



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR
Magistrada Ponente

AP6016-2021
Radicados 60.149 y 60.292
Acta 326

Bogotá D.C., nueve (9) de diciembre de dos mil veintiuno

ASUNTO

La Corte resuelve los recursos de apelación interpuestos por el acusado-aforado C AV B y su defensor, contra los autos AEP 00063-2021 y AEP 00093-2021, proferidos por la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia.

I. ANTECEDENTES PERTINENTES

1.1. El 22 de febrero de 2021, ante la Sala Especial de Primera Instancia, la Fiscalía acusó al magistrado del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca C AV B como probable autor de concierto para delinquir, prevaricato por omisión, prevaricato por acción y cohecho propio (arts. 31 inc. 1°, 340 inc. 3°, 405, 413 y 414 del C.P.), en las circunstancias de mayor punibilidad previstas en el art. 58 num. 1 y 9 *idem*.

1.2. En síntesis, los señalamientos de responsabilidad contra el magistrado V B se fundamentan en que aquél, asociado con particulares, prevalido de su cargo y en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, habría organizado y dirigido una estructura delincuencia para “traficar” con procesos judiciales. En ese marco, entre los años 2012 y 2017, habría ejecutado diversas conductas ilícitas, motivado por el interés de obtener ventajas económicas ilegales, de origen en los usuarios de la administración de justicia, a quienes habría favorecido con la emisión de decisiones contrarias a derecho, por las que exigió dinero por interpuestas personas a él cercanas, entre ellas KELLY ANDREA ESLAVA MONTES, quien litigaba ante su despacho sin que el funcionario se declarara impedido por existencia de amistad íntima entre ellos.

1.3. En sesiones del 11 y 12 de mayo de 2021 se dio curso a la audiencia preparatoria, en cuyo marco las partes efectuaron solicitudes probatorias. Además, el defensor y el acusado solicitaron exclusión, rechazo e inadmisión de pruebas solicitadas por el fiscal.

1.4. Mediante el AEP 00063-2021 del 24 de junio de 2021, el *a quo* se pronunció sobre las solicitudes probatorias de las

partes, al tiempo que, mayoritariamente¹, negó los pedimentos de exclusión, rechazo e inadmisión de pruebas. Contra esta última determinación, el procesado interpuso el recurso de reposición y -subsidiariamente- el de apelación. Por su parte, el defensor la apeló. Tras sustentar sus impugnaciones, en audiencia del 8 de julio de 2021 ambos sujetos procesales elevaron solicitud de conexidad.

1.5. En el AEP 00093 del 31 de agosto de 2021, el *a quo* no repuso su decisión en cuanto a las solicitudes de exclusión, inadmisión y rechazo de pruebas y concedió el recurso de apelación que, a ese respecto, formuló la defensa técnica. Así mismo, negó el decreto de la conexidad, determinación que también fue recurrida, en los mismos términos, por el procesado y el defensor.

1.6. Mediante el AEP 00106 del 15 de septiembre de 2021, la Sala Especial de Primera Instancia dispuso no reponer la negativa a la conexidad y concedió los recursos de apelación formulados por la defensa.

II. ASPECTOS OBJETO DE IMPUGNACIÓN

2.1. El acusado alegó ante el *a quo* que, debido a la falta de concreción de los hechos jurídicamente relevantes, *todas* las pruebas solicitadas por el fiscal deben ser rechazadas, pues se fundan en hechos generales y abstractos que imposibilitan su defensa.

En concreto, expuso, las consignaciones efectuadas con posterioridad al proferimiento del fallo en el caso del Hospital de Ubaté son impertinentes, pues no aluden a los hechos

¹ El magistrado Jorge Emilio Caldas Vera salvó parcialmente el voto.

jurídicamente relevantes. Asimismo, sostuvo, la prueba relativa a las cuantías del proceso conocido como Soporte Vital ha de negarse, toda vez que el proceso penal no es una tercera instancia del administrativo, por lo cual es impertinente “*apuntar al desvanecimiento de la pericia*”.

También, advirtió que *todas* las pruebas de la Fiscalía referidas a los impedimentos y al concierto para delinquir son impertinentes, porque no se vinculan en concreto con cada uno de los procesos de manera específica y los hechos no precisan las circunstancias de tiempo, modo y lugar.

2.1.1. Tales reproches fueron desestimados por el *a quo*. Poniendo de presente los hechos jurídicamente relevantes que integran la acusación, determinó que las referidas pruebas, solicitadas por la Fiscalía, cumplen con las exigencias de pertinencia y legalidad, por lo que procedió a su decreto.

2.2. Para el defensor, varias pruebas solicitadas por el fiscal han de excluirse al tenor de los arts. 23 y 360 del C.P.P. En su criterio, están afectadas de ilegalidad e ilicitud por desconocimiento del debido proceso probatorio y vulneración de garantías fundamentales en cabeza del procesado.

2.2.1. En primer lugar, cuestionó ante la Sala Especial de Primera Instancia que el análisis pericial de cotejo de voz viola los derechos fundamentales a la no autoincriminación y a la autodeterminación informativa, según lo preceptuado en la sent. C-822 de 2005. La muestra indubitada de la voz del acusado, resalta, se obtuvo sin el consentimiento expreso de aquél ni la autorización previa del juez de control de garantías competente. La Fiscalía, enfatiza, grabó la voz del magistrado V B en un

interrogatorio a indiciado, sin advertirle que la utilizaría como insumo de un análisis forense con propósitos incriminatorios.

Con igual fundamento, solicitó la exclusión del examen pericial N° 5, consistente en el cotejo de las grafías plasmadas en memoriales y formatos presentados por KELLY ANDREA ESLAVA con los formularios diligenciados por ella en la Unidad de Registro Nacional de Abogados. Ello por cuanto, tratándose de una muestra tomada a una persona indiciada, se echa de menos su consentimiento expreso o, en su defecto, la autorización del juez de control de garantías.

2.2.1.1. Para el *a quo*, la prueba pericial de cotejo de voz es legal y lícita, en la medida en que, a su modo de ver, el art. 249 del C.P.P. es inaplicable en el presente caso. Si la muestra de voz se tomó de una diligencia a la que el indiciado “*voluntariamente decidió someterse*” y asesorado por su defensor renunció a su derecho a guardar silencio, no se requería de su consentimiento ni de la intervención previa de un juez de control de garantías.

El procesado, enfatiza, tenía pleno conocimiento y consciencia de que el interrogatorio sería registrado en medio magnético e “*ingresaría al tráfico jurídico como documento público, con todas las consecuencias jurídicas inherentes a dicha calidad, en cuanto a vocación probatoria se refiere*”.

Tampoco, prosigue, se advierte conculcación del derecho a la no autoincriminación, como quiera que lo relevante no es “*el contenido de la diligencia*”, sino el propósito de identificación del emisor de la voz de la muestra dubitada (obtenida en las interceptaciones). De ahí que, lo que hubiera podido decir el indiciado en el interrogatorio, “*ningún efecto podría tener para las resultas del presente juicio*”.

Si la grabación no fue subrepticia, sino advertida y consentida por el emisor de la muestra, concluye, puede ser utilizada para confrontarla con otros registros de similar naturaleza, a fin de establecer su uniprocedencia en los términos de los arts. 240 y 251 del C.P.P. Además, considera intrascendente que la Fiscalía hubiera podido acceder a otros registros de la voz del acusado en los que no se requiriera su consentimiento para efectuar el cotejo, ya que ello contraría el principio de libertad probatoria y, en todo caso, la eventual intervención del juez de control de garantías no implica que se obtuviera la muestra de voz, en caso de que el indiciado decidiera guardar silencio.

Por otra parte, puntualiza, la negativa a la exclusión de los cotejos grafológicos practicados a los documentos supuestamente diligenciados por KELLY ANDREA ESLAVA MONTES, a fin de impulsar actuaciones ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (muestra dubitada), estriba en que la muestra indubitada se obtuvo de una base de datos pública (Unidad de Registro Nacional de Abogados) y esa misma naturaleza tienen los documentos utilizados. De ahí que mal podría requerirse el consentimiento de aquélla para su utilización con fines de identificación, pues no existe expectativa de protección de la intimidad.

2.2.2. En segundo término, el defensor solicitó que se decrete la exclusión por ilicitud del testimonio de KELLY ANDREA ESLAVA, pues, por una parte, concurriría al juicio a declarar sobre una relación abogado cliente, particularmente en lo que tiene que ver con los señores Mazo, Huertas y Cortés

Rojas, con transgresión del secreto profesional que, en calidad de abogada, aquélla debe guardar con sus mandantes; por otra, debido a que, mediante el testimonio de la señora ESLAVA MONTES, el fiscal pretende acreditar aspectos de la intimidad de ésta y del procesado.

Por ese último motivo, agrega, han de excluirse también los informes de interceptaciones de comunicaciones telefónicas sostenidas entre KELLY ESLAVA y C AVARGAS, porque vulneran dicha garantía fundamental al injerir ámbitos personalísimos de comunicación. La Fiscalía, añade, no explica la razón de haberse ellas realizado ni frente a qué hechos jurídicamente relevantes se disponen, a efecto de sus pretensiones probatorias.

A su vez, el acusado solicita la exclusión probatoria “*de toda la actuación*” adelantada en relación con estos procesos, pues derivan de la irregular interceptación de una comunicación que se dio entre la abogada KELLY ESLAVA MONTES y William Cortés Rojas, representante de Soporte Vital, con violación del secreto profesional.

2.2.2.1. Para el *a quo*, dichas pruebas no han de excluirse, pues ninguna ilicitud se advierte en su recaudo y, por lo menos en este estadio del proceso, no se ve afectada la intimidad del acusado ni de la testigo KELLY ESLAVA.

En cuanto al secreto profesional del abogado, la Sala Especial de Primera Instancia no encuentra injerido su ámbito de protección, ya que el mandato de “*inviolabilidad de comunicaciones del procesado con su defensor*” no es absoluto y admite excepciones. En ese sentido, puntualiza, el art. 34 lit. f)

de la Ley 1123 de 2007 permite la revelación del secreto profesional por el abogado para evitar la comisión de delitos.

Y en lo que atañe a la ilicitud de pruebas por afectación del derecho a la intimidad, el *a quo* descarta su afectación, pues el tema de prueba no concierne a aspectos íntimos de la relación entre KELLY ESLAVA y C AVARGAS, sino a cuestiones referidas *“al tipo de vinculación que puede darse a conocer, en orden a establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que los delitos materia de juzgamiento pudieron haber tenido realización”*.

La pertinencia de esas pruebas, se lee en el auto impugnado, radica en que, acorde con el fiscal, permiten demostrar las circunstancias de tiempo modo y lugar en las que KELLY ESLAVA asumió los diferentes casos que se encontraban a cargo del magistrado V B, con quien tenía una relación de amistad íntima, la manera en que operaba la organización criminal y cuáles eran los roles de aquéllos, la forma en que se efectuaban las negociaciones y cómo se procedió al pago de los respectivos montos reprochados en el contexto de la acusación.

2.2.3. El defensor también pidió la inadmisión -por ilegalidad- de los documentos N° 220 y 222, correspondientes a los formatos de consignación en efectivo en la cuenta 03014184181, por no haber sido relacionados en la acusación y carecer de control de legalidad por un magistrado de la Sala Penal del Tribunal de Bogotá, atendiendo el fuero del acusado. Como el control judicial lo aplicó un juez de control de garantías, alega, se violó el debido proceso.

2.2.3.1. Sin embargo, para el *a quo*, los mencionados documentos pueden introducirse en el juicio oral, pues pese a no figurar en el texto del escrito de acusación, sí aparecen en el documento anexo que contiene la enunciación probatoria, incluidos los informes de policía judicial, de lo cual habrá de dar cuenta el respectivo testigo de acreditación. Además, las consignaciones fueron trasladadas por la Fiscalía 2ª destacada del CTI a la investigación adelantada en contra del magistrado V B, previa obtención, con el debido control judicial², en la actuación adelantada contra KELLY ESLAVA, persona sin fuero.

2.2.4. Así mismo, por la vía del art. 23 del C.P.P., el defensor reclama la exclusión de los elementos materiales probatorios identificados con los números 23 y 24, consistentes en tablas de Excel que registran las llamadas telefónicas entre el magistrado V B y la abogada KELLY ESLAVA. En su criterio, la Fiscalía no indica las fuentes que tuvo en cuenta para conformar ese registro documental sobre frecuencia de llamadas. Como la prueba no explica su fuente, sino “*aparece sola*”, debe sufrir los efectos de la exclusión.

2.2.4.1. Esa petición fue igualmente desestimada, bajo el entendido que los registros de llamadas entrantes y salientes, diagramados en Excel, no se tratan de un medio documental carente de soporte, sino producto de las actividades investigativas trasladadas por la Fiscalía 2ª destacada del CTI, con los respectivos controles judiciales. De ello, resalta la Sala

² En el marco de actividades investigativas que fueron legalmente autorizadas en audiencia de control previo, llevada a cabo el 5 de octubre de 2017, por el Juez 77 Penal Municipal con Función de Control de Garantías y avalados en audiencia de control posterior por el Juzgado 21 de la misma especialidad, el 2 de noviembre de 2017.

Especial, se dio suficiente información en el descubrimiento probatorio.

2.2.5. Sin perjuicio de las razones expuestas para negar las solicitudes de exclusión probatoria, el *a quo* puntualizó, en todo caso, que las alegaciones de ilicitud efectuadas por la defensa son apresuradas, pues *“las posibles afectaciones a derechos fundamentales que la contraparte advierta en el desarrollo de la práctica probatoria en el juicio oral, podrán ser objeto de control mediante las correspondientes objeciones a las preguntas que las partes formulen”*.

En ese sentido, tras aludir a los conceptos de prueba ilícita y prueba ilegal, enfatizó en que, *“al menos para este momento, la Sala no encuentra motivo válido para disponer la exclusión de los medios que la Fiscalía propone, y cuya aducción al juicio su contraparte rechaza”*.

2.3. De otro lado, la defensa -tanto material como técnica- solicitó el decreto de la conexidad de esta actuación con otra que se tramita ante la Sala Especial de Primera Instancia contra el magistrado V B. En este último proceso, enfatizan, se *inició* la audiencia de formulación de acusación, por lo que se satisfacen los presupuestos legales para el efecto, establecidos en los arts. 50 a 53 del C.P.P., pues existe identidad en cuanto a los delitos imputados, unidad de acción frente a lo que la Fiscalía considera punible, homogeneidad en el *modus operandi* y comunidad de prueba.

2.3.1. El *a quo* negó la solicitada conexidad, por cuanto las actuaciones se encuentran en diferentes etapas procesales.

Ciertamente, subraya, podría colegirse que entre los delitos atribuidos al magistrado V B en este asunto y en el de radicado 00411 existe una relación de conexidad, determinada tanto por el tipo de conductas atribuidas y la pluralidad de las mismas, la época en que supuestamente fueron realizadas, la homogeneidad en el *modus operandi*, la eventual incidencia de unos comportamientos atribuidos en los que son materia de juicio en el otro proceso y la comunidad de la prueba, dado que ambos habrían sido cometidos en el mismo contexto -en condición de magistrado del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca-. Empero, puntualiza, ello resulta insuficiente para acceder a decretar la conexidad demandada por la defensa.

En la actuación con radicado 00411, prosigue, no ha culminado la etapa de acusación, pues si bien se instaló la audiencia para su formulación, el procesado propuso una recusación, motivo por el cual no se ha perfeccionado el acto complejo de acusación. De ahí que no se cumplan los presupuestos de temporalidad necesarios para que la acumulación se ofrezca procedente, pues es claro que el presente asunto se encuentra en la culminación de la fase preparatoria del juicio oral, existiendo ya un pronunciamiento sobre las pretensiones probatorias de las partes.

Por otra parte, añade, las garantías del acusado no se ven menoscabadas con la negativa al decreto de la conexidad, pues si llegare a ser hallado penalmente responsable en ambos procesos, una vez ejecutoriadas las respectivas sentencias podrá acudir a la acumulación jurídica de penas ante el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, con lo cual se lograría el mismo efecto que se pretendería conseguir con la unificación de los juicios por diversos hechos.

III. MOTIVOS DE IMPUGNACIÓN

3.1. En lo concerniente a la exclusión de pruebas, el acusado pide a la Sala “*adicionar*” el auto impugnado, ya que, en su entender, el *a quo* omitió pronunciarse en torno a las solicitudes de inadmisión y “*exclusión*” por él presentadas, en relación con las consignaciones realizadas en el caso denominado Soporte Vital; la exclusión de los elementos recaudados con ocasión de la interceptación de comunicaciones entre KELLY ANDREA ESLAVA MONTES y William Rojas; la prueba pericial relativa al proceso de Soporte Vital y todas las pruebas de la Fiscalía en torno a los impedimentos que estima impertinentes. Finalmente, de cara al concierto para delinquir, alega que las pruebas carecen de pertinencia por imprecisión de los hechos jurídicamente relevantes.

3.2. Por su parte, el defensor refuta los argumentos para negar la exclusión e inadmisión de pruebas, en los términos que a continuación se sintetizan:

3.2.1. Invocando la sent. C-822 de 2005, insiste en la ilicitud de la toma de *muestra de voz* al procesado en el interrogatorio a indiciado, por cuanto no se contó con autorización expresa para ello ni con el aval del juez de control de garantías, como lo exige el art. 249 del C.P.P. Además, destaca, que se hubiera aplicado el procedimiento a fin de identificar al autor de las conductas punibles investigadas, es intrascendente de cara al examen de violación del debido proceso y de otras garantías fundamentales.

En ese sentido, prosigue, además de haberse omitido las formalidades legales, el fiscal violó la garantía de no autoincriminación y el derecho a la autodeterminación

informativa, pues se abstuvo de advertir al interrogado sobre el verdadero propósito de grabar su voz. De validar ese proceder, llama la atención, se impone al procesado una carga desproporcionada, a la vez que se desestimula su participación en el proceso, pues lo invita a permanecer en silencio porque desconoce el uso que se le dará a la información por él suministrada. A su vez, se desconoce la dignidad humana, en la medida en que el procesado no es tratado como sujeto, sino como objeto del procedimiento.

En la misma dirección, añade, es ilícito el *cotejo grafológico* en el que se utilizaron las grafías plasmadas por KELLY ESLAVA en documentos integrantes del Registro Nacional de Abogados. El art. 249 *ídem*, subraya, cobija cualquier tipo de muestra obtenida de una persona indiciada, y las pruebas grafotécnicas implican la recolección de patrones corporales. Empero, el fiscal procedió sin contar con el consentimiento expreso de aquélla o, en su defecto, con la autorización de un juez de control de garantías.

Al haber avalado la práctica de la prueba en juicio, enfatiza, el *a quo* “*crea una excepción a la ley y a la jurisprudencia constitucional*”.

Por ello, concluye, las pruebas periciales aplicadas para cotejar la voz del acusado y determinar si la abogada ESLAVA diligenció formatos presentados al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, deben excluirse *ex ante*.

3.2.2. En cuanto a la ilicitud del testimonio de KELLY ANDREA ESLAVA por violación del *secreto profesional*, el defensor critica el desatino de los argumentos expuestos por el *a quo* para negar la exclusión de la prueba. El art. 223 del C.P.P.,

puntualiza, no es el referente normativo adecuado para solucionar la problemática por él planteada, pues no se trata de una injerencia a comunicaciones sostenidas entre un procesado penal y su defensor. No. El ámbito de protección de dicho derecho fundamental concierne al mandato judicial ejercido por la abogada ESLAVA ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, en nombre de sus clientes y mandatarios. En esa relación contractual, destaca, es la que está protegida por el secreto profesional, el cual es inviolable según la sent. C-301 de 2012.

De suerte que, continúa, si la testigo declarará en el juicio sobre la relación que tenía con sus clientes y, en ese entendido, revelará secretos que aquéllos le confiaron, la prueba es ilícita, sin que sea atinado invocar la excepción consistente en evitar la comisión de un delito, pues en la presente actuación se está aplicando un juzgamiento por ello, cuestión del todo diversa. Además, resalta, es desproporcionado someter a la testigo a responder un interrogatorio a ese respecto, como quiera que si declara violando el secreto profesional se expone a una sanción disciplinaria.

La solicitud que hace la Fiscalía sobre este testimonio, asevera, se hace para que la testigo hable sobre la forma en que tuvo acceso a esos procesos; por lo tanto, implica vulneración de la relación de confianza constitucionalmente protegida entre el abogado y cliente, razón por la cual no es de recibo su admisión (art. 74 Constitución). Incluso, añade, la ilicitud probatoria es ex ante, porque el fiscal tomó declaraciones juradas a la abogada ESLAVA MONTES sin advertirle que no podía optar por revelar secretos profesionales.

Por consiguiente, concluye, ha de “*rechazarse, inadmitirse y declararse ilícita*” la solicitud del fiscal de convocar a KELLY ANDREA ESLAVA como testigo de cargo, máxime que su testimonio, igualmente, sería violatorio del derecho fundamental a la *intimidación*.

A ese respecto, cuestiona que el *a quo* contradictoriamente sostiene, por una parte, que el tema de prueba no atañe a aspectos íntimos de la relación sostenida entre aquella y el aquí acusado; por otra, que el testimonio es pertinente por cuanto con él se quiere probar un vínculo de amistad íntima.

3.2.3. La exclusión de los documentos numerados 220 y 222, enfatiza, ha de decretarse por configurar dos vulneraciones al debido proceso. La primera, cifrada en un defecto de competencia por falta de control ejercido por el juez natural (magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, con función de control de garantías); la segunda, constitutiva de un vicio de garantía por la ampliación de los hechos jurídicamente relevantes, producto de la adjunción de los anexos del escrito de acusación, desconociendo el art. 357 inc. 2º del C.P.P., al tenor del cual las pruebas han de referirse a los hechos de la acusación.

A este último respecto, destaca, a la atribución de responsabilidad se agregaron premisas fácticas no verbalizadas en audiencia, lo cual comporta una ilegalidad, pues el *a quo* amplió los hechos de la acusación.

Por otra parte, agrega, el denunciado vicio de competencia también se evidencia en los documentos identificados con los

números 23 y 24, a saber, las tablas de Excel que registran las llamadas telefónicas entre el magistrado V B y la abogada KELLY ESLAVA, utilizadas en esta actuación sin control de legalidad de un magistrado con función de control de garantías.

3.2.4. Finalmente, solicita la nulidad del auto impugnado por “*ausencia de resolución*” de la solicitud de exclusión de los registros de interceptaciones de comunicaciones entre el acusado y la abogada KELLY ESLAVA, por violación del derecho a la intimidad. A su modo de ver, se viola el debido proceso por “*ausencia de motivación*” que genera indefensión.

3.3. En lo que atañe a la negativa del decreto de conexidad, el procesado alega que la unidad procesal es una institución según la cual cada delito o cada grupo de delitos conexos deben ser investigados y juzgados en una única actuación procesal. Indica que la conexidad tiene unos fines relacionados con el derecho del procesado a asegurar la concentración de sus esfuerzos defensivos en un único procedimiento. También, resalta, persigue la eficiencia y la celeridad del proceso penal, al optimizar los esfuerzos y recursos invertidos por las partes, intervinientes o autoridades judiciales en materia probatoria. Indica que, conforme a la jurisprudencia, otra de las razones de ser de la conexidad es la seguridad jurídica y coherencia al evitar decisiones contrarias, frente a los mismos hechos.

En su criterio, se cumplen las exigencias de los arts. 50 y 51 del C.P.P. para adelantar de manera conjunta la investigación y el juzgamiento. En la presente actuación, destaca, se le juzga por el delito de concierto para delinquir, supuestamente cometido entre los años 2012 y 2017 por haberse concertado con la abogada KELLY ANDREA ESLAVA MONTES; por los delitos de prevaricato por acción y por omisión, por no haberse

declarado impedido por amistad íntima con aquélla, y por el delito de cohecho, todo ello dentro de los procesos “*Humedal Jaboque y Soporte Vital*”, adelantados en el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, en los que actuó como magistrado ponente.

En el asunto que aquí se juzga, añade, se decretó el testimonio de la abogada ESLAVA a fin de acreditar la relación de amistad íntima con él, así como las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que asumió los diferentes casos a su cargo. Y con esos mismos propósitos, asevera, la Fiscalía pidió dicha prueba en los casos denominados “*Macromed, Icein y Petar Chía*”, en relación con los cuales, en el proceso radicado con el N° 00411, también se le imputan los delitos de cohecho y prevaricato por acción y por omisión por actuaciones con la abogada KELLY ESLAVA.

Los procesos “*Macromed e Icein*”, concluye, se hallan incluidos en ambas actuaciones penales adelantadas en su contra (rads. 00277 y 00411), se valen de las mismas pruebas documentales y testimoniales y se trata de los mismos delitos, por lo cual, en su criterio, se reúnen los presupuestos para decretar la conexidad.

3.3.1. Por su parte, el defensor alega que la posición asumida por el *a quo* desatiende la jurisprudencia constitucional y especializada, en punto de los fundamentos de la conexidad, a saber, la economía procesal, la seguridad jurídica y la garantía del derecho a la defensa.

Contradictoriamente, dice, la Sala Especial de Primera Instancia invoca un precedente de la Sala de Casación Penal

(rad. 39.105), del cual destaca los factores que hacen conveniente decretar la conexidad procesal, pero en el caso en concreto los desconoce, pese a que todos están presentes.

También, señala, se desconoce la jurisprudencia constitucional (sent. C-471 de 2016), la cual define la conexidad como un componente del debido proceso. Por ello, insiste, si se verifican los presupuestos para su decreto, ha de romperse la unidad procesal para maximizar el ejercicio del derecho a la defensa en un solo proceso, que permita la eficacia y celeridad probatorias. Mas el *a quo* niega tales objetivos al estimar que la conexidad no es un principio absoluto, sino una figura optativa.

En ese sentido, “*hace un llamado a la coherencia*”, pues al contrastar el contenido de la acusación formulada en este proceso, con la presentada el 6 de mayo de 2021, es evidente que se trata de los mismos protagonistas y conductas endilgadas a C AV B y KELLY ANDREA ESLAVA, idéntico *modus operandi* y las mismas solicitudes probatorias, como lo resaltó el *a quo*.

En esa dirección, tras cotejar los hechos imputados y las solicitudes probatorias, sostiene que se verifican las cuatro causales de conexidad previstas en el art. 51 del C.P.P., sin que pueda catalogarse de extemporánea la solicitud de la defensa para unificar las dos actuaciones, pues ello lo hizo al inicio de la audiencia preparatoria, que aún no ha culminado. Cuestión distinta es que el presidente de la audiencia se abstuvo de darle trámite en ese momento, para que la Sala Especial de Primera Instancia resolviera después de decididas las solicitudes probatorias, de similar contenido al anexo de pruebas de la otra acusación.

En últimas, subraya, la conexidad es necesaria para evitar recusaciones por conocimiento previo de pruebas en el otro proceso, así como decisiones contradictorias o preclusiones por efecto de la cosa juzgada.

IV. PLANTEAMIENTOS DE NO RECURRENTES

4.1. Durante el término de traslado a los sujetos procesales no recurrentes, el delegado de la Fiscalía y el vocero de víctimas se opusieron a las pretensiones de la defensa material y técnica sobre la exclusión, rechazo e inadmisión probatoria, solicitando la confirmación de la providencia objeto de recurso.

4.1.1. En un primer momento, el fiscal debatió el alcance del *secreto profesional* alegado por la defensa como argumento para solicitar la exclusión del testimonio de KELLY ANDREA ESLAVA MONTES indicando que, tal como lo ha establecido la jurisprudencia constitucional, no es una garantía absoluta e ilimitada, sino que, ante la tensión con intereses superiores admite restricciones, lo cual legitima las revelaciones en el ámbito procesal y extraprocesal.

Al abordar el tema de la idoneidad de la prueba alegada, prosigue, se entiende que el bien jurídico de la recta y eficaz impartición de justicia solo tendría materialización a través del testimonio referido, pues con éste se pretenden conocer las maniobras delictivas dentro de las cuales operaba la organización criminal de la cual el acusado fue parte.

De aceptarse la tesis planteada por la defensa, resalta, se estaría avalando la impunidad de los actos criminales ejecutados de común acuerdo por quienes asumen la relación

cliente abogado. Al respecto, trae a colación que el secreto profesional no opera respecto del abogado que se convierte en cómplice o coparticipe de la conducta ilegal de su cliente.

Para concluir, señala, la solicitud de exclusión se basa en argumentos especulativos que se anticipan a las declaraciones de la testigo, sin considerar que la prueba no tiene por objeto revelar secretos íntimos en el plano emotivo o sexual, sino la acreditación de una relación formal, a partir de la cual se desarrolló la comisión de un plan criminal.

Sobre la exclusión del cotejo de voz realizado por los peritos de acústica forense, insiste que, contrario a lo alegado por la defensa, el art. 249 del C.P.P. no tiene aplicación al caso *sub examine*, toda vez que el interrogatorio se ofreció de manera voluntaria por el procesado y, adicionalmente, en el momento en que se desarrolló el informe pericial, el proceso se encontraba en indagación. Esas situaciones, puntualiza, riñen con las hipótesis factuales de la citada norma, que regulan un procedimiento dirigido a personas con calidad de imputados y a eventos en los que se procede de manera coercitiva por los policías judiciales.

Añade que, en consonancia con la decisión de primera instancia, la ley no regula la autorización del juez de control de garantías sobre elementos que ya obran en la actuación. Además, destaca, la Fiscalía no recibió el interrogatorio con el propósito de usarlo como muestra para el cotejo de voz, pues el descubrimiento se realizó el día 14 de noviembre de 2018 y la fiscalía tuvo conocimiento de los autos de interceptaciones realizadas por la Fiscalía 2ª destacada del CTI hasta marzo de 2019, siendo voluntaria la comparecencia del procesado a rendir declaración.

En tercera medida, respecto del cotejo grafológico, reitera que la referida norma no puede aplicarse en la situación de KELLY ANDREA ESLAVA MONTES, toda vez que es una persona que se encuentra colaborando con justicia en desarrollo del principio de oportunidad, quien no ostentaba la calidad de imputada para el momento en que se desarrollaron los informes de grafología.

El argumento de oposición de la defensa, continúa, se presentó como una *solicitud de inadmisión* y no de *exclusión*, como actualmente se pretende, lo cual, advierte, deriva en que “*el recurso carezca de mérito suasorio*”, puesto que si bien el control de legalidad no fue impartido por un magistrado con función de control de garantías, debe verificarse que la investigación de donde se obtuvieron los documentos cuestionados estaba dirigida contra KELLY ANDREA ESLAVA MONTES por el delito de falsedad en documento privado. Esto, a su modo de ver, resulta legítimo dado que la abogada no ostentaba fuero alguno.

Sobre la *solicitud de exclusión* de las interceptaciones entre el señor V B y la señora ESLAVA MONTES, destaca que se remitieron informes de policía judicial que dan cuenta de la recopilación de los audios a los teléfonos de aquélla, dentro de las cuales se encuentran incluidas las conversaciones con el procesado. Y éstas se sometieron a los protocolos de legalidad de personas no aforadas, sin que deba surtirse trámite adicional.

Lo mismo refiere sobre las interceptaciones de comunicaciones a KELLY ANDREA ESLAVA MONTES con sus clientes William Mazo, Mario Huertas y Jorge Cortés. Llama la atención sobre la protección del art. 235 del C.P.P., limitado en su concepto a la imposibilidad de intervenir las comunicaciones

del *abogado defensor*, siendo una prerrogativa exclusiva de los cargos de naturaleza penal que no opera para encubrir la concertación para la comisión de conductas ilícitas.

4.1.2. El vocero de las víctimas refiere que el secreto profesional alegado por la defensa técnica y material trasciende el límite del objeto del testimonio de KELLY ANDREA ESLAVA MONTES, puesto que fue decretado con el propósito de acreditar las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las que operaba la organización criminal, marco en el cual tuvieron lugar los delitos investigados.

Sobre el cotejo de voz, señala, la obtención de muestras no desconoce el derecho de a la no auto incriminación, puesto que el procesado aceptó de manera voluntaria rendir interrogatorio. Por tanto, renunció a su derecho de guardar silencio, sin que sea este el momento para que su defensa solicite la exclusión de los elementos probatorios por una presunta vulneración de derechos fundamentales.

Frente al análisis pericial grafológico de firmas de KELLY ESLAVA MONTES, subraya, ésta no tiene la calidad de imputada dentro del proceso en curso, por lo que el recurso presentado por la defensa sobre este punto no tiene vocación de prosperidad, toda vez que, de aceptarse su calidad de imputada dentro de un proceso penal autónomo, debe considerarse que su vinculación legal se hizo posterior a los cotejos grafológicos.

En relación con la introducción de los formatos de consignación número 220 y 221, enfatiza que la defensa técnica, en sesión del 24 de julio del año en curso, solicitó a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia revocar la decisión de decretos probatorios en los aspectos *estrictamente*

relacionados con la *exclusión* probatoria. Entonces, resalta, si los documentos en mención se trataron como solicitudes de *inadmisión*, ha de negarse la modificación alegada, puesto que, considera, se debió formular como un segundo capítulo de la solicitud de nulidad.

Sobre el recurso instaurado por la defensa material, el apoderado solicita que, de hallarse por la Sala que algunos puntos recurridos no fueron resueltos, se dicte un auto de complementación, sin llegar al extremo de la nulidad.

4.2. En cuanto a los recursos interpuestos por la defensa material y técnica en contra de la decisión que negó el decreto de conexidad sobre los radicados 00277 y 00411, los sujetos procesales no recurrentes solicitan la confirmación de dicha determinación.

4.2.1. El fiscal resalta tres puntos para solicitar que se mantenga la negativa a la conexidad.

En primer término, refiere, si bien la misma decisión de primera instancia reconoce la conexidad de los hechos, niega su decreto por motivos prácticos, en atención a que no se encuentran satisfechos los fundamentos constitucionales en términos de la C-474 del 2016, que establece principios como la protección de los intereses de las víctimas, tales como verdad, justicia, reparación y la celeridad del proceso penal.

Al respecto, considera que la pretensión de la defensa no sirve para la efectividad del proceso penal, sino que implica una afectación a su normal desarrollo, en atención a que los radicados cuya conexión se solicita, se encuentran en etapas procesales distintas.

En lo relacionado a la *oportunidad* para solicitar la conexidad procesal, señala que la petición es extemporánea desde el punto de vista *material*, ya que se estaría proponiendo “*borrar un proceso donde ya se descubrió, enunció, solicitó decreto probatorio e ir a un proceso donde no hay acusación y se está tramitando una recusación*”, quedando en suspenso hasta que los procesos se igualen.

4.2.2. El vocero de víctimas igualmente aboga por la negativa al decreto de conexidad, en atención a que los presupuestos de temporalidad del art. 51 del C.P.P. no se cumplen, pues en la otra actuación aún no se ha formulado acusación.

Por otra parte, puntualiza, pese a que los procesos contencioso administrativos concernidos (Humedal Jaboque, Soporte Vital, Icein y Macromed), en principio son los mismos, puntualmente se trata de *casos* diferentes, con distintas víctimas y afectados, lo cual implicaría que se tuviera que alegar de conclusión sobre asuntos desconocidos.

V. CONSIDERACIONES

Toda apelación comporta un ejercicio *dialéctico* en el que la tesis es la providencia recurrida; y la antítesis, la impugnación. De esa contradicción, le corresponde a la Sala extraer la síntesis de tal antagonismo, que será la decisión de la impugnación. Desde luego, todo ello mediado por la fijación de las respectivas premisas normativas, a la luz de las cuales ha de resolverse la discordancia entre la sentencia confutada y la apelación.

5.1. Conexidad.

Pues bien, contrastadas las razones de impugnación con la argumentación expuesta por el *a quo* a fin de negar el decreto de la conexidad solicitada por la defensa, se advierte la corrección de esta decisión.

Ciertamente, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, al interpretar el alcance del art. 51 del C.P.P., ha determinado que, junto a la verificación de las causales de estirpe sustancial y procesal previstas en la norma, el juez de conocimiento ha de aplicar un juicio de *conveniencia práctica* a la hora de decidir si delitos conexos han de juzgarse conjuntamente o si ha de prevalecer, en el caso en concreto, el principio de unidad procesal.

La *determinación* de la conexidad entre distintas conductas punibles puede ser de índole sustancial -ideológica, consecucional u ocasional-, así como de naturaleza procesal -dada por la unidad de autores, la homogeneidad del *modus operandi* o la comunidad de prueba, entre otros factores, lo cual redundaría en favor de la economía procesal-. Empero, el *decreto* de la conexión o ensamble de dos actuaciones ha de regirse por cuestiones de razón práctica. Ello, por cuanto, siendo también expresión de la garantía fundamental al debido proceso y, por ende, un instrumento que sirve a la concreción de sus componentes, no es dable entenderla como un instituto aplicable en términos de absolutez, sino de ponderación.

Así, entre otros aspectos, pueden sopesarse cuestiones como la facilidad del ejercicio de la práctica y contradicción probatorias o el impacto que la conexión de actuaciones tramitadas independientemente puede tener en el principio de

celeridad, igualmente perteneciente a un debido proceso célere y *sin dilaciones injustificadas*.

En ese entendido, para la Corte, la *disparidad de etapas procesales* es uno de los factores que determina la improcedencia del decreto de la conexidad en el proceso. Si, desde la perspectiva estructural, la actuación penal es una serie concatenada de actuaciones sucesivas y escalonadas, que presuponen el agotamiento de fases antecedentes, bajo el principio de preclusividad de los actos procesales, es entendible que solo puedan acoplarse actuaciones que se hallan en la misma etapa. Si aquéllas se encuentran en fases diversas, estructuralmente hablando, es impensable que ambos procesos puedan ensamblarse y seguir su marcha normalmente.

Para lograr esa consecuencia, en caso de disparidad de etapas, alguna actuación habría de *paralizarse* a fin de esperar a que la otra, *relegada*, se nivele y, así, se pueda continuar la marcha del proceso unificada y conjuntamente. Mas siendo la eficacia en el ejercicio de la justicia y la celeridad -como expresión de un debido proceso sin dilaciones injustificadas- principios a los que ha de ajustarse el trámite del proceso, tal opción (la parálisis) no es aconsejable. La conexidad, entonces, es una institución que ha de servir a la agilidad, no a la interrupción ni estancamiento del proceso.

Y esos son los criterios que subyacen a lo decidido por el *a quo*, con acatamiento de la jurisprudencia especializada en punto de los factores para decretar la conexidad. En suma, al presente proceso -en fase preparatoria del juicio- no se puede adjuntar y tramitar conexamente otra actuación que se halla en una fase antecedente, en la que aún no se ha formulado acusación.

En ese aspecto, efectivamente, la Corte tiene dicho que la disparidad de fases procesales es un factor que comporta la negativa al decreto de conexidad. Al respecto, mediante AP191-2021, rad. 58.124, la Sala de Casación Penal reiteró que *“no es posible unir dos investigaciones de las cuales solo una de ellas se encuentra en una de las etapas procesales aludidas, mientras que la otra lo está en una posterior”*, pues *“el fundamento de la conexidad procesal es de carácter práctico y no sustancial, en tanto se orienta a agilizar la administración de justicia y a racionalizar el esfuerzo investigativo”*³. Esas mismas razones, sin dudar, comprenden la fase de juzgamiento.

En ese sentido, de la referida decisión también se extracta que la solicitud de conexidad, fundamentada en la simple verificación de alguna de las causales previstas en el art. 51 del C.P.P., sin atención de la *paridad de etapas procesales*, es fundamento insuficiente para suspender la actuación. Ello, por cuanto *“se atentaría contra las garantías que tiene el acusado «a un debido proceso público **sin dilaciones injustificadas**”*, mandato acorde con el cual *“el acto de juzgamiento debe desarrollarse en forma continua, sin interrupciones, practicando las pruebas ordenadas previamente en la audiencia preparatoria, evitando cualquier debate que interfiera con esa finalidad y desvíe la atención en el desarrollo del juicio”*.

Esas consideraciones de la Sala de Casación Penal, valga destacar, encuentran soporte en un precedente citado por el *a quo*, que se trae a colación a fin de evidenciar que, contrario a lo alegado por el defensor, la negativa al decreto de la conexidad no entraña contradicción alguna en su fundamentación.

³ CSJ SP 9 oct. 2013, rad. 40.980.

Sobre ese particular, en el CSJ AP3763-2019, rad. 56.020, se lee:

[...] En la conexidad procesal, más que un vínculo sustancial entre las conductas delictivas investigadas, existe una relación práctica que aconseja y hace conveniente adelantar conjuntamente las investigaciones, dada la unidad de autor(es), la homogeneidad del *modus operandi* o la comunidad de prueba, entre otros factores, todo lo cual redundando en favor de la economía procesal.

Empero, **la conexidad procesal no constituye un postulado absoluto** por cuanto, en algunos eventos, las mismas **razones de orden práctico aconsejan no unificar las investigaciones, como cuando se encuentran en estadios procesales diferentes** o el número de procesos puede hacer inmanejable la actuación en detrimento de la agilidad y buen trámite procesal, aspectos que deben ser evaluados en cada caso por el ente investigador, organismo competente para ordenar la acumulación de investigaciones.

Esa fue la premisa conforme a la cual el *a quo* negó el decreto de la conexidad, pese a considerar que varios de los factores referidos en el art. 51 del C.P.P., como lo expusieron los impugnantes, se verificaban en el presente caso. Por ello, es infundado sostener, como lo hace el defensor, que la jurisprudencia se desconoció y que la fundamentación de la decisión es contradictoria.

No existe un *derecho* absoluto a la conexidad. En tanto figura procesal, aquélla no es un fin en sí mismo ni su decreto se auto justifica, sino que apenas sirve a los componentes del debido proceso, entre los que, además del derecho de defensa y la seguridad jurídica, se encuentran *la eficacia y celeridad del proceso penal*, como se extracta de la sent. C-471 de 2016.

De ahí que la decisión impugnada no desatiende la jurisprudencia constitucional ni, mucho menos, es contradictoria. La Sala Especial de Primera Instancia, en efecto,

reconoce que en el presente caso pueden verificarse algunos factores sustanciales que, en principio, comportarían la conexidad. Empero, el requisito inobservado en la solicitud objeto de análisis es otro, diverso, de naturaleza procesal y fijado por la jurisprudencia especializada.

Y el cumplimiento de tal exigencia (paridad de etapas procesales) para nada es acreditada por la defensa, que reconoce que en la otra actuación aun no se ha formulado acusación. Lo verificado por la Sala Especial de Primera Instancia es que esta última etapa no ha culminado en el rad. 00411 porque el acusado *recusó* a sus magistrados. Así que, además de ser inobjetable que el proceso que se pretende conexas está en una fase antecedente -en una etapa, incluso, preliminar del objeto de la audiencia de formulación de acusación-, son los argumentos de la defensa los que sí se advierten contradictorios, pues una de las razones para invocar el decreto de la conexidad es “evitar *recusaciones*”, pero tal trámite ya se activó por ella en la otra actuación.

Quizás la terminología aplicada por la Sala Especial de Primera Instancia no fue la más precisa. Le asiste razón al defensor al alegar que su petición no es extemporánea, pues el decreto de la conexidad la elevó en la oportunidad legalmente prevista para la defensa, que es la audiencia preparatoria. No obstante, lo que se extrae de la decisión impugnada es que la improcedencia de tal pedimento, en verdad, estriba en la *disparidad de etapas procesales*.

Esa razón es acertada y suficiente para confirmar la determinación impugnada, pues el juzgamiento separado por delitos vinculados por una relación de conexidad no implica *per se* la vulneración de garantías fundamentales. El juzgamiento

conjunto de ambos casos es inconveniente porque implica afectar la garantía a un proceso sin dilaciones indebidas. De suerte que el trámite separado de las actuaciones mal podría implicar la afectación de garantías constitucionales, las cuales, en todo caso, han de preservarse tanto en uno como en otro proceso, con la activación de los mecanismos pertinentes en cada una de sus etapas.

No sobra precisar que los motivos de impugnación aducidos por el acusado también son insuficientes para provocar la revocatoria de la negativa a la conexidad. La celeridad y eficacia del proceso son principios que, ante la disparidad de etapas procesales, se tornan preponderantes y han de materializarse en la conservación de la unidad procesal. Ello no implica desconocer que la conexidad sirve a otros fines, solo que, en las circunstancias en que se encuentran las actuaciones, han de ceder.

Por demás, el contraste entre los supuestos fácticos y las pretensiones probatorias en uno y otro caso es superfluo, pues, se insiste, el *a quo* no desconoce que puedan configurarse algunos de los factores invocados, mas ello es insuficiente para decretar la conexidad de las dos actuaciones.

5.2. Exclusión, inadmisión y rechazo de pruebas.

5.2.1. Nulidad por ausencia de resolución sobre exclusión de interceptaciones de comunicaciones.

La alegación de nulidades ha de ajustarse a los principios concurrentes -no alternativos- de taxatividad, *acreditación*, protección, convalidación, instrumentalidad, trascendencia y

residualidad (cfr., entre otros, CSJ AP 9 mar. 2011, rad. 32.370 y AP 30 nov. 2011, rad. 37.298).

El defensor es insistente al recalcar que la Sala Especial de Primera Instancia *omitió pronunciarse* sobre su solicitud de exclusión de los informes de interceptación de comunicaciones telefónicas entre KELLY ESLAVA y C AVARGAS, por violación del derecho fundamental a la intimidad. Tal petición, destaca, “*no está decidida*”, por lo que hay “*ausencia de pronunciamiento*”.

La Sala encuentra que el reclamo incumple el requisito de *acreditación*, pues no es cierto que el *a quo* hubiera omitido pronunciarse sobre la referida solicitud de exclusión.

Para empezar, el pedido de anulación es contradictorio en su planteamiento y sustentación. Desde una perspectiva lógica, si hay ausencia de *resolución*, mal podría alegarse una indebida *motivación*, pues si no hubo un pronunciamiento, por sustracción de materia tampoco habría motivación. Dicho de otro modo, no se puede sustentar una decisión inexistente. Empero, el defensor pretende que se anule el auto impugnado por “*falta de motivación*”.

Pero más allá de ello, lo que constata la Sala es que la solicitud de exclusión de los registros de interceptaciones sí fue decidido -negativamente-; y esa determinación está soportada en razones normativas y fácticas que comportan una *motivación suficiente*.

Uno de los principios que en argumentación ha de observarse es el de *razón suficiente*, lo que significa que la razón o razones que sustentan la conclusión no se ofrezcan a medias, pero tampoco se trata de aducir premisas que sobren, sino,

como lo dice el principio, que *basten* para soportar una determinada conclusión.

Como lo ha clarificado la Corte (CSJ AP 27 ago. 2014, rad. 44.036), a la luz de dicho principio una afirmación debe ser capaz de sustentarse o explicarse por sí misma, esto es, “*si algo existe, [debe haber] una razón o explicación suficiente de su ser*” o bien, de manera correlativa, “*si no hay una razón o explicación suficiente para que algo sea, entonces [ese algo] no existirá*” (CSJ AP3723-2018, rad. 48.636).

En ese entendido, la solidez de una argumentación depende de que ésta se soporte en un número mínimo de razones que, con plausibilidad, lo justifiquen. De ahí que, para la Sala (CSJ SP 26 oct. 2011, rad. 34.491), el principio de *razón suficiente* se viola cuando el argumento judicial *no se basta a sí mismo* para justificar determinada conclusión.

Es verdad que, como lo destaca el defensor, en las páginas 56 y 57 del auto impugnado no se emitieron consideraciones en punto de la exclusión de los registros de interceptaciones, por supuesta afectación del derecho fundamental a la intimidad. Sin embargo, una lectura completa y sistemática de la decisión muestra que, contrario a lo afirmado por aquél, la decisión de negar la exclusión de esa evidencia cuenta con el debido soporte normativo y fáctico.

La premisa mayor, general o abstracta fijada por el *a quo* está integrada por preceptos de la jurisprudencia constitucional (sent. C-594 de 2014) concernientes a: i) la definición del ámbito de protección del derecho constitucional fundamental a la intimidad; ii) la inviolabilidad de las comunicaciones; iii) los límites de la intimidad y las posibilidades legítimas de afectación

de aquélla para la investigación de conductas delictivas, a través de la interceptación de comunicaciones, y iv) la reserva legal y el control de legalidad judicial a las interceptaciones.

Entendiendo, entonces, que por haberse cumplido los requisitos de legalidad para la emisión de la orden y habiéndose aplicado el control judicial de rigor a la obtención de resultados, la Sala Especial de Primera Instancia, tras destacar que la intimidad no es un derecho fundamental absoluto, que puede afectarse legítimamente en la actuación penal, puso de presente que los medios de conocimiento solicitados por el fiscal -de los que hacen parte los registros de interceptaciones- no tienen por objeto injerir en esferas intangibles ni aspectos personalísimos de la intimidad de KELLY ESLAVA y C AVARGAS, sino que lo pretendido es establecer *“el tipo de vinculación que puede darse a conocer, en orden a establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que los delitos materia de juzgamiento pudieron haber tenido realización”*.

La pertinencia de esas pruebas, recalcó la Sala Especial de Primera Instancia, estriba en que, según la Fiscalía, permiten demostrar las circunstancias de tiempo modo y lugar en las que KELLY ESLAVA asumió los diferentes casos que se encontraban a cargo del magistrado V B, la manera en que operaba la organización criminal y cuáles eran los roles de aquéllos, la forma en que se efectuaban las negociaciones y cómo se procedió al pago de los respectivos montos reprochados en el contexto de la acusación.

Por ello, descartada alguna ilicitud, el *a quo* decretó como prueba de la Fiscalía los informes de interceptaciones, especificando la pertinencia concreta de cada informe de interceptación, que no aludían a aspectos abiertos e

indeterminados de la intimidad de los participantes de la comunicación ni a cuestiones personalísimas de la esfera impermeable de dicho derecho, sino a probar el carácter íntimo de *la amistad* entre KELLY y C Ay otras cuestiones concernientes a la forma en que habrían interactuado los miembros de la supuesta empresa criminal. Al respecto, en el auto impugnado se lee:

Estos elementos probatorios son pertinentes pues: (i) se dirigen a demostrar la relación de **amistad** íntima que existía entre C AV B y KELLY ANDREA ESLAVA MONTES y a evidenciar comunicaciones telefónicas recibidas en el abonado celular 320-8495144, perteneciente a KELLY ESLAVA MONTES y; (ii) por constituir la base pericial de los informes de acústica forense identificados IL0004987899, IL0004999447, IL0004999423, IL0005015028 y IL0005077263.

[...]

Es pertinente, pues con él la Fiscalía aspira probar que C AV B hacía uso del celular de ALDEMARO VARGAS GONZÁLEZ, abonado número 3134185399, al parecer miembro de la organización criminal, para comunicarse con KELLY ANDREA ESLAVA MONTES.

[...]

Es pertinente porque está dirigido a poner de manifiesto la relación existente entre el acusado y ALDEMARO VARGAS GONZALEZ, ya que se pueden escuchar llamadas recibidas en el abonado celular 3102126484 perteneciente a V B desde el abonado 3134185399, asignado a ALDEMARO VARGAS.

[...]

Son pertinentes porque permitirán demostrar que a través de la señora ESLAVA MONTES, William Mazo Rojas, representante legal de Soporte Vital, enviaba sumas de dinero al magistrado C AV B.

[...]

Porque apuntan a comprobar que a través de KELLY ANDREA ESLAVA MONTES, William Mazo Rojas enviaba información y solicitaba citas con C AV B.

[...]

Evidencia que resulta pertinente, pues permite probar que C AV B referenciaba a ESLAVA MONTES para que se hiciera cargo de los procesos que se tramitaban en su despacho.

Entonces, puede entenderse que, para el *a quo*, los concretos temas de prueba de los informes de interceptación que serán incorporados en el juicio no dejan en evidencia que la esfera impermeable de la intimidad hubiera sido injerida, motivo por el cual descartó alguna ilicitud generadora de exclusión. Y sobre este último aspecto, puntualizó, de detectarse en el juicio alguna interferencia indebida en el ámbito de protección de dicha garantía fundamental, existen mecanismos de depuración que habrían de activarse en ese momento.

De suerte que, ante esa estructura argumentativa, es igualmente infundado el reclamo de ausencia de motivación invocado por el defensor, el cual concurre a la negativa de la nulidad solicitada.

5.2.2. La utilización de la grabación del interrogatorio al indiciado llevado a cabo por la Fiscalía, para realizar un cotejo de voces.

La Fiscalía utilizó la grabación del interrogatorio rendido por el procesado, con el propósito de establecer la correspondencia entre su voz y la registrada en unas conversaciones acopiadas durante la investigación.

La defensa sostiene que la utilización de la grabación del interrogatorio, para fines diferentes a los que son propios de la prueba testimonial, viola los derechos fundamentales del procesado, entre ellos, la dignidad humana, la autonomía personal y la no autoincriminación.

Lo anterior, porque el procesado rindió el interrogatorio con el único propósito de referirse a los hechos por los que es llamado a responder penalmente, mas no para que se utilizara para ese tipo de cotejos.

Así, debe resolverse si la Fiscalía violó algún derecho fundamental al utilizar la grabación del interrogatorio rendido por el indiciado, para un cotejo de voces. Ello, en orden a establecer la aplicación de la cláusula de exclusión probatoria prevista en los artículos 29 de la Constitución Política y 23 de la Ley 906 de 2004 (entre otros).

Con ese fin, debe precisarse lo siguiente:

Primero. La aplicación de la cláusula de exclusión probatoria implica resolver si la administración de justicia debe privarse de una o varias pruebas pertinentes, lo que, naturalmente, puede comprometer los derechos de las víctimas y el interés legítimo de la sociedad en que los delitos sean esclarecidos, y los responsables, sancionados.

Al referirse a los fines que justifican una medida de esa naturaleza, a partir de un estudio del derecho comparado y de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la Sala concluyó que la cláusula de exclusión cumple las siguientes funciones: (i) disuasiva, para evitar que en el futuro las autoridades estatales incurran en ese tipo de irregularidades; (ii) protectora, de la integridad del sistema judicial y de su repetición; (iii) de garantía del respeto de las reglas en un Estado de Derecho; y (v) reparadora de la arbitrariedad cometida en contra del procesado CSJSP4879, 27 oct 2021, Rad. 54341).

Segundo. Igualmente, la Sala ha aclarado que la solicitud de exclusión probatoria (*y la respectiva decisión*), debe incluir una explicación suficiente de los siguientes aspectos: (i) las pruebas cuya exclusión se solicita –*directas o derivadas*–, bajo el entendido de que se excluyen “*pruebas*” y no actos de investigación; (ii) el derecho o garantía que fue conculcado; (iii) la forma de violación del derecho, lo que, según lo previsto en los artículos 15 y 28 de la Constitución Política, aunado al desarrollo jurisprudencial del principio de proporcionalidad, puede consistir en la violación de la reserva judicial, la trasgresión de la reserva legal y el desconocimiento del principio en mención; y (iii) la explicación del nexo causal entre la violación del derecho o la garantía y la prueba cuya exclusión se pretende.

Lo anterior es así, porque los artículos 29 de la Constitución Política y 23 de la Ley 906 de 2004 coinciden en que: (i) la exclusión recae sobre pruebas; (ii) puede afectar tanto

la directamente ligada a la violación del derecho, como las derivadas de la misma; (iii) la sanción, por su gravedad, solo es procedente ante la violación de derechos y garantías; y (iv) ambas normas establecen que la prueba a excluir debe haber sido obtenida **con** la violación de derechos o garantías, lo que claramente alude al nexo causal (CSJAP948, 7 marzo 2018, Rad. 51882, entre otros).

En ese mismo proveído, la Sala resaltó la importancia de demostrar la base fáctica de la solicitud de exclusión. Dijo:

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.

Tercero. Sobre la obtención de muestras que involucren al imputado, la Corte Constitucional ha precisado lo siguiente:

En cuanto a la afectación del derecho a no autoincriminarse y de la presunción de inocencia, la Corte Constitucional comparte los criterios de la Procuraduría General de la Nación, en el sentido de señalar que la obtención de muestras corporales cuya existencia no depende de la voluntad del imputado, no implica un desconocimiento del derecho a no autoincriminarse, ni un desconocimiento del principio de presunción de inocencia, como quiera que tales elementos materiales probatorios pueden obrar tanto para establecer la responsabilidad del imputado como para exonerarlo. En ese sentido, tal como se señaló en la sección 5.4.1., el verbo “involucrar” se emplea como sinónimo de “concernir” o “incumbir”, lo cual confirma que la medida no implica un juzgamiento anticipado de la responsabilidad imputado (...). (C-822 de 2005).

Ello, sin perjuicio de lo ventilado a lo largo de ese fallo, en el sentido de que el derecho previsto en el artículo 33 de la Constitución Política garantiza que un ciudadano no tendrá que declarar en su contra o en contra de sus familiares en los grados previstos en la ley, y es claro que la obtención de una muestra no equivale a una declaración.

Sumado a lo anterior, son ostensibles las diferencias entre la toma de muestras y el privilegio previsto en el artículo 33 de la Constitución Política. Entre ellas, que, según lo resuelto por la Corte Constitucional en la sentencia C-822 de 2005, las muestras pueden tomarse en contra de la voluntad del procesado, lo que, bajo ninguna circunstancia, sería predicable del derecho a no declarar en su contra.

De otro lado, en la sentencia en cita, la Corte se refirió a los diversos niveles de afectación asociados a las tipos de muestras y a la forma de obtenerlas, para resaltar que, por ejemplo, serán más invasivas las que comprometan la boca y otros orificios naturales del cuerpo, y, por razones obvias, lo serán mucho menos las muestras grafológicas y de voz. Bajo la misma lógica, cabe advertir las diferencias entre una muestra de saliva o cabello, y una muestra caligráfica o de voz, toda vez que en las primeras puede existir información que comprometa diversas facetas de la intimidad, entre ellas, lo atinente al estado de salud, la raza y, en general, todo lo que puede establecerse con un estudio de ADN.

Cuarto. En este caso, no se tomó una muestra de voz con violación de la reserva judicial o legal, esto es, sin que mediara orden de un juez o con desconocimiento de las reglas establecidas para ese acto de investigación. Tampoco puede afirmarse que ello ocurrió con trasgresión del principio de proporcionalidad.

La voz del procesado quedó registrada en virtud del acto de investigación regulado en el artículo 282 de la Ley 906 de 2004, que le permite a la Fiscalía tomar el interrogatorio al indiciado. En ese ámbito, adquieren relevancia los derechos a la defensa técnica y material, así como la imposibilidad de obligar a un ciudadano a declarar en su contra. La materialización de estos derechos no es objeto de discusión.

De otro lado, **no existen elementos de juicio para concluir que la Fiscalía utilizó subrepticamente un interrogatorio al indiciado para obtener una muestra de voz del procesado.** Esto es, que lo engañó, haciéndole creer que se trataba de una actuación que podría resultar útil para sus intereses, con el velado propósito de acceder a la referida muestra. Sin duda, ante un evento de esta naturaleza adquiriría relevancia el debate sobre la violación del debido proceso y la consecuente aplicación de la cláusula de exclusión.

El debate es sustancialmente diferente. Se reduce a analizar si es constitucionalmente inadmisibles, al punto de generar una decisión tan compleja como la exclusión probatoria, el hecho de que se utilice un registro de voz obtenido en virtud de una actividad diferente al acto de investigación regulado en el artículo 249 de la Ley 906 de 2004, para cotejarlo con una muestra y, así, establecer si esta corresponde al procesado.

Aunque, por regla general, se espera que en estos casos la Fiscalía agote el procedimiento de obtención de muestras con el propósito específico de realizar un cotejo, resulta claro que los registros de voz indubitados pueden tener diferentes orígenes, entre ellos, una entrevista periodística, la intervención ante una autoridad judicial e, incluso, el registro de las audiencias donde el inculcado intervino como servidor público, entre otros. En algunos casos, este tipo de referentes pueden resultar especialmente útiles, como cuando no es posible obtener la

muestra del procesado, bien porque este se niegue o haya optado por ocultarse.

Aunque es cierto que ese tipo de actuaciones no se orientan a la obtención de la muestra de voz del procesado o a la captación de su imagen (*lo que, precisamente, explica la ausencia de orden judicial*), resulta claro que: (i) la persona que declara, rinde la entrevista, dirige la audiencia, etcétera, es plenamente consciente de la grabación de audio y/o video, según el caso; (ii) por tanto, no puede hablarse de una grabación oculta, que pueda comprometer el derecho a la propia imagen u otros conexos o similares; (iii) se tiene plena consciencia de que esos registros de audio y/o video pueden ser utilizados de múltiples maneras, entre ellas, para demostrar que esa persona, bajo unas determinadas condiciones de tiempo y lugar, hizo esas manifestaciones; y (iv) igualmente, quien participa en un procedimiento de esa naturaleza asume que su voz y su imagen quedan inexorablemente asociados a su identidad.

Quinto. Lo anterior, permite hacer una aclaración necesaria para la solución de este asunto:

Por razones obvias, un cotejo se hace necesario cuando existan dudas sobre la procedencia de una evidencia, como cuando, por ejemplo se halla un cabello o un fluido en la escena del crimen y se debe verificar si corresponde a una persona en particular. En esos eventos, se requiere de una muestra indubitada, que permita realizar los diferentes exámenes.

La necesidad de una muestra indubitada (que se tenga certeza de que corresponde a una persona), hace obligatorio el acto de investigación regulado en el artículo 249 de la Ley 906 de 2004, cuando se trata de fluidos, cabellos, etcétera, porque, por regla general, es el único mecanismo para garantizar que uno de los elementos que se utilizarán en el cotejo corresponde al imputado o acusado.

En esos eventos, adquiere una especial relevancia lo analizado y resuelto por la Corte Constitucional en la sentencia C-822 de 2005.

Lo anterior puede tener variaciones significativas cuando se trata de otro tipo de muestras (caligráficas y de voz), toda vez que, por su naturaleza, es posible que para la obtención del material indubitado no sea necesario **intervenir o afectar** al procesado. Ello puede suceder, por ejemplo, si el Estado ha accedido legalmente a esa información. Piénsese, también a manera de ilustración, que para establecer si un determinado registro de voz corresponde al procesado, se utilice una intervención suya en una entrevista pública o en una actuación oficial llevada a cabo con apego al debido proceso.

Esos eventos no están cubiertos por el artículo 249, ni por las subreglas generadas por la Corte en la sentencia C-822 de 2005, simplemente, valga la repetición, porque para la obtención del material indubitado no fue necesario actuar en contra de la

voluntad del procesado (como sucedería en el hipotético caso de que, forzosamente, se le sustraiga un cabello para ser examinado), lo que sí puede comprometer su autonomía e, incluso, su dignidad.

En la misma línea, tampoco se advierte un compromiso de su intimidad, en alguna de sus múltiples facetas, porque no ocurrió la captación subrepticia de su voz o su imagen, tal y como ya se indicó.

Todo lo anterior, bajo el entendido de que la defensa **no demostró** que la Fiscalía haya utilizado soterradamente el interrogatorio a indiciado para obtener una muestra. Además, la Sala no avizora una irregularidad de esa naturaleza.

Predicar lo contrario, implicaría aceptar que este tipo de cotejos no serían posibles en casos de juzgamiento en ausencia, así el Estado pueda acceder legítimamente a muestras indubitadas para realizar los respectivos cotejos. En estos casos, naturalmente no habría que agotar el trámite previsto en el artículo 249 en cita, por la razón indicada, esto es, porque no fue necesario intervenir el cuerpo del imputado o limitar sus derechos de alguna otra forma.

Sexto. A la luz de lo anterior, deben resaltarse las notorias diferencias que existen entre la base fáctica del asunto sometido a conocimiento de la Sala y los hechos analizados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Barreto Leiva

contra Venezuela, invocado por el apelante para cuestionar el auto de primera instancia. Para ello, resulta suficiente traer a colación el recuento factual realizado por dicho tribunal internacional:

La demanda se relaciona con el proceso penal mediante el cual el señor Oscar Enrique Barreto Leiva (en adelante “el señor Barreto Leiva” o “la presunta víctima”) fue condenado a un año y dos meses de prisión por delitos contra el patrimonio público, como consecuencia de su gestión, en el año 1989, como Director General Sectorial de Administración y Servicios del Ministerio de la Secretaría de la Presidencia de la República. Según la Comisión, en el trámite de un proceso penal ante la Corte Suprema de Justicia contra el entonces Presidente de la República, un senador y un diputado, el señor Barreto fue citado a declarar como testigo y posteriormente se decretó auto de detención en su contra. La Comisión alegó que en dicho proceso no se notificó de manera previa a la presunta víctima los delitos que se le imputaban por el carácter secreto de la etapa sumarial. Asimismo, la Comisión alegó que el secreto de la etapa sumarial implicó que el señor Barreto Leiva no fuera asistido por un defensor de su elección en esa etapa del proceso, interrogara a los testigos, conociera las pruebas que estaban siendo recabadas, presentara pruebas en su defensa y controvirtiera el acervo probatorio en su contra. Además, según la Comisión, el hecho de que la Corte Suprema de Justicia haya sido el tribunal que conoció y sentenció en única instancia el caso de la presunta víctima constituiría una violación de su derecho a ser juzgada por un tribunal competente, en razón de que no contaba con un fuero penal especial, así como una violación de su derecho a recurrir la sentencia condenatoria. Finalmente, la Comisión estimó que al señor Barreto Leiva se le impuso una prisión preventiva sobre la base exclusiva de indicios de culpabilidad, sin la posibilidad de obtener la libertad bajo fianza, que duró más tiempo que la condena que finalmente recibió.

En el presente asunto, resulta claro que: (i) no se discute que el procesado haya conocido oportunamente los cargos; (ii) no ocurrió que haya sido llamado a rendir un testimonio, a pesar de que el Estado contaba con suficiente información para incriminarlo; (iii) por el contrario, fue citado a un interrogatorio a indiciado, según las reglas previstas en el artículo 282 de la Ley 906 de 2004; (iv) la defensa conoció oportunamente las pruebas, lo que le permite el cabal ejercicio de su labor; (v) durante la práctica de la prueba, la defensa podrá oponerse a la inclusión de algún contenido que resulte impertinente o ilegal; (v) igualmente, podrá cuestionar la autenticidad de las evidencias utilizadas por la Fiscalía, así como los aspectos fácticos y técnicos del dictamen; etcétera.

Es asimismo inadmisibles aquellos casos en los que el procesado puede ver truncado su derecho a ejercer la defensa, por el temor de que la voz que emplea para entregar sus exculpaciones sea utilizada para un cotejo.

Ello equivaldría, por ejemplo, a aceptar que la posibilidad de que un testigo, durante el juicio oral, identifique al procesado como el autor o partícipe de un delito, afecta el derecho que aquel tiene a intervenir en la vista pública para el mejor ejercicio de la defensa material y técnica. O, visto de otra manera, que ello implicaría la afectación de sus derechos, bajo el argumento de que su único propósito era entregar su versión, mas no “*prestar su imagen*” para que pudiera ser identificado por un tercero.

Al respecto, llama la atención lo expuesto en el salvamento de voto, en el sentido de que la Fiscalía, para el cotejo de voz, bien pudo utilizar los registros de las audiencias donde el procesado fungió como funcionario judicial.

Ello, porque tanto dichos registros como el concerniente al interrogatorio al indiciado podrían tomarse como muestras “indubitadas”, a efectos de establecer si otros registros de voz corresponden a la misma persona.

La principal diferencia estriba en que, en el interrogatorio, el procesado entregó información que puede ser relevante para la solución del caso y que, bajo ciertas circunstancias, esa declaración podría ingresar durante el juicio sin apego al debido proceso.

Visto de otra manera, el riesgo no consiste en que un interrogatorio se utilice para cotejar la voz del procesado (*no existe evidencia de que la Fiscalía haya apelado al artículo 282 para obtener, soterradamente, una muestra de voz*). En lugar de ello, existe el peligro de que un dictamen pericial (*en este caso, un cotejo de voces*) pueda ser utilizado para introducir irregularmente la versión anterior del procesado.

No obstante, ello no es relevante en el campo de la exclusión probatoria. El asunto debe resolverse en sede de

admisibilidad, lo que incluye, por ejemplo, la posibilidad de editar el referido registro, para que solo se considere la información atinente a los datos de identificación o a cualquier otro aspecto ajeno al contenido declarativo. En todo caso, la Fiscalía deberá afrontar las dificultades que puedan derivarse de la utilización de una declaración rendida por fuera del juicio oral, cuyo contenido puede ser relevante para la solución del caso, como referente para realizar una prueba técnica.

Finalmente, no puede pasar desapercibido que el debate sobre la exclusión se haya reducido a los conceptos técnicos, sin considerar que estos, a lo sumo, podrían constituir evidencia derivada, en los términos del artículo 23 de la Ley 906 de 2004.

En efecto, no se avizora que en esos conceptos se haya incurrido en la violación de derechos fundamentales. Lo que parece sostener el censor (*basado, en buena medida, en el salvamento de voto*), es que el registro del interrogatorio al indiciado constituye una evidencia obtenida con violación de la reserva judicial y legal, en el evento de ser utilizada para el cotejo de voces. Y, como suele suceder, si la evidencia sobre la que se practica el estudio técnico tiene ese carácter, dicho reporte se convierte en evidencia derivada de la ilegal, tal y como sucede, por ejemplo, con el estudio químico practicado a una muestra de cocaína obtenida con violación del derecho a la intimidad domiciliaria.

Por tanto, como no se demostró que el registro de la voz del procesado (durante el interrogatorio) haya sido obtenido

ilegalmente, ni puede concluirse que su utilización para realizar el referido cotejo atente contra sus derechos fundamentales, no existen razones para excluir los respectivos conceptos técnicos, ya que para la práctica de los mismos no se incurrió, hasta donde se sabe, en la violación de derechos.

En consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia.

5.2.3. Licitud del cotejo grafológico.

Cuestión distinta sucede con la prueba N° 5.4.5. decretada por solicitud de la Fiscalía, consistente en el testimonio pericial de Johan Alejandro Garzón Bobadilla, quien expondrá los métodos científicos aplicados para realizar el estudio grafológico a los retiros de las demandas radicadas dentro de los expedientes N° 2012-01064 y 2012-01065, que permitieron determinar que dichos documentos fueron elaborados por KELLY ANDREA ESLAVA MONTES y no por Ricardo Cifuentes Salamanca (informes periciales 11-222812 y 11-239727).

Según se extracta del auto impugnado, el examen pericial aplicado por el prenombrado perito utilizó, por una parte, los documentos diligenciados y presentados para retirar demandas radicadas en el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca (muestra dubitada); por otra, las grafías plasmadas por KELLY ANDREA ESLAVA MONTES en formatos dirigidos a la Unidad de Registro Nacional de Abogados en el trámite de expedición de su tarjeta profesional de abogada (patrón indubitado).

Esta última evidencia física, de carácter documental, no fue obtenida en un procedimiento de toma de muestras que involucren al imputado, sino de la consulta selectiva de una base de datos contentiva de documentos públicos, sin que la defensa ponga de presente ausencia de los respectivos controles previo y posterior por parte del juez de control de garantías.

La imputada KELLY ANDREA ESLAVA MONTES -en actuación distinta a la aquí adelantada, por ausencia de calidad foral- no fue sometida a una diligencia de toma de muestras grafológicas cuando era indagada ni investigada penalmente por hechos que involucran al magistrado V B. De ahí que sea inaplicable el procedimiento previsto en el art. 249-1 del C.P.P.

Con anterioridad al inicio de la persecución penal en contra de la señora ESLAVA MONTES, cuando ni siquiera era abogada, diligenció de su puño y letra formatos públicos para solicitar la expedición de la tarjeta profesional. Esos documentos, entonces, ingresaron a la base de datos del Registro Nacional de Abogados, cuya consulta puede ordenar el fiscal -con el debido aval judicial- cuando se trate del acceso a información confidencial, en los términos previstos en el art. 244 inc. 2° y 3° del C.P.P. y la sent. C-336 de 2007.

En el marco de esa actuación administrativa fue que KELLY ESLAVA plasmó sus grafías, no dentro de una actuación penal seguida en su contra, eventualidad en la que sí se activarían las precauciones establecidas en el art. 249 del C.P.P.

Tales razones bastan para entender que no se requería consentimiento expreso ni, ante la ausencia de éste, aval del juez de control de garantías para utilizar las grafías plasmadas por la señora ESLAVA MONTES en el Registro Nacional de

Abogados. La Fiscalía, *stricto sensu*, no tomó una muestra *de ella* (art. 249 *idem*), sino acudió a una actividad investigativa diversa (art. 244 *idem*) en la que encontró evidencia documental apta para efectuar el examen grafológico.

Por ello, son desatinados los argumentos en que se sustenta la ilicitud de la toma de muestra de voz a C AV B, para justificar la exclusión del cotejo grafológico, pues teniendo aquél la condición de indiciado en una actuación de carácter *penal*, sí se extrajo subrepticamente *de él* evidencia física en una diligencia llevada a cabo *ante la Fiscalía*. Mas esto no ocurrió con KELLY ESLAVA.

En consecuencia, la negativa al rechazo del testimonio pericial y a la exclusión del informe explicativo del cotejo grafológico serán confirmadas.

5.2.4. Solicitud de exclusión del testimonio de KELLY ANDREA ESLAVA MONTES.

5.2.4.1. Según el art. 16 del C.P.P., sólo se estimará como *prueba* la que haya sido producida o incorporada *en el juicio* en forma pública, oral, concentrada y sujeta a confrontación ante el juez de conocimiento. La prueba testimonial, acorde con el art. 390 *idem*, surge o se produce mediante el examen de los testigos bajo la dinámica de interrogatorio cruzado (art. 391 *idem*).

De ahí que, como aún no se ha instalado el juicio oral, ningún testimonio se ha practicado en el presente proceso, por lo que le asiste razón *a quo* al considerar que, hasta el momento, no se advierte ilicitud alguna, por la sencilla razón que el testimonio no se ha practicado.

Por supuesto, lo alegado por el defensor apunta a acreditar una ilicitud *ex ante*, determinada por el tema de prueba, que a su modo de ver es intangible, por injerir en aspectos íntimos de una relación.

No es necesario desarrollar un profuso estudio del ámbito de aplicación y los contornos del derecho fundamental a la intimidad (art. 15 Constitución) para entender, por una parte, que no es una prerrogativa de protección absoluta, sino que, en determinados eventos (como se extracta del art. 250-2 ídem), puede afectarse legítimamente en el marco del proceso penal, con acatamiento de las reservas legales y judiciales de rigor; por otra, que, en todo caso, hay diferentes esferas de protección de la intimidad, de las cuales, la más personalísima ha de permanecer en todo caso indemne, sin que pueda injerirse por pertenecer al núcleo de la dignidad humana.

En esta última esfera es en la que, según el defensor, el fiscal pretenderá injerir al interrogar a KELLY ESLAVA sobre aspectos de su intimidad con el acusado C AV B. Mas tal afirmación genérica, además de apresurada, es infundada para sostener que con el testimonio de la señora ESLAVA MONTES se verá permeado ese núcleo intangible de la dignidad humana y la privacidad de aquéllos.

El impugnante parte de la base según la cual es inconstitucional preguntarle a la testigo por aspectos concernientes al vínculo de amistad íntima existente entre KELLY y CARLOS ALBERTO. Mas ello es incorrecto, pues una cosa es la demostración de un nexo de amistad *íntima* y otra indagar por intimidades, confidencias o cuestiones personalísimas.

Un referente legal claro sobre la posibilidad de determinar el carácter *íntimo* de una amistad es el art. 56-5 del C.P.P. (art. 140-9 C.G.P.). No toda amistad tiene una entidad suficiente para constituir un motivo de impedimento o recusación del juez, sino aquella debe reunir ciertas características que la califiquen como motivo impeditivo o de recusación.

Es más, si la amistad íntima es un sentimiento interno de la persona, originado en las relaciones con otra, a través de las cuales surge el trato, la comunicación, el afecto y los lazos de solidaridad que se traducen en apoyo y colaboración, distinguiéndose de las relaciones interpersonales propias de la interacción en los distintos ámbitos de la vida en sociedad, cuando se analiza de cara a la existencia de una causal de impedimento, la manifestación del funcionario no requiere el acompañamiento de prueba alguna (CSJ SP3448-2019, rad. 45.846).

Ello muestra con claridad que, para demostrar una amistad íntima en el contexto de un impedimento o recusación no es necesario conocer detalles íntimos ni personalísimo de la relación, sino apenas factores *externos* que permitan entender que existe un vínculo profundo de amistad. A título ejemplificativo, periféricamente puede determinarse una amistad íntima por factores como el tiempo del nexo, el compartir en diversos escenarios, la frecuencia de interacción, el conocer el hogar o la familia de la persona, el emprendimiento de actividades conjuntas, etc. No es necesario indagar por *detalles* de qué pasa o hacen las personas en esos escenarios.

Ahora, para acreditar la pertinencia *del decreto* del testimonio de la señora ESLAVA MONTES, a realizarse mediante

el interrogatorio cruzado de aquélla en el juicio, el fiscal justificó que “se orienta a demostrar su **relación de amistad** íntima con C AV B. En ese marco, manifestará las circunstancias de tiempo modo y lugar en las que asumió los diferentes casos que se encontraban a cargo de aquél; expondrá cómo operaba la organización criminal y cuál era su rol y el de CARLOS V B; señalará la manera en la que se efectuaban las negociaciones y como se procedió al pago de los respectivos montos reprochados en el contexto de la acusación a título de cohecho”.

Bien se ve, entonces, que la Fiscalía no pidió el testimonio de KELLY ESLAVA para conocer detalles de la intimidad de ésta con C AVARGAS, sino a fin de demostrar que los unía un vínculo de *amistad* íntima -cuestión distinta-, luego mal podría el defensor sostener que se quiere permear la esfera intangible de ese derecho fundamental. Y si así ocurriera en el interrogatorio en juicio, bien cuenta con las oposiciones u objeciones para controlar el respeto de la garantía e impedir una afectación desproporcionada de ella.

Además, la demostración del carácter íntimo de la amistad de aquéllos no es caprichoso, sino la base probatoria para acreditar el hecho jurídicamente relevante cifrado en la omisión del deber del magistrado acusado de declararse impedido en los casos en los que KELLY ESLAVA actuaba como litigante ante su despacho, y ese nexo sería el que, además, explicaría cómo habrían tenido ocurrencia las conductas constitutivas de concierto para delinquir y cohecho.

Por otra parte, no se advierte ninguna contradicción en la argumentación expuesta por el *a quo* para negar la solicitud de exclusión “*del testimonio*” de la señora ESLAVA MONTES, pues, se insiste, es diferente acreditar situaciones indicativas del

carácter íntimo *de una amistad* a demostrar intimidades de la relación de dos personas. No es lo mismo referirse a que alguien es amigo íntimo que revelar cuestiones personalísimas del trato con alguien.

Finalmente, no sobra puntualizar, el defensor no ofrece ninguna base concreta para justificar la exclusión de evidencia testimonial ilícita, por violación del derecho a la intimidad. El impugnante alude a las declaraciones juradas tomadas por el fiscal a KELLY ESLAVA MONTES, mas en manera alguna demuestra que, en concreto, aquélla fue compelida a revelar aspectos pertenecientes a la esfera intangible de dicho derecho fundamental.

5.2.4.2. Por similares razones, tampoco es procedente rechazar por ilicitud “*ex ante*” el testimonio de KELLY ANDREA ESLAVA MONTES por violación del secreto profesional ni excluir por ilicitud la evidencia testimonial recibida de aquélla mediante entrevistas.

Al defensor le asiste razón al destacar que el fundamento utilizado por el *a quo* para decidir la solicitud de exclusión es desatinada, pues, en efecto, la problemática planteada no concierne al ámbito de protección del derecho de defensa, en la esfera comunicativa entre una persona procesada penalmente y su defensor (arts. 223-1 y 235 inc. 3° C.P.P.).

Sin embargo, los argumentos en que se funda la solicitud de exclusión y los reproches elevados en la impugnación no acreditan ilicitud alguna, pues no evidencian que en las declaraciones tomadas por la Fiscalía a KELLY ESLAVA se hubiera vulnerado el secreto profesional, como tampoco que con su testimonio *a rendirse* en juicio se violará tal garantía.

Ciertamente, el secreto profesional es una garantía autónoma inviolable, al tenor del art. 74 inc. 2º de la Constitución. En tanto prerrogativa *ius fundamental*, es un correlato de la intimidad, la libertad general de acción, la libertad de expresión y la autodeterminación informativa, que reclama una protección focalizada en contextos en los que alguien revela información confidencial a otra persona, por razón de su actividad u oficio. Empero, como pasa a exponerse, el defensor plantea un escenario que en estricto sentido escapa al ámbito de protección del *secreto* profesional.

Lo preservado por la garantía corresponde a *secretos*. Esto es, información revelada a otra persona, en condición calificada por su actividad u oficio, con la intención o interés de que no será divulgada. El secreto, entonces, está conformado por i) la confidencialidad; ii) la voluntad de reserva del emisor y iii) el interés objetivo de salvaguarda de la información.

Tales elementos se reconocen en la jurisprudencia constitucional (sent. C-301 de 2012):

La Corte Constitucional ha definido el secreto profesional como: “**la información reservada o confidencial** que se conoce por ejercicio de determinada profesión o actividad”. En este sentido, el secreto profesional es un derecho-deber del profesional, pues “de verse compelido a revelar lo que conoce perderá la confianza de sus clientes, su prestigio y su fuente de sustento”.

Por lo anterior, el secreto profesional nace de una relación de confianza que surge entre el profesional y su cliente, **a propósito de los asuntos objeto de su relación:**

“En el secreto profesional descansa parte muy importante de la confianza que debe surgir y permanecer entre el profesional y su cliente a propósito de los asuntos objeto de su relación. Mal se podría asegurar el éxito de la gestión confiada a aquél si los temores de quien requiere sus

servicios le impiden conocer en su integridad los pormenores de la situación en que se ocupa”.

En este sentido, se ha resaltado que, en virtud del secreto profesional, el usuario de un servicio profesional **transmite una serie de datos** que están cubiertos por el derecho a la intimidad:

*“Por otro lado, es indudable que el secreto profesional tiene relación inescindible con el derecho a la intimidad de quien es usuario de los servicios del diplomado (artículo 15 C.P.), toda vez que la única razón para que **datos integrantes de la esfera reservada personal o familiar** estén siendo transmitidos a otra persona es la necesidad de apoyo inherente a la gestión demandada y la consiguiente confianza que ella implica”.*

[...]

De esta manera, puede concluirse que el secreto profesional es una garantía autónoma e inviolable consagrada en el artículo 74 de la Constitución política que tiene su fundamento axiológico en el respeto del derecho a la intimidad del usuario de un servicio profesional y en otras garantías que podrían afectarse con su revelación, tales como el derecho de defensa o el buen nombre.

De suerte que la protección del secreto profesional se materializa en una prohibición dirigida al destinatario de la voluntad de reserva del emisor, cifrada en *no revelar* la información *confidencial*, transmitida en el marco de los asuntos objeto de *relación*. Ese deber de reserva concierne, entonces, a los datos pertenecientes al desarrollo del objeto de relacionamiento cualificado (como entre el cliente y el abogado) en cuyo marco se transmite información.

Por fuera del ámbito de protección se ubican asuntos *externos*, aunque adyacentes, al objeto de relación cualificada (temas no confidenciales), información que, por no provenir del titular de la garantía -el emisor-, carece de interés de salvaguarda, así como aspectos sobre los cuales decae el interés o voluntad de reserva de aquél.

El secreto profesional no entraña una prohibición de divulgar o indagar en cuestiones *ajenas* al objeto de la relación cualificada. Es impensable que se viole el secreto profesional si el abogado comenta cosas sobre su cliente que en manera alguna pertenecen a la relación profesional y que tampoco atañen a información suministrada en ese contexto, con intención de reserva. Por ejemplo, si un abogado contratado por un empresario para representarlo en un proceso ejecutivo laboral en el que fue demandado relata que un día se encontró con su cliente, que lo vio vestido de determinada manera o que, coincidiendo en la pasión por el ajedrez, jugó una partida con aquél, de ninguna manera estaría violando el secreto profesional.

Cuestión distinta sería si ese abogado revelara datos confiados por su cliente para desarrollar el mandato, como su capacidad económica, el saldo de sus cuentas bancarias, iniciativas comerciales, su declaración de renta, quiénes son sus acreedores o si ha incumplido con el pago de aportes a seguridad social de sus empleados, etc. Esa información, sin dudarlo, sí entra en el ámbito de protección del secreto profesional, cuyo titular sería el mandante.

En esa dirección cabe destacar, igualmente, que sobre *el mandante* no cabe ningún deber de reserva. Éste, por ser el titular de la intimidad que subyace al secreto profesional, bien puede revelar lo que su abogado le dice. Haciendo símiles, en la relación religiosa confesor-confesado, el sacerdote no podría revelar lo que le confió el feligrés, pero éste, si lo desea, está habilitado para contarle a alguien la penitencia dada por su confesor. Así mismo, el psicólogo está en el deber de guardar la información obtenida en terapia del paciente, quien, *contrario*

sensu, podría perfectamente relatar los consejos que le dio su tratante.

En esa dirección, si la información no proviene del cliente, no tendría el abogado por qué guardar secreto profesional. *Verbi gratia*, qué literatura consultó para ejercer el mandato, cuánto cobró por prestar sus servicios profesionales o si buscó asesoría en otros colegas. Esos aspectos, si bien derivan o son accesorios a la relación mandante-mandatario, conciernen a este último y para nada pertenecen a la intimidad de aquél.

Asimismo, puede suceder que información proveniente del titular de la garantía (cliente), que en línea de principio es susceptible de secreto profesional, pierda la connotación de privada, confidencial o reservada, por divulgación de aquél. Piénsese en que el mandante en el asunto ejecutivo laboral atrás ejemplificado, luego de entrevistarse con su abogado y suministrarle información para el caso, decide emitir un comunicado público en el que revela esos datos que le confió a su mandatario judicial. En esas particulares circunstancias quedaría en el vacío la guarda del secreto, ya no hay tal, pues la información pierde ese carácter de confidencial.

Esta última hipótesis es claramente diferente al levantamiento del secreto profesional con autorización escrita del titular a que se refiere el art. 34 lit. f) de la Ley 1123 de 2007, pues ello supone la existencia de información reservada.

Las anteriores precisiones muestran que la protección de la intimidad y otras garantías fundamentales a través del secreto profesional recae sobre un objeto jurídico claramente definido, a saber, la información confidencial. Ello no implica, como lo pretende el defensor, que el ámbito de protección lo constituye la

relación misma entre el abogado y el cliente, sino que su objeto va definido por la naturaleza de la información suministrada.

Desde esa perspectiva, la ilicitud reclamada parte de la base de que *todo escenario* de comunicación entre el abogado y el cliente es intangible. Mas esta comprensión es equivocada, pues, como se vio, hay circunstancias externas al objeto de la relación cualificada mandante-mandatario que no entrañan el suministro de información merecedora de confidencialidad. Puede existir información ajena al titular o puede decaer el carácter confidencial de la información recibida que es generadora de guardar el secreto como profesional.

El defensor confunde la relación mandante-mandatario con la existencia de *información merecedora de secreto profesional*. Según su juicio, al declarar KELLY ESLAVA sobre el trato que tenía con sus clientes “*revelará secretos que aquéllos le confiaron*”. Empero, tal conjetura es hipotética y apresurada, pues si no han tenido lugar los interrogatorios, mal podría afirmarse que el fiscal pretenderá conocer información confidencial, perteneciente a sus mandatarios y confiada por aquéllos. Y si ello llegare a ocurrir, se reitera, el mecanismo procesal adecuado para proteger la garantía fundamental son las objeciones u oposiciones.

En ese sentido, cabe resaltar, la pertinencia del testimonio de la prenombrada abogada se fijó en “*demostrar su relación de amistad íntima con C AV B. En ese marco, manifestará las **circunstancias de tiempo modo y lugar en las que asumió los diferentes casos que se encontraban a cargo de aquél;** expondrá cómo operaba la organización criminal y cuál era su rol y el de CARLOS V B; señalará la manera en la que se efectuaban las negociaciones y como se procedió al pago de los respectivos*

montos reprochados en el contexto de la acusación a título de cohecho”.

De esa justificación, para la Corte, no salta a la vista la injerencia en el ámbito de protección del secreto profesional, pues no se advierte alusión expresa a la revelación de información de carácter confidencial que le hayan suministrado sus clientes.

En la misma línea, el señalamiento de ilicitud de las *entrevistas* tomadas por el fiscal a la abogada ESLAVA MONTES es infundado, pues, en concreto, el impugnante no identifica ninguna pregunta o respuesta que implique la revelación de información confidencial confiada por los clientes de aquélla en los procesos en que los representó judicialmente.

Esa misma razón comprende a la negativa de exclusión “*de toda la actuación*”, solicitada por el acusado con fundamento en la supuesta violación del secreto profesional por la interceptación de comunicaciones entre la abogada KELLY ESLAVA MONTES y William Cortés Rojas. En ese sentido, habiéndose corrido traslado de los informes de interceptación, la defensa material no identifica, *en concreto*, el conocimiento indebido de algún tipo de información merecedora de reserva profesional.

Ahora bien, la hipótesis delictiva propone que a la abogada ESLAVA MONTES, en el marco de una empresa criminal, se le encomendó la comisión de delitos, con intervención del magistrado V B. De ahí que no se advierta la activación de la garantía del secreto *profesional*. Éste, sin dudarle, se protege en relación con el ejercicio *lícito* de las profesiones. Si a una persona se le encomienda la comisión de un delito, mal podría

sostenerse que el “*mandante*” tiene expectativa de confidencialidad a ese respecto, pues ello en nada tiene que ver con el ejercicio de un mandato para representación judicial.

Además, no es clara la existencia de información confidencial a preservar por la vía del secreto profesional, pues la defensa la reclama de William Rojas Mazo, Mario Huertas y Jorge Enrique Cortés Rojas. Empero, todos ellos han suministrado información a la Fiscalía y comparecerán al juicio a testificar sobre la relación que sostuvieron con la abogada KELLY ESLAVA MONTES:

Jorge Enrique Cortés Rojas es un testigo pertinente, pues como demandante en el proceso 2012-1066 dará cuenta de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que conoció a la abogada KELLY ANDREA ESLAVA MONTES, los motivos por los cuales sustituyó los poderes al abogado Ricardo Cifuentes Salamanca y expondrá sobre los acuerdos de entrega de montos de dinero al abogado V B de manera personal o a través de la abogada Eslava Montes.

[...]

William Rojas Mazo es un testigo pertinente, pues como representante legal de la empresa Soporte Vital, dará cuenta de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que conoció a la abogada KELLY ANDREA ESLAVA MONTES, los motivos por los cuales sustituyó los poderes al abogado FREDDY RICARDO IREGUI; explicará el contenido de algunas comunicaciones que sostuvo con la abogada ESLAVA MONTES y expondrá sobre la entrega de montos de dinero a V B de manera personal o a través de la abogada ESLAVA MONTES.

[...]

En tal sentido, la declaración de Mario Huertas servirá para que contextualice las interceptaciones telefónicas que la fiscalía aduce, explicará su interacción con la abogada KELLY ANDREA ESLAVA y aclarará si existieron reuniones para adelantar actuaciones ante el despacho del doctor V B.

Por las antedichas razones, no hay lugar al rechazo del testimonio de KELLY ESLAVA MONTES ni a la exclusión de la evidencia testimonial recaudada por la Fiscalía de ella, por no encontrarse vulnerada la garantía al secreto profesional.

5.2.4.3. Por consiguiente, ante la ausencia de violación del derecho fundamental a la intimidad y del secreto profesional, se confirmará la negativa a excluir y rechazar el testimonio de KELLY ESLAVA MONTES, decretado por el *a quo* como prueba de la Fiscalía.

5.2.5. Inadmisión de pruebas documentales por ilegalidad.

5.2.5.1. La negativa a la inadmisión de los documentos 220 y 222 es correcta, como lo concluyó la Sala Especial de Primera Instancia. Se trata de consignaciones bancarias realizadas por KELLY ANDREA ESLAVA MONTES a la cuenta personal de C AV B, por la suma de \$40.000.000, con ocasión del trámite del proceso conocido como Humedal Jaboque.

El *a quo* puso de presente que dichos formatos de consignación fueron trasladados por la Fiscalía 2ª destacada del CTI a la investigación adelantada en contra del magistrado V B, previa obtención, con el debido control judicial⁴, en la actuación adelantada contra KELLY ESLAVA.

Pues bien, como primera medida, no es cierta la afirmación del impugnante, cifrada en que los hechos jurídicamente relevantes que integran la acusación en contra de C AVARGAS

⁴ En el marco de actividades investigativas que fueron legalmente autorizadas en audiencia de control previo, llevada a cabo el 5 de octubre de 2017, por el Juez 77 Penal Municipal con Función de Control de Garantías y avalados en audiencia de control posterior por el Juzgado 21 de la misma especialidad, el 2 de noviembre de 2017.

no aluden a entrega de dineros a éste mediante consignación bancaria.

Según se extracta del escrito de acusación, conocido por la defensa en la respectiva audiencia y sintetizado por la Sala en el AP1499-2021, rad. 59.108, la atribución de responsabilidad al magistrado V B, por cohecho propio, consiste en que:

Como parte del acuerdo entre el magistrado C AV B y la abogada KELLY ANDREA ESLAVA MONTES, **se había pactado la entrega de sumas de dinero** como pago por la manipulación y proferimiento de decisiones contrarias a derecho dentro de los procesos 2500023260002012-01066 y 2500023360002014-01318.

En desarrollo del acuerdo corrupto, KELLY ANDREA ESLAVA MONTES le entregó a su socio y amigo íntimo CARLOS V B **sumas de dinero que fueron consignadas en la cuenta de ahorros** de Bancolombia N° 41324267181, cuyo titular es ALDEMARO VARGAS GONZALEZ, amigo y socio del magistrado; **en otras oportunidades, los recursos fueron depositados en las cuentas del aquí imputado.**

Dentro del proceso conocido como “*Humedal Jaboque*”, **se efectuaron pagos y/o consignaciones** en la cuenta de ALDEMARO VARGAS en cuantía de \$125.800.000, estrechamente vinculados con el desarrollo del proceso, en virtud de lo cual cronológicamente se hacían consignaciones, a medida que se daban decisiones favorables a los demandantes.

En el marco del proceso de “*Soporte Vital*”, en la cuenta de ALDEMARO VARGAS **se consignó** un total de \$206.300.000, relacionados con el desarrollo de la actuación, según se fueron expidiendo decisiones beneficiosas a los clientes de la organización y a KELLY ANDREA ESLAVA MONTES, pero que, además, resultan asociados con la *interacción* entre esos dos miembros de la organización criminal.

En suma, el imputado recibió el dinero en los términos descritos, a cambio de omitir actos propios de sus funciones y contrarios a sus deberes oficiales, así como proferir decisiones manifiestamente ilegales.

Es más, según el propio escrito de acusación, “*fue precisamente en desarrollo de dicho acuerdo corrupto que KELLY ANDREA ESLAVA MONTES, personalmente o a través de terceros, le entregó al magistrado C AV B sumas de dinero, las cuales fueron consignadas...en las cuentas del aquí imputado*”.

Resulta inobjetable, entonces, que la acusación sí se refiere a consignaciones bancarias efectuadas al procesado, por lo que se ofrece infundado que el defensor sostenga un supuesto vicio de estructura por desconexión de la pertinencia de dichas pruebas con los fundamentos de la acusación. Para nada se “*ampliaron*” los hechos materia de acusación. La proposición fáctica cifrada en que KELLY ESLAVA habría consignado dineros a CARLOS V B producto del ejercicio de la empresa criminal, hace parte de la imputación fáctica. A su vez, la *especificación* de las consignaciones se encuentra en el anexo de pruebas. Y en ello no hay irregularidad alguna, pues lo que ha de consignarse en la acusación son los hechos jurídicamente relevantes, no los medios de prueba.

Es claro, pues, que las mencionadas pruebas sí se refieren a los hechos de la acusación, como lo exige el art. 357 inc. 2º del C.P.P.

Por otra parte, también es infundado el reclamo de ilegalidad consistente en que un magistrado del Tribunal Superior de Bogotá con función de control de garantías no “*legalizó*” la obtención de los formatos de consignación.

Según se reseñó, la mencionada **evidencia** documental se *obtuvo* a través de búsqueda selectiva en base de datos, en el marco de la investigación adelantada por los mismos hechos materia de investigación en este caso, contra KELLY ESLAVA

MONTES, quien se reputa asociada con el aquí acusado en el marco de un concierto para delinquir en el que se habrían ejecutado delitos contra la administración pública y la recta y eficaz impartición de justicia.

Ello quiere decir que la Fiscalía acopió los documentos con cumplimiento de los controles judiciales de rigor, por lo que legalmente podía utilizarlos en la actuación adelantada en contra del investigado aforado. Mal podría pensarse que el fiscal estaba en el deber de “*obtener*” los comprobantes de consignación nuevamente, pues ya contaba con ellos por remisión de la Fiscalía 2ª destacada del CTI, que le trasladó esa evidencia -no prueba-.

La reserva bancaria que protegía dicha información ya había sido levantada legítimamente en otra actuación, por contarse con el aval previo y posterior de un juez de control de garantías, ante la evidencia de que el dinero consignado tenía origen ilícito. Cuestión distinta es que en la indagación o investigación adelantada en contra del aforado V B se hubiera dispuesto primigeniamente la búsqueda selectiva en base de datos para obtener los formatos de consignación, pues en esa eventualidad sí se habría requerido autorización del magistrado de control de garantías competente.

5.2.5.2. Esta última razón (la inexistencia de un vicio de competencia por falta de legalización por parte de un magistrado con función de control de garantías) es igualmente suficiente para descartar ilegalidad en el decreto de los documentos 23 y 24, correspondientes a las tablas de Excel que registran las llamadas telefónicas entre el magistrado V B y la abogada KELLY ESLAVA.

En la presente actuación no se advierte que el fiscal hubiera ordenado interceptaciones de comunicaciones sobre los teléfonos utilizados por el magistrado V B, que hubieran sido legalizadas por un juez de control de garantías. Las interceptaciones se dispusieron en el marco de la investigación adelantada contra la señora ESLAVA MONTES y allí fueron legalizadas, para luego ser trasladados los informes respectivos a la investigación seguida contra el aforado, sin que se requiriera una nueva legalización, como lo pretende el defensor, pues los controles al acto de la investigación recaen sobre el acto como tal y no sobre los resultados. Lo que se garantiza es que el Estado no se desborde en la recolección de la evidencia; los resultados serán objeto de análisis por su pertinencia en cada caso.

5.2.5.3. En vista de los anteriores argumentos, se confirmará la negativa a excluir los documentos marcados como pruebas documentales N° 23, 24, 220 y 222 de la Fiscalía.

5.2.6. Solicitudes de exclusión e inadmisión de “*toda la actuación*”, elevadas por la defensa material, por “*falta de concreción de los hechos jurídicamente relevantes*”.

En este aspecto, la Sala coincide con el *a quo* en que la solicitud de exclusión de “*toda la actuación*” es manifiestamente infundada y, en verdad, corresponde a un extemporáneo cuestionamiento a los fundamentos fácticos de la acusación. Los reparos a ese respecto han de plantearse en la respectiva audiencia de formulación (art. 339 C.P.P.), en la que también tienen lugar las observaciones al escrito de acusación desde la perspectiva del art. 337-2 *idem*, concerniente a la relación clara, sucinta y suficiente de los hechos jurídicamente relevantes. Superada esa etapa, *con efectos preclusivos*, no es dable que la defensa material insista en tales aspectos, que han de remitirse

a la etapa de juicio, en la que la Fiscalía habrá de acreditar la pretensión punitiva por ella fijada.

Además, la petición de exclusión y rechazo de las todas las pruebas solicitadas por el fiscal, en verdad, carece de claridad y sustento sólido y atinado. Tal solicitud se eleva desde lo que, *para el acusado, debió ser* la imputación fáctica, no desde la efectiva definición de la pertinencia a partir de las premisas de hecho que la Fiscalía fijó en la acusación y pretende acreditar en juicio.

En todo caso, para la Sala, los hechos jurídicamente relevantes constitutivos de los cargos por prevaricato por omisión y cohecho propio, derivados de la ausencia de impedimento del acusado pese a existir un nexo de amistad íntima con KELLY ESLAVA, son del todo suficientes, pues es un hecho *común* que determinaría la omisión de un acto propio de las funciones en los distintos procesos individualizados en la acusación.

Finalmente, en lo que atañe a las consignaciones derivadas del proceso denominado *Soporte Vital* contra el Hospital de Ubaté, no es cierto que la Sala Especial de Primera Instancia hubiera omitido definir la pertinencia, cifrada en que demostrarían los pagos supuestamente realizados a C AV B, a través de la cuenta de ALDEMARO VARGAS, estrechamente vinculados con el desarrollo de los procesos denominados *Soporte Vital*.

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

RESUELVE

CONFIRMAR las decisiones impugnadas, contenidas en los autos AEP 00063-2021 del 24 de junio de 2021 y AEP 00093 del 31 de agosto de 2021, proferidos por la Sala Especial de Juzgamiento de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia.

Contra esta decisión no proceden recursos.

Notifíquese y cúmplase.

GERSON CHAVERRA CASTRO

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

FABIO OSPITIA GARZÓN
Salvo parcialmente el voto

(IMPEDIDO)
HUGO QUINTERO BERNATE

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria