

Magistrado Ponente

AP2538-2021

Radicación No. 58882

Aprobado Acta No.158

Bogotá D.C., veintitrés (23) de junio de dos mil veintiuno (2021).

#### VISTOS

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por el acusado CARLOS JULIÁN BERMEO CASAS y su defensor contra el auto del 17 de noviembre de 2020 a través del cual la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá dispuso la admisión de varios medios de convicción y la inadmisión de otros, tanto testimoniales como documentales, según solicitudes formuladas por la Fiscalía y la defensa.

#### HECHOS

Según indicó el Tribunal Superior de Bogotá la acusación fue presentada en los siguientes términos:

«durante el periodo comprendido entre diciembre de 2018 y marzo de 2019, CARLOS JULIÁN BERMEO CASAS, como Fiscal delegado ante la Justicia Especial para la Paz, JEP, se concertó con los señores LUIS ALBERTO GIL CASTILLO, LUIS ORLANDO VILLAMIZAR GAMBOA, YAMITH ALEJANDRO PRIETO ACERO, ANA CRISTINA SOLARTE BURBANO y otras personas, para cometer delitos contra la administración pública.

Allí se dice que “Villamizar Gamboa sostuvo una reunión en una habitación del hotel Artisan donde exigía el pago de más de 2 millones de dólares por los servicios de la organización, de los cuales ORLANDO VILLAMIZAR y YAMITH ALEJANDRO PRIETO ACERO recibieron efectivamente, previa autorización de GIL CASTILLO US 460.000, los que una vez entregados debían asegurar y trasladar... mientras que BERBEO CASAS recibió a US 40.000 entregados a instancia y en presencia de GIL CASTILLO en reunión que sostenida (sic) en el hotel JW Marriott.

Dentro de la división de trabajo de la organización delincriminal la señora ANA CRISTINA SOLARTE BURBANO, recibió del señor CARLOS JULIÁN BERMEO CASAS, los US 40.000 dólares que éste había recibido momentos antes como pago del cohecho propio y tráfico de influencias de servidor público, cuantiosa suma de dólares americanos que fue ocultada en su bolso...”

De otra parte, “pactó un delito contra la salud pública (tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, drogas sintéticas o sustancias sicotrópicas”, pues se concertó con dos o más personas, una de ellas conocida como ALEXANDER TORO, y negoció el 1° de marzo de 2019, 120 kilos de sustancia estupefaciente que serían entregados en la ciudad de Roma Italia a ALEXANDER TORO para ser distribuidas en una discoteca de esta ciudad...”

CARLOS JULIÁN BERMEO CASAS, asegura el ente acusador, actuando como Fiscal de apoyo II de la JEP, recibió \$500.000 USD con la finalidad de “retardar órdenes a policía judicial, solicitar prórrogas de las órdenes impartidas por una Magistrado (sic) para dilatar los términos, la devolución de documentos enviados por una agencia de investigación extranjera dentro de un caso de extradición adelantado en la Justicia Especial para la Paz...” También, “realizó influencias derivadas del ejercicio de su cargo como fiscal de apoyo II de la JEP, es decir, como servidor público, sobre servidores públicos que conocían del proceso de extradición de SEUSIX PAUCIS HERNÁNDEZ SOLARTE o JESÚS SANTRICH, con el fin de retener y devolver de manera indebida documentación dentro de este trámite».

## ACTUACIÓN PROCESAL

1. El 6 de marzo de 2019 ante el Juzgado 22° Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, se llevó a cabo legalización de captura y formulación de imputación en contra de CARLOS JULIÁN BERMEO CASAS y otros, por los delitos de concierto para delinquir, cohecho propio y tráfico de influencias de servidor público. De igual manera, le fue impuesta al indiciado medida de aseguramiento de detención preventiva en centro carcelario<sup>1</sup>.
2. Luego de que fuera radicado el escrito de acusación el 8 de julio del mismo año, la actuación le correspondió al Juzgado Séptimo Penal del Circuito Especializado de esta ciudad, despacho ante el cual el 29 de julio de 2019 se instaló la audiencia de acusación sin que pudiera surtirse dado que se impugnó su competencia por considerarse que el asunto concernía al Tribunal Superior de este distrito judicial.
3. En consecuencia, el 17 de septiembre de 2019 la Corte lo asignó en efecto al citado Tribunal en razón a que CARLOS JULIÁN BERMEO CASAS para la época de los hechos se desempeñó como Fiscal de Apoyo II adscrito a la Unidad de Investigación y Acusación de la Jurisdicción Especial para la Paz<sup>2</sup>.
4. El 29 de octubre de 2019, ante el Tribunal Superior de Bogotá se inició la audiencia de acusación, oportunidad en que la defensa invocó la nulidad de lo actuado, sin que se accediera a la misma de conformidad con auto del 8 de noviembre siguiente<sup>3</sup>, por lo cual se surtió el resto del trámite propio de la acusación.
5. El 20 de enero de 2020 se instaló la audiencia preparatoria y luego de múltiples citaciones continuó el 16 de julio, 9 de octubre y 17 de noviembre siguientes, fecha última en la que se dispuso el decreto probatorio respecto del cual el acusado y su defensa interpusieron recurso de apelación<sup>4</sup>.

## DECISIÓN IMPUGNADA

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá se pronunció sobre las diferentes peticiones probatorias formuladas por las partes en la audiencia preparatoria; sin embargo, para los efectos de esta decisión, solo se relacionarán aquellas que han sido objeto de impugnación, así:

1. De las declaraciones testimoniales que, solicitadas por la defensa, le fueron negadas:

1.1. La del ex Fiscal General de la Nación Néstor Humberto Martínez Neira, por impertinente e inconducente, dado que la única justificación ofrecida por la parte que la solicitó es que el testigo daría razón acerca de que las conductas objeto de acusación fueron promovidas y organizadas por él para desprestigiar a la Jurisdicción Especial para la Paz.

Además, si la acusación constituye en esencia una delimitación al tema de prueba, el supuesto desprestigio de la JEP no es el objeto de la investigación realizada, así haya sido esbozada como teoría del caso de la defensa. Tampoco se contextualizó la solicitud argumentando de qué manera el testigo, en su condición de Fiscal General de la Nación, promovió y organizó la realización de las conductas punibles, por manera que no se advierte cuál sería la relación del testimonio con los hechos jurídicamente relevantes, ni qué se pretende saber o establecer y bajo qué parámetros.

1.2. El testimonio del senador Iván Cepeda Castro, por considerar que su alegada pertinencia, fundada en un debate parlamentario relacionado con las acciones adelantadas por la Fiscalía y la DEA en Colombia con el fin de desprestigiar a la JEP, deviene improcedente.

1.3. Los testimonios de los Magistrados de la JEP doctores Heidy Patricia Baldosea Perea, Alexandra Sandoval Mantilla, Xiomara Cecilia Balanta Moreno, Pedro Elías Días Romero, Sandra Janneth Castro Ospina, Juan José Cantillo y Juan Ramón Martínez Vargas, por

considerar que, más allá de que puedan informar si al acusado CARLOS JULIÁN BERMEO CASAS le fueron asignadas, en su posición de fiscal de apoyo, labores relacionadas con la investigación y extradición de Seuxis Pausias Hernández Solarte, alias “Jesús Santrich”, la sustentación de pertinencia y utilidad, al no especificarse la razón concreta de por qué estos magistrados estarían en condiciones de aportar esa información, es deficiente en la medida en que de allí no se desprende el conocimiento y relación con los hechos jurídicamente relevantes, propios del debate.

Y además de que las funciones del acusado fueron objeto de estipulación probatoria, las intervenciones de dichos funcionarios se tornarían repetitivas, excepto la del Magistrado José Miller Hormiga Sánchez, la cual se decretó dado su vínculo con la Sala que conoce el tema de extradiciones, según se informó.

2. De otro lado, decretadas en su totalidad las pruebas solicitadas por la Fiscalía, las referidas a la actuación del agente encubierto, lo fueron como sigue:

2.1. Oficio N°. 17/D-11DECN del 23 de febrero del 2019, dirigido al doctor Álvaro Osorio Pachón, delegado contra la criminalidad organizada, solicitando autorización de agente encubierto dentro de la presente actuación, junto con el acta de voluntariedad suscrito por el agente designado, el informe rendido por el investigador Robinson Herrera García y la orden emitida por la fiscalía del caso.

2.2. Resolución No. 039 del 27 de febrero de 2019, emitida por la Fiscalía General de la Nación, dirección delegada contra la criminalidad organizada, a través de la cual autoriza a la Fiscalía 11 Especializada contra el Narcotráfico, la utilización de agente encubierto dentro del proceso matriz.

2.3. Informe de Policía Judicial DCC0DACIU N°. 0331 del 2 de marzo de 2019, suscrito por el investigador Robinson Herrera García, donde pone de presente la actuación del agente encubierto y la entrega controlada con base en las grabaciones obtenidas.

2.4. Video de la habitación 504 del Hotel Artisan lugar en el que se realiza la entrega de dinero; dos videos del lobby del Hotel Artisan donde se hospedan los miembros de la organización; video obtenido del Hotel Marriot, en el cual se observa al aquí encartado y otro miembro de la organización en la entrega del dinero y cuatro audios de las reuniones realizadas el 1 de marzo de 2019, recopilados por los agentes encubiertos.

Decreto probatorio al que se opuso la defensa, por lo que el Tribunal consideró:

«la defensa cuestiona la legalidad de la prueba documental que fuera enunciada y solicitada por la Fiscalía, en lo que toca con la autorización previa del Director Nacional o Seccional de Fiscalías, en los términos del artículo 242 del C. de P. P, para la utilización de agente encubierto, -en cabeza de funcionarios de policía judicial y de particulares-, en tanto no se habría observado plenamente, dice, lo concerniente al trámite dispuesto por la citada norma.

La Fiscalía, por el contrario, defiende la legalidad del procedimiento adelantado, -sin que haya sido desvirtuada-, señalando que la designación del agente encubierto se hizo con arreglo a la ley y reglamentos que dicen de los parámetros de este tipo de operaciones, lo cual se evidencia en los oficios o elementos materiales de prueba solicitados.

Luego como es al juez de conocimiento, en este estadio procesal, a quien compete evaluar la solicitud de exclusión de una prueba, según la defensa, ilegal, la sala (sic) ha examinado que, en efecto, la Fiscalía descubrió la Resolución 0039 del 27 de febrero de 2019 “mediante la cual se autoriza la actuación de agente encubierto, suscrita por el director de la Delegada contra la criminalidad organizada doctor Álvaro Osorio Chacón.”, y solicita como prueba, misma que la defensa, en el marco del contradictorio frente a la conducción, pertinencia, necesidad y utilidad de la prueba de la Fiscalía, tacha de ilegal en tanto, ya se dijo, se habría violado la norma el artículo 242 del C. de P. P., en lo concerniente a la autoridad que debe autorizar, previamente, la utilización de agente encubierto.

Tal concepción, empero, desconoce el Decreto Ley 016 de 2014, – Estructura Orgánica y Funcional de la Fiscalía General de la Nación-, modificado por el Decreto Ley 898 de 2017, el cual en su artículo 36, sobre “UTILIZACIÓN DE AGENTES ENCUBIERTOS Y DE ENTREGAS VIGILADAS. (Modificado por el artículo 50 del Decreto Ley 898 de 2017) dispone: “La Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia a través de su coordinador, la Delegada para la Seguridad Ciudadana, la Delegada Contra la Criminalidad Organizada, la Delegada para las Finanzas Criminales, las Direcciones Especializadas y las Direcciones Seccionales podrán autorizar la utilización de agentes encubiertos y de entregas vigiladas solicitadas por los fiscales de la dependencia correspondiente, en los términos y condiciones establecidos en el Código de Procedimiento Penal.”

Y como quiera que quien autoriza, en este asunto y previamente, la utilización de agente encubierto es el director de la Delegada Contra la Criminalidad Organizada, no hay lugar a la exclusión deprecada, pues se ajusta a la ley»<sup>5</sup>.

## FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

1. El defensor de CARLOS JULIÁN BERMEO CASAS, impugnó, por su lado,<sup>6</sup> la negativa a practicar los testimonios del ex Fiscal General de la Nación Néstor Humberto Martínez Neira y del Senador de la República Iván Cepeda Castro.

El primero de ellos, por considerarlo necesario para demostrar el desprestigio de la Jurisdicción Especial para la Paz como elemento fundamental en orden a desvirtuar la acusación pues, aunque no sea el objeto principal de la investigación, el ex Fiscal fue quien incidió en las conductas de sus subalternos fiscales y miembros del C.T.I. a fin de provocar ese descrédito a través de los medios de comunicación.

Simultáneamente, dice, el testimonio del senador Iván Cepeda Castro demostraría que la DEA y la Fiscalía General de la Nación actuaron de manera ilegítima, más con el ánimo de desprestigiar a la JEP que de perseguir algún delito ejecutado por CARLOS JULIÁN BERBEO

CASAS, por manera que los mencionados medios de prueba resultan necesarios para demostrar que el procesado fue inducido a realizar las conductas objeto de acusación, con el propósito de desacreditar a la entidad de la cual hacía parte.

2. Por su parte, el procesado,<sup>7</sup> en ejercicio de su defensa material pretende a través del recurso de apelación se excluya la prueba documental referida al agente encubierto por ser ilegal (según el artículo 242 C.P.P.), o ilícita, pues además de que el funcionario que ejerció dicho rol fue designado apenas tres días antes de la operación realizada en contra de BERO CASAS, su misión fue ejecutada de manera deficiente en tanto se “salió” de ella y sin reportar sus actividades como debería hacerlo.

Y tras estimar insuficiente que el mandato al agente encubierto haya sido suscrito por el Director de Fiscalías para que sea admitido como prueba en el juicio, reprochó por igual la función de aquél como quiera que esa figura está legalmente constituida para desarticular organizaciones criminales, sin que para el caso se señalara alguna.

Cuestiona también el procesado que no se haya accedido a escuchar los testimonios de los Magistrados Heidy Patricia Baldosea Perea, Alexandra Sandoval Mantilla, Xiomara Cecilia Balanta Moreno, Pedro Elías Días Romero, Sandra Janneth Castro Ospina, Juan José Cantillo y Juan Ramón Martínez Vargas, pertenecientes a la Jurisdicción Especial para la Paz, porque, si se trata de conducencia, pertinencia y necesidad, a través del análisis de los computadores en los que trabajaba el acusado y aquellos funcionarios, éstos podrían dar cuenta de los procesos a su cargo en los cuales realizó alguna actividad y determinar si alguno de esos expedientes se relacionaba con Jesús Santrich, o más exactamente con su extradición.

Por tanto, solicitó la revocatoria del auto apelado a efecto de que, por una parte, no se introduzcan al juicio las pruebas documentales relacionadas con el agente encubierto y por otra, se decreten los testimonios de los mencionados magistrados de la JEP.

## NO RECURRENTES

1. El representante del ente acusador<sup>8</sup> solicitó, en primer lugar, se declare desierto el recurso de apelación por haberse sustentado incorrectamente, pues los planteamientos de alzada deben estar encaminados a reprochar los aspectos de la decisión frente a los que presenta inconformidad mediante argumentos jurídicos y no, como lo hace la defensa, con fundamento en suposiciones o insinuando que los hechos de la acusación se desarrollaron dentro de una presunta persecución en contra de la Jurisdicción Especial para la Paz, cuando dentro de la situación fáctica no se mencionó el tema, mucho menos cuando las pesquisas se refieren únicamente al comportamiento ilegal desplegado por CARLOS JULIÁN BERBEO CASAS.

1.1. En caso de no accederse a la anterior solicitud, pide que la Corte confirme la decisión de primera instancia toda vez que las pruebas negadas a la defensa no fueron correctamente solicitadas con sujeción a los criterios de pertinencia, conducencia y utilidad.

1.2. De igual forma, sostiene, se debe proceder en torno a la impugnación planteada por el acusado porque se basa en apreciaciones personales que pretenden revivir el debate respecto a la legalidad de las pruebas del agente encubierto, mismas que ante la Magistratura con función de Control de Garantías fueron sujetas a los filtros necesarios.

1.3. Por demás, los testimonios de los magistrados de la JEP se advierten impertinentes en cuanto su solicitud va encaminada a acreditar situaciones no planteadas por la fiscalía.

2. El Ministerio Público<sup>9</sup> coadyuvó la solicitud de la Fiscalía tanto de declarar desierto el recurso de apelación por insuficiente argumentación, como de mantener, en el evento de que no sea así, la decisión de primera instancia por cuanto las consideraciones del Tribunal Superior fueron suficientes y acertadas

2.1. En lo que hace a los testimonios del ex Fiscal General de la Nación y del Senador de la República en mención, no se señaló su pertinencia con relación a la teoría alterna de la defensa, ni se contextualizó de manera clara de qué forma ese presunto desprestigio generado contra la JEP por quien entonces fungía como Fiscal General de la Nación, conllevó a que la conducta del acusado tuviera que ver con un presunto montaje orquestado por aquél. Adicionalmente, en virtud de la garantía de no incriminación resultaría insólito citar al mencionado ex funcionario para que constatará lo expuesto por la defensa.

Tampoco, en lo relacionado con el testimonio de Iván Cepeda Castro, los argumentos de la defensa logran derruir los de la primera instancia, porque si se trata de que declare respecto a un debate parlamentario sobre la Jurisdicción Especial para la Paz, la defensa no expuso qué relación tendría tal hecho con las conductas por las cuales se acusa a su prohijado, lo que significa ausencia de un juicio de pertinencia.

2.2. Por otra parte, la negativa de practicar los testimonios de algunos de los magistrados de la JEP, en cuanto se pretendía con ellos acreditar las funciones del acusado, resulta acertada habida consideración que éstas fueron objeto de estipulación probatoria.

Resulta además inútil escuchar a todos y cada uno de los magistrados que le asignaron alguna función al acusado mientras se desempeñó en la JEP, para establecer si tuvieron relación con el caso de Jesús Santrich, dado que para ello se decretó el testimonio del doctor José Miller Hormiga Sánchez.

3. También el representante de víctimas<sup>10</sup> acompañó los planteamientos de sus antecesores en rededor de la errada sustentación del recurso.

3.1. Ahora, en relación con los testimonios de Néstor Humberto Martínez Neira e Iván Cepeda Castro, consideró que su solicitud resultaba impertinente dado el objeto de prueba, pues nada tiene que ver la presunta conducta del procesado con lo que pueden dar cuenta los mencionados, respecto a una presunta campaña de desprestigio contra la JEP. El

argumento es inane para el fin que se pretende con la teoría de la Fiscalía, tampoco aporta a la de la defensa, para demostrar que esa situación pudiera afectar de forma directa o indirecta los hechos por los cuales se llamó a juicio a CARLOS JULIÁN BERBEO CASAS.

3.2. Respecto a las pruebas originadas en la acción del agente encubierto, todo ese trámite ya fue sometido a control posterior por parte del Juez 22 Municipal con Función de Control de Garantías, de modo que la legalidad de las pesquisas fue superada. Además, según la Corte, (auto AP8489-2016, M.P. Eyder Patiño, radicación N°. 48178), no puede ser objeto de apelación el auto que decreta práctica de pruebas, solo lo es aquel que las niega o excluye, luego frente a las documentales que tienen que ver con el agente encubierto no procede el medio defensivo.

## CONSIDERACIONES DE LA CORTE

### 1. Competencia.

De acuerdo con el artículo 32-3 de la Ley 906 de 2004, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para conocer los recursos de apelación contra autos y sentencias que profieran en primera instancia los tribunales superiores de distrito.

En ese orden la competencia en segunda instancia es funcional, esto es, limitada a los argumentos de inconformidad expuestos oportunamente por el apelante y a aquellos que estén ligados de manera inescindible.

### 2. Objeto de la presente decisión

2.1. El recurso de apelación objeto de examen se circunscribe, en primer lugar, a la solicitud de la defensa técnica del procesado en torno a la práctica de los testimonios del ex Fiscal General de la Nación Néstor Humberto Martínez Neira y del Senador de la República Iván Cepeda Castro, los cuales para la Sala a quo resultan impertinentes e inconducentes según

el objeto de prueba y por tanto inadmisibles.

2.2. En segundo término, a la solicitud probatoria formulada por el acusado respecto de los testimonios de Heidy Patricia Baldosea Perea, Alexandra Sandoval Mantilla, Xiomara Cecilia Balanta Moreno, Pedro Elías Días Romero, Sandra Janneth Castro Ospina, Juan José Cantillo y Juan Ramón Martínez Vargas, todos ellos magistrados de la Jurisdicción Especial para la Paz, igualmente negados bajo la consideración de que la sustentación de pertinencia y utilidad fue deficiente.

2.3. Y finalmente a las pruebas decretadas por solicitud de la Fiscalía, en rededor de las cuales el acusado solicitó la exclusión de la documental originada en la actuación del agente encubierto por considerarla ilegal o ilícita.

3. Bajo dicho supuesto resulta necesario primeramente desarrollar los conceptos de pertinencia, conducencia y utilidad de las pruebas, para determinar si le asistió razón al Tribunal Superior de Bogotá cuando denegó la práctica de los citados testimonios.

La audiencia preparatoria es el escenario establecido por la Ley 906 de 2004 para que Fiscalía y defensa soliciten las pruebas que requieren aducir en el juicio oral, a efecto de sustentar la pretensión que postularán de conformidad con su teoría del caso.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 357 de la Ley 906 de 2004, las pruebas tienen como finalidad llevar al conocimiento del juez, más allá de toda duda razonable, los hechos y las circunstancias que rodearon la conducta que se investiga, así como la responsabilidad o no de aquél a quien se le atribuye la calidad de autor o partícipe. Por ello, acorde con el inciso 2º de esta misma norma, 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».

La pertinencia del medio probatorio está determinada por el tema de prueba, el que a su

vez está delimitado por los hechos jurídicamente relevantes de la acusación o en el caso de la defensa, de la teoría alterna que sustenta su estrategia. Por esta razón, quien pide una prueba debe asumir la carga argumentativa requerida para evidenciar al funcionario judicial la relación del elemento solicitado con los hechos objeto de investigación (pertinencia) y superado este análisis, si el mismo tiene aptitud legal para formar el conocimiento (conducencia) y reporta interés al objeto de debate (utilidad).

Sobre tales exigencias de pertinencia, conducencia y utilidad del medio de conocimiento cuyo decreto se pretende, la Corte ha sostenido lo siguiente:

«Múltiples son las decisiones de esta Corte en las que se afirma que la pertinencia tiene que ver con los hechos. Así lo establece el artículo 375 de la Ley 906 de 2004 en cuanto señala que “el elemento material probatorio, la evidencia física y el medio de prueba, deberán 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. También es pertinente cuando sólo sirve para hacer más probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, o se refiere a la credibilidad de un testigo o de un perito”.

Así, los debates en materia de pertinencia deben reducirse al análisis de la relación de los medios de prueba con el tema de prueba, esto es, con los hechos que deben probarse en cada caso en particular.

Ahora, la Ley 906 de 2004 consagra como regla general que las pruebas pertinentes son admisibles. Así se desprende del artículo 357 en cuanto afirma que el juez dará la palabra a la Fiscalía y luego a la defensa para que soliciten las pruebas que requieran para sustentar su pretensión, y a renglón seguido precisa que el juez decretará las pruebas solicitadas cuando ellas “se refieran a los hechos de la acusación que requieran prueba, de acuerdo con las reglas de pertinencia y admisibilidad previstas en este código”. En la misma línea, el

artículo 376 establece que “toda prueba pertinente es admisible”, salvo en los eventos consagrados en sus tres literales<sup>11</sup>.

Por su parte, la conducencia se refiere a una cuestión de derecho. Sus principales expresiones son: (i) la obligación legal de probar un hecho con un determinado medio de prueba; (ii) la prohibición legal de probar un hecho con un determinado medio de prueba, y (iii) la prohibición de probar ciertos hechos, aunque en principio puedan ser catalogados como objeto de prueba<sup>12</sup>. Por ello, quien alega falta de conducencia debe indicar cuál es la norma jurídica que regula la obligación de usar un medio de prueba determinado u otra de las situaciones que acaban de mencionarse.

Cosa diferente es el sistema de “tarifa legal”, en el cual no se trata de precisar cuáles son las pruebas establecidas por el legislador para probar un hecho o circunstancia en particular, o las prohibidas legalmente para los mismos efectos. Lo relevante en este sistema es verificar si el legislador le ha otorgado un determinado valor a una prueba en particular, como sucede con el excepcional evento consagrado en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, que le otorga un valor probatorio menguado a la prueba de referencia y, en consecuencia, prohíbe que la condena esté basada exclusivamente en este tipo de declaraciones.

Finalmente, “la utilidad de la prueba se refiere a su aporte concreto en punto del objeto de la investigación, en oposición a lo superfluo e intrascendente” (CSJ AP, 17 Mar 2009, Rad. 22053). Este aspecto en buena medida fue regulado en el artículo 376 en cita, en cuanto consagra la regla general de admisibilidad de las pruebas pertinentes, salvo, entre otras, las que puedan generar confusión en lugar de mayor claridad al asunto, exhiban escaso valor probatorio o sean injustamente dilatorias del procedimiento»<sup>13</sup>.

En esa misma providencia, esta Sala explicó la forma como las partes deben abordar, al momento de realizar la solicitud probatoria, el desarrollo de los conceptos de pertinencia,

conducencia y utilidad del medio de convicción. Al respecto expuso:

«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». (Negrita fuera de texto).

En síntesis, al momento de realizar las solicitudes probatorias, las partes están obligadas a exponer con claridad y precisión la pertinencia de los medios de convicción que aspiran les sea decretados, para de esa forma lograr que el juzgador se convenza sobre el aporte probatorio de los elementos que se pretende llevar a juicio y así ordene su práctica.

3.1. En el presente caso, como se advirtió en el acápite correspondiente, al resolver lo atinente a las solicitudes probatorias formuladas por las partes, la Sala a quo decidió inadmitir las siguientes pruebas testimoniales: i) ex Fiscal General de la Nación Néstor Humberto Martínez Neira; ii) Senador de la República Iván Cepeda Castro y iii) los magistrados de la Jurisdicción Especial para la Paz, Heidy Patricia Baldosea Perea, Alexandra Sandoval Mantilla, Xiomara Cecilia Balanta Moreno, Pedro Elías Días Romero, Sandra Janneth Castro Ospina, Juan José Cantillo y Juan Ramón Martínez Vargas.

Ello, tras estimar que dichos medios de convicción no resultan pertinentes, pues en cuanto hace a los testimonios de Néstor Humberto Martínez Neira e Iván Cepeda Castro, éstos darían cuenta de una presunta campaña de desprestigio contra la JEP que influyó en el comportamiento ilícito del acusado, empero, además de que no se argumentó de qué manera eso fue posible, es evidente que el tema de prueba no se relaciona con el crédito de la entidad.

En lo concerniente a los testimonios de los magistrados de la JEP, su denegación emergió a

partir de considerar el a quo que la sustentación probatoria fue deficiente como quiera que únicamente se argumentó que la información que aquellos podían proporcionar al debate probatorio se referiría a las funciones que como fiscal de apoyo el acusado realizó y si las mismas tenían relación con el trámite de extradición de Seusix Paucis Hernández Solarte o Jesús Santrich, aspecto del que podía dar cuenta el magistrado José Miller Hormiga Sánchez, por lo que fue en efecto decretado.

En ese contexto, la Sala procederá a examinar si, como lo alegan los recurrentes, el a quo se equivocó al negar el decreto de los mencionados testimonios.

3.2. Para tal efecto, resulta necesario señalar que en la audiencia preparatoria la defensa solicitó se decretaran los referidos testimonios de la siguiente manera:

«Solicitud del testimonio del exfiscal Néstor Humberto Martínez Neira, dado que fue la persona que organizó el montaje contra el hoy acusado para desprestigiar a la JEP y los demás acusados, cuyo juicio se encuentra en trámite en el Juzgado Séptimo Especializado de Bogotá.

Pertinencia: Esta solicitud probatoria guarda relación con los hechos materia de acusación en cuanto fue la persona que organizó todo el montaje contra el hoy acusado para desprestigiar a la JEP.

Conducencia: El testimonio del exfiscal Néstor Humberto Martínez Neira, es una prueba admitida por el ordenamiento penal colombiano.

Utilidad: Para demostrar que las conductas objeto de acusación contra el hoy acusado, fueron promovidas y organizadas por Néstor Humberto Martínez Neira, con el fin de desprestigiar a la JEP»<sup>14</sup>.

«Testimonio del Senador Iván Cepeda Castro (...).

Pertinencia: Estuvo en un debate en el Senado de la República respecto a las acciones ilegales adelantadas por la Fiscalía y la DEA en Colombia, con el fin de desprestigiar a la JEP.

Conducencia: El testimonio es una evidencia probatoria admitida por el ordenamiento penal colombiano.

Utilidad: Servirá para demostrar las actuaciones ilegales de la Fiscalía y la DEA en Colombia, para desprestigiar a la JEP; las conclusiones a que se llegaron en el debate realizado en el Senado de la República, lo atinente a la indicción por parte de la DEA y la Fiscalía para que el hoy acusado realizara supuestamente las conductas objeto de acusación»<sup>15</sup>.

«Testimonio de la doctora Heidy Patricia Baldosea Perea, para la fecha de los hechos era la magistrada ponente de las investigaciones radicadas con los números (...) adscritos a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la Jurisdicción Especial para la Paz.

Pertinencia: La doctora Baldosea Perea tenía bajo su conocimiento los procesos (...) que en desarrollo de sus funciones delegó al doctor CARLOS JULIÁN BERBEO CASAS realizar labores investigativas. En el radicado (...) esta magistrada podrá informar si esas actividades realizadas por el hoy acusado tenían relación directa o indirecta con la extradición de alias “Jesús Santrich”.

Con este testimonio se hace más probable que el señor BERBEO CASAS no haya incurrido en los delitos de tráfico de influencias y cohecho en todas sus modalidades.

Conducencia: En tanto el testimonio es una evidencia probatoria admitida por el ordenamiento jurídico penal colombiano.

Testimonio de la magistrada Sandra Sandoval Mantilla de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la JEP (...).

Testimonio de la magistrada Xiomara Cecilia Balanta Moreno adscrita a la Sala de Amnistía e Indulto de la Jurisdicción Especial para la Paz (...).

Testimonio del doctor Pedro Elías Díaz Moreno adscrito a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la JEP (...).

Testimonio de la magistrada Sandra Jeannette Castro Ospina adscrita a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la Jurisdicción Especial para la Paz (...).

Testimonio del magistrado Juan José Cantillo adscrito a la Sala de Amnistía e Indulto de la Jurisdicción Especial para la Paz (...).

Testimonio del magistrado Juan Ramón Martínez Vargas adscrito a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la Jurisdicción Especial para la Paz (...)»16.

La solicitud probatoria de la totalidad de los testimonios de los magistrados de la Jurisdicción Especial para la Paz tiene la misma argumentación en cuanto a pertinencia, conducencia y utilidad.

3.3. Por otra parte, al sustentar el recurso de apelación la defensa de CARLOS JULIÁN BERMEO CASAS sobre el testimonio de Néstor Humberto Martínez Neira indicó que, su pertinencia se basa en que éste gestó la campaña de desprestigio en contra de la Jurisdicción Especial para la Paz y para lograrlo, incidió en conductas realizadas por parte de los miembros de la Fiscalía y del C.T.I.

Y en cuanto a la necesidad de contar en juicio con el testimonio de Iván Cepeda Castro, argumentó que su declaración estaría encaminada a demostrar que la DEA y la Fiscalía General de la Nación actuaron de manera ilegítima, con el ánimo desprestigiar a la JEP.

En esas condiciones la Sala observa que los testimonios de los señores Néstor Humberto

Martínez Neira e Iván Cepeda Castro resultan en efecto, como se indicó por la primera instancia y los no recurrentes, impertinentes, pues en nada se relacionan con el tema de prueba en tanto éste hace referencia a los hechos constitutivos de las presuntas conductas punibles imputadas a CARLOS JULIÁN BERMEO CASAS que conllevo a que se le acusará por los delitos de cohecho propio y tráfico de influencias de servidor público mientras se desempeñó como Fiscal de apoyo de la Jurisdicción Especial para la Paz y no precisa y trascendentalmente al desprestigio de dicha entidad.

Ahora, si lo pretendido con esas pruebas era acreditar la hipótesis alterna que sustenta la estrategia de la defensa, acerca de que alrededor de la conducta del acusado se desplegó un plan para desacreditar la entidad en la que se desempeñaba como servidor público, lo cierto es que no se explicó cómo ello podría influir en su actuar delictivo o cuál era el nexo de causalidad con los hechos jurídicamente relevantes, pues el togado de la defensa escasamente refirió que Néstor Humberto Martínez “fue la persona que organizó todo el montaje contra el hoy acusado para desprestigiar a la JEP”<sup>17</sup>, situación que de ser cierta, implicaría por demás de parte del testigo la eventual aceptación de su responsabilidad, de modo que lograr probar las aseveraciones defensivas con el dicho del alto ex funcionario resulta de gran dificultad a riesgo de una posible transgresión de sus garantías fundamentales.

En igual sentido, sobre el testimonio de Iván Cepeda Castro no se precisó por parte del petente en qué forma lo informado por él acerca del debate al interior del Senado de la República frente a una posible campaña de desprestigio contra la JEP, podría determinar la conducta del procesado, ni siquiera en general de los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación, como para argumentar en su defensa la posible existencia de una causal eximente de responsabilidad, si así lo pretendía. En ese orden, los testimonios referidos no ofrecen un valor probatorio tal que conduzcan a probar una hipótesis apenas, carente de fundamentación fáctica, eso sin advertir cuan insólito resulta por lo menos, que con testimonios de tales calidades se pretenda constatar lo que en esencia es una especulación

y no un hecho.

En consecuencia como en estas circunstancias la decisión de la Sala a quo de negar la práctica de dichos testimonios por carecer de pertinencia, se evidencia razonada y acertada, será en ese sentido objeto de confirmación

3.4. Igual decisión se adoptará frente al recurso contra la inadmisión de los testimonios de los magistrados de la JEP, pues aquel se sustentó en el conocimiento que tienen éstos sobre las funciones asignadas al acusado cuando fungía como fiscal de apoyo y si las mismas tuvieron relación con el caso de Jesús Santrich; en suma por cuanto aquellos hacen parte de la entidad que analizó los computadores con los que BERMEO CASAS desempeñaba su labor.

Se advierte así que con tales medios de prueba se aspiraba acreditar las funciones que desempeñó el procesado como fiscal de apoyo en la Jurisdicción Especial para la Paz, con detalle de las misiones asignadas en cada una de las actuaciones a cargo de los citados magistrados, las cuales como lo indicó el mismo petente, no tienen que ver con el trámite de extradición de Jesús Santrich, por lo cual no es objeto de debate en el presente trámite, y tampoco hacen más o menos probable la participación de CARLOS JULIÁN BERMEO CASAS en los hechos delictuales que se pretenden dilucidar en el juicio oral.

4. Finalmente, el acusado impugnó la decisión que dispuso el aporte de los documentos generados con ocasión de la actividad del agente encubierto, utilizando la argumentación realizada en la audiencia preparatoria para solicitar la exclusión de la misma, que para ese momento fue en los siguientes términos:

«La defensa solicita la exclusión de las pruebas relacionadas con la designación y actuación del agente encubierto, la designación y actuación del agente controlador, por cuanto no fueron designados por el Director Nacional o Seccional de Fiscalías, tal y como lo señala el artículo 242 de la Ley 906 de 2004; así mismo señor magistrado, la Constitución Nacional

en su artículo 29 señala es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso y a su vez el artículo 360 de la Ley 906 de 2004, señala que el juez, en este caso el Tribunal excluirá la práctica o aducción de aquellos medios de prueba ilegales, incluyendo los que se han practicado, aducido o concedido con violación de los requisitos formales previstos en este código. Artículo 230 de la Constitución Nacional, señor magistrado (...)18.

Por otra parte, el Juez 54 Penal del Circuito revoco el auto proferido por el Juzgado 22 con Función de Garantías, proferido el 3 de marzo de 2019, mediante el cual declaró la ilegalidad del procedimiento de captura. Como usted podrá observar la Fiscalía debe cumplir de manera puntual con lo que prescribe el artículo 242 en materia de designación y autorización de los agentes encubierto y controlador»19.

Reiterando durante el traslado del recurso que “se debía tachar de ilegal o lícita” pues el funcionario que ejerció el rol fue dispuesto para ello apenas tres días antes de la operación encubierta y cumplió deficientemente su misión ya que se “salió” de ella y no reportó sus actividades como debería hacerlo; en suma, por cuanto para que la prueba sea legal no es suficiente con la resolución por medio de la cual se designó el agente encubierto, suscrita por la Dirección delegada Contra la Criminalidad Organizada de la Fiscalía General de la Nación.

Sin embargo, la Sala se abstendrá en tal respecto de resolver el recurso en tanto la decisión apelada no es susceptible de impugnación vertical, conforme lo ha entendido la jurisprudencia de la Sala.

4.1. En efecto, de acuerdo con el criterio actualmente imperante20, por virtud del principio de reserva legal, la facultad de establecer los recursos disponibles, su procedencia respecto de determinada decisión y los presupuestos de oportunidad para su ejercicio competen exclusivamente al legislador. De allí que, atendiendo el tenor literal de los artículos 20 y 359

de la Ley 906 de 2004, se advierte que en materia de pruebas, la intención expresa del legislador es que el recurso de apelación solo proceda contra las providencias que impiden la efectiva práctica o incorporación del medio de convicción.

Frente a la procedencia del recurso de apelación en relación con las pruebas decretadas, «la Corte ha venido acogiendo e impera actualmente<sup>21</sup>, precisando que sólo cuando se trata de exclusión probatoria por ilicitud del medio, sea que se haya decretado o no la prueba, procede el recurso de apelación, pues en esos eventos se trata de determinar la configuración de una violación a derechos fundamentales».

4.2. Ahora bien, el concepto de ilegalidad se refiere al desconocimiento de los requisitos formales que el legislador ha previsto para su recaudo, aducción o aporte al proceso y, la ilicitud por vulneración de los derechos fundamentales de las personas, como cuando se obtiene mediante tortura, constreñimiento ilegal o violación de la intimidad.

Dicho lo anterior, se constató en el expediente<sup>22</sup> que frente a la exclusión de la prueba documental en relación con el agente encubierto, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá concedió el recurso de apelación, empero, la Corte evidencia que los argumentos del mismo van encaminados a sustentar una supuesta ilegalidad, pues se entiende de la exposición que probablemente no cumple con los requisitos para su práctica, sin que se evidencie la vulneración de garantías y derechos fundamentales, es más, la alzada se refiere a que presuntamente el agente encubierto desbordó su competencia, por actuar por fuera del mandato legal y sin reportar adecuadamente su labor, aspectos que no tienen que ver con la ilicitud del medio probatorio.

En conclusión, como no se pretende ciertamente la exclusión de un medio de convicción probadamente ilícito, sino acaso ilegal, no resulta viable el recurso de apelación en relación con la prueba documental decretada según solicitud de la Fiscalía relacionada con la actividad del agente encubierto.

Por tanto, también en este específico aspecto se mantendrá incólume la decisión adoptada por la Sala a quo.

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

#### RESUELVE

Primero: CONFIRMAR el proveído de 17 de noviembre de 2020 mediante el cual la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá resolvió sobre las solicitudes probatorias formuladas por las partes en este asunto seguido en contra de CARLOS JULIÁN BERMEO CASAS.

Segundo. DISPONER la devolución de las presentes diligencias al Tribunal de origen.

Cuarto. Contra esta decisión no proceden recursos.

Cópiese, comuníquese y cúmplase.

GERSON CHAVERRA CASTRO

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

FABIO OSPITIA GARZÓN

EYDER PATIÑO CABRERA

HUGO QUINTERO BERNATE

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

- 1 C.D. del cuaderno Juzgado 7° Penal del Circuito Especializado de Bogotá.
- 2 Folio 4 al 16 cuaderno definición de competencia Corte Suprema de Justicia.
- 4 Acta a folios 132 y 133 ídem.
- 5 Folios 155 y 156, cuaderno Tribunal, decisión del 17 de noviembre de 2020.
- 6 Record: 57:46 audio del 17 de noviembre de 2010, audiencia preparatoria.
- 7 Record: 1:21:13, ídem.
- 8 Record: 1:03:35, audiencia preparatoria del 17 de noviembre de 2020.
- 9 Record: 1:08:45, ídem
- 10 Record: 1:54:51, ídem.
- 11 “a) Que exista peligro de causar grave perjuicio indebido. b). Probabilidad de que genere confusión en lugar de mayor claridad al asunto, o que exhiba escaso valor probatorio, y, c) que sea injustamente dilatoria del procedimiento”.
- 12 DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Bogotá: Ed. Temis, 2002.

13 CSJ AP. 30 sep. 2015, rad. 46153. Postura reiterada en CSJ AP. 7 mar. 2018, rad. 51882; CSJ AP. 13 jun. 2018, rad. 52299; CSJ AP. 23 oct. 2019, rad. 56294; y CSJ AP. 23 sep. 2020, entre otras.

14 Record: 3:14:30 sesión audiencia preparatoria del 7 de octubre de 2020.

15 Record: 3:46:40 sesión audiencia preparatoria del 7 de octubre de 2020.

16 Record: 3:20:11 sesión audiencia preparatoria del 7 de octubre de 2020.

17 Manifestación de la defensa en la audiencia preparatoria del 7 de octubre de 2020.

18 Paréntesis hacen alusión a breve instante en el que no fue audible la intervención.

19 Record 4:04:29 sesión audiencia preparatoria del 7 de octubre de 2020.

20 CSJ AP4812-2016, Rad. 47469.

21 Al respecto véase decisiones como CSJ AP1319-2018, Rad. 52345, reiterada en el AP234-2020, Rad. 57865 del 16 de septiembre de 2020.

22 Ante el audio entrecortado al finalizar la audiencia preparatoria del 17 de noviembre de 2020, se recurre al acta en el folio 133 del cuaderno del Tribunal, en la cual se puede constatar que la apelación fue concedida por todos los aspectos expuestos por la defensa y el procesado.