

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala Especial de Instrucción

53

MISAEI FERNANDO RODRÍGUEZ CASTELLANOS

esw

Magistrado ponente

e

Radicación n.º 00380

AEI-00283-2021

Acta 47

Bogotá, D.C., cuatro (04) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

VISTOS

La Sala procede a establecer si el escrito presentado por Víctor Mosquera Marín, en el que vincula al senador **Iván Cepeda Castro** con conductas que vulneran la eficaz y recta administración de justicia, cumple los requisitos legales para su admisión como denuncia.

ANTECEDENTES

Mediante escrito de 16 de febrero de 2021¹, allegado por correo electrónico a la Secretaría de la Sala Especial de Instrucción, Víctor Mosquera Marín denunció al senador **Iván Cepeda Castro** «*como presunto autor del delito de ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio (artículo 454 B del Código Penal – Ley 599 de 2000)*»². En su escrito, señala que la infracción estaría relacionada con la presunta destrucción de los chats que el aforado habría sostenido con Juan Guillermo Monsalve Pineda.

Como contexto general de esta denuncia, el señor Mosquera Marín trae a colación hechos examinados y actuaciones adelantadas por la Sala Especial de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia en el proceso con radicación n.º 52.240. El denunciante señala que, el 21 de febrero de 2018, el aforado intercambió mensajes con Monsalve Pineda a través de WhatsApp, sobre la posible comisión de delitos en contra de este último. En el intercambio de mensajes, se habrían compartido archivos de imagen, audio y de una conversación con un tercero³. También señaló que el material intercambiado fue enviado a la Corte Suprema de Justicia el día siguiente, 22 de febrero, por el apoderado del aforado, y sirvió, posteriormente, como uno de los fundamentos para abrir la investigación preliminar en el radicado mencionado⁴.

El denunciante también trae a colación que el 4 de octubre de 2019, durante la diligencia de testimonio rendido por el senador **Cepeda Castro**, ante las preguntas sobre la

¹ Fols. 2-28, c. o. n.º 1.

² Fol. 2, c. o. n.º 1.

³ *Ibidem*.

⁴ Fol. 3, c. o. n.º 1.

conservación del chat de WhatsApp entre él y el señor Monsalve Pineda, el aforado realizó varias afirmaciones relevantes para lo que hoy se denuncia.

En primer lugar, afirmó que sostuvo ese tipo de conversaciones y en las que se señalaban hechos de gravedad las puso en conocimiento de la autoridad judicial. En concreto, el denunciante resalta el siguiente pasaje en su escrito:

37.00. Procuraduría: *Senador, usted ha manifestado que sostuvo, o, bueno, ha sostenido conversaciones telefónicas y de chat con Juan Guillermo Monsalve. ¿Usted las conserva?*

37.13. Iván Cepeda: *Pues las tuve en las que él señalaba hechos graves las he puesto en conocimiento de la Corte Suprema.*

37.21. Procuraduría: *¿Y las conserva en su teléfono aún?*

37.23. Iván Cepeda: *No, no creo⁵.*

En segundo lugar, respecto a la conservación de un historial más amplio de las conversaciones de WhatsApp, sostuvo que tendría que revisar si aún conservaba esas comunicaciones. Asimismo, en su escrito, el denunciante resaltó el siguiente pasaje al respecto:

01.00.31. Defensa AUV: *Si, más allá de esos a los que se ha referido concretamente, usted encontrara que existe un histórico más grande, ¿usted podría estar en disposición de entregarlos a la Corte, para que conste en este radicado?*

01.00.47. Iván Cepeda: *De una vez, no tengo absolutamente nada que ocultar. Mayor transparencia y de la mejor forma haré pública la información. Ahora, le quiero decir algo, y eso no tiene ningún tipo de pretensión de arrogancia: yo estoy convencido de que mis comunicaciones son permanentemente monitoreadas por distintos*

⁵ Fol. 11, c. o. n.º 1.

organismos de inteligencia; así que no me cabe la menor duda que de pronto eso ya está registrado, pero precisamente por esa razón no guardo, digamos, mucha información, y me cercioro siempre también de cuidar mucho mis fuentes.

01.01.37. Defensa AUV: *Bueno, pues si el honorable Magistrado autoriza que este ofrecimiento de entregar los chats que se encuentren van a ser incorporados al despacho para que por favor quede constancia de eso.*

01.01.48. Magistrado: *Primero que el testigo establezca...cómo garantizar que esté en condición de entregarlo, qué es lo que se compromete (sic).*

01.01.58. Iván Cepeda: *Tendría que revisar mis números. Tengo dos números celulares. Tendría que revisar si tengo comunicaciones.*

01.02.10. Magistrado: *Las comunicaciones que habla la defensa, ¿son relacionadas con quién?*

01.02.14. Iván Cepeda: *Con el señor Monsalve.*

01.02.15. Defensa AUV: *Con el señor Juan Guillermo Monsalve⁶.*

El denunciante relata, además, que el 16 de octubre de 2019, luego de la declaración previamente mencionada, el senador **Cepeda Castro**, a través de un escrito, le manifestó a la Corte Suprema de Justicia lo siguiente:

En relación con los mensajes de audio y textos que he cruzado vía WhatsApp con Juan Guillermo Monsalve Pineda, me permito señalar que los mismos fueron aportados a la Honorable Corte Suprema de Justicia por intermedio de mi abogado, Reinaldo Villalba Vargas, en la denuncia impetrada el 22 de febrero de 2018 y en otro memorial adicional, de carácter complementario, en días posteriores. Cumplido con mi deber legal de hacer entrega de los mismos a la autoridad judicial competente, no se encuentran actualmente en la memoria de mi celular⁷.

⁶ Fols. 12-13, c. o. n.º 1.

⁷ Fol. 18, c. o. n.º 1.

En opinión del denunciante, el aforado habría adquirido un deber de custodia y protección respecto de las conversaciones sostenidas con Monsalve Pineda y «*los demás mensajes de datos con los que se inició el proceso 52.240*»⁸, desde el 22 de febrero de 2018, fecha en que se pone en conocimiento de la autoridad judicial los elementos referidos, y hasta el momento en que fue entregado el dispositivo que se empleó en las comunicaciones a través de la plataforma de mensajería instantánea. Lo anterior, tendría fundamento en las disposiciones sobre conservación de mensajes de datos que contienen los artículos 12 y 13 de la Ley 527 de 1999⁹.

Finalmente, considerando todo lo anterior, el denunciante sostiene que el aforado habría realizado el tipo penal mencionado porque no conservó «*los mensajes de datos que componían la conversación de chat que tenía con Juan Guillermo Monsalve Pineda*»¹⁰. Esto habría afectado la integridad de la conversación, por cuanto esta sería la que «*establece el contexto y las circunstancias de tiempo, modo y lugar, en las que se originó la información sobre la cual se edificó una investigación penal en contra del ex Presidente Álvaro Uribe Vélez y el Representante a la Cámara Álvaro Hernán Prada Artunduaga*»¹¹. Asimismo, la principal implicación de ello, en opinión del denunciante, es que las autoridades judiciales no podrán establecer «*cuál es el contenido relevante para probar e improbar la supuesta hipótesis delictiva de la investigación que se aperturó en la Corte*»¹².

⁸ Fol. 4, c. o. n.º 1.

⁹ Fols. 3 y 26, c. o. n.º 1.

¹⁰ Fol. 26, c. o. n.º 1.

¹¹ Fol. 23, c. o. n.º 1.

¹² Fol. 24, c. o. n.º 1.

COMPETENCIA

De conformidad con lo previsto por los artículos 186, 234 y 235, numeral 4, de la Constitución Política y, en concordancia con el Acto Legislativo 01 de 18 de enero de 2018, así como del artículo 75, numeral 7, de la Ley 600 de 2000, la Sala Especial de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia es competente para adoptar la decisión que en derecho corresponda en relación con el escrito presentado por Víctor Mosquera Marín, en el que señala la posible comisión de conductas punibles que involucran a **Iván Cepeda Castro**, quien actualmente es senador¹³.

CONSIDERACIONES

1.- La denuncia y su inadmisión

De acuerdo con la Corte Constitucional, la denuncia es una «*manifestación de conocimiento mediante la cual una persona, ofendida o no con la infracción, pone en conocimiento del órgano de investigación un hecho delictivo, con expresión detallada de las circunstancias de tiempo modo y lugar, que le consten*»¹⁴.

¹³<https://www.senado.gov.co/index.php/component/sppagebuilder/?view=page&id=1858>

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-1177 de 2005.

Vista desde una perspectiva procesal, además, la denuncia tiene un carácter informativo. Esto implica que, si es del caso, se activa el ejercicio de la acción penal, desplegando *«la persecución estatal orientada a la investigación y, de satisfacerse las exigencias sustanciales progresivas correspondientes, la acusación y sanción de las conductas que afectan o ponen en peligro efectivo los intereses jurídicos socialmente relevantes»*¹⁵.

En cuanto a los requisitos de la denuncia, querrela o petición, vale notar que el artículo 29 de la Ley 600 de 2000 exige, además de la presentación bajo la gravedad de juramento, que haya *«una relación detallada de los hechos que conozca el denunciante»*. En coherencia con este aparte normativo, la ley procesal penal impone la inadmisión de *«las denuncias sin fundamento y las anónimas que no suministren pruebas o datos concretos que permitan encauzar la investigación»*.

La Corte Suprema de Justicia, en numerosos pronunciamientos, ha dotado de contenido la anterior disposición y ha identificado algunos supuestos en los que se puede evidenciar la carencia de un sustento admisible en una denuncia, así: (i) *«cuando el relato fáctico que la sustenta no contiene una imputación concreta, definida, revestida de seriedad que permita (...) identificar sus autores»*¹⁶; (ii) cuando las conductas denunciadas *«no están descritas en la ley como punibles»*¹⁷; (iii) cuando *«carecen de un mínimo de motivación, esto es, que no contengan la información suficiente que permita*

¹⁵ CSJ AEI-00010-2021, Rad. 00323 y AEI-00091-2020, Rad. 00286.

¹⁶ CSJ AP, 6 jul. 2016, Rad. 47015.

¹⁷ CSJ AP, 18 sep. 2018, Rad. 53275.

al órgano investigador (Fiscalía, Corte Suprema o Comisión de Acusaciones, en su caso) (...) establecer un derrotero, apalancarse en la denuncia como punto de partida para el adelantamiento de las pesquisas correspondientes»¹⁸; (iv) cuando no contiene un relato detallado que permita determinar las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los comportamientos denunciados¹⁹; (v) «en los eventos en los cuales a pesar de ser concreta o definida, en ella se noticia un hecho despojado de relevancia penal, en otros términos que, con evidencia, esto es, sin hesitación alguna, no está revestido de las características de delito»²⁰; entre otros.

A propósito del supuesto (ii) mencionado en el párrafo anterior, es importante destacar que las noticias criminales no solamente deben ser adecuadas en cuanto «noticias» –como información adecuada que da cuenta de un estado de cosas–, sino que debe ser posible agregárseles el adjetivo de «criminales», de modo que las informaciones sobre hechos que *prima facie* e indubitablemente no constituyen conductas punibles no pueden ser consideradas como capaces de motivar la iniciación y el encauzamiento de una investigación penal.

En consecuencia, la Sala entiende que deben ser inadmitidas las denuncias, querellas o peticiones especiales que hagan una relación de unos hechos frente a los que, a todas luces, no existe respuesta punitiva por parte el ordenamiento, por más que se adjunten pruebas o incluso fuera notoria su ocurrencia.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ CSJ AP, 12 ago. 2009, Rad. 29834.

²⁰ CSJ AEI-0091-2020, Rad. 00286.

61

2.- Ausencia de relevancia jurídico-penal de las conductas denunciadas en contra de Iván Cepeda Castro

El denunciante sostiene que las acciones del aforado pueden haber configurado el tipo penal de ocultamiento, alteración o destrucción de elemento de material probatorio, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 454 B del Código Penal, que describe y establece como punible el siguiente comportamiento:

El que para evitar que se use como medio cognoscitivo durante la investigación, o como medio de prueba en el juicio, oculte, altere o destruya elemento material probatorio de los mencionados en el Código de Procedimiento Penal, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años y multa de doscientos (200) a cinco mil (5.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Respecto a la tipicidad del comportamiento del aforado, el denunciante argumenta, especialmente, que hay un deber conservación, custodia y protección de los mensajes de datos que componen la totalidad de la conversación entre él y el señor Monsalve Pineda, y que, al no haber conservado la información, recorrió el tipo objetivo porque, tal como lo sostuvo el propio aforado, dichas conversaciones ya no las tiene. En su escrito, el denunciante señaló:

*[E]l Senador **Cepeda Castro** mientras estuvo en posesión de la información no observó ninguno de los requisitos de la Ley 527 de 1999, más allá de las omisiones que se puedan predicar de quienes tenían a su cargo la investigación cuando se originó la misma, en cabeza del Senador **Cepeda Castro** recaía el deber de colaborar con la administración de justicia, puntualmente el de conservar la información en caso de que la justicia la requiriera como en efecto*

62
eh.

*sucedió y él no cumplió el deber porque como lo manifestó no está en capacidad de entregar la misma porque la misma ya no existe*²¹.

Ahora bien, el punto de partida para analizar la denuncia se debe fijar en lo que se plantea respecto del objeto material de la conducta del aforado. El denunciante considera que este lo componen «*todos los mensajes que intercambiaron el senador **Iván Cepeda Castro** y el interno Juan Guillermo Monsalve Pineda y que componen el chat entre ellos*»²². Adicionalmente, explica que la razón de considerar el conjunto radica en que la integridad de la conversación es la que «*establece el contexto y las circunstancias (...) en las que se originó la información sobre la que se edificó una investigación penal en contra del ex Presidente Álvaro Uribe Vélez y el Representante a la Cámara Álvaro Hernán Prada Artunduaga*»²³.

Como el mismo denunciante lo destaca, en este caso el eventual «*elemento material probatorio de los mencionados en el Código de Procedimiento Penal*» –parte que estructurante de la dimensión objetiva del tipo establecido en el artículo 454 B CP– es una conversación de WhatsApp. Adicionalmente, de lo que narra y trae a colación, se desprende que en esa conversación participaron e intercambiaron mensajes solamente dos personas: el senador **Cepeda Vargas** y el señor Monsalve Pineda.

A primera vista, sobre lo que el aforado habría hecho una indebida disposición es una comunicación privada y, como tal, debe considerarse el alcance de las disposiciones

²¹ Fol. 26, c. o. n.º 1.

²² Fol. 23, c. o. n.º 1.

²³ *Ibidem*.

constitucionales y legales respecto de la privacidad de las comunicaciones, y su implicación en la estructuración de una conducta objetivamente típica de ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio (art. 454 B CP).

El artículo 15 de la Constitución de 1991 reconoce el derecho fundamental a la intimidad y, conectado con ello, la inviolabilidad de las comunicaciones privadas. Al respecto, el texto constitucional dispone lo siguiente:

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

(...)

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

(...)

La jurisprudencia constitucional en reiteradas ocasiones también ha hecho el inventario de las disposiciones de instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad y que están vinculados con los aspectos resaltados del artículo 15 de la Constitución Política. En la sentencia C-594 de 2014, al analizar la interceptación de comunicaciones en el proceso penal, la Corte Constitucional describió lo siguiente:

Algunos instrumentos internacionales de derechos humanos, consagran la mencionada garantía constitucional, como son: (i) La Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 12 señala que: "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra

o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques". (ii) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 17.1 establece que: "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de ley contra esas injerencias o esos ataques". (iii) La Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 11.2 prevé: "Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Tanto la intimidad personal como la inviolabilidad de las comunicaciones privadas garantizan una esfera de no intervención de terceros, incluido el Estado. Asimismo, este ámbito libre de interferencias implica la facultad de oponerse a injerencias extrañas y a disponer autónomamente de lo que participa de ese espacio.

Por su parte, la inviolabilidad de la correspondencia y de las demás formas de comunicaciones privadas, excluye la posibilidad de configurar en el ordenamiento jurídico colombiano, en virtud de la relevancia del tema para los demás, algo así como una «correspondencia pública», disponible para terceros no participantes del intercambio de mensajes. De tiempo atrás, la Corte Constitucional ha sostenido este criterio, así:

Entiende la Sala por correspondencia aquella forma de comunicación de pensamientos, noticias, sentimientos o propósitos, sostenida por cualquier medio entre personas determinadas. La privacidad de ésta y la de cualquier otro tipo de comunicación no depende tanto de que su contenido no se refiera a temas públicos, los cuales pueden, incluso, tratarse en la más confidencial de las formas. Esa privacidad, constitucionalmente protegida, depende más bien de la voluntad de sus remitentes y destinatarios determinados. Así, antes

de que llegue a su destino, el carácter privado de la comunicación dependerá única y exclusivamente de la voluntad del remitente, quien expresa o tácitamente permitirá, impedirá o intentará permitir o impedir la injerencia de extraños en dicha relación, extendiéndose a ambas partes cuando llega a manos del destinatario.

(...)

El artículo 15 de nuestra Carta Política, expresamente consagró que la correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables, con lo cual negó de plano la existencia de correspondencia pública, punto que, además, resulta obvio si por correspondencia entendemos, como efectivamente lo entiende la Sala, la comunicación establecida entre uno o varios remitentes y destinatarios, se repite, determinados. Así, si éstos no prestan su consentimiento para que el contenido de la misma sea conocido por personas extrañas a la relación corresponsal, reservándose ese canal de comunicación como parte de su intimidad, no existe razón para que ellas puedan alegar derecho alguno a conocerla, ni aun so pretexto de contener información de interés general, haberse sostenido en un recinto público y/o por personas con pública proyección²⁴.

De lo anterior se desprende también otra característica sobre la inviolabilidad de las comunicaciones privadas que se desarrollan en el ámbito de la intimidad. Este tipo de información, en principio, no es susceptible de considerarse objeto, por parte de terceros extraños al intercambio comunicativo, de un deber, derecho, o expectativa de publicación, entrega o conservación. Respecto de las comunicaciones privadas, mientras se mantengan en la esfera de la intimidad, libre de interferencias, no hay la posibilidad de edificar un mandato general de conservación del contenido de dichas comunicaciones, en virtud del principio de solidaridad de todo colombiano de «colaborar para el buen funcionamiento de la administración» (art. 95, numeral 7, Constitución Política). Tampoco, un mandato específico de custodia y protección ante la probabilidad de ser solicitadas por las autoridades, como una

²⁴ Corte Constitucional, sentencia T-696 de 1996.

66
CH.

especie de extensión del concepto de cadena de custodia (art. 288, Ley 600 de 2000), para cubrir a los ciudadanos en relación con sus propias comunicaciones privadas.

Sin embargo, el ámbito de la intimidad y de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas no es completamente refractario y lo que sucede allí puede salir de dicha esfera. Dicho de otro modo, es posible que terceros puedan conocer la información o los asuntos que se desarrollan en la esfera de lo íntimo y personal. La jurisprudencia constitucional destaca dos situaciones al respecto, a modo de fijación de límites al derecho fundamental de la intimidad.

El primer caso ocurre cuando el titular de la información es quien la entrega a otro, autoriza su divulgación o la publica él mismo. El segundo caso se refiere a la obtención de dicha información a través de una orden judicial que así lo disponga, como ocurre, por ejemplo, en la interceptación de comunicaciones (art. 301, Ley 600 de 2000), retención y apertura de correspondencia (arts. 297-300, *ibidem*), o en el allanamiento y registro (art. 294, *ibid.*). Mientras que el primer caso se explica como otra de las manifestaciones de la libre y autónoma disposición de lo que ocurre en el ámbito de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, el segundo tiene que ver con restricciones fundadas en razones legítimas y justificadas constitucionalmente. En últimas, si para extraer autónomamente la información alojada en la esfera de la intimidad basta con la libre voluntad del titular que así lo dispone, para hacerlo heterónomamente es preciso contar con justificaciones legítimas.

La Corte Constitucional también ha destacado que una parte de la evaluación respecto de esta justificación la compone el análisis de la naturaleza de la información en juego y, además, del contexto en el que circula. Respecto de lo primero, se trata de determinar si la información es pública, semiprivada, privada o reservada, usando esta colección de categorías desarrolladas en la regulación del derecho al acceso a la información y de *habeas data*. En la sentencia T-574 de 2017, la Corte Constitucional reiteró su criterio jurisprudencial formulado en la sentencia C-602 de 2016, según el cual la utilidad de esta categorización se basa en determinar la intensidad del vínculo entre la información y la esfera de la intimidad y, de ese modo, considerar que *«(i) es posible clasificar la información a partir del tipo de contenidos a los que se refiere; (ii) en función de esos contenidos, es posible definir los sujetos habilitados para permitir su divulgación cuando el titular de la información no lo ha autorizado; y (iii) el tipo de razones que pueden justificar su conocimiento por parte de terceros varía en función de su cercanía con la esfera más íntima de la persona»*²⁵. Sobre la categoría de información privada, el tribunal constitucional señaló:

A su vez, (iii) la información privada es aquella “que por versar sobre información personal o no, y que por encontrarse en un ámbito privado, sólo puede ser obtenida y ofrecida por orden de autoridad judicial en el cumplimiento de sus funciones” (...). Comprende la relativa a “los libros de los comerciantes, (...) los documentos privados, (...) las historias clínicas o (...) la información extraída a partir de la inspección del domicilio o luego de la práctica de pruebas en procesos penales sujetas a reserva” (...). Igualmente reviste la naturaleza de información privada la información genética que reposa en bancos de sangre, esperma, laboratorios, consultorios médicos u

²⁵ Corte Constitucional, sentencia T-574 de 2017.

*odontológicos o similares (...). En estos casos, el tipo de información revela dimensiones particularmente importantes de la vida personal, social y económica de las personas y que, debido a expresa disposición constitucional (arts. 15 y 250) o a su naturaleza, solo puede ser divulgada por autorización de la persona a la que se refiere o por la existencia de una decisión judicial. En estos casos, la justificación que explica la posibilidad de divulgar la información, en contra de la voluntad de la persona a la que se refiere, puede hallarse en finalidades especialmente importantes como ocurre, por ejemplo, con la búsqueda de la verdad en un proceso penal. (...)*²⁶.

Bajo la misma lógica de lo que plantea la cita referida, la información que hace parte de la correspondencia y de cualquier otro tipo de comunicaciones personales, realizadas a través de cualquier medio, se debe clasificar como información privada, principalmente «*por encontrarse en un ámbito privado*»²⁷, amparada por la inviolabilidad de las comunicaciones, que se corresponde con el ámbito de la vida personal respecto de la cual el individuo es libre de decidir si permite o no la interferencia de terceros.

Respecto del segundo punto –el contexto de circulación de determinado tipo de información–, se trata de determinar la dimensión de la intimidad involucrada –si es personal, familiar, o social–, así como el espacio en el que se despliega, esto es si es público, semiprivado, o privado. De acuerdo con la Corte Constitucional, estas clasificaciones son relevantes:

Para definir el alcance del derecho a la intimidad, así como el grado de protección que del mismo se desprende frente a las intervenciones de terceros. Su importancia radica, al menos prima facie, en la aptitud para identificar las diversas dimensiones físicas o virtuales en las que las personas se expresan o manifiestan y, a partir de allí,

²⁶ Corte Constitucional, sentencia C-602 de 2016.

²⁷ *Ibidem*.

para precisar el grado de confidencialidad que pueden esperar respecto de su comportamiento²⁸.

Así, en una conversación a través de una aplicación de mensajería instantánea no es lo mismo si el intercambio comunicativo sucede solamente entre dos usuarios en un chat que garantiza que los mensajes serán conocidos por ellos exclusivamente –como ocurre, por ejemplo, en WhatsApp, que emplea una tecnología de cifrado de extremo a extremo–, a que la conversación se desarrolle en un grupo en el que participan más usuarios, como ocurre cuando se intercambian mensajes en salas de chat. La primera situación se trata de una comunicación en un contexto de intimidad personal en un espacio virtual privado. La segunda, dependiendo del carácter del grupo de conversación, se puede tratar de una comunicación en el contexto de la intimidad social en un espacio virtual público o semiprivado. La intensidad de la garantía de la inviolabilidad de las comunicaciones, así como el grado de injerencia en la intimidad, por tanto, será mayor en el primer caso que en el segundo.

Ahora bien, contrastado el desarrollo anterior con el caso bajo examen, para la Sala, en primer lugar, es claro que la totalidad de la conversación de WhatsApp que destaca el denunciante es una comunicación privada, y, debido a ello, contiene información igualmente privada, alojada en la esfera de la intimidad personal, que circuló y se almacenó en un espacio virtual privado. En segundo lugar, que lo anterior tiene como consecuencia que la conversación está cubierta por una expectativa de intimidad alta, lo que implica también una

²⁸ Corte Constitucional, sentencia T-574 de 2017.

amplia facultad de disposición por parte del titular, así como de oposición frente a injerencias externas. Esta doble facultad solo se puede descartar, autónomamente, a través de la entrega voluntaria de la información por parte del titular, o, heterónomamente, a través de una orden judicial que disponga la extracción de la información de la esfera de intimidad en la que se encuentre alojada.

El objeto material de la supuesta infracción penal puesta en conocimiento en esta oportunidad se puede catalogar como una comunicación privada electrónica, en la que el aforado intercambió información privada en forma mensajes de datos con el señor Monsalve Pineda, a través de una plataforma de mensajería instantánea que solamente tenía dos puntos de emisión y recepción de mensajes: los usuarios de las dos personas ya mencionadas.

Como lo relata la denuncia, el senador **Cepeda Castro** sacó del ámbito de la intimidad de sus comunicaciones privadas la información que consideró relevante y la puso autónomamente en conocimiento de terceros ajenos a dicha correspondencia, como lo fue el jurista Villalba Vargas, abogado del aforado, y, posteriormente, la Sala Especial de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia y, con la debida reserva, las partes involucradas en el asunto que se tramita bajo el radicado n.º 52.240. Con posterioridad a ello, el aforado dio cuenta de que no conserva la información de la conversación referida: *«Cumplido con mi deber legal de hacer*

*entrega de los [mensajes] a la autoridad judicial competente, no se encuentran actualmente en la memoria de mi celular*²⁹.

Este último aspecto es lo que el denunciante cuestiona en esta oportunidad, bajo la idea de que el aforado debió haber conservado la conversación, pues de ella dependería la consistencia probatoria del material entregado, en relación a los criterios de accesibilidad, formato de origen, e información de envío, recepción y producción, de los mensajes de datos y documentos electrónicos que se habrían intercambiado a través de WhatsApp.

Respecto a ello, los elementos destacados sobre el derecho a la intimidad y la inviolabilidad de las comunicaciones muestran que en este caso no es posible sostener un deber de conservación, fundado en una comprensión del principio de solidaridad constitucional ni en una idea de configuración *ad hoc* de la custodia y protección de un posible medio de prueba sobre sus propias comunicaciones privadas.

Es también importante destacar que las disposiciones de la Ley 527 de 1999, invocadas en varios pasajes del escrito de denuncia³⁰, tampoco se pueden tomar como la fuente de un deber de conservación de la comunicación privada electrónica propia. Tal regulación, especialmente la del artículo 12 del instrumento legal, establece los requisitos para conservar los mensajes de datos y archivos, en relación con: (a) la accesibilidad de la información que contengan; (b) la

²⁹ Fol. 18, c. o. n.º 1.

³⁰ Fols. 3, 20, 24 y 26, c. o. n.º 1.

preservación en el origen o en uno similar que asegure su reproducción exacta; y (c) la conservación de la información para determinar los datos de origen, envío, recepción y producción, de los mensajes de datos y documentos electrónicos que se habrían intercambiado. Dicha disposición establece lo siguiente:

Cuando la ley requiera que ciertos documentos, registros o informaciones sean conservados, ese requisito quedará satisfecho, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

- 1. Que la información que contengan sea accesible para su posterior consulta.*
- 2. Que el mensaje de datos o el documento sea conservado en el formato en que se haya generado, enviado o recibido o en algún formato que permita demostrar que reproduce con exactitud la información generada, enviada o recibida, y*
- 3. Que se conserve, de haber alguna, toda información que permita determinar el origen, el destino del mensaje, la fecha y la hora en que fue enviado o recibido el mensaje o producido el documento.*

No estará sujeta a la obligación de conservación, la información que tenga por única finalidad facilitar el envío o recepción de los mensajes de datos.

Los libros y papeles del comerciante podrán ser conservados en cualquier medio técnico que garantice su reproducción exacta.

La lectura de la disposición muestra que, en lugar de ser la fuente de un deber, el artículo lo presupone. Es una situación jurídica conceptualmente previa a los criterios allí señalados. No prescribe la situación o las condiciones en que se deben conservar los mensajes de datos sino, en su lugar, formula las pautas que se deben observar en la conservación, después de que se ha determinado que existe la obligación de hacerlo. Esta observación surge de interpretar la condición de

aplicación con la que inicia el mencionado artículo: «*Cuando la ley requiera que ciertos documentos, registros o informaciones sean conservados...*»

De otro lado, también lo resaltado sobre el derecho a la intimidad y la inviolabilidad de las comunicaciones muestra que, en el asunto bajo examen, el grado de exclusión de interferencias ajenas es alto. Incluso suponiendo el escenario de oposición más intensa –el reconocimiento de la conservación de la información y la posterior negativa de entregarla voluntariamente–, lo que procede no es suponer un deber de entregar la información sino considerar que la ruta para sacarla de la esfera de la intimidad es una orden judicial que así lo disponga justificadamente.

Del mismo modo, el grado de disposición de lo que está en la órbita de la intimidad es alto. También suponiendo el ejemplo más intenso en este caso, no se recorre objetivamente el tipo penal cuando se trata de las comunicaciones privadas. En ese sentido, la inviolabilidad de las comunicaciones cubre incluso la destrucción de la correspondencia propia, como ocurriría en el caso de que un destinatario quema la carta en la que el remitente le confiesa un crimen; o, en términos digitales, borra la conversación sostenida en una aplicación de mensajería.

Por tanto, luego de examinar la naturaleza del posible objeto material involucrado en la comisión de la presunta conducta punible, para la Sala resulta evidente que los hechos ocurridos y puestos en conocimiento bajo el presente radicado

son objetivamente atípicos, y no configuran desde ese punto de vista ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio alguno, ni ninguna otra conducta punible de las establecidas en la parte especial del Código Penal. Las comunicaciones privadas gozan de inviolabilidad constitucional, que se traduce en un alto grado de disposición de ellas y de no interferencia de terceros, a tal punto que sólo pueden ser excluidas del ámbito de la intimidad cuando, autónomamente, se entregan por voluntad de quien participa de la correspondencia, o cuando, heterónomamente, se extraen en virtud de una orden judicial que justificadamente así lo disponga.

Finalmente, según el relato del denunciante, el senador **Cepeda Castro** entregó a la Corte Suprema de Justicia algunos medios de prueba que conoció en virtud de una conversación por WhatsApp sostenida con el señor Monsalve Pineda. Cuando se indagó sobre la posible conservación de un «*histórico más grande*»³¹, es decir del registro amplio del chat a través de dicha aplicación, la respuesta del aforado fue que no se encontraban actualmente en la memoria de su celular³². El señor Mosquera Marín considera que, ante la carencia de la totalidad del chat, la aptitud demostrativa de las pruebas está comprometida³³.

Descartada la posibilidad de configuración de una conducta que pueda ser considerada objetivamente típica, solo resta destacar que lo que el denunciante plantea es, en últimas, un debate respecto del modo correcto de apreciar medios de

³¹ Fol. 12, c. o. n.º 1.

³² Fol. 18, c. o. n.º 1.

³³ Fols. 23-24, c. o. n.º 1.

CV. 75

prueba, como mensajes de datos, copias impresas o de otra índole, etc., de la controversia que se adelanta en esta Sala bajo el radicado n.º 52.240. Siendo esto así, es en aquel asunto en la que se deberá dar respuesta a las observaciones probatorias que plantea el denunciante en esta oportunidad.

3.- Conclusión

De los hechos y posibles acciones puestas en conocimiento por el denunciante no se configura conducta que pueda considerarse punible por el derecho penal, ni siquiera objetivamente típica. Las comunicaciones privadas de los ciudadanos gozan de una robusta protección constitucional, bajo el amparo de la protección al derecho fundamental a la intimidad y a la garantía de inviolabilidad de las comunicaciones. De este modo, aunque este derecho y esta garantía tienen límites constitucionalmente justificables, no es posible configurar un deber de conservación de las comunicaciones privadas sobre el que pueda estructurarse un tipo penal de destrucción de elemento material probatorio, en el caso en que estas comunicaciones ya no estén disponibles por la acción de quien las tenía en su poder. Hacerlo, incluso bajo el argumento del principio constitucional de solidaridad con las autoridades que administran justicia (art. 95, numeral 7, Constitución Política), es una injerencia arbitraria –y, por tanto, proscrita– en la esfera de la intimidad personal.

De acuerdo con el criterio jurisprudencial de esta Corporación, las denuncias que versen sobre hechos que

CH 76

indudablemente no configuran conductas punibles no tienen la capacidad para motivar el inicio y desarrollo de una investigación penal. Por tanto, lo que corresponde en derecho es inadmitir la denuncia presentada en contra del senador **Iván Cepeda Castro**, pues lo puesto en conocimiento no está descrito en la ley como punible.

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

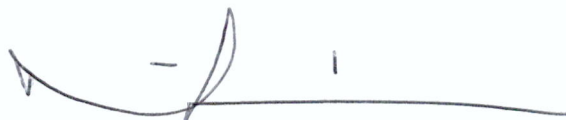
RESUELVE

PRIMERO.- Inadmitir la denuncia presentada por Víctor Mosquera Marín en contra del senador **Iván Cepeda Castro**.

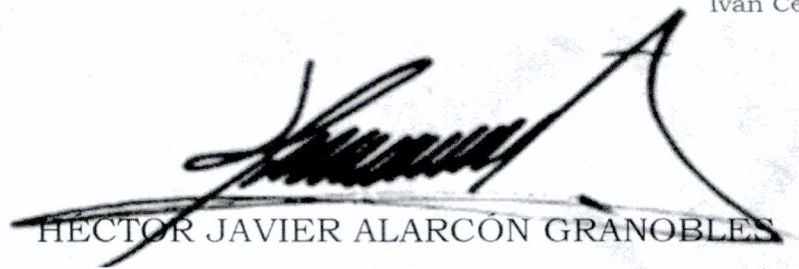
SEGUNDO.- En firme, archívense las diligencias.

Contra esta decisión procede el recurso de reposición.


Notifíquese y cúmplase,



MISAEL FERNANDO RODRÍGUEZ CASTELLANOS



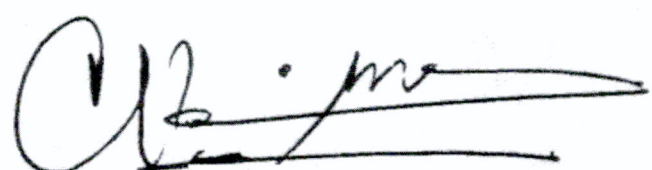
HECTOR JAVIER ALARCÓN GRANOBLES



FRANCISCO JAVIER FARFÁN MOLINA



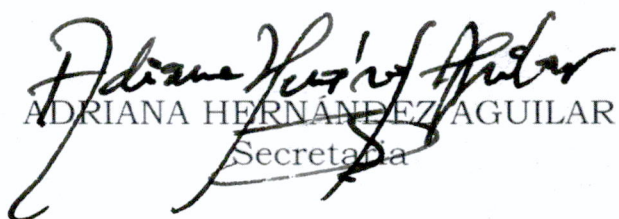
CRISTINA LOMBANA VELÁSQUEZ



CÉSAR AUGUSTO REYES MEDINA



MARCO ANTONIO RUEDA SOTO



ADRIANA HERNÁNDEZ AGUILAR
Secretaría

5-11-16 AM
Resubmissions
25/11/16
D. [Signature]