ello, tras no haber pedido el concurso de las personas que intervenían en esas conversaciones en orden a otorgársele el valor lícito que se requiere.

De esta manera, el problema no se centra en el contenido de la grabación o «thema probandum», de ahí la no existencia de relación de las decisiones traídas a colación por la Sala, las cuales nada tienen que ver con las providencias invocadas en la solicitud de exclusión. Todo lo cual conduce a que las razones de la negativa de exclusión no correspondan con las de la petición, porque una cosa es el objeto de prueba y otra muy diferente es ilicitud de la evidencia.

Por último, manifiesta que si la Sala de segunda instancia considera que los argumentos de la defensa no son suficientes, se le permita ante ellos y por escrito complementar la sustentación del recurso de apelación que ha tenido que hacer de forma apresurada.

2. El procesado en su intervención hace énfasis en cuestionar el rechazo de la exclusión solicitada sobre las grabaciones entregadas por Marco Tulio Quintero Cano.

Insiste que la aplicación de la jurisprudencia de la Corte

Suprema de Justicia como de la Corte Constitucional, por cualquier vía, conduciría a la exclusión de esas evidencias.

La Corte Suprema de Justicia, tiene dicho en decisiones recientes (radicado 52299, junio del año inmediatamente anterior), que las grabaciones se pueden realizar por los particulares, siempre y cuando la persona que las hace sea víctima y las haga en el momento en que está ocurriendo la acción delictiva. Pero además, que las realice con el propósito de pre

constituir prueba.

Requisitos que no cumplen las grabaciones en mención, por lo que deben ser declaradas ilícitas y excluirse del trámite procesal.

NO RECURRENTES

1. La Fiscalía solicita se mantenga la decisión de primera instancia.

Destaca que a pesar de lo juiciosos y ponderados que se puedan considerar los argumentos de la defensa, lo que se puede detectar a lo largo de toda su intervención, es que no satisfizo, ni cumplió con la carga argumentativa que es propia de los recursos, particularmente, del recurso de apelación, consistente en desnudar los errores evidentes contenidos en la providencia que se ataca, en tanto que la defensa incurrió en el error de enfrentar su propio criterio al

expuesto auto cuestionado.

De otra parte, señala que en varias oportunidades el recurrente procuró mejorar las razones por las cuales hizo las iniciales propuestas de admisión probatoria, con lo que excedió los ámbitos propios del recurso, que están delimitados, como ya se advirtió, por la exposición de esos errores y motivos de ataque fundados.

Sobre el inadecuado entendimiento, según palabras del señor defensor, acerca del alcance como prueba de referencia de muchos de los testigos, simplemente en sus argumentos, evitó considerar por un lado, que se rechazaron muchos de los testimonios porque no hacían mención al tema específico de pruebas, sino que daban cuenta de otras situaciones o particularidades en otros eventos ocurridos fuera del contexto de lo que es objeto de este proceso.

En similar error de argumentación cayó, al señalar que se dio un trato diferencial a la Fiscalía respecto a las peticiones de la defensa, pero no aterrizó en qué punto fundamental eso podía quedar en evidencia, por lo que más allá de la mención de esa situación, no es posible conocer en ese punto específicos en dónde radicaría el trato desigual alegado.

En suma, la Fiscalía reitera su petición de que se confirme la decisión atacada por la defensa, por no cumplirse con las exigencias argumentativas necesarias para derrotar el contenido de la providencia.

2. El representante de la víctima solicita se confirme la decisión recurrida, haciendo propias las palabras de la Fiscalía, a lo cual agrega, que sobre la exclusión solicitada por el defensor, la Sala de Primera Instancia hizo una minuciosa exposición sobre la diferencia entre bases de datos y sistemas de información, habiendo quedado suficientemente explicado las razones para tener en cuenta las pruebas allegadas por la Fiscalía.

3. La Procuraduría pidió la confirmación de la decisión. En primer lugar, hace alusión a lo que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal ha señalado sobre la sustentación del recurso de apelación, en tanto constituye un acto trascendental que impone del recurrente concreción sobre el tema de disenso, a través de argumentos que comporten una verdadera controversia frente a la providencia apelada.

Lo anterior, para destacar que si bien en ocasiones las exposiciones de la defensa al sustentar el recurso, se revelan genéricas, considera que el recurso sí fue sustentado en debida forma y por tanto tiene derecho a que se examinen sus argumentos y se le dé trámite a esos reparos.

Sobre las exclusiones probatorias, particularmente lo

que tiene que ver con los registros de ingreso al condominio «La Primavera», señala que efectivamente, la Sala de Primera Instancia expuso argumentos fundados, como la sentencia

C-336 de 2007, en la que se define qué es una base de datos. Concepto que igualmente se encuentra en la Ley Estatutaria de Habeas Data y que la Corte Suprema de Justicia ha acogido en sus decisiones (auto 10 junio 2015, rad. 18837 y sentencia 29 julio 2015 rad. 42307), lo cual descarta que en este caso, la recolección de información que se hace en los condominios, corresponda a una base de datos, habida cuenta que no se trata de una entidad que se dedique de manera profesional a la recolección, transmisión y administración de datos, eventos en los cuales se requiere del control debido a la exposición que tienen los ciudadanos frente a ese ejercicio profesional sistemático de los datos personales, todo lo cual, para concluir que se trata del registro de unos datos que se rigen por reglas diferentes y que no requieren de orden previa del juez de control de garantías.

De manera que ninguna preocupación o reparo le genera al Ministerio Público las consideraciones relacionadas con la negativa a excluir esas pruebas.

Otro punto en el que se focalizó el interés de la procuradora es el registro video gráfico en el establecimiento Tigo, respecto al cual la defensa argumenta algunos aspectos constitucionales, como una expectativa razonable de intimidad, derecho al habeas data y derecho sobre la propia

imagen recogido en ese video.

Para el Ministerio Público la exclusión fue negada con argumentos plausibles, como quiera que se trata de una decisión que está respaldada con jurisprudencia, para señalar que cuando se trate de grabaciones en aquellos espacios en los que no se desarrolla de manera esencial el derecho a la intimidad, como ocurre en un establecimiento de comercio, no es necesario llegar a esas cautelas -orden judicial previa-.

En lo relativo a la grabación de comunicaciones del imputado entregadas por el fundamental testigo de cargo, considera que le asiste razón a la Sala, cuando afirma que no se trata de unos actos de investigación que impliquen cautelas constitucionales por parte del

juez de control de garantías.

Lo señalado, en tanto hubo una entrega voluntaria por parte de uno de los partícipes de esa comunicación, lo cual tiene respaldo jurisprudencial en las providencias citadas por la Sala, a partir de un enfoque diferente al planteado por la defensa, al darle el tratamiento de una prueba sobre manifestaciones hechas por el acusado, mientras que la perspectiva de la defensa tiene que ver con la legalidad de las grabaciones incriminatorias.

Precisa, que en este caso no se requería una orden judicial previa para la incorporación de esa información, cuando quiera que en esa sentencia de la Corte Suprema de Justicia (11 sep. 2015, rad. 41790), se hace alusión a las hipótesis en las que no se requiere esa autorización judicial, una de ellas es si se captan al momento de la acción criminal o si se tiene la intención de pre constituir prueba del hecho punible, por lo que es más acertada la perspectiva utilizada por la Sala de Primera Instancia, en el sentido de que se trata de una prueba relacionada con las manifestaciones realizadas por el acusado que son entregadas voluntariamente por uno de los partícipes de la conversación.

En esos términos, y centrada en aquellos aspectos más sensibles desde el punto de vista de las garantías procesales del acusado, solicita se confirme la decisión impugnada.

CONSIDERACIONES

1. Competencia.

Radica en esta Sala, según el numeral 6°, artículo 235 de la [Constitución Política](#), modificado por el artículo 3° del Acto Legislativo 01 de 2018, de conformidad con el cual es atribución de la Corte Suprema de Justicia: «Resolver, a través de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, los recursos de apelación que se interpongan contra las

decisiones proferidas por la Sala Especial de Primera Instancia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia».

Por otra parte, las facultades de la Corte se circunscriben a pronunciarse sobre los asuntos objeto de impugnación, pudiendo extenderse únicamente a aquellos que resulten inescindiblemente vinculados a los mismos, de donde surge precisar que no corresponde referirse a aquellos argumentos que no tienen una conexidad sustancial con los aspectos objeto de cuestionamiento respecto del pronunciamiento judicial recurrido.

De lo anterior se deduce que el principio de limitación, impide al superior jerárquico abordar temas ajenos a los resueltos en la decisión impugnada, como en efecto lo constituyen todas aquellas postulaciones que en este caso expone la defensa acerca de lo que considera desconocedor del principio de igualdad de armas y que más bien se revela como una crítica frente a lo que sucede en la práctica judicial, pero que en modo alguno emerge suficiente para tenerse como fundamentación del disenso.

2. Aclaración previa.

Luego de arribar el expediente a esta instancia para desatar la alzada, el procesado EDUARDO CASTELLANOS ROSO allegó escrito mediante el cual solicita la devolución de las diligencias a la Sala Especial de Primera Instancia, en orden a que se le permita a la defensa y al propio acusado, sustentar el recurso de apelación en un término razonable, dado que sin fundamento alguno ese derecho les fue limitado en sesión de audiencia preparatoria realizada el 10 de julio del año que avanza.

Verificado el registro de lo sucedido frente a este aspecto, se tiene que antes de dar inicio a las intervenciones de las partes e intervinientes, el magistrado ponente de la Sala Especial de Primera Instancia requirió al defensor del acusado para que indicara el tiempo aproximado que tomaría para sustentar el recurso, a lo cual el togado respondió que lo haría en hora y media (record 2:35), espacio que el director de la audiencia consideró

excesivo, limitándolo a una hora.

Es así, que en aras de dar alcance a cada uno de los puntos de la impugnación, el acusado renunció a hacer uso de la totalidad del tiempo otorgado para sustentar la apelación, por lo que la defensa tuvo veinte minutos más para su intervención, habiéndose extendido unos minutos más, de tal manera que en ultimas, el apoderado del procesado se tomó el tiempo inicialmente estipulado para exponer los argumentos de su inconformidad y, en esa medida, ninguna mengua sufrió el ejercicio del derecho a la defensa, pues contrario a ello, el magistrado ponente veló porque la audiencia se cumpliera con la mayor celeridad y con respeto de los derechos de las partes e intervinientes (art.10 Ley 906 de 2004).

3. Cuestión de fondo.

A efectos de resolver la censura, la Corte estima

pertinente realizar de manera previa algunas consideraciones sobre las reglas probatorias relevantes en este caso y luego se ocupará de cada uno de los puntos tratados en la apelación.

3.1. Aspectos generales.

Las pruebas tienen como finalidad llevar al conocimiento del juez, más allá de toda duda razonable de los hechos y circunstancias de la conducta que se investiga y la responsabilidad de aquél a quien se le atribuye, como autor o partícipe. Por ello, acorde con el inciso 2º del artículo 357 de la Ley 906 de 2004, el juez decretará las pruebas solicitadas por las partes cuando «ellas se refieran a los hechos de la acusación que requieren prueba, de acuerdo con las reglas de pertinencia y admisibilidad»..

A su vez, el artículo 375 establece que el elemento material probatorio, evidencia física y medio de prueba, debe «referirse, directa o indirectamente, a los hechos o circunstancias

relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, así como a la identidad o a la responsabilidad penal del acusado».”, ampliando la pertinencia cuando «sólo sirve para hacer más probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, o se refiere a la credibilidad de un testigo o perito».

Según lo expuesto, el estudio de pertinencia comprende

dos aspectos perfectamente diferenciables aunque estén íntimamente relacionados: la trascendencia del hecho que se pretende probar y la relación del medio de prueba con ese hecho. La inadmisión de la prueba puede estar fundamentada en una u otra circunstancia, o en ambas. En efecto, es posible que una parte logre demostrar que un determinado medio de prueba tiene relación directa o indirecta con un hecho, pero se establezca que el hecho no haga parte del tema de prueba en ese proceso en particular.

Por lo demás, el artículo 359 de la Ley 906 de 2004 dispone que tanto las partes como el Ministerio Público, tienen la potestad de pedir la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de aquellas pruebas que resulten inadmisibles, impertinentes, inútiles, repetitivas o encaminadas a probar hechos que, bien sea por su notoriedad o por cualquier otro motivo, no requieran prueba.

Sin dejar de mencionar la relevancia que surge en torno a la dinámica que debe imprimírsele a la audiencia preparatoria en lo que concierne a la pertinencia, conducencia y utilidad de las pruebas que las partes pretenden hacer valer en el juicio, aspecto que será determinante en la decisión que ahora se emite y respecto del cual tuvo la oportunidad de pronunciarse la Sala: (CSJ AP948-2018 7 Mar. 2018, Rad. 51882).

Realmente, advierte la Corte que exigir la explicación de conducencia y de utilidad para todos los medios de prueba solicitados por la parte, puede dar lugar a discursos repetitivos e innecesarios, en el mejor de los casos orientados a demostrar que la prueba pertinente por estar relacionada directa o indirectamente con los hechos que constituyen el tema de

prueba, es conducente porque ninguna norma del ordenamiento jurídico prohíbe probar el hecho en cuestión con el medio elegido, ni existe alguna norma que obliga a probar ese mismo hecho con un medio de prueba determinado, y que es útil porque no puede catalogarse de superflua, repetitiva o injustamente dilatoria de la actuación. Basta con imaginar un caso donde las partes hayan solicitado un número elevado de pruebas, para calcular el costo que este tipo de metodología tendría para la celeridad del proceso, tan importante en orden a acceder a una justicia pronta y eficaz.

(...)

Así, la Sala considera razonable que la parte que solicita la prueba debe explicar su pertinencia, y que la excepcional falta de conducencia debe ser alegada por quien considere que el medio probatorio elegido está prohibido por el ordenamiento jurídico, o que existe una norma que obliga a probar ese hecho en particular con un determinado medio de prueba. De la misma manera debe procederse cuando se alegue que la prueba solicitada por la parte carece de utilidad.

No significa lo anterior que se pretenda eliminar del debate procesal lo atinente a la conducencia y utilidad. Por el contrario, todo apunta a que en los casos donde ello sea necesario se realice un análisis profundo, a partir de la cabal comprensión de estos conceptos.

(...)

Lo explicado en precedencia no va en contravía de lo expuesto por esta Corporación en torno a la obligación que tienen las partes de explicar la pertinencia, conducencia y utilidad de la prueba. Sólo se aclara que la explicación de pertinencia es requisito para que el juez pueda decretar la prueba, y que las explicaciones sobre conducencia y utilidad deberán expresarse cuando se presente un debate genuino sobre estas temáticas. Por demás, se aplica la regla general atrás enunciada sobre la admisibilidad de la prueba pertinente, salvo

que se presente alguna de las excepciones previstas en la ley.

3.2. Reglas aplicables al caso.

1. El estudio de pertinencia y utilidad de las pruebas.

De tiempo atrás, la Sala ha establecido que la pertinencia es una “cuestión de hecho”, atinente a la relación directa o indirecta del medio de prueba con los aspectos factuales materia de juzgamiento, en los términos del artículo 375 de la Ley 906 de 2004. Ha precisado, igualmente, que la conducencia es una cuestión de “derecho”, relacionada con la idoneidad legal del medio de prueba. Igualmente, ha precisado que el estudio de utilidad, en buena medida regulado en el artículo 376 ídem, corresponde a la ponderación entre la relevancia del medio de prueba y su impacto en la duración y adecuado desarrollo del trámite, que puede dar lugar a que pruebas, en principio pertinentes, deban ser inadmitidas si tienen escaso valor probatorio, implican la injusta dilación del trámite, pueden generar mayor confusión que claridad, etcétera (CSJAP, 30 sep. 2015, Rad. 46153, entre muchas otras.

Lo anterior indica que para resolver sobre la admisibilidad de las pruebas el juez tiene la obligación de analizar sistemáticamente estas normas, sin perjuicio de las otras que regulan el rechazo, la exclusión y otras decisiones relevantes en esta materia, en orden a analizar si las pruebas solicitadas por las partes, además de pertinentes, podrían generar alguna de las situaciones reguladas en el artículo

376.

2. Testigo común, impugnación de credibilidad y utilización de prueba de refutación.

La Sala ha hecho múltiples aclaraciones sobre estos temas. Por su utilidad para la solución del presente asunto, se resaltan las siguientes:

La defensa puede solicitar la práctica de las pruebas que han sido pedidas por la Fiscalía (y viceversa), siempre y cuando explique suficientemente la pertinencia a la luz de su teoría del caso. Si su único propósito es impugnar la credibilidad de un testigo, no es procedente apelar a la figura de la “prueba común”, por varias razones: (i) la impugnación de la credibilidad es una de las principales expresiones del derecho a la confrontación; (ii) se trata de una posibilidad otorgada por la ley, que no necesita ser objeto de pronunciamiento durante la audiencia preparatoria; (iii) los temas concernientes a la credibilidad son pertinentes en el contrainterrogatorio, independientemente de que la Fiscalía haya abordado esas temáticas en el interrogatorio directo, por la razón elemental de que la posibilidad de impugnación no puede estar limitada por quien presenta la prueba; y (iv) ese ejercicio adquiere sentido si, finalmente, la Fiscalía se sirve del testimonio para sustentar su teoría del caso, de tal suerte que, si renuncia al mismo, no tendría ningún sentido hablar de impugnación de su credibilidad (CSJAP, 8 mar. 2018, Rad. 51882, entre muchas otras).

En cuanto al ejercicio de la impugnación de la credibilidad de los testigos, la Sala se ha referido reiteradamente a las herramientas que el ordenamiento jurídico consagra para dichos fines, entre las que se destacan: (i) la posibilidad de utilizar preguntas sugestivas durante el contrainterrogatorio; (ii) la utilización de declaraciones anteriores del testigo; y (iii) la eventual utilización de prueba de refutación (ídem).

Sin embargo, también ha resaltado que existen límites para el ejercicio de la impugnación, entre los que cabe resaltar: (i) antes de utilizar una declaración anterior para dichos efectos, debe dársele la oportunidad al testigo de aceptar o no la contradicción, omisión, etcétera; (ii) solo si el testigo niega el punto de impugnación, puede utilizarse su versión anterior; (iii) en el mismo sentido, antes de utilizar prueba de refutación, el testigo debe pronunciarse sobre el aspecto objeto de censura, ya que, si lo acepta, se hace innecesario incorporar ese tipo de pruebas; (iv); de esta manera, se logra un punto de equilibrio entre el derecho a la impugnación y la garantía de los derechos de la parte que ofrece el testimonio, pues si se aceptara que ese tipo de información ingrese sin que se agote este trámite, el testigo no

tendría la oportunidad de dar las explicaciones pertinentes –lo que constituye la principal finalidad del denominado interrogatorio “redirecto”; y (v) la impugnación de credibilidad por el “carácter o patrón de conducta del testigo en cuanto a su mendacidad” tiene límites, pues el juicio no puede convertirse en escenario de cuestionamiento de cualquier tipo de comportamiento de quien comparece al proceso como colaborador de la administración de justicia (CSJSP, 1 feb. 2017, Rad. 44959; CSJAP, 8 feb- 2017. Rad. 49405; CSJAP, 5 jun. 2019, Rad. 55337; entre otras).

3. Explicación de pertinencia y autenticación de evidencias físicas y documentos.

De tiempo atrás, la Sala ha precisado que la autenticación de evidencias físicas y documentos es una “cuestión de hecho”, en cuanto se reduce a la demostración de que una cosa es lo que la parte dice que es, a la luz de su teoría del caso (CSJSP, 31 ago. 2016, Rad. 43915; CSJAP, 27 feb. 2007, Rad. 25920; entre otras).

Si se armoniza este concepto con lo desarrollado en precedencia sobre el sentido y alcance del concepto de pertinencia, se tiene que en la audiencia preparatoria la parte debe explicar lo que la evidencia es, a la luz de su teoría, lo que permite establecer su relación con los hechos objeto de debate, mientras que en la audiencia de juicio oral tiene la carga de hacer la respectiva demostración.

4. La evidencia que pretende utilizarse para demostrar hipótesis alternativas plausibles a la acusación. Su relación con el concepto de prueba de referencia.

La Corte ha resaltado que la defensa tiene diferentes

opciones para hacer frente a la pretensión punitiva del Estado, entre las que se destacan: (i) plantear que la hipótesis factual de la acusación no tiene suficiente respaldo probatorio; y (ii) proponer una hipótesis alternativa verdaderamente plausible (CSJSP, 12 oct. 2016, Rad. 37175, entre muchas otras).

De otro lado, ha decantado lo siguiente en materia de prueba de referencia: (i) debe tenerse por tal, las declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, que se presentan como medio de prueba de uno o varios aspectos relevantes de la controversia; (ii) al efecto, debe diferenciarse cuándo una declaración hace parte del tema de prueba y cuando es presentada como medio de prueba; (iii) la declaración hará parte del tema de prueba, cuando constituye un elemento estructural del delito objeto de juzgamiento -falso testimonio, falsa denuncia, injuria, etcétera-, o cuando puede tenerse como un hecho indicador de un hecho jurídicamente relevante; y (iv) en esencia, la prueba de referencia constituye uno de los principales desarrollos del derecho a la confrontación, erigido en garantía judicial mínima en el ordenamiento interno y en diversos tratados sobre derechos humanos suscritos por Colombia (CSJAP, 30 sep. 2015, Rad. 46153, entre muchas otras).

Desde esa perspectiva, al margen del debate acerca de si una declaración anterior del procesado puede constituir prueba de referencia (pues dicho carácter depende de la afectación del derecho a la confrontación), en cada caso en particular debe evaluarse la finalidad con la que dicha declaración es presentada en el juicio oral.

En todo caso, cuando no se pretende utilizar como medio de prueba (para demostrar la verdad de lo aseverado), sino para establecer que la declaración existió y que de ello puede inferirse uno o varios hechos jurídicamente relevantes, el debate sale del ámbito de la prueba de referencia y se traslada al de la pertinencia.

Bajo esta lógica, si la Fiscalía pretende demostrar que el procesado, por fuera del juicio, hizo una declaración, y que de la misma puede inferirse un dato relevante para la solución del caso, no podrá hablarse de prueba de referencia, sin perjuicio del deber de evaluar la pertinencia de ese aspecto.

En el mismo sentido, si con el mismo propósito la defensa quiere demostrar que ese tipo de declaraciones existieron, y que de la existencia misma de la manifestación puede inferirse

un dato relevante para su estrategia, el asunto pierde trascendencia a la luz de la reglamentación de la prueba de referencia, pues el debate se contrae a la pertinencia de ese tema en particular.

En estos eventos, el juez debe actuar con una especial prudencia, para lograr un punto de equilibrio entre la celeridad del proceso y la materialización del derecho de defensa.

5. La base fáctica de las opiniones de expertos.

Sin perjuicio de la regulación legal del descubrimiento de las pruebas, y, en particular, del descubrimiento de la base de opinión pericial, la Sala ha hecho énfasis en la diferencia entre la base fáctica del dictamen y el componente técnico científico del mismo. Al efecto, ha resaltado que los hechos sobre los que recae la opinión del experto tienen una marcada relevancia en el manejo de este tipo de prueba, bien por la garantía de contradicción –en buena medida asociada al descubrimiento probatorio oportuno-, ora la verificación de los requisitos asociados a la confiabilidad del dictamen (CSJSP, 11 jun. 2018. Rad. 50637, entre otras).

En todo caso, para que la opinión de un experto sea admisible como prueba, es determinante que la contraparte haya conocido oportunamente los hechos o datos sobre los que recae la misma, pues, sin ello, resulta imposible ejercer la contradicción. A manera de ejemplo, no tendría elementos para pedir la opinión de otro experto, ni para evaluar la solidez de la prueba que pretende utilizar su contraparte. Lo anterior, sin perjuicio de que la base técnico científica también sea dada a conocer oportunamente.

6. La utilización de decisiones tomadas en otros despachos frente a los hechos objeto de juzgamiento, así como de pruebas practicadas en otros procesos.

Sobre el particular, la Sala ha precisado lo siguiente:

Es común que frente a unos mismos hechos el Estado intervenga a través de diferentes entidades. Por ejemplo, si una persona fallece a raíz de las lesiones sufridas en un percance automovilístico, las autoridades de tránsito realizan el proceso administrativo, es posible que se presente una demanda ante la jurisdicción civil y, además, debe adelantarse la respectiva actuación penal.

Por regla general, la manera como otros funcionarios hayan resuelto los asuntos sometidos a su competencia, atinentes a los mismos hechos ventilados en el proceso penal, no constituye tema de prueba en este escenario, simple y llanamente porque el juez debe resolver con independencia y autonomía sobre la procedencia de la sanción (CSJ SP 3864, 15 Marzo 2017, Rad. 46788). Lo mismo puede predicarse de los alegatos que las partes o intervinientes presenten en esos escenarios (AP 5785, 30 Sep. 2015, Rad. 46153).

Lo anterior sin perjuicio de que las pruebas que sirvieron de fundamento a las decisiones tomadas en otros trámites puedan ser llevadas al proceso penal, siempre y cuando se respete el debido proceso (ídem).

Si las partes pretenden que ese tipo de decisiones se lleven como medio de prueba al proceso penal, deben explicar su pertinencia, lo que implica precisar si las mismas tienen una relación directa con el hecho jurídicamente relevante, o si son pertinentes en cuanto sirven de soporte a un dato o “hecho indicador” del aspecto factual que puede subsumirse en la respectiva norma penal.

En el mismo sentido, si el juzgador opta por fundamentar la sentencia en las decisiones tomadas por otros funcionarios frente a los mismos hechos, debe explicar la conexión de las mismas con la premisa fáctica del fallo, según los parámetros expuestos en el numeral 1.1. (CSJSP, 8 may. 2017, Rad. 48199).

7. Las cargas argumentativas en las solicitudes de exclusión probatoria

La Sala ha resaltado la complejidad de la exclusión probatoria, pues la misma puede imposibilitar la utilización de pruebas determinantes para la solución del caso, lo que necesariamente debe armonizarse con el deber de proteger los derechos fundamentales que pueden resultar afectados con actos de investigación a lo largo de la actuación penal. Bajo ese presupuesto, ha decantado los aspectos que deben ser abordados por quien solicita ese tipo de medidas:

En lo concerniente a las solicitudes de exclusión de evidencia durante la fase de juzgamiento, el legislador dispuso que esos temas deben resolverse en la audiencia preparatoria, lo que está claramente orientado a que el juicio se reduzca a los debates atinentes a la responsabilidad penal, sin perjuicio de que en este escenario, excepcionalmente, deba resolverse sobre ese aspecto en particular, sobre todo cuando se trate de graves afectaciones de derechos fundamentales, tal y como lo resaltó la Corte Constitucional en la sentencia C-591 de 2005.

En efecto, el artículo 359 de la Ley 906 de 2004, que hace parte del acápite destinado a la audiencia preparatoria, establece que “las partes y el Ministerio Público podrán solicitar al juez la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba (...)”; y el artículo 360 ídem dispone que “el juez excluirá la práctica o aducción de medios de prueba ilegales, incluyendo los que se han practicado, aducido o conseguido con violación de los requisitos formales previstos en este código”.

Estas normas deben articularse con el artículo 23 de la misma codificación, que dispone:

Cláusula de exclusión. Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal.

Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o

las que solo puedan explicarse en razón de su existencia.

Esta norma rectora, a su vez, desarrolla el artículo 29 de la [Constitución Política](#), que en su parte final dispone: “es nula, de pleno derecho, toda prueba obtenida con violación del debido proceso”.

A la luz de este marco jurídico, para resolver sobre la exclusión de evidencias, las partes y el Juez deben tener suficiente claridad sobre lo siguiente: (i) las pruebas sobre las que recae el debate, tanto las que tienen relación directa con la violación de los derechos o garantías, como las derivadas de las mismas; (ii) cuál es el derecho o la garantía que se reputa violada; (iii) cuando el derecho o la garantía tenga varias facetas, debe especificarse a cuál de ellas se contrae el debate, como es el caso, por ejemplo, con el derecho a la intimidad, que abarca la domiciliaria, la personal, frente a las comunicaciones, etcétera; (iv) en qué consistió la violación, verbigracia, si se trasgredió la reserva judicial, la reserva legal o el principio de proporcionalidad; (v) debe establecerse el nexo de causalidad entre la violación del derecho o garantía y la evidencia, lo que se deriva sin duda alguna de lo dispuesto en los artículos 29 de la Constitución Política y el 23 de la Ley 906 de 2004 en el sentido de que la exclusión opera si la prueba fue obtenida con violación de las garantías fundamentales.

Tal y como sucede con la solicitud de rechazo por no descubrimiento, a que se aludió en el numeral anterior, los debates sobre exclusión, en los términos previstos en las normas atrás referidas, tienen una específica base fáctica, que, igual, es sustancialmente diferente de los hechos que conforman el tema de prueba en lo que atañe a la responsabilidad penal. En esencia, en los casos de exclusión se trata de dilucidar los aspectos referidos en precedencia, entre los que se destacan la trasgresión de las garantías fundamentales y el nexo causal entre esta y las evidencias cuya exclusión se pretende.

Así, por ejemplo, si se solicita la exclusión de una evidencia porque durante el procedimiento que dio lugar a su obtención el indiciado fue sometido a tratos crueles e

inhumanos, tendrá que demostrarse la existencia de los mismos y, además, el nexo causal entre la violación de los derechos y la prueba. De igual forma, si se alega que se realizó un acto de investigación sin que mediara la respectiva orden judicial, tendrá que demostrarse que esta era obligatoria, que la misma no se emitió, y que la evidencia es producto de esa violación de los derechos.

Para establecer si se requería orden judicial o si el acto de investigación estaba sometido a determinados requisitos legales, necesariamente debe precisarse el contenido de la evidencia, pues, a manera de ejemplo, de ello depende el análisis de si una determinada persona tenía expectativa razonable de intimidad frente a la información obtenida, de lo que depende la activación de las salvaguardas constitucionales para la protección del derecho previsto en el artículo 15 de la [Constitución Política](#) (CSJAP, 8 mar. 2018, Rad. 51882; CSJAP, 11 abr. 2018, Rad. 52320, entre otras).

Caso concreto.

3.3. De la prueba documental.

3.3.1. En este asunto, insiste la defensa en la pertinencia de la prueba documental relacionada en los numerales 2.3.1.1.1., 2.3.1.1.6. y 2.3.1.1.9., esto es, oficio del BBVA marzo de 2019, oficio suscrito por la Coordinadora de peticiones judiciales de Claro y video de la sala de Tigo, tomado por la investigadora de la defensa, en su orden, a partir de lo que ha denominado inferencia indirecta, pero además considera que la inadmisión de estas evidencias obedeció a la confusión que surge de los artículos 375 y 376 de la Ley 906 de 2004 y a la valoración «ex ante» realizada por la primera instancia.

Contrario a lo señalado, ninguna confusión se advierte en torno a los conceptos de pertinencia y admisibilidad (arts. 375 y 376 Ley 906 de 2004), y en cambio surge evidente que la decisión de primera instancia atinó al declarar inadmisibles estas evidencias en la medida que no contribuye en el esclarecimiento de los hechos, al tenor de lo previsto en el

literal b) del artículo 376, conforme así lo declaró expresamente la Sala Especial de Primera instancia, por lo que ninguna razón asiste al apelante al afirmar que no se indicó bajo cuál de las circunstancias allí consagradas operaba su inadmisión.

Ahora, si como lo expuso el apelante, la proposición fáctica a la que alude el medio probatorio versa respecto de un hecho secundario o accesorio, del cual podrían derivarse consecuencias lógicas que harían menos probables los hechos imputados, tenía la carga de argumentar suficientemente dicha relación o, lo que es lo mismo, establecer de manera razonable el criterio a partir del cual sea posible formular la inferencia que va del hecho secundario al que cuenta con trascendencia jurídica y necesita ser demostrado.

Lo que se advierte a simple vista es que ninguna relación puede reputarse del hecho por probar frente a los de la causa. No encuentra la Corte, que la información contenida en los documentos que pretende la defensa incorporar, haga menos probable los actos de corrupción que se le imputan al acusado, pues en el caso del oficio donde se da cuenta sobre las solicitudes de crédito presentadas por CASTELLANOS ROSO, tendría un efecto distractor en relación con un aspecto que en realidad no resulta determinante en lo que al tema de prueba se refiere, situación que igual se pregona del oficio a través del cual se informa sobre las líneas telefónicas móviles a nombre del testigo de cargo Marco Tulio Quintero Cano.

Y aquello que califica el apelante como valoración «ex ante» no es más que el examen preliminar del enunciado fáctico planteado por la parte y su relación con el hecho por probar, realizado por la primera instancia en orden a resolver las postulaciones que invocó la defensa y determinar, a partir de las reglas que gobiernan la admisibilidad de las pruebas, si deben ser llevadas a juicio.

3.3.2. En relación con las pruebas señaladas en los numerales 2.3.1.1.7., 2.3.1.1.12. y 2.3.1.1.17., consistentes en el escrito de acusación y audiencia preparatoria dentro del

proceso impulsado a Hilda Jeaneth Niño Farfán, copia de la sentencia emitida por la Sala Civil de Restitución de Tierras del Tribunal Superior de Bogotá, dentro del proceso con radicado 500013121001201400167 y registro noticioso de la revista Semana titulado «Exclusivo las interceptaciones de la exfiscal Niño con el abogado de Uribe», respectivamente, se adujo por parte de la defensa que la decisión de primera instancia incurre en el error de confundir la impugnación de credibilidad (arts. 393 y 403 Ley 906 de 2004) con restar credibilidad a un testigo a través de pruebas objetivas externas.

En primer lugar y según se explicó al exponer las reglas probatorias aplicables al caso, lo sucedido en otras actuaciones procesales, entre ellas la intervención de las partes y las pruebas allí practicadas, no hacen parte del tema de prueba ni son admisibles como medio de prueba en otro proceso, pues éste, está delimitado por los hechos incluidos en la acusación y por los propuestos por la defensa cuando opta por una teoría alternativa.

En todo caso, la parte que pretende que se decrete como prueba este tipo de información debe cumplir con la carga de explicar su pertinencia en los términos previstos en el artículo 375 de la Ley 906 de 2004.

Carga que en este caso orientó la defensa en punto de restarle credibilidad a Hilda Jeaneth Niño Farfán y Marco Tulio Quintero Cano, de ahí que acierta la primera instancia al señalar que bien puede la defensa hacer uso de esas declaraciones anteriores de la testigo en el contrainterrogatorio.

Siguiendo los derroteros fijados previamente, lo que se sigue es que la postulación en virtud de la cual pretende la defensa introducir como prueba documental el escrito de acusación y audiencia preparatoria obrantes dentro del proceso adelantado en contra de una de las testigos de cargo -Hilda Jeaneth Niño Farfán-, se anticipa a lo que pueda obtenerse por vía del contrainterrogatorio en aras de restarle credibilidad de cara a las posibilidades que ofrece el artículo 403, pues solo una vez practicado éste y de encontrarlo necesario, será

posible para la defensa, a través del mecanismo excepcional de la evidencia de refutación, invocar la introducción de esa «prueba objetiva externa» a que alude.

Igual solución se impone frente a la incorporación de la sentencia emitida por la Sala Civil de Restitución de Tierras, en la que se señala a Marco Tulio Quintero Cano como presunto partícipe en el despojo de tierras y aquella documental alusiva al registro noticioso de la revista Semana donde se ofreció el contenido de las interceptaciones realizadas a conversaciones sostenidas entre Hilda Jeaneth Niño Farfán y «el abogado de Uribe», en tanto que su introducción, según lo explicó la defensa al realizar la solicitud probatoria, no tiene propósito diferente al de cuestionar la credibilidad del testigo de cargo.

Además, atina la Sala Especial de Primera Instancia al negar estas pruebas, habida cuenta de que no están dirigidas a cuestionar el «carácter o patrón de conducta» de los testigos en cuando a su «mendacidad», sino a poner de presente su actuar en el contexto de otro proceso penal, lo que desborda claramente lo permitido por el legislador a efectos de impugnar la credibilidad del testigo en este ámbito, conforme quedó anotado en el numeral 2 de las reglas probatorias.

3.3.3. La Corte encuentra acertada la inadmisión destacada en el numeral 2.3.1.1.8., relacionada con la totalidad del expediente contentivo del trámite de exclusión de Miguel Ángel Melchor Mejía Múnera, incluidos los 12 dvds de las audiencias, porque en los términos que fue elevada tal postulación probatoria, es evidente que dilataría de manera injustificada el juicio, si se tiene en cuenta que la Fiscalía aportará los registros de las sesiones de audiencias de las cuales se infiere la dilación de la actuación imputada al acusado, por lo que no cumplió la defensa con la carga de concretar cuáles documentos, además de los ya ofrecidos por la Fiscalía, le serían útiles para hacer menos probable ese hecho, de tal suerte que aceptar su incorporación propiciaría una labor que surge dispendiosa en la medida que comportaría revisar la totalidad de dicho proceso, cuando lo cierto es que del tema de prueba solo hace un fragmento del mismo.

Y es que el derecho que asiste a las partes a presentar pruebas, no puede ejercerse al margen de la celeridad y eficacia de la administración de justicia, razón por la cual el análisis de pertinencia y utilidad, cumplen un papel trascendental en el proceso penal, en tanto permiten desarrollar ese derecho sin sacrificar tales principios con la destinación del tiempo judicial en el acopio de información irrelevante.

3.3.4. Se confirmará también la inadmisión de la evidencia documental descrita en el numeral 2.3.1.1.10, porque el registro realizado a la sala de audiencias de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá y lugares adyacentes en nada contribuye al esclarecimiento de los hechos, pues se contrae a un procedimiento cuya legalidad y

pormenores no es objeto de prueba en esta fase procesal.

Tampoco resulta admisible para afectar la credibilidad de los investigadores del Estado, como lo explicó la defensa al sustentar la impugnación, porque, se reitera, el contenido de lo pretendido se refiere a un hecho concreto y circunstancial como lo fue la captura del ahora acusado, por lo que en el evento de encontrar que los investigadores que participaron en su aprehensión faltaron a la verdad, ello solo tendría unos efectos sobre la legalidad de tal procedimiento, pero en modo alguno resultaría útil para lo que hace parte del tema de prueba en este asunto.

3.3.5. Frente a la inadmisión del numeral 2.3.1.1.11., esto es, la respuesta que ha de ofrecer el parqueadero «YA SAS» sobre el ingreso del carro de Marco Tulio Quintero Cano, en efecto, como se afirma en la decisión de primera instancia, corresponde solicitar su inclusión como prueba sobreviniente, porque finalmente el contenido de la contestación, que es lo que constituye la documental pedida, no era conocido para el momento de la audiencia preparatoria, como sí lo era el acto de investigación a través del cual se solicitó la información, de modo que la enunciación anticipada de esa posible evidencia en últimas redundará en garantías para la contraparte.

La circunstancia descrita, eventualmente permite dar aplicación a la excepción que frente al descubrimiento probatorio oportuno consagra el artículo 344 de la Ley 906 de 2004 en su último inciso, cuando señala «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 la integridad del juicio, decidirá si es excepcionalmente admisible o si debe excluirse esa prueba».

Entonces, persiste para la defensa la posibilidad de obtener la incorporación del documento aludido, siempre que se cumplan las reglas que en materia de prueba sobreviniente se impone y sobre las que la Corte ha destacado que la admisión de pruebas que surgen en el curso del juicio procede «siempre y cuando la omisión de descubrimiento no obedezca a causas atribuibles a la parte interesada, se trate de un elemento material probatorio o evidencia física muy significativa o relevante para el caso, y además, que con su aceptación no se genere un perjuicio grave para la defensa». (CSJ auto segunda instancia 21 de noviembre de 2012, rad. 39948).

3.3.6. Inadmisión descrita en el numeral 2.3.1.1.13., relacionada con la experticia realizada por el perito de la defensa, sobre la información extraída del celular incautado a CASTELLANOS ROSO.

Si bien, al realizar la solicitud la defensa no manifestó que lo hacía bajo la modalidad de prueba de refutación (art. 362 Ley 906 de 2004), y así lo reitera al sustentar el recurso, lo cierto es que los fundamentos de su pretensión resultan totalmente afines a una pretensión de esa naturaleza, la cual, como una de las manifestaciones del derecho de contradicción, está orientada, en esencia, a controvertir o impugnar aspectos relativos a la veracidad, autenticidad o integridad de los medios de conocimiento con los que la contraparte sustenta su pretensión, pues sin duda, en los términos que fue planteada, la petición de la defensa se encamina a determinar la autenticidad del procedimiento de extracción de la información

aludida.

En ese entendido, tampoco pueden ser de recibo las razones que aduce el recurrente en cuanto a que su solicitud se enfila a propiciar otra evidencia, porque de ser así, entonces incumplió con solicitar la prueba pericial idónea para cuestionar los resultados del procedimiento de extracción de información realizado por la Fiscalía, los cuales le fueron entregados, sin que se advierta en la decisión de primera instancia confusión alguna en cuanto a lo que debería ser objeto de la prueba pericial en este específico caso, como lo sugiere la defensa cuando aclara que su intención no era solicitar la incorporación de la información contenida en el celular.

3.3.7. Inadmisión 2.3.1.1.14., estudio técnico de la información extraída de la copia de seguridad obtenida por la defensa a través de Google Drive y la extracción de las conversaciones de WhatsApp entre el acusado y la «Dra.

Macklein».

Ciertamente, el Código de Procedimiento Penal no efectúa distinciones ni excepciones en cuanto a los medios de prueba que deben ser objeto de descubrimiento probatorio, pues señala que toda prueba debe ser solicitada o presentada en la audiencia preparatoria (art. 374 Ley 906 de 2004), de donde surge entender que en esta categoría se incluyen la prueba testimonial, la prueba pericial, la prueba documental, la inspección y cualquier medio técnico o científico que no viole el ordenamiento jurídico (art. 382).

En este caso, no se cumplió con la exhibición necesaria en orden a garantizar el derecho de contradicción de la Fiscalía y acreditar el origen y autenticidad de los archivos sobre los cuales se realizó el estudio técnico por parte de la investigadora de la defensa, razón suficiente para que sean rechazados ante el incumplimiento del deber de revelación de información durante el procedimiento de descubrimiento probatorio.

Sin lugar a dudas, esa falta al deber de descubrimiento probatorio por parte de la defensa, en tanto se limitó a ofrecer unos archivos que se dicen obtenidos de la copia de seguridad existente en Google Drive, también trae consigo un obstáculo para el debido ejercicio del derecho de contradicción de la Fiscalía, en la medida que le impide hacer uso de la prueba de refutación frente al procedimiento de obtención de la información objeto de análisis.

Surge entonces evidente que la defensa desatendió uno de los deberes propios del sistema adversarial consagrado en nuestro ordenamiento jurídico, consistente en suministrar, exhibir o poner a disposición los elementos materiales probatorios y evidencia física que posee como resultado de sus averiguaciones para que se decrete como prueba y se practique en el juicio oral en sustento de sus argumentaciones, permitiendo de esa manera que la Fiscalía conozca oportunamente cuáles son los instrumentos de prueba sobre los que el adversario fundará su teoría del caso y, de ese modo, elaborar las distintas estrategias propias de la labor encomendada en procura del éxito de sus pretensiones.

Se desprende de lo reseñado, que siendo el descubrimiento probatorio condición necesaria para la admisibilidad de la prueba, lo propio era proceder a su rechazo como acertadamente lo hizo la Sala Especial de Primera Instancia, en tanto que la norma es clara al fijar al juez esa obligación frente a los elementos probatorios y evidencia física respecto de los cuales no se haya cumplido de manera correcta y completa dicho trámite (CSJ AP948-2018 7 Mar. 2018, Rad. 51882).

El que la decisión de primera instancia haya redundado en valoraciones que solo corresponde llevar a cabo luego de encontrar superada la pertinencia de la prueba, no le resta solidez al supuesto de hecho que tuvo lugar y que impone una consecuencia clara frente al incorrecto descubrimiento probatorio (art. 346 Ley 906 de 2004), por tanto la censura que en ese sentido plantea el recurrente no tendrá acogida en esta sede.

3.3.8. Inadmisión relacionada en el numeral 2.3.1.1.9., video de la sala de Tigo, realizado

por la investigadora de la defensa.

Frente al particular, la Corte ratificará la negativa de dicha prueba al coincidir con la postura de la primera instancia, como que, en efecto, deviene impertinente dada la inexistencia de relación que pueda tener ese dato con los hechos del litigio, esto es, no se demostró en qué medida, de encontrar que la Sala de Tigo no contaba con avisos donde se advierta sobre la presencia de cámaras de vigilancia o un sistema de circuito cerrado, lleve a desvirtuar los actos de corrupción que se afirma en la acusación tuvieron ocurrencia.

A lo expuesto, agréguese que la argumentación de la defensa en realidad propone una presunta ilegalidad de las grabaciones realizadas a través del circuito cerrado de televisión en el establecimiento de comercio Tigo, lo que ciertamente corresponde a una oposición frente a la incorporación del registro videográfico solicitada por la Fiscalía, asunto que fue objeto de pronunciamiento al momento de resolver las exclusiones probatorias y que será abordado más adelante.

3.4. De la prueba testimonial.

3.4.1. Inadmisión de los testimonios relacionados en el numeral 2.3.1.2.1., esto es, Patricia Rodríguez Torres, Deyanira Rodríguez Valencia, Jeanette Espinosa Delgado, Héctor José Cuesta Pardo, Wilson Alférez Agudelo, Fernando Medina Romero, Flor Marina Ballesteros Salazar y Juan Pablo Quintero Pérez.

La práctica de estos testimonios se revela impertinente, porque bajo el ropaje de resultar útil para hacer menos probables los hechos contenidos en la acusación, relacionados con el envío de dinero que le hiciera al acusado Miguel Ángel Melchor Mejía Múnera, a través del abogado Marco Tulio Quintero Cano, lo que pretende la defensa es impugnar la credibilidad del principal testigo de cargo en cuanto a su mendacidad o patrón de conducta, por lo que al respecto no queda más que reiterar lo señalado en el numeral 3.3.2. sobre la posibilidad que con ese fin ofrece el mecanismo establecido en el artículo 393 del CPP., con las

salvedades a las que se hizo referencia previamente, en torno a que el juicio no puede convertirse en un escenario para cuestionar las tendencias, gustos u otros aspectos de la personalidad del declarante, ni menos la conducción de su vida, sus valores o su virtuosismo, supeditándose el contrainterrogatorio -en este caso- a cuestionar la veracidad o mendacidad de sus afirmaciones a través de patrones de conducta que así lo indiquen.

De manera puntual, insiste el recurrente en la admisión del testimonio de Juan Pablo Quintero Pérez, hijo del testigo de cargo Marco Tulio Quintero Cano, bajo el entendido de que haría menos probable unos de los hechos de la acusación, en particular, sobre las comunicaciones que se dieron entre el acusado y Marco Tulio Quintero, en cuya triangulación se afirma, participó Quintero Pérez, frente a lo cual habrá de decirse que con acierto la decisión de primera instancia la consideró carente de pertinencia, por no haberse ofrecido al momento del descubrimiento probatorio, el contenido de la información - mensajes de WhatsApp- que se quiere refutar.

3.4.2. Inadmisión contenida en los numerales 2.3.1.2.2. y 2.3.1.2.8., relacionada con los testimonios de Javier Cárdenas y los esposos Milena Paz y Orlando Villa Zapata.

No superan el análisis de pertinencia en los términos del artículo 375 de la Ley 906 de 2004 y para los fines que expresa la defensa a efectos de hacer más probable su teoría del caso, en la medida que lo que propone en la primera de las solicitudes probatorias referidas, es que quien se desempeñó como conductor del acusado declare lo que le conste sobre la ostentación económica de CASTELLANOS ROSO, lo que no puede admitirse como premisa que permita inferir razonablemente que el procesado no recibió la suma de dinero que se afirma en la acusación.

Y en lo que atañe a los testimonios de Milena Paz y

Orlando Villa Zapata, descontextualizado resulta el argumento de la defensa, porque les atribuye pertinencia a partir de hacer menos probables unos hechos que ninguna relación

guardan con los supuestos fácticos a los que se sustrae la acusación, habida cuenta de que al solicitar esta testimonial aludió a las posibles peticiones de dinero que hiciera EDUARDO CASTELLANOS ROSO a Orlando Villa Zapata o a su esposa.

Y respecto a lo que Hilda Jeaneth Niño Farfán podría atestiguar sobre ese particular, desconoce, una vez más, que el contrainterrogatorio resulta ser el mecanismo por excelencia del sistema adversarial para lograr afectar la credibilidad de los testigos, por lo que ningún obstáculo se ofrece para que alcance tal cometido frente al testimonio que brinde Hilda Jeaneth Niño Farfán, lo que, desde luego, implica que debe esperar a que se surta el interrogatorio directo que lleve a cabo la Fiscalía, por ser ésta la dinámica que se impone seguir en la práctica del testimonio.

3.4.3. Inadmisión descrita en el numeral 2.3.1.2.3., relacionada con la declaración de Jorge Alberto Cruz Rojas.

No resulta pertinente para hacer menos probables los hechos del litigio, en punto de la dilación en el trámite de exclusión de Miguel Ángel Melchor Mejía Múnera, que se atribuye al acusado, pues, como bien lo precisara la Sala Especial de Primera Instancia, la intervención del Secretario de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá en dicho proceso, se circunscribe a actos de ejecución frente a las decisiones y órdenes que emitan los magistrados que integran ese cuerpo colegiado, por manera que escapa de su órbita de competencia y control, la programación de las fechas que para el desarrollo de las audiencias disponga el magistrado a cuyo cargo se encuentran los asuntos.

En lo que al análisis de utilidad se refiere, debe recordarse que a partir de lo regulado en el artículo 376 de la Ley 906 de 2004, toda prueba pertinente es admisible, salvo que exista, entre otras cosas, «probabilidad de que genere confusión en lugar de mayor claridad al asunto, o exhiba escaso valor probatorio, y, que sea injustamente dilatoria del procedimiento», lo que bien puede suceder cuando se trata de pruebas repetitivas.

Si se repara en los fines para los cuales fue solicitada esta prueba por parte de la defensa, su práctica resultaría repetitiva, como que en la audiencia preparatoria fueron admitidos los testimonios de varias de las magistradas que integraban, junto a EDUARDO CASTELLANOS ROSO, la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá, así como de dos de las personas que hacían parte del equipo de trabajo en el despacho del cual era titular el acusado, a quienes la defensa requiere para interrogarlos, entre otros, sobre las circunstancias que rodearon la dilación en el trámite de exclusión de Miguel Ángel Melchor Mejía Múnera.

3.4.4. Inadmisión de los numerales 2.3.1.2.4., 2.3.1.2.5. y 2.3.1.2.7., referente a los testimonios de Eduardo Andrés Rodríguez Vélez, Angélica Martínez Cujar y Jazmin Larrota Peña, en su orden.

La Sala Especial de Primera Instancia inadmitió las testimoniales ya mencionadas tras catalogarlas prueba de referencia en los términos de los artículos 402, 437 y 438 de la Ley 906 de 2004. Sin embargo, al confrontar la pretensión de la defensa en la solicitud probatoria surge claro que el debate no corresponde adelantarlos en el ámbito de esta categoría probatoria sino en el de la pertinencia.

En el caso de Eduardo Andrés Rodríguez Vélez y Angélica Cujar, cuyos testimonios pretende la defensa, no se advierte en qué manera estarían en condiciones de aportar información directamente relacionada con el supuesto ofrecimiento y posterior entrega de dinero que se le hiciera Marco Tulio Quintero Cano al acusado, pues según se expuso en la solicitud probatoria, su declaración, dada su condición de asesores de la defensa de Miguel Ángel Melchor Mejía Múnera, versaría sobre lo que les conste acerca de la relación entre el testigo de cargo y este último, lo que ni siquiera permite considerarlos como testigos indirectos y, en cambio, se estaría dando paso a unos testimonios que ningún aporte relevante harían sobre el hecho que se pretende probar.

Resultarían igualmente repetitivos estos dos

testimonios, por cuanto en la decisión que ahora se impugna, fueron decretados a petición de la defensa, las declaraciones del propio Miguel Ángel Melchor Mejía Múnera y su abogado Antonio Guete Camargo, quienes evidentemente se encuentran en condiciones de declarar sobre la presunta entrega de dinero al procesado.

A idéntica conclusión se arriba frente al testimonio de Jazmín Larrota Peña, como quiera que al constatar las manifestaciones de la defensa, 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 para declararlo inadmisibles, toda vez que no explicó adecuadamente la pertinencia en tanto no precisó cuáles fueron los hechos o circunstancias que conoció en forma personal, ni, obviamente, la trascendencia del testimonio para la solución del caso, de manera que su práctica no le resultaría útil a la defensa para respaldar su teoría del caso.

Así, lo que subyace a la solicitud del recurrente no es otra cosa que el propósito de introducir declaraciones impertinentes, desatendiendo con ello que quien reclama un testimonio debe señalar si el declarante tiene conocimiento personal de los hechos, pues solo sobre aquellas circunstancias que ha tenido la oportunidad de conocer directamente por los sentidos, le está permitido atestar (art. 402 Ley 906 de 2004).

Se impone refrendar lo decidido en primera instancia respecto de la incorporación de los correos electrónicos y los chats que supuestamente dan cuenta de las conversaciones sostenidas entre Eduardo Andrés Rodríguez Vélez y Marco Tulio Quintero Cano, porque habiéndose declarado inadmisibles los testimonios con los cuales pretendía la defensa respaldar el contenido de esas comunicaciones, por las mismas razones resultan impertinentes.

3.4.5. Inadmisión de los testimonios señalados en el numeral 2.3.1.2.6, es decir, Julio Ospino

Gutiérrez, Alfredo Gómez Quintero, Luz Elena Morales Garay y Juan Pablo Hinestrosa y del testimonio de Heysa Macklein incluido en el numeral 2.3.1.2.7.

Contrario a lo sostenido en primera instancia, no pueden considerarse como testigos de referencia, porque tal como lo expuso la defensa al momento de presentar la solicitud, se trata de pruebas orientadas a sostener una hipótesis alternativa, consistente en que los pedidos de dinero pudieron tener ocurrencia, sin que el procesado haya participado de los mismos.

En ese sentido, si esas declaraciones se toman como parte de la actitud que asumió el procesado para ese entonces, resulta claro que las mismas no son llevadas al proceso como medio de prueba, sino como datos a partir de los cuales puede inferirse el aspecto que pretende demostrar la defensa, razón suficiente para que no puedan ser catalogadas como prueba de referencia.

Al efecto, se trata de los testimonios de varias personas a las que el acusado les comentó directamente sobre las irregularidades que venían ocurriendo y las supuestas peticiones de dinero que para entonces se estaban realizando a su nombre, lo que, en su opinión, hace más probable que el procesado no hubiera participado en los hechos materia de juzgamiento, por lo que, a no dudarlo, su declaración versará sobre circunstancias aprehendidas por los propios sentidos y que guardan relación con el sustrato fáctico de la acusación presentada contra CASTELLANOS ROSO, de modo que su práctica deviene pertinente y se ajusta a la estrategia de defensa que se avizora.

Lo anterior no impide que durante la práctica probatoria, la Sala de primera instancia ejerza las labores de dirección que considere procedentes, en orden a evitar el ingreso de información impertinente o la injustificada dilación del proceso.

Frente a los chats que pretenden ser introducidos con el testimonio de Heysa Macklein, si bien la Corte encuentra fundados los argumentos expuestos en el auto impugnado, en lo que

atañe a la falta de descubrimiento, debe advertirse que la prueba constituye la prueba principal de la existencia y el contenido de esas conversaciones, de tal manera que los chats tendrían la función de corroborar sus asertos, lo que implica que la defensa mantiene incólume las posibilidades de desarrollar su estrategia.

En tal virtud, se revocará el punto relacionado con esta prueba testimonial y, en su lugar, se decreta la misma conforme a lo solicitado por la defensa.

3.4.6. Inadmisión 2.3.1.2.9., declaración de los Procuradores en Justicia y Paz, Jorge Augusto Caputo Rodríguez y José Edwin Hinestrosa Palacios.

Se trata de prueba impertinente, porque sobra y no presta servicio alguno al proceso y menos a la teoría de la defensa, en el entendido de que haría menos probable los hechos relacionados con la dilación injustificada en el proceso de exclusión de Miguel Ángel Melchor Mejía Múnera y la filtración del salvamento de voto presentada respecto de la sentencia que le puso fin al trámite que involucraba a Salvatore Mancuso, pues en lo que atañe a los delegados del Ministerio Público, su intervención en los procesos judiciales obedece a lo que a su leal saber y entender consideran procedente, sin que le sea dable al juzgador exigirles explicaciones en torno a una actuación, por mandato de la misma ley, discrecional.

3.4.7. Rechazo del numeral 2.3.1.2.12, en relación con el testimonio de Marco Tulio Quintero Cano.

De acuerdo con el criterio vigente de la Sala, tanto la Fiscalía como la defensa están facultadas para pedir como suyas una o más pruebas que hayan sido decretadas para la contraparte, siempre que se justifique su pertinencia a la luz de su propia teoría del caso.

Lo señalado permite entender que tratándose de prueba común, como la que en esta oportunidad se pretende con el interrogatorio directo de Marco Tulio Quintero Cano, su enunciación y descubrimiento debe entenderse agotado por la parte que inicialmente la

solicitó, que en este caso lo fue la Fiscalía, restando para defensa cumplir con la carga de argumentar con suficiencia los presupuestos de pertinencia, admisibilidad y de ser el caso, utilidad y conducencia predicables de cualquier elemento de prueba.

Es así que, contrario a lo sostenido en primera instancia, para la Corte no opera el rechazo de la prueba, porque si reparamos en la dinámica de la audiencia preparatoria, para cuyo desarrollo el descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física se encuentra sometido a un orden metódico y cronológico, en aras de garantizar, entre otros, los principios de igualdad, contradicción y lealtad, se tiene que solo después de conocer el descubrimiento agotado por la Fiscalía, surge para la defensa el interés de asumir el testimonio como prueba común y obtener autorización para llevar a cabo el interrogatorio directo, todo lo cual supone entender, como lo hizo la defensa, que podía realizar la solicitud probatoria frente aquello que ya había sido descubierto por el ente acusador.

Aclarado así que no procedía el rechazo de la testimonial referida, corresponde establecer si la defensa motivó con suficiencia su pertinencia en lo que concierne a su específico interés.

Inicialmente, se tiene que la Sala Especial de Primera Instancia admitió la práctica del testimonio de Marco Tulio Quintero Cano, solicitado por la Fiscalía como principal testigo de cargo dado el conocimiento directo de los hechos materia de juzgamiento y con el fin de interrogarlo sobre cómo conoció a EDUARDO CASTELLANOS ROSO, la manera como le entregó los 50.000 dólares y como aquél le daba la información reservada y las oportunidades en que se entrevistó con el magistrado para «evitar que se presentara ante la Fiscalía General de la Nación o para que asumiera toda la responsabilidad». Además, para que explique cómo llegó a ser defensor de Miguel Ángel Melchor Mejía Múnera dentro del trámite de exclusión que impulsaba el acusado.

Por su parte, la defensa reclamó autorización para interrogar al mencionado testigo de

manera directa, apoyado en que lo requiere para examinarlo sobre circunstancias de tiempo modo y lugar diferentes a las pretensiones del ente fiscal, en tanto señaló que pretende preguntar sobre sus actuaciones pasadas como abogado litigante en el departamento del Meta y la ciudad de Bogotá y así denotar la falta de credibilidad del principal testigo de cargo. Bajo el entendido de que estos aspectos no serán objeto del interrogatorio de la Fiscalía.

Lo expuesto deja al descubierto, que el apoderado del procesado requiere interrogar a Marco Tulio Quintero Cano con el único fin de cuestionar su credibilidad, una vez más se recuerda, que esto lo puede conseguir en desarrollo del contrainterrogatorio (artículo 403 de la Ley 906 de 2004), pues en concreto ese es el propósito asignado por el artículo 393 cuando precisa que «la finalidad del contrainterrogatorio es refutar, en todo o en parte, lo que el testigo ha contestado».

Y al no hallarse justificada la pertinencia de este testimonio, su inadmisibilidad surgía palmaria.

3.5. Exclusiones probatorias.

3.5.1. La negada en el numeral 2.3.2.1., esto es, documentación relacionada con la información de las personas que residen en la casa 161 del condominio «La Primavera» de Villavicencio, los registros de entradas de visitantes relacionados en la respectiva minuta desde el 1º de marzo al 30 de agosto de 2018 e ingresos y salidas captadas por el sistema biométrico entre el 12 de octubre de 2017 y el 12 octubre de 2018, las cuales se incorporarán con el testimonio de la investigadora de la Fiscalía.

Reclama la defensa la exclusión de esta prueba, tras afirmar que la información reservada de las personas que residen en el condominio referido, constituye una base de datos cuya intromisión requiere autorización judicial previa como quiera que se traduce en una indebida interferencia en el ejercicio del derecho fundamental a la intimidad.

En relación con lo que legalmente se entiende por base de datos, el artículo 3º, literal b) de la Ley 1581 de 2012, la define como «Conjunto organizado de datos personales que sea objeto de tratamiento».

De otra parte, al ocuparse de la revisión previa de la citada Ley Estatutaria la Corte Constitucional puntualizó que:

De acuerdo con estas definiciones, los archivos —para efectos exclusivamente del proyecto—, en tanto son (i) depósitos ordenados de datos, incluidos datos personales, y (ii) suponen, como mínimo, que los datos han sido recolectados, almacenados y, eventualmente, usados —modalidades de tratamiento—, son una especie de base de datos que contiene datos personales susceptibles de ser tratados y, en consecuencia, serán cobijados por la ley una vez entre en vigencia.

Esta parece además haber sido la intención del legislador estatutario, toda vez que varios artículos del proyecto se refieren a los archivos (i) como sinónimos de bases de datos o modalidades del mismo género al que pertenecen las bases de datos, y (ii) como ámbitos a los que son aplicables las regulaciones del proyecto”¹.

Al realizar el juicio de constitucionalidad de las normas que regulan la búsqueda selectiva de información personal contenida en bases de datos (artículos 14 y 244 Ley 906 de 2004), la Corte Constitucional precisó que la confidencialidad de la información dimana del carácter personal de los datos, cuya difusión constituye una invasión a la intimidad personal o familiar de su titular y, en ese entendido, las personas que intervengan en la recolección, almacenamiento, uso, divulgación y control de estos datos están obligadas, en todo tiempo, a garantizar la reserva de la misma.

En particular, destacó que la información reservada está compuesta por información personal, estrechamente relacionada con los derechos fundamentales del titular – dignidad, intimidad y libertad-, por lo que «se encuentra reservada a su órbita exclusiva y no puede

siquiera ser obtenida ni ofrecida por autoridad judicial en el cumplimiento de sus funciones. Cabría mencionar aquí la información genética, y los llamados “datos sensibles” o relacionados con la ideología, la inclinación sexual, los hábitos de la persona, etc.».

Así, concluyó que de conformidad con el numeral 3° del artículo 250 superior, la búsqueda selectiva en las bases de datos personales computarizadas, mecánicas o de cualquier índole, que realice la Fiscalía General de la Nación, debe contar siempre con la autorización previa del juez de control de garantías y referirse a la información que se acopia con fines legales, por instituciones o entidades públicas o privadas debidamente autorizadas para ello, por estar de por medio el derecho fundamental al habeas data.

Frente a esta temática, constituye entonces un referente de útil consulta la sentencia proferida por la Corte, en la que se hizo clara referencia a estos conceptos:

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 institucional².

Al trasladar los reseñados discernimientos al recurso que se estudia, lo primero que debe la Sala señalar es que la solicitud de exclusión probatoria parte del supuesto equivocado, esto es, que la información contenida en la prueba documental que se pretende incorporar al juicio fue obtenida de una base de datos, cuando lo cierto es que la misma hace parte de un archivo que maneja la administración del condominio «La Primavera, acerca de los registros de entradas y salidas del mismo de sus habitantes y visitantes, con el fin de garantizar la seguridad de las personas y de sus instalaciones, lo que en modo alguno podría calificarse como una base de datos en los términos previamente señalados y, contrario sensu, son archivos creados por un particular que no ejerce la actividad de recolección y organización de información de manera técnica, habitual o institucional, pues se reitera, su existencia tiene como único fin procurar el desarrollo del objeto social de la propiedad horizontal.

Entonces, a partir de lo decantado en la jurisprudencia, como lo precisó el Ministerio Público, no nos encontramos frente a información reservada, como lo sostiene la defensa en la apelación, por lo que no se trató de una búsqueda selectiva en base de datos que ameritara la autorización previa de un juez de control de garantías. Lo anterior permite entender que la obtención de la prueba estuvo dentro de los parámetros legales y constitucionales establecidos, razón por la cual no hay lugar a excluirla como se solicita por el recurrente.

3.5.2. La referida en el numeral 2.3.2.2., registro videográfico de la oficina de Tigo tomado por la investigadora de la defensa el 19 de julio de 2018, contenido en 7 dvds.

Bajo una línea argumentativa similar a la invocada para la negativa de exclusión anterior, el apelante aduce que el suministro de la información contenida en esos videos, sin orden previa de un juez de control de garantías, resulta abiertamente ilegal por transgredir el derecho a la intimidad. A lo cual añade, que quienes concurrieron al establecimiento Tigo,

debieron comprobar que en lugar existía el aviso donde se advirtiera que las personas estaban siendo filmadas, de acuerdo a las políticas de protección de información que consagra la Ley de Habeas Data -Ley 1581 de 2012- .

Cabe precisar, que en cuanto la naturaleza de la información captada en los sistemas de videovigilancia la Corte Constitucional en sentencia T-114/18 advirtió que la misma se encuentra determinada por el lugar donde se hallen instalados, en particular señaló:

la información captada por las cámaras de seguridad instaladas en el domicilio de una persona es indiscutiblemente privada. De igual manera, la información captada por los equipos de vigilancia instalados en establecimientos privados abiertos al público también tienen la naturaleza de privada, debido a que continuamente se encuentra registrando información de las personas que frecuentan este tipo de lugares. Cosa distinta, ocurre con los dispositivos de seguridad instalados en establecimientos y/o instituciones públicas, debido a que, según la tipología establecida por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, está captando imágenes en un lugar abierto al público.

Lo anterior sin perjuicio de las particularidades de cada caso, por cuanto, puede ocurrir que dentro de una residencia se instalen unas cámaras de seguridad por orden legal y/o judicial, circunstancia en la cual no se puede considerar que las imágenes que capten dichos equipos sean de carácter privado, toda vez que, la utilización de dicho material estaría destinado a fines completamente diferentes a los personales.

Esas tareas de monitoreo y observación implican la recopilación de imágenes de personas, es decir, de datos personales de acuerdo con la definición contenida en el literal c) del artículo 3 de la Ley 1581 de 2012, razón por la cual en el manejo o tratamiento de esos datos se debe garantizar el respeto de los derechos fundamentales a la intimidad, al buen nombre y a la protección de datos personales, consagrados en el artículo 15 de la Constitución Política a partir del cual se desarrolla el derecho de habeas data en Colombia.

Ocurre, sin embargo, que cuando la recolección de imágenes a través de sistemas de videovigilancia no estén vinculadas con una o varias personas determinadas o determinables, es decir, que los datos personales no estén destinados a circular, no les serán aplicables las disposiciones del régimen de protección de datos personales.

Fuerza concluir, entonces, que por regla general la Ley de Habeas Data resulta aplicable a la recolección de imágenes a través de sistemas de videovigilancia que estén vinculadas con una o varias personas determinadas o determinables, sin perjuicio, claro está, de lo consagrado en el artículo 10 de la Ley 1581 de 2012 al establecer que no se requiere que el titular de un dato personal autorice su entrega cuando se trate de información requerida por una entidad pública o administrativa en ejercicio de sus funciones legales o por orden judicial.

Con acierto, la Sala Especial de Primera Instancia enfatizó que las instalaciones de la oficina de Tigo están abiertas al público, por manera que los registros realizados a través de los sistemas de vigilancia allí instalados, pueden ser suministrados sin obtener previamente la autorización de los titulares de esos datos en los términos que así lo consagra el artículo 10 de la Ley 1581 de 2012, pues, como ya se dijo, se trata de la recolección de imágenes en un lugar abierto al público al que acuden las personas de manera libre y voluntaria, lo que no puede calificarse como datos privados o datos sensibles en la medida que no se encuentran vinculados a determinada persona y tampoco están destinados a circular.

Por lo tanto, en consonancia con lo señalado por el Ministerio Público, no operaba en este caso la exclusión solicitada por la defensa.

3.5.3. Inadmisión del numeral 2.3.2.3., relativa a la pericial de informática forense realizada sobre el resultado de la extracción de información de la grabadora aportada por Marco Tulio Quintero Cano y, a la pericial de acústica forense, mediante la cual se introducirá el procesamiento para limpieza de audio realizado.

Según se expuso en la impugnación, la petición de exclusión tiene como fundamento que la prueba es ilegal e ilícita, porque se trató del acto de un particular (Marco Tulio Quintero Cano) que grabó «ex profeso» las conversaciones que afirma sostuvo con el acusado, sin estar autorizado para ello toda vez que no pidió el concurso de quienes intervenían en las comunicaciones para otorgarles legalidad y así poder utilizarlas como lo hizo.

Frente a tal problemática, constituye un referente de necesaria consulta la providencia proferida por la Corte al resolver en segunda instancia el auto de pruebas emitido dentro del proceso que se le sigue a Hilda Jeaneth Niño Farfán, en tanto tiene una marcada analogía fáctica con la situación planteada en el recurso:

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).

(...)

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.

(...)

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 recuperación³ 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.

(...)

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.

(...)

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.

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:

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).⁵

Bajo esa perspectiva, no puede predicarse que la grabación de las conversaciones realizadas por Marco Tulio Quintero Cano, comporte la ocurrencia de un acto de investigación de los regulados en los artículos 233, 235 y 236 de la Ley 906 de 2004, que por su naturaleza y efectos están sometidos a las reservas judicial y legal de que trata el artículo 15 de la Constitución Política.

Entonces, como quedo ampliamente explicado en el precedente traído en líneas anteriores, cuando un testigo decide grabar una conversación en la que ha participado y luego suministra esa información a las autoridades con fines procesales, no puede predicarse la existencia de una interceptación de comunicaciones, ni, en general, de uno de los actos de investigación orientados a irrumpir en la intimidad de los ciudadanos, que es precisamente lo que justifica la activación de las reservas judicial y legal, previstas en la Constitución

Política y desarrolladas en la Ley 906 de 2004, pues se reitera, ello tuvo lugar por un acto de libre disposición de una de las personas que participó en dichas comunicaciones.

Finalmente, desatinado resulta afirmar, como lo hizo el apelante, que las decisiones invocadas por la Sala Especial de Primera Instancia al momento de resolver esta solicitud de exclusión probatoria no tienen analogía fáctica con el tema objeto de debate, pues en cada una de ellas se abordó toda la temática relacionada con la entrega voluntaria de información por parte de la víctima o de un testigo, de tal suerte que a partir de la evolución jurisprudencial de la Corte, la posibilidad de renunciar a la expectativa razonable de intimidad también recae en los testigos que no de manera exclusiva en las víctimas, como parece entenderlo el recurrente.

En conclusión, carecen de prosperidad los argumentos del apelante en cuanto a la aplicación de la cláusula de exclusión, de modo que también en este aspecto se confirmará la decisión de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

Primero: Revocar parcialmente el numeral cuarto de la providencia apelada, relacionado con la inadmisión de los testimonios de Julio Ospino Gutiérrez, Alfredo Gómez Quintero, Luz Elena Morales Garay y Juan Pablo Hinestrosa, descritos en el numeral 2.3.1.2.6. de la decisión objeto de apelación, así como lo referente al testimonio de Heysa Macklein y la incorporación de los chats cuya inadmisión aparece incluida en el numeral 2.3.1.2.7. del auto impugnado, y en su lugar, se decretan dichas pruebas de conformidad con la solicitud de la defensa.

Segundo: En lo demás, la decisión será confirmada.

Tercero: Devolver la actuación a la Sala Especial de Primera Instancia.

Notifíquese y cúmplase.

EYDER PATIÑO CABRERA

Presidente

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Corte Constitucional, sentencia C-748 de 6 de octubre de 2011.

2 CSJ SP, SP 9792-2015, 22 de jul. 2015, rad. 42.307

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 CSJ AP4384-2018, 3 oct. 2018, rad. 53669 y 53670.