



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada ponente

AP1465-2018

Radicación n° 52320

(Aprobado Acta n° 115)

Bogotá D.C., once (11) de abril de dos mil dieciocho (2018).

1. VISTOS

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el defensor de FRANCISCO ROGELIO NIÑO JAIMES, en contra del auto emitido el 16 de febrero de 2018 por el Tribunal Superior de Cúcuta, a través del cual negó la exclusión de varias evidencias relacionadas directa e indirectamente con la extracción de la información de un teléfono celular perteneciente a una testigo, e inadmitió el testimonio de María Leticia Correa Espinel.

2. HECHOS

A handwritten signature in black ink, located in the bottom right corner of the page.

La Fiscalía General de la Nación acusó a FRANCISCO ROGELIO NIÑO JAIME, juez segundo civil municipal de Cúcuta (se desempeñaba como juez de tierras para el momento de su captura), porque se concertó con Maura Yolanda Jaimes Arias y con el oficial mayor de su despacho, Wolfan Ricardo Báez Sepúlveda, para obtener beneficios económicos de los remates realizados en los procesos ejecutivos sometidos a su conocimiento. Para lograr los propósitos de la empresa criminal, el Juez asesoró ilegalmente a quienes participaban en esas diligencias y recibió beneficios económicos para realizar actividades propias de sus funciones. En sentir de la delegada de la Fiscalía, estas conductas encajan en los delitos de concierto para delinquir (Art. 340), cohecho impropio (Art. 406) y asesoramiento y otras actuaciones ilegales (Art. 421).

3. ACTUACIÓN RELEVANTE

En los anteriores términos se formuló la acusación en contra del procesado.

Durante la audiencia preparatoria, la defensa solicitó, entre muchas otras pruebas, el testimonio de María Leticia Correa Espinel. Dijo que *“la pertinencia de esta testigo proviene del hecho que trabajó con Maura Yolanda Jaimes y por ende, a partir de su dicho, será posible desvirtuar en los tres casos concretos objeto de discusión y a nivel general cualquier tipo de participación entre mi cliente y la señora Jaimes Arias”*.

En la sesión del 26 de enero del año en curso el defensor solicitó la exclusión del informe de laboratorio FPJ del 13 de abril de 2016, y sus anexos, así como del informe elaborado el 7 de junio de 2016, atinentes a la información extraída del teléfono celular de Maura Yolanda Jaimes. En esencia alegó que: (i) ninguno de los partícipes en la conversación que quedó documentada en el teléfono celular la quiso hacer pública; (ii) la extracción de esa información no consiste en una búsqueda selectiva en bases de datos, pues se trata de una actuación que se asimila a un registro, según lo aclaró esta Corporación en las decisiones CSJ AP, 16 Jul. 2008, Rad. 30022, y CSJ AP, 17 Mar. 2017, Rad. 35127; (iii) por tratarse de información privada, era obligatorio el control posterior, en los términos del artículo 237 de la Ley 906 de 2004; y (iv) como se omitió dicho control, las evidencias deben ser excluidas, bien por su relación directa con el acto irregular, ora porque se trata de “*prueba derivada*”.

Por su parte, la Fiscalía manifestó que no se requería control posterior, porque la dueña del teléfono prestó su consentimiento durante las versiones que rindió a la Fiscalía, además que el ente acusador ha procurado utilizar solo la información de “*relevancia penal*”, evitando con ello afectar, en cuanto sea posible, la intimidad de la testigo y del procesado.

4. EL AUTO IMPUGNADO

El Tribunal inadmitió el testimonio de María Leticia Correa Espinel, porque la defensa no explicó

suficientemente su pertinencia. Además, resaltó que se decretaron otras pruebas sobre la misma temática, por lo que este testimonio resulta injustamente dilatorio de la actuación.

De otro lado, consideró improcedente la solicitud de exclusión presentada por la defensa, bajo los siguientes argumentos: (i) los informes a que hizo alusión el defensor no pueden ser objeto de exclusión, toda vez que no constituyen prueba, pues solo podrían ser utilizados para facilitar el interrogatorio cruzado de quienes los suscribieron; (ii) El procesado no está legitimado para pedir la exclusión, porque el celular de donde se extrajo la información pertenece a Maura Yolanda Jaimes; y (iii) el elemento en mención fue incautado en otro proceso y, por tanto, era allí, y no en esta actuación, donde debió realizarse el respectivo "*filtro de legalidad*".

Uno de los magistrados salvó el voto. Como sus argumentos fueron retomados por el impugnante, debe resaltarse que el disenso se basó en lo siguiente: (i) la solicitud de exclusión recae sobre las comunicaciones que la testigo Maura Yolanda sostuvo con el procesado, por lo que el tema no puede reducirse a un informe que podría utilizarse para refrescar la memoria de quien lo suscribió; (ii) las dos personas que participaron en la comunicación tenían derecho a "*mantener a salvo su intimidad*"; (iii) aun si se aceptara que la dueña del teléfono prestó su consentimiento para que los datos fueran extraídos, lo que no se demostró, era necesario el control posterior para

revisar ese acto de liberalidad, verificar que el mismo no fue desbordado por la Fiscalía y, principalmente, para constatar que no se violó la intimidad del procesado, *“quien al ser partícipe de la comunicación vio quebrantados sus derechos”*; (iv) en este caso no se discute el proceso de incautación del auricular, sino la extracción de la información; y (v) la solicitud de exclusión no depende del proceso donde se haya obtenido la evidencia, porque en la Ley 906 de 2004 no opera el principio de permanencia de la prueba ni tiene cabida la prueba trasladada.

5. LA IMPUGNACIÓN

El defensor considera equivocada la decisión sobre la cláusula de exclusión, porque: (i) en este caso no se cuestiona la incautación del celular, lo que ocurrió en otro trámite, si no la extracción de las comunicaciones entre Maura Yolanda Jaimes y el procesado, que fue ordenada en la presente actuación; (ii) el procesado sí está legitimado para pedir la exclusión, porque los artículos 29 de la Constitución Política y 23 de la Ley 906 de 2004 no establecen diferencias al respecto; (iii) NIÑO JAIME transmitió datos desde su teléfono al de Maura Yolanda, por lo que en este caso se afectó la intimidad de ambos; (iv) no se demostró que la dueña del teléfono haya prestado el consentimiento a que alude la Fiscalía; (v) en todo caso, lo anterior no era determinante, porque el ente acusador realizó un acto de investigación que encaja en el artículo 236 de la Ley 906 de 2004, al que se le aplican, por expresa remisión legal, las normas que regulan el allanamiento y

registro; y (vi) el artículo 230 ídem dispone expresamente que cuando no sea necesaria orden escrita, porque “*medie consentimiento expreso del propietario o simple tenedor del bien objeto de registro*”, obligatoriamente debe realizarse el control posterior.

Sobre el testimonio de María Leticia Correa Espinel, dijo que es pertinente porque conoció directamente las actividades de Maura Yolanda Jaimes y, por tanto, sabe con quién trabajaba, por lo que le consta que el procesado no tuvo ninguna participación en los hechos materia de investigación.

6. LOS NO RECURRENTES

La Fiscalía y el delegado del Ministerio Público solicitaron la confirmación del auto impugnado.

La delegada del ente acusador reiteró que la extracción de las conversaciones fue autorizada por la dueña del teléfono, por lo que no se requería control posterior. Hizo notar que Maura Yolanda rindió varios interrogatorios ante la Fiscalía y que en ese contexto dijo que la corroboración de su relato podrían hallarla en su teléfono, que había sido previamente incautado. Por tanto, en esta oportunidad no se analiza un acto de incautación de información, en los términos referidos por la Corte Constitucional en la sentencia C-334 de 2010.

De otro lado, resalta que las decisiones de esta Corporación, citadas por el impugnante, no tienen analogía fáctica con el caso que se discute.

En el mismo sentido se pronunció el representante del Ministerio Público. Agregó que el defensor no cumplió con la obligación de explicar en qué consistió la violación del derecho fundamental, cuál fue la evidencia que se obtuvo a raíz de la actuación irregular, como tampoco se ocupó de explicar el nexo causal entre la supuesta irregularidad y las pruebas cuya exclusión reclama.

De otro lado, la delegada de la Fiscalía manifestó que la señora Correa Espinel diría lo mismo que los otros testigos de la defensa que serán escuchados en el juicio oral, por lo que, también sobre este aspecto, debe confirmarse la decisión del Tribunal.

7. CONSIDERACIONES

7.1. El testimonio de María Leticia Correa Espinel

Frente al testimonio de María Leticia Correa Espinel, la decisión del Tribunal será confirmada, porque la explicación de pertinencia que hizo el defensor es insuficiente, pues se limitó a decir que esta persona trabajó con la testigo Maura Yolanda Jaimes y que, por tanto, le debe constar que el procesado no participó en los hechos objeto de juzgamiento. Además, el juzgador de primer grado decretó gran cantidad de testigos solicitados por la misma parte, en buena medida

orientados a demostrar la forma de proceder de la señora Jaimes y la consecuente desvinculación de FRANCISCO ROGELIO NIÑO JAIME de las conductas que dieron lugar al llamamiento a juicio, lo que torna esa prueba inútil en cuanto repetitiva e injustamente dilatoria de la actuación CSJAP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153, entre otras).

7.2. La aplicación de la cláusula de exclusión

Para resolver este tema, la Sala seguirá el siguiente derrotero: (i) analizará la legitimación del procesado para solicitar la exclusión cuando el acto de investigación afecta los derechos fundamentales de otras personas; (ii) reiterará su precedente sobre las cargas argumentativas inherentes al debate sobre exclusión de evidencia; (iii) estudiará lo atinente a la demostración de la existencia y contenido de las comunicaciones en que haya participado el procesado; y (iv) analizará el caso sometido a su conocimiento.

7.2.1. La legitimación del procesado para solicitar la exclusión cuando el acto de investigación afecta los derechos fundamentales de otras personas

Existen dos tesis dominantes frente a este tema:

La primera, con fuerte arraigo en el sistema procesal estadounidense, según la cual la exclusión de evidencia solo puede ser pedida por el titular del derecho vulnerado con el acto de investigación, mas no por el procesado, así,

finalmente, la evidencia hallada durante el procedimiento irregular le pueda perjudicar. Al respecto, se ha dicho:

Bajo la Enmienda Cuarta, quien reclama la supresión de evidencia bajo la regla de exclusión debe tener "standing"; no es suficiente con resultar beneficiado con la exclusión. El caso principal es Rakas v. Illinois. A base de un informe de robo, la policía detuvo un vehículo sospechoso, mientras era conducido por el propietario y los acusados iban como pasajeros. La policía registró el carro y se ocupó un rifle con cañón recortado debajo del asiento del pasajero de en frente, y unas municiones en la gaveta. Los pasajeros, que fueron acusados por robo, solicitaron la supresión de la evidencia ocupada (arma y municiones). El Tribunal denegó la moción por falta de "standing", ante la admisión de los acusados de que no poseían ni el carro ni la evidencia incautada. La Corte de apelaciones confirmó y el caso llegó a la Corte Suprema Federal. Esta confirmó al resolver que los derechos bajo la Enmienda Cuarta son derechos personales que no pueden ser invocados por terceros; se requiere "standing" para invocar la violación de esos derechos y es insuficiente para satisfacer tal requisito que la admisión de la evidencia ilegal sea perjudicial. Se volvió a invocar el costo social de la regla de exclusión¹.

La segunda, con una amplia cabida en el derecho español, se estructura sobre la idea de que el procesado tiene derecho a que su presunción de inocencia se desvirtúe con pruebas obtenidas y practicadas dentro del marco constitucional y legal. En esta lógica, estará legitimado para pedir la exclusión de evidencia, así el acto de investigación solo haya comprometido los derechos fundamentales de terceros.

¹ Chiesa A., Luis. Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos, Tomo I. Ed. Fórum, Bogotá. 1995 Pág. 202.

El artículo 231 de la Ley 906 de 2004 regula el asunto de la siguiente manera:

*Interés para reclamar la violación de la expectativa razonable de intimidad en relación con los registros y allanamientos. Únicamente podrá alegar la violación del debido proceso ante el juez de control de garantías o ante el juez de conocimiento, según sea el caso, con el fin de la exclusión de la evidencia ilegalmente obtenida durante el procedimiento de registro y allanamiento, **quien haya sido considerado como indiciado o imputado** o sea titular de un derecho de dominio, posesión o mera tenencia del bien objeto de la diligencia. Por excepción, se extenderá esta legitimación cuando se trate de un visitante que en su calidad de huésped pueda acreditar, como requisito de umbral, que tenía una expectativa razonable de intimidad al momento de la realización del registro².*

Esta norma, que por expresa disposición legal debe aplicarse a los otros actos de investigación regulados en ese mismo capítulo³, dispone expresamente que la legitimación para pedir la exclusión dimana de dos situaciones perfectamente diferenciadas: (i) la calidad de imputado o indiciado, o (ii) la titularidad de la expectativa razonable de intimidad frente al bien objeto del registro. Lo anterior, sin perjuicio de que concurren los dos presupuestos.

² Negrillas fuera del texto original.

³ Los artículos 233 (retención de correspondencia) y 236 (recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de las redes de comunicación) disponen que: “en estos casos serán aplicables analógicamente, según la naturaleza de este acto, los criterios establecidos para los allanamientos y registros”, y es claro que la legitimación para pedir la exclusión no tiene diferencias relevantes cuando se trata de un allanamiento y registro o de estas formas de afectación del derecho al secreto de las comunicaciones.

Lo anterior guarda armonía con lo resuelto por la Corte Constitucional en la sentencia C-591 de 2005, en cuanto dejó sentado que cuando se trata de graves afectaciones de derechos fundamentales puede haber lugar a la nulidad de la actuación, por la inoperancia de los controles judiciales, lo que, obviamente, riñe con la idea de que solo la persona afectada directamente con el acto de investigación está legitimada para pedir la exclusión.

En síntesis, el indiciado, imputado o acusado está legitimado para solicitar la exclusión de las evidencias obtenidas a partir de un acto de investigación que afectó los derechos de terceros. Ello, claro está, siempre y cuando asuma las cargas argumentativas que serán analizadas en el próximo numeral.

7.2.2. Cargas argumentativas y trámite inherentes al debate sobre exclusión de evidencia

Recientemente (CSJAP, 07 Mar. 2018, Rad. 51882), esta Corporación desarrolló esta temática en un caso que, como se verá, tiene una marcada analogía fáctica con el asunto sometido a conocimiento de la Sala. Dijo:

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.

De lo anterior se desprende que el Juez no puede tomar la decisión de exclusión sin que se genere el escenario procesal para adelantar el respectivo debate, porque ello puede afectar gravemente los derechos de la parte que pretende aducir la prueba, o de la que asegura que la misma se obtuvo a través de la violación de derechos fundamentales. Ello no implica, según se anotó, adelantar trámites interminables, contrarios a la rectitud y eficacia de la administración de justicia. Lo que se espera es que el Juez, en ejercicio de sus deberes y atribuciones como director del proceso, propicie un escenario dialéctico garante del debido proceso, célere y sustancial, y tome las decisiones que el ordenamiento jurídico le asigna.

*En el anterior contexto, debe aclararse que la defensa tiene la posibilidad de solicitar el descubrimiento de una determinada orden impartida a la policía judicial, cuando ello resulte relevante para analizar la legalidad de los procedimientos y la consecuente posibilidad de excluir las evidencias halladas durante los mismos. Aunque **esas órdenes no constituyen evidencia del tema de prueba del juicio oral** (la responsabilidad penal del procesado), pueden ser trascendentes para discutir la procedencia de la figura prevista en el artículo 29 de la Constitución Política y 23 de la Ley 906 de 2004. Sin embargo, la defensa tendrá la carga de explicar por qué es importante ese “descubrimiento”, pues no se puede permitir que la actuación se dilate ante solicitudes carentes de fundamento.*

7.2.3. La demostración de la existencia y contenido de comunicaciones en las que haya participado el procesado

7.2.3.1. Las manifestaciones previas del procesado, como elemento integral del tema de prueba

En la decisión CSJAP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153, la Sala estableció algunos parámetros para precisar en qué eventos una manifestación o declaración anterior al juicio oral puede ser elemento estructural del tema de prueba. Dijo:

Si se entiende que el tema de prueba está integrado por los hechos que deben probarse, según el contenido de la acusación y las eventuales alternativas fácticas que proponga la defensa, y medio de prueba es el que se utiliza para hacer dicha demostración, la Sala abordará esta temática con el fin de precisar cuándo una declaración puede tenerse como objeto específico de prueba⁴ y en qué eventos constituye medio de prueba, lo que resulta determinante para decidir si se trata o no de prueba de referencia.

Las declaraciones realizadas por una persona por fuera del juicio oral pueden hacer parte del tema de prueba. Ello es palmario en los delitos que sólo pueden cometerse a través de declaraciones: falso testimonio, falsa denuncia, falsa auto incriminación, injuria, calumnia, etcétera. En estos eventos, uno de los aspectos relevantes del tema de prueba es establecer que la declaración existió y que su contenido es el que alega la parte en su teoría del caso.

⁴ En contraposición al objeto de prueba como categoría objetiva y abstracta. En adelante, cuando se haga alusión a las declaraciones como objeto de prueba, ha de entenderse como aspecto específico del tema de prueba.

La Ley 906 de 2004 no establece límites para la demostración de la existencia y contenido de las declaraciones que hacen parte del tema de prueba, lo que es coherente con el principio de libertad probatoria que inspira todo el ordenamiento procesal penal (Art. 373 ídem). Así, es posible que la existencia y contenido de una declaración injuriente pueda demostrarse a través de un documento y/o de un testigo que la haya escuchado. También es posible que se requiera de un perito para establecer, por ejemplo, que un manuscrito es autoría del acusado, que la voz que se escucha en una grabación magnetofónica corresponde a una determinada persona, etcétera.

En estos casos, es necesario distinguir el tema de prueba y los medios de prueba. De lo primero hará parte la declaración falsa, injuriente, entre otras, y el medio de prueba será el documento, el testimonio o el dictamen pericial que sirven para demostrarle al juez la existencia y contenido de la declaración.

Esta diferencia entre tema de prueba y medio de prueba es determinante en materia de prueba de referencia, porque cuando la declaración anterior es parte del tema de prueba, es admisible el documento que la contenga y/o la declaración de la persona que la percibió directa y personalmente. Lo fundamental es que en estos casos no se afecta el derecho a la confrontación porque, a manera de ejemplo, la contraparte podrá utilizar todos los medios de impugnación frente al testigo que tuvo conocimiento «personal y directo» de aquello que constituye objeto de prueba: el falso testimonio, la declaración injuriente, etcétera.

Lo anterior sin perjuicio de que en casos donde la declaración anterior haga parte del tema de prueba, los medios utilizados para la demostración de su existencia y contenido puedan constituir prueba de referencia. Así, por ejemplo, si en un caso de injuria la Fiscalía presenta a un testigo que no escuchó directa y personalmente las frases injuriantes, pero tuvo conocimiento de las mismas por lo que otra persona le contó, se presenta un

problema de prueba de referencia, porque se trata de una declaración anterior al juicio oral, que se está ofreciendo como medio de prueba de un elemento estructural de la conducta punible, y porque la defensa tendría derecho a ejercer la confrontación frente al testigo que dice haber presenciado los hechos, posibilidad que le sería truncada si su versión es llevada a juicio a través del testigo que escuchó el relato pero que no presenció el hecho jurídicamente relevante.

En la práctica suele suceder que cuando una parte le pregunta a un testigo sobre lo que le escuchó decir a una persona por fuera del juicio oral, se levanta la objeción por prueba de referencia. Según vimos, la decisión dependerá en buena medida de si la declaración anterior constituye objeto específico de prueba o medio de prueba, pues si el testigo en juicio escuchó la injuria y lo que se está probando en el juicio es el supuesto atentado contra la integridad moral, podrá exponer todo aquello que escuchó de manera personal y directa, y la defensa tendrá todas las posibilidades de impugnarlo.

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



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

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

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

Segundo, porque la existencia y contenido de esas comunicaciones puede demostrarse por cualquier medio lícito, en virtud del principio de libertad probatoria. Ello dependerá de aspectos como los siguientes: (i) la forma como ocurrió la comunicación –presencial, telefónica, por correo electrónico, a través de chat, etcétera-; (ii) la documentación del acto de comunicación; (iii) la forma como el Estado accede

al contenido de la misma; entre otros. En todo caso, debe tenerse en cuenta que si la parte pretende demostrar con prueba documental la existencia y contenido de una comunicación, tiene a cargo la autenticación del documento, esto es, demostrar que es lo que afirma según su teoría del caso (CSJ AP, 07 Mar. 2018, Rad. 51882, entre otras), para lo que podría resultar especialmente útil el testimonio de uno de los partícipes en la comunicación.

7.2.3.2. La forma como el Estado puede acceder a las comunicaciones en las que haya participado el procesado.

El artículo 15 de la Constitución Política dispone:

Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

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

La Correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Solo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.

Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y

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

Ante la protección constitucional de todas las formas de comunicación, el Estado puede acceder legítimamente al contenido de las mismas, básicamente de dos formas: (i) por un acto de liberalidad de uno o varios de los partícipes en el acto comunicacional, o (ii) a través de un acto de investigación orientado a su interceptación, retención o recuperación.

Sobre la posibilidad de realizar actos de investigación que afecten el derecho a la intimidad frente a las comunicaciones, el artículo 250 de la Constitución Política dispone:

En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la nación, deberá:

(...)

2. Adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptación de comunicaciones. En estos eventos el juez que ejerza las funciones de control de garantías efectuará el control posterior respectivo, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.

Estas normas fueron desarrolladas en la Ley 906 de 2004, en los artículos que regulan los actos de investigación que pueden afectar el derecho a la intimidad frente a las

comunicaciones, a saber: (i) artículos 233 y 234, que regulan la **retención** y consecuente examen de la correspondencia; (ii) artículo 235, que trata de la **interceptación** de comunicaciones; y (iii) el artículo 236, que regula la “**recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de las redes de comunicaciones**”.

Estos actos de investigación están sometidos a las reservas judicial y legal de que trata el artículo 15 de la Constitución, sin perjuicio del sentido y alcance del principio de proporcionalidad. Lo primero (la reserva judicial), encuentran desarrollo en el artículo 250 de la Constitución Política y las normas de la Ley 906 d 2004 que consagran los controles previos y posteriores (según el caso) a que deben ser sometidos los actos de investigación que acarreen la afectación de derechos fundamentales.

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 palabras⁵, 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.**

En esa misma lógica, cuando la víctima o un testigo decide grabar una conversación en la que ha participado y,

⁵ 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.

luego, suministra esa información a las autoridades, 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. Y ello es así, porque carece de sentido atribuirle la acción de “interceptar” o “retener”, a una de las personas que participó en la comunicación. En idéntico sentido, en el derecho comparado se ha concluido lo siguiente:

*La jurisprudencia ha señalado que la grabación que un particular haga de sus propias conversaciones, telefónicas o de otra índole, no suponen el atentado al secreto de las comunicaciones (...). E igualmente ha precisado (...) que las cintas grabadas no infringen ningún derecho, en particular el art. 18.3 CE debiendo distinguir entre **grabar una conversación de otros y grabar una conversación con otros**⁶. Pues no constituye violación de ningún secreto la grabación de un mensaje emitido por otro cuando uno de los comunicantes quiere que se perpetúe. Además (...) entendió que no ataca el derecho a la intimidad, ni al secreto a las comunicaciones, la grabación subrepticia de una conversación entre cuatro personas, realizada por una de ellas. Y (...) consideró que tampoco vulneran tales derechos fundamentales las grabaciones magnetofónicas realizadas por particulares de conversaciones telefónicas sostenidas con terceras personas, ya que el secreto de las comunicaciones se refiere esencialmente frente al Estado. Finalmente, cabe traer en cuenta que (...) de acuerdo con la doctrina sentada por esta Sala (...), el secreto de las comunicaciones se vulnera cuando un tercero no autorizado interfiere y llega a conocer el contenido de*

⁶ Negrillas fuera del texto original.



las que mantienen otras personas, no cuando uno de los comunicantes se limita a perpetuar, mediante grabación mecánica, el mensaje emitido por el otro. Aunque esta perpetuación se haya hecho de forma subrepticia y no autorizada por el emisor del mensaje y aunque éste haya sido producido en la creencia de que el receptor oculta su verdadera finalidad, no puede ser considerado el mensaje secreto e inconstitucionalmente interferido: no es secreto porque ha sido publicado por quien lo emite y no ha sido interferido, en contra de la garantía establecida en el artículo 13.3 CE, porque lo ha recibido la persona a la que materialmente iba dirigido y no por un tercero que se haya interpuesto. Cosa completamente distinta es que el mensaje sea luego utilizado por el receptor de una forma no prevista ni querida por el emisor, pero esto no convierte en secreto lo que en su origen no lo fue. Es por ello por lo que no puede decirse que, con la grabación subrepticia de la conversación de referencia se vulneró el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y que tal infracción deba determinar la imposibilidad de valorar las pruebas que de la grabación se deriven⁷.

La Corte Constitucional también ha diferenciado estas dos formas de acceder a la información sujeta a reserva. En el ámbito de la búsqueda selectiva en bases de datos, hizo énfasis en que eventualmente la Fiscalía puede obtenerla en virtud de un acto de liberalidad del investigado. Pero como el ejercicio de la labor investigativa no puede estar sometido a la voluntad del indiciado, imputado o acusado, es posible que se requiera de un acto de investigación orientado a irrumpir en determinadas esferas de la vida íntima, lo que activa los controles judiciales, la reserva legal y las restricciones propias del principio de proporcionalidad. Dijo:

⁷ Tribunal Supremo Español, Sala de lo Penal, STS 2985/2016, entre muchas otras.

*De lo señalado concluye la Sala que no cabe duda que el acceso por parte de la Fiscalía a las bases de datos que no sean de libre acceso, (Art. 14) en procura de información personal (privada) referida al indiciado o imputado, tiene la potencialidad de afectación del derecho a la autodeterminación informática de la persona, **quien como titular de los datos personales sería la única legitimada para autorizar su circulación**⁸. Sin embargo, tratándose del ejercicio legítimo de la actividad investigativa del Estado, ésta no puede quedar librada a la voluntad de los investigados, por lo que cuando existan motivos fundados para requerir información personal que repose en bases de datos en relación con personas imputadas o indiciadas, ésta solo podrá ser obtenida mediante autorización previa del juez que ejerza funciones de control de garantías.*

De regreso al estudio de la divulgación de las conversaciones privadas por parte de uno de los comunicantes, lo expuesto en precedencia no implica descartar la posibilidad de aplicar en este ámbito la cláusula de exclusión prevista en los artículos 29 de la Constitución Política y 23 de la Ley 906 de 2004. Piénsese, por ejemplo, en el caso de un clérigo que graba la confesión de un feligrés y, luego, le entrega la grabación a la Fiscalía para que adelante la acción penal. En este caso sería legítimo el debate sobre exclusión, independientemente de la decisión que deba tomarse según las particularidades de cada caso.

Según lo expuesto en el numeral 7.2.3.1, el mismo debate podría presentarse si la “confesión” no hubiera sido

⁸ Negrillas fuera del texto original.

grabada, pero la parte pretende presentar al clérigo como testigo para que declare sobre la existencia y contenido de la misma, porque, finalmente, el debate recaería sobre la posibilidad de utilizar la conversación en el ámbito penal, mas no sobre la forma de demostrar su existencia y contenido, sin perjuicio de que, eventualmente, ambos aspectos sean objeto de controversia.

7.2.3.3. El caso sometido a conocimiento de la Sala

En primer término, debe aclararse que la Sala no tiene competencia para pronunciarse frente a la prueba pericial que fue decretada por el Tribunal, a lo que hicieron alusión el impugnante y los no recurrentes. Como bien lo advirtió el juzgador de primera instancia, contra la decisión de admitir una prueba no procede la apelación, salvo que se esté discutiendo la violación de garantías fundamentales en los ámbitos de la exclusión o el rechazo (CSJ AP, 07 Mar. 2018, Rad. 51882, entre otras). En ese sentido, en su momento el Tribunal advirtió que el recurso de apelación solo se concedió en lo que concierne a la prueba de la defensa que fue inadmitida y la solicitud de exclusión que fue desestimada.

En lo que concierne a la solicitud de exclusión presentada por la defensa, la Sala estima lo siguiente:

En este caso se presentó una controversia impertinente sobre la posibilidad de solicitar la exclusión de

una evidencia que fue obtenida en otra actuación penal, pues el debate no se orientó a la incautación del teléfono de la testigo Maura Yolanda Jaimes, lo que, según lo acepta el censor, fue objeto de un control adecuado en otro trámite, sino al acceso que tuvo la Fiscalía al contenido de los chats sostenidos entre esta y el procesado.

De otro lado, no le asiste razón al Tribunal en cuanto afirma que el procesado no estaba legitimado para pedir la exclusión porque el teléfono donde reposa la información le pertenece a Maura Yolanda Jaimes. Al efecto, la Sala se remite a lo expuesto en el numeral 7.2.1.

Según lo alega la Fiscalía, la testigo en mención decidió colaborar en el sentido de declarar en contra del procesado. En ese contexto, reconoció como suyo el teléfono incautado, aseguró que allí estaba la información que corrobora su relato y autorizó a la Fiscalía para que accediera libremente a ella.

Desde esta perspectiva, lo que propone el ente acusador es que conoció el contenido de las conversaciones atinentes a la comisión de los delitos objeto de acusación, no por un acto de investigación como los regulados en los ya referidos artículos 233, 235 y 236, sino porque Maura Yolanda Jaimes Arias, en un acto de liberalidad, quiso traer a colación esos temas, bien porque **declaró acerca del contenido de esas pláticas**, ora porque le permitió a la Fiscalía acceder a la documentación de las mismas, lo que, finalmente, serviría para confirmar su relato.

Ante esta realidad, la defensa plantea que la Fiscalía accedió al contenido de esas conversaciones a partir de un acto de investigación que encaja en el artículo 236 de la Ley 906 de 2004, lo que riñe con los argumentos del ente acusador, orientados a demostrar que los diálogos fueron conocidos por el relato de la testigo, quien ofreció la información contenida en su teléfono para fines de corroboración.

Sin embargo, advierte la Sala que el censor, en la misma línea del magistrado disidente, planteó que la Fiscalía no demostró que el acceso al contenido de las comunicaciones ocurrió por un acto de libre disposición de una de las personas que participó en las mismas, quien, a su vez, es la dueña del teléfono donde quedaron plasmadas.

Esa demostración, determinante para resolver sobre la pretensión del defensor, no ocurrió porque el Tribunal obvió el escenario procesal a que se hizo alusión en el numeral 7.2.2, lo que dio lugar a que se tomara la decisión sin que las partes tuvieran la oportunidad de debatir ese importante aspecto factual, lo que afecta claramente el debido proceso, bien porque la Fiscalía no ha tenido la oportunidad de hacer la demostración que le corresponde, ora porque la defensa, por obvias razones, no ha podido ejercer el contradictorio sobre ese aspecto puntual. Bajo esas condiciones, el Tribunal no tenía elementos de juicio para resolver sobre la solicitud de exclusión, ni están sentadas

las bases para que la Corte pueda tomar una decisión de fondo sobre este aspecto en particular.

De otro lado, debe resaltarse la ambivalencia con que las partes y el Tribunal se han referido a las evidencias cuya exclusión se solicita, pues en ocasiones se hizo alusión únicamente a los informes, en otras se mencionó la documentación de las conversaciones de la testigo Maura Yolanda Jaimes y el procesado, y, finalmente, se hizo alusión a que la medida eventualmente podía recaer sobre los reportes y los respectivos anexos. Al efecto, es importante que los intervinientes planteen este aspecto con la mayor claridad y que el Tribunal ejerza su rol de director del proceso, para evitar discusiones estériles, repetitivas y, por tanto, contrarias a la rectitud y eficacia de la administración de justicia.

Finalmente, debe aclararse que las decisiones de esta Corporación, a que hizo alusión el impugnante, no tienen analogía fáctica con el tema objeto de debate, pues allí la Sala analizó la procedencia del control posterior frente a **actos de investigación** limitadores de la intimidad, que le permitieron a la Fiscalía obtener evidencias, lo que es sustancialmente diferente a la entrega voluntaria de información por parte de la víctima o de un testigo.

Por tanto, se anulará lo actuado en la audiencia preparatoria, únicamente en lo que concierne al trámite impartido a la solicitud de exclusión presentada por la



defensa, para que el Tribunal realice el procedimiento como es debido.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE

Primero: Confirmar el auto impugnado, en lo que corresponde a la inadmisión del testimonio de María Leticia Correa Espinel, solicitado por la defensa.

Segundo: Decretar la nulidad parcial de lo actuado, únicamente en lo que concierne al trámite impartido a la solicitud de exclusión, a partir del momento en que la defensa la presentó, para que el Tribunal le imparta a la misma el trámite que corresponde, según lo indicado en la parte motiva.

Tercero: En los demás aspectos, la decisión recurrida se mantiene incólume.

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

Cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.



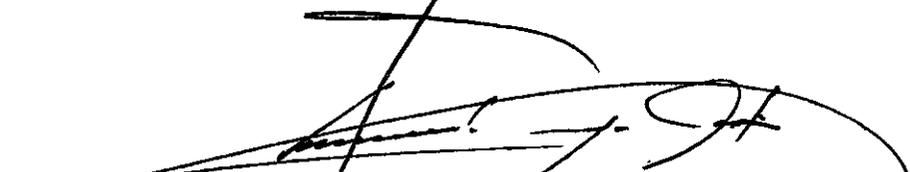
PERMISO
LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



JÓSE FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA



JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO



FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO



EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER



EYDER PATIÑO CABRERA



PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR



16 ABR 2018
3:40 pm

Segunda instancia No. 52320
Francisco Rogelio Niño Jaime


LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO


NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria

